



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO

**EL ESTADO CONSTITUCIONAL
-UN CRITERIO TELEOLÓGICO DEL DERECHO-**

TESIS
QUE PARA OBTENER EL
GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO
PRESENTA:
RAFAEL MUÑOZ FRAGA

Director:
DR. MIGUEL
COVIAN
ANDRADE

Otoño 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

EL ESTADO CONSTITUCIONAL -Un criterio teleológico del Derecho-

CONTENIDO

Introducción.

I. El Estado como objeto de estudio.

I.1. Problemas del conocimiento del Estado.

I.2. El nombre del Estado.

I.3. Las teorías sobre el Estado.

I.4. Elementos del Estado.

I.4.1. Territorio

I.4.2. Pueblo

I.4.3. Gobierno

I.4.4. Soberanía

I.4.5. Orden jurídico

I.5. El Estado y el Derecho.

II. Evolución del Estado.

II.1. Tipos de Estado y formas de Gobierno.

II.2. Historia de la doctrina del Estado.

II.3. Modelos históricos de Estado.

II.3.1. EL antiguo Estado Oriental.

II.3.2. El Estado Helénico.

II.3.3. El Estado Romano.

II.3.4. El Estado de la Edad Media.

II.3.5. El Estado Moderno.

II.4. Las revoluciones modernas.

II.4.1. La revolución burguesa en Inglaterra.

II.4.2. La Revolución francesa.

II.4.3. La Revolución norteamericana.

III. El Estado de Derecho.

III.1. El origen del concepto

III.2. El Derecho como sistema de normas

III.3. Las interpretaciones al modelo del Estado de Derecho

III.4. Entre la legitimidad y la legalidad

IV. El Estado Constitucional

- IV.1. Evolución de las etapas constitucionales**
- IV.2. La concepción antropocéntrica de Constitución**
- IV.3. Manifestaciones esenciales del Estado Constitucional**
 - IV.3.1. La dignidad humana**
 - IV.3.2. La cultura**
 - IV.3.3. El pluralismo**
 - IV.3.4. La democracia**
 - IV.3.5. La verdad como principio rector**
- IV.4. La función del Derecho Internacional**
- IV.5. El Estado Constitucional cooperativo**

V. La Constitucionalización del Derecho.

- V.1. Fuentes del derecho en el Estado Constitucional**
 - V.1.1. Hermenéutica e interpretación jurídica y constitucional**
 - V.1.2. La argumentación**
 - V.1.3. Las reglas y los principios**
 - V.1.4. El principio de ponderación**
- V.2. Máximas de justicia en el Estado Constitucional**
- V.3. Defensa y control de la Constitucionalidad.**
- V.4. Particularidades del caso mexicano**
- V.5. Legitimación del juez constitucional**

Conclusiones.

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años ha surgido una corriente de pensamiento dentro de la Ciencia del Derecho que propone una nueva calificación a la forma de organización jurídica de las sociedades. Se trata del paradigma del Estado Constitucional de Derecho. Propone la reformulación, desde sus bases, hasta sus más elevados y determinantes objetivos, de lo que es el Derecho, en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica y el rol del Estado en el ordenamiento jurídico en las conexiones con la Sociedad Civil en democracia y otras líneas de semejante importancia.

Este reciente paradigma plantea como criterio esencial la mayor independencia del Derecho con respecto a la soberanía, única manera de que aquél se imponga a ésta, postulado que debe seguir en el orden jurídico interno y también, en el ámbito internacional.

El Estado es la organización del poder político de una sociedad que impone un orden normativo. Por lo general este orden normativo se expresa en un documento escrito llamado Constitución. A lo largo de la historia a esta formación política, llamada Estado, se le ha vinculado al tipo de gobierno; es así como se le ha llenado de adjetivos para caracterizar su funcionamiento. El período conocido como Época Moderna significó, especialmente para Europa, importantes cambios en su ordenamiento político. El fenómeno más destacado fue el surgimiento del Estado Moderno, cuyas características esenciales son: un territorio con fronteras determinadas, un gobierno común y un sentimiento de identificación cultural y nacional de sus habitantes.

Los reyes europeos fueron quienes iniciaron este proceso a lo largo de los siglos XIV y XV, interesados en concentrar el poder en su persona, debieron negociar con los señores feudales, quienes cedieron sus derechos individuales sobre sus feudos, a cambio de una serie de privilegios. En el siglo XVII, el poder político de los monarcas se fortaleció hasta eliminar cualquier representatividad, dando lugar a las monarquías absolutas.

La monarquía constituyó un estado moderno sobre la base de una dirección fuerte, contando con los medios para sostenerla. Con esto, el rey consiguió la resignación de la sociedad, a cambio de un cierto orden y progreso. Uno de los más claros ejemplos del absolutismo fue el francés. Durante el siglo XVII, este país se convirtió en la mayor potencia europea, después de consolidar sus fronteras, gracias a innumerables guerras con los países vecinos. El rey Luis XIV fue la mejor personificación de la imagen del monarca absoluto.

El Estado Liberal surgió como resultado de una crítica al Estado Monárquico Absolutista, de los siglos XVII y XVIII. Es decir, la forma de Estado que existía hasta antes de la Revolución Francesa de 1789, era la del Estado Monárquico-Absolutista, que estaba caracterizado porque el rey era el soberano, es decir, por encima de su poder no había otro poder humano; dado que el origen de su poder era de derecho divino, es decir, Dios y solamente Dios se lo otorgaba y sólo ante Él respondía. Porque concentraba todo el poder, es decir, el rey "hacía" la ley, el rey "aplicaba" la ley y el rey "interpretaba" la ley. Un Estado donde el soberano tenía concentrado todo el poder y tenía no solo derecho sobre la vida, la libertad y la propiedad de todos sus súbditos, sino que además determinaba las formas de la vida económica.

Adicionalmente, el mercantilismo, como teoría económica del Estado Absolutista, afirmaba que la riqueza de las naciones se asentaba en el poder estatal y por tanto se configuró un sistema económico predominantemente estatista. El liberalismo surge a partir de una crítica contundente al sistema monárquico-feudal, que tuvo su expresión más acabada en la frase del Rey Luis XIV, que acuñó la famosa frase "El Estado soy Yo".

Este liberalismo original tenía no sólo una dimensión política, sino también económica y filosófica. Todos los filósofos y pensadores del liberalismo hicieron una crítica a la sociedad absolutista-monárquica, que culminó en un proceso revolucionario de carácter político-social: la Revolución Francesa, y al mismo tiempo coincidió con la de un fenómeno de carácter científico-tecnológico: la Revolución Industrial, pues en un proceso simultáneo y convergente dieron origen a un nuevo tipo de sociedad: la sociedad capitalista y a un nuevo tipo de Estado: el Estado Liberal-Burgués.

El Estado Liberal surgió como un concepto de lucha. Un arma política de la burguesía con el objeto político de imponer un nuevo orden político frente al viejo orden del Absolutismo (monárquico).

Acto seguido, aparece lo que se conoce como: el Estado de Derecho, el cual no debemos confundir como un tipo de Estado, sólo lo debemos considerar como una característica de una determinada forma de gobierno. No olvidemos que todo tipo de Estado es un estado de Derecho.

Este fenómeno social llamado Estado de Derecho: se encuadra en el Estado Liberal pero no lo agota. Su configuración aparece marcada por dos planteamientos fundamentales: primero, por el "rule of law", consecuencia de los

enfrentamientos producidos en Inglaterra entre los defensores del parlamentarismo y los defensores del absolutismo monárquico. Este concepto supone el imperio del Derecho, es decir, la primacía del principio de legalidad como expresión de la soberanía popular recogida en el parlamento; segundo, por los planteamientos del iusnaturalismo racionalista de origen protestante que proponen el alejamiento del Derecho de las cuestiones éticas y morales; al mismo tiempo que establecen la vinculación entre el Estado y el Derecho.

Pero en realidad la formulación del llamado Estado de Derecho, representa la culminación de la concepción racional del Derecho y del Estado. Las características del llamado Estado de Derecho, se pueden resumir en: el imperio de la ley; división de poderes y legalidad de los actos de los poderes públicos; y, derechos y libertades fundamentales a favor de los individuos.

Ahora bien, recientemente se nos plantea un nuevo paradigma entre el Estado y el Derecho. Se afirma que las naciones deben de transitar de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional. Cuestión que nos lleva al ámbito filosófico, toda vez que la propuesta “garantista” nos coloca en un ámbito deontológico, es decir, en el campo del “deber ser”.

Antes de abordar el tema arriba señalado, debemos reiterar que tanto el Estado de Derecho como el Constitucional no son tipos de Estado, más bien deben ser considerados como características propias de las formas de construir e interpretar el derecho.

Es tarea de la presente investigación la de analizar el tránsito del Estado de Derecho al Constitucional, así como su objetivo fundamental es revisar y plantear las doctrinas prevalecientes en el campo de la Teoría del Estado y de la Ciencia Jurídica para analizar si efectivamente nos encontramos en un tránsito epistemológico sobre la comprensión del Estado moderno y su expresión jurídica.

El estudio del Estado tiene un problema de fondo: ¿cómo abordarlo en un contexto en el cual los paradigmas y conceptos tradicionales se transforman a gran velocidad? Por lo tanto, es menester fijar algunos conceptos esenciales.

La etimología de la palabra “Estado” tiene su raíz en la palabra “*status*”, en su significado de orden, regla, situación jerarquizada, y en este sentido empezó a usarse en la literatura política. En castellano, “Estado” nos indica lo que permanece, lo que no cambia, con lo cual podemos afirmar que nos denota “orden que permanece”.

Desde la primera expresión teórica del Estado expuesta por Maquiavelo¹, a éste se le considera como una abstracción y sólo se le reconocen dos formas posibles de organización: la república o el principado. Es decir, a partir del elemento fundamental que estudia la Ciencia Política, que es el Poder, se define que éste se tiene y se ejerce en forma individual o colectiva.

Por lo tanto, es imprescindible definir que una cosa es la forma del Estado y otra el tipo de gobierno. El surgimiento de los Estados modernos provocó que un concepto se mezclara con el otro para definir las características particulares de cada forma de gobierno. Es así como se pone calificativos al concepto de Estado. Es a partir de la revolución francesa y norteamericana que aparece la vinculación entre Estado y Constitución escrita. Apuntando con precisión que no es indispensable la “hoja escrita” para que un Estado esté constituido.

El planteamiento central de este trabajo es analizar si en pleno siglo XXI el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional es un hecho, analizado y abordado por los estudiosos del Derecho, tanto desde el punto de vista formal, como material. Si, verdaderamente el llamado Estado Constitucional es una nueva forma de Estado o el concepto se refiere a las formas y fines del Derecho.

Ello implica aceptar los efectos producidos por la crisis del Estado Nacional, como consecuencia de las condiciones políticas internas y los efectos causados por los procesos económicos y jurídicos de la globalización. Condiciones y procesos, que han puesto en duda la legitimidad democrática del poder y sobre las formas tradicionales del llamado Estado de derecho.

Los estudios más recientes sobre las Teorías del Estado y Constitucional han puesto particular atención al tema de la soberanía, que se manifiesta en el desplazamiento de cuotas crecientes de poderes y funciones públicas, tradicionalmente reservadas a los Estados, a otros factores reales de poder interno y, otros, fuera de sus propios territorios. Situación que cuestiona conceptos fundamentales como la autodeterminación e independencia.

Hacia dentro los Estados nacionales enfrentan la aparición de nuevos centros de poder político y la consolidación de los derechos fundamentales de los individuos que, cada vez más, hacen valer frente al poder estatal. Hacia fuera, el futuro de cada país depende cada vez más de decisiones externas, tomadas en sedes de poder político supranacionales o por poderes económicos globales.

¹ “Todos los Estados, todas las dominaciones que han ejercido y ejercen soberanía sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados...” De esta manera inicia su *Príncipe* Nicolás Maquiavelo.

Las democracias occidentales han operado bajo principios del consenso mayoritario y la democracia política, desempeñándose como factores de inclusión, de afirmación de igualdad y de expansión de los derechos. En el plano mundial han operado, en contrario, como factores de exclusión. Se ha roto el nexo democracia-pueblo y poder decisonal-Estado de derecho, fundamentalmente conducido por la ley y la política a través de la cual ésta se producía.

Estamos frente a la transformación del paradigma de la esfera pública y de la política, el cual nos cuestiona el concepto, hasta ahora utilizado, de Estado de derecho y más particularmente al mismo derecho positivo.

Se afirma que, frente a la crisis innegable e irreversible de los Estados nacionales y de su soberanía, nos encontramos ante el fin del monopolio estatal de la producción jurídica, este hecho es innegable pues una buena parte de las normas vigentes en diversos ordenamientos son de origen extra-estatal. Bajo estas condiciones, ya no es posible sostener el nexo entre “Estado” y “Derecho positivo”.

En el modelo occidental de Derecho, el esquema de la democracia política ha sido relativamente simple de explicar. Todos los poderes están, directa o indirectamente sujetos a la ley aprobada por instituciones representativas de la voluntad popular. Igual de simple es el esquema del Estado de Derecho, efectivamente tiene como base la relación entre el Estado y el derecho positivo que ha permanecido como uno de los postulados esenciales del positivismo jurídico.

Estos dos esquemas arriba señalados, están en una crisis evolutiva. La democracia representativa ya no sólo compete a los poderes estatales, sino a poderes supraestatales o, más aún, a poderes de otros Estados o a los poderes económicos de mercado. Así mismo, el esquema que se ha hecho insostenible es el que postula el carácter estatal del derecho positivo, sobre el cual se ha construido el llamado Estado de Derecho. Es un hecho, pues con los procesos de integración económica y, consecuentemente, jurídicos, el sistema se ha complicado, con el agregado de fuentes que entran a formar parte del ordenamiento estatal, sin contar con la mediación formal de una ley de ratificación.

Hay hechos contundentes los cuales no se pueden ni deben aislar. Los estados ya no pueden garantizar por sí mismo la concurrencia entre las empresas; ahora son las empresas multinacionales, u organismos supranacionales (OMC, FMI, Banco Mundial), las que ponen en competencia a los Estados, procurando condiciones impositivas más favorables, costos salariales y sociales menores; es decir,

mejores condiciones para sus inversiones. Esta realidad ha puesto en franco declive a la democracia política y al Estado de derecho, ligados, ambos, a la sujeción de todos los poderes a la ley como expresión de "voluntad soberana".

Estas premisas, que se plantean como hechos recientes y evidentes, son las que dan origen al presente documento que expone, la teoría del tránsito del Estado de derecho al Estado Constitucional, que cuestiona al Estado nacional como ordenamiento originario, unitario, autosuficiente e independiente.

A partir de la segunda mitad del siglo XX se dio un cambio de paradigma en el Derecho positivo de las democracias avanzadas, imponiéndose una revolución epistemológica en la ciencia jurídica en su conjunto. Tal cambio de paradigma en la estructura del Derecho positivo se ha producido en Europa, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, gracias a las garantías de la rigidez de la constitución introducidas con la previsión de procedimientos especiales para su revisión, además del control de la legitimidad de las leyes por parte de tribunales constitucionales.

En consecuencia la pregunta fundamental que trata de responder este estudio es ¿estamos realmente frente a una nueva forma de comprender el Estado y su forma de gobierno o, simplemente, ante una propuesta metodológica para interpretar y aplicar el Derecho?.

En los países latinoamericanos, incluyendo México, y destacando Argentina, Colombia y Chile, entre otros, existe una clara tendencia en el pensamiento jurídico que ya formula la posibilidad teórica de la necesidad de replantear los postulados tradicionales del derecho positivo, como producto exclusivo del Estado y la aparición de un nuevo modelo de Estado el cuál funcione bajo principios y valores, superando de esta manera la simple legalidad. Lo producido en los países europeos y la tendencia en algunos americanos, es una transformación radical sobre el papel de las constituciones. Los primeros textos constitucionales, comenzando por la Declaración de los derechos del hombre de 1789, fueron documentos esencialmente políticos, cuya naturaleza de leyes positivas incluso resultaba incierta.

Sobre este particular Luigi Ferrajolli nos remite a las reflexiones que sobre la Declaración de los Derechos del hombre de 1789 formulaba Jeremy Bentham, quien los trataba con subestimación, no obstante haber sido uno de los máximos exponentes del liberalismo jurídico. "¿Qué puede ser -se preguntaba Bentham en un opúsculo titulado Anarchical Fallacies - un documento que comienza con la afirmación de que "todos los hombres nacen libre e iguales" para proseguir con

una serie de principios de justicia y proclamaciones de derechos naturales? ¿Será, quizá, un tratadillo de filosofía política y de derecho natural con forma de artículos?". Puesto que tales normas, añadía, son enunciados ideológicos desmentidos por la realidad y en todo caso carente del carácter imperativo que es propio de las normas. Bentham no se daba cuenta, en realidad, pues era el derecho mismo el que, gracias a aquella declaración de derechos, estaba cambiando de naturaleza ante sus propios ojos: de que aquellos principios de justicia inscritos en la Declaración una vez estipulados, habían dejado de ser principios de derecho natural para transformarse en principios de Derecho positivo, imponiéndose al sistema jurídico y político su respeto y su garantía².

No obstante, incluso después del reconocimiento de su carácter jurídico-normativo, las constituciones y los estatutos, al menos en Europa, fueron durante mucho tiempo considerados simples leyes, y como tales, expuestas a modificaciones y, por tanto, a violaciones por parte del legislador.

Solamente con la introducción de las garantías de la rigidez de las constituciones cambia la estructura de los sistemas jurídicos. Naturalmente el cambio se debe no solamente a factores institucionales, sino también, y quizás sobre todo, a factores culturales. La Constitución de los Estados Unidos, ha tenido siempre un carácter rígido. También en las naciones que basan su vida social en constituciones se ha discutido, desde el siglo XIX, que éstas fuesen menos modificables a través de leyes ordinarias, pero fue sólo en la segunda mitad del siglo XX que la idea de la rigidez de las constituciones en cuanto a normas que están por encima de la legislación ordinaria, penetra en la cultura jurídica y en el sentido común. No es casualidad, pues esta toma de conciencia habría tenido lugar tras la derrota del fascismo y del nazismo.

En el clima cultural y político que acompañó el nacimiento del constitucionalismo actual -la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Constitución Italiana de 1948 y la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 se toma conciencia de que el consenso de las masas en el que se habían fundado también las dictaduras fascistas no basta para garantizar la calidad de un sistema político. Se vuelve, por tanto, a descubrir el significado y el valor de la constitución como límite y vínculo de cualquier poder, incluso mayoritario, según la noción estipulada dos siglos antes en el artículo 16

² FERRAJOLI, Luigi, Lección expuesta el viernes 5 de septiembre de 1997, en ocasión del otorgamiento del título de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Buenos Aires.

de la Declaración de derechos de 1789: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de los poderes establecida, no tiene constitución", que son exactamente los dos principios y valores que fueron negados por el fascismo.

El resultado es una estructura del ordenamiento jurídico mucho más compleja que la propia del paradigma juspositivista clásico. Nos encontramos frente a una estructura caracterizada por una doble artificialidad: no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción al derecho, que es precisamente el rasgo específico del Estado constitucional de derecho, en el cual la producción jurídica misma se encuentra disciplinada por normas de Derecho positivo, no sólo en lo que se refiere a su procedimiento de formación sino también en sus contenidos. Si en virtud de la primera característica el "ser" o la "existencia" del derecho ya no puede derivarse de la moral ni extraerse de la naturaleza, sino que es "puesto" o "hecho" por los hombres, y como éstos lo quieren y, antes aún, como lo piensan; en virtud de la segunda característica también el "deber ser" del Derecho positivo, o sea sus condiciones de "validez", resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones mediante las que se piensa y proyecta el derecho, estableciendo los valores ético-políticos -la igualdad, la dignidad de las personas, los derechos fundamentales- que se ha convenido deben ser informadores de aquéllas.

Es precisamente en virtud de esta doble artificialidad -de su "ser" y de su "deber ser"- que la legalidad positiva o formal, en el Estado constitucional de derecho, ha cambiado de naturaleza: ahora no es sólo condicionante, sino que ella misma resulta estar condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. A este sistema de legalidad, al que su doble artificialidad confiere un papel de garantía frente al derecho ilegítimo, podemos denominarlo, "modelo" o "sistema garantista". Gracias a él, el derecho contemporáneo no sólo programa sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y las restantes disposiciones. Además, programa sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios, los valores y los derechos inscriptos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía que la cultura jurídica tiene el deber y la responsabilidad de elaborar.

Se afirma en la actual dogmática jurídica, pues no siempre somos lo bastante concientes del alcance de semejante cambio de paradigma del derecho que fue, probablemente, la mayor conquista jurídica del siglo XX: una suerte de segunda revolución que cambia, junto con la estructura del derecho, el papel de la ciencia jurídica y de la jurisdicción, la naturaleza de la política y la calidad misma de la

democracia. En el plano de la teoría del derecho este cambio puede ser expresado con la tesis de la subordinación de la ley misma al derecho y de la consiguiente disociación entre vigencia (o existencia) y validez de las normas.

La primera revolución en la historia de la modernidad jurídica, acontecida con el nacimiento del Estado moderno, fue la afirmación del principio de la legalidad y, con éste, el de la omnipotencia del legislador. Así, en oposición a las viejas concepciones jusnaturalistas, se logró la identificación de la validez de las leyes con su positividad, es decir con su producción según las formas previstas en el ordenamiento, con la consiguiente garantía de la certeza del derecho y de la sujeción a la ley del poder judicial. Por lo menos en su modelo epistemológico, la jurisdicción, por caso, se configuraba como aplicación mecánica de la ley, y la ciencia jurídica como "dogmática", vinculada únicamente a los dogmas de la ley, cualquiera que fuese su contenido. Por otro lado, al principio de la omnipotencia del legislador corresponde la idea de la omnipotencia de la política y de su primacía sobre el derecho -por ser la legislación competencia de la política- y, correlativamente, una vez que el legislador se ha democratizado mediante las formas de la representación parlamentaria, una concepción puramente política, formal y procedimental de la democracia, identificada con la voluntad soberana de la mayoría.

Pues bien, la segunda revolución, producida durante la segunda mitad del siglo XX, con las instituciones rígidas, equivale a completar el paradigma del Estado de derecho, o sea a la sujeción de la ley de todos los poderes, incluso el de la mayoría -que se subordina, también él-, al derecho, más precisamente a la Constitución, y no sólo en cuanto a las formas y a los procedimientos de formación de las leyes, sino también en cuanto a sus contenidos.

Como consecuencia de ello, en el Estado constitucional de derecho el legislador ya no es omnipotente, en el sentido de que las leyes no son válidas sólo por haber sido producidas por él en las formas y con los procedimientos normativamente establecidos; lo serán si, además, resultan también coherentes con los principios constitucionales. Tampoco es omnipotente la política, cuya relación con el derecho se invierte: también ella y la legislación, que es su producto, se subordinan al derecho. Hasta el punto de que ya no es el derecho el que puede ser concebido como instrumento de la política, sino, al contrario, es la política que ha de ser asumida como instrumento para la actuación del derecho, y precisamente de los principios y de los derechos fundamentales inscritos en ese proyecto, a la vez jurídico y político que es la constitución. De aquí se sigue un cambio en la naturaleza misma de la democracia: ésta ya no consiste simplemente en su dimensión política proveniente de la forma representativa y mayoritaria de la

producción legislativa que condiciona la vigencia de las leyes, sino que también consiste en la dimensión sustancial que le viene impuesta por los principios constitucionales, que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos.

Es a partir de este cambio de modelo como se comprende el cambio del papel de la ciencia jurídica provocado por este nuevo paradigma. Dado que en el modelo constitucional-garantista la validez de las leyes ya no es un dogma unido a su mera existencia o validez formal, sino una cualidad contingente ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, la interpretación de la ley es siempre también un juicio sobre la ley misma, de la que jueces y juristas deben elegir únicamente los significados válidos, es decir compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por éstas. Gracias a la rigidez de las constituciones y a que contienen principios sustanciales, que van desde los derechos fundamentales a las garantías penales y procesales, toda ley tiene al mismo tiempo la consideración de norma respecto a los hechos que regula, y de hecho -cuya conformidad o disconformidad, coherencia o incoherencia y, por lo tanto, validez o invalidez debe ser determinada por la ciencia jurídica- en relación con las normas por las que ella misma es regulada.

El viejo conflicto entre iusnaturalismo y positivismo, y por otro lado entre positivismo y realismo jurídico -entre el derecho "como debe ser" y el derecho "como es", entre el derecho por hacer y el derecho ya hecho- se ha trasladado de este modo al cuerpo mismo del Derecho positivo, configurándose como una permanente divergencia entre los diversos niveles del ordenamiento: entre el nivel constitucional, que incorpora normas y principios de justicia bajo la forma de derechos fundamentales, y el nivel legislativo, cuyas normas son siempre susceptibles de ser censuradas como ilegítimas- por el juez en el plano operativo y por el jurista en el doctrinario- en el supuesto de incoherencia con la constitución. Y este conflicto puede resolverse gracias a la doble dimensión -descriptiva del "ser" del derecho y prescriptiva de su "debe ser" jurídico- impuesta tanto a la teoría como al análisis dogmático, precisamente por el paradigma constitucional conforme al cual se han modelado los sistemas jurídicos avanzados.

Queremos subrayar es que el nuevo paradigma constitucional, en cuanto comporta inevitablemente antinomias y lagunas vinculadas a los diferentes niveles normativos en los que se articula su misma estructura formal, lleva, por así decirlo, inscripto en su propia estructura un doble papel de la ciencia jurídica en general y de la penal en particular: ante todo la crítica del derecho existente, a través del análisis y la censura de sus perfiles de invalidez constitucional; en segundo lugar

el diseño del derecho que debe ser, a través de la identificación de sus lagunas, o sea de las garantías que aún faltan y que deben ser introducidas en apoyo de los derechos sancionados en las constituciones.

En definitiva, el paradigma garantista del constitucionalismo democrático pone en crisis la totalidad del esquema positivista tradicional de la ciencia y de los conocimientos jurídicos, basados en los dogmas de la coherencia y la plenitud del ordenamiento y en la presunción apriorística de la legitimidad del derecho existente.

Cierto que esta orientación es todavía minoritaria en la cultura académica. Sin embargo, es precisamente ésta la perspectiva que ha tomado cuerpo en los últimos años a través del desarrollo de movimientos de jueces y de juristas. Estos movimientos han nacido siempre de la conciencia y de la denuncia de la ilegalidad, y no sólo de la injusticia, de la práctica del derecho respecto a sus propias fuentes de legitimación jurídica, y por ello del compromiso de transformarlo.

Es posible que esta nueva perspectiva de comprender y aplicar el Derecho se base en una confianza excesiva en el papel garantista del derecho. Sin embargo, para la crisis del derecho no existe otra respuesta que el derecho mismo. Esto es así, puesto que el actual paradigma garantista del constitucionalismo democrático no sólo expresa un modelo de derecho y de Estado, sino también un modelo de democracia, y por ello lo sostiene la fuerza de la razón y de los valores de la libertad, igualdad y justicia, cada vez más universalmente compartidos.

Esta crisis del derecho positivo, en su concepción tradicional, en el cual el Estado ya no detenta el monopolio de la producción del Derecho, es producto de diversos factores, mismo que se analizarán en el cuerpo del presente trabajo; sin embargo, es menester destacar un elemento que ha resultado definitivo que se refiere al cambio de la llamada Soberanía, elemento consubstancial al Estado Nacional. Ningún poder por arriba del Estado, ni interno ni externo, es la esencia de la soberanía y del poder público. Bajo este concepto tradicional de soberanía no se admiten competidores; ya que si se admiten, el Estado dejaría de ser el “todo”, para pasar a ser “parte”. No se admite ingerencia en lo nacional y, mucho menos en lo extranjero. Sobre este concepto fundamental se construyó la teoría y la práctica del Estado moderno.

La propia evolución de los Estados modernos ha hecho surgir: un pluralismo político y social interno que cuestiona y se manifiesta en contra de los poderes tradicionalmente establecidos, que se opone a la idea misma de la soberanía y la

sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el propio Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, en muchas ocasiones en dimensiones totalmente independientes del propio territorio estatal; la aparición de poderes supranacionales, promovida en ocasiones por los mismos Estados, que limitan y subordinan lo nacional; y, la operación práctica de jurisdicciones internacionales, incluso otorgándole a los individuos derechos que pueden hacerlos valer en dichas instancias, aún en contra de los mismos Estados a los que pertenecen.

Esta dinámica de evolución, hacia adentro y entre Estados ha sido producto de un fenómeno socio-económico reconocido como globalización, proceso que ha intensificado su presencia mundial en los últimos treinta años. Procesos de integración comercial, económica, financiera y monetaria han desembocado en nuevas condiciones políticas que han encontrado y están en búsqueda de nuevas expresiones normativas que reflejen esta nueva realidad que garanticen la convivencia armónica entre individuos y entre naciones. Tenemos claros ejemplos de los procesos de integración política, económica y jurídica que han trastocado las formas y conceptos tradicionales del llamado Estado de Derecho. En Europa se puede observar el proceso más avanzado de interacción estatal; no obstante los modelos aparecidos en América y en Asia no dejan de ser menos interesantes para su estudio.

Bajo estas condiciones el Estado, en su concepción clásica, está en el proceso de perder su posición central para pasar a formar parte de un todo, en lo nacional y en lo internacional; en este nuevo esquema las respectivas constituciones dejan de ser un proyecto para convertirse en plataforma; en las cuales ya no existe un “soberano” como tal; las constituciones contienen, ahora, compromiso de posibilidades con un Derecho en el que coexisten y se privilegian los principios y valores sobre la ley, a fin de respetar pluralismo e interdependencias.

Estas nuevas condiciones están modificando la cultura jurídica; la forma de entender el fenómeno jurídico. Las categorías tradicionales del Estado –territorio, población, gobierno, orden jurídico y soberanía- han perdido centralidad. De igual manera, los elementos del Estado de Derecho: representación electiva de los gobernantes; los derechos de los ciudadanos; la separación de poderes; y, los mecanismos jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos están siendo cuestionados.

Estamos frente a un cambio de paradigmas. El Estado ya no es más el poder absoluto en lo interno y soberano en lo externo, existen fuerzas ajenas a él igual o

más poderosas; no es la legalidad la línea de conducción de los comportamientos sociales, ahora procuramos transitar a través de principios y valores, se privilegia más el contenido que la forma de hacer normas; en lo teórico cuestionamos el iuspositivismo como única fuente del derecho. A este proceso evolutivo de la realidad y, consecuentemente, de la teoría jurídica y política se le está reconociendo como el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional.

Por lo expuesto, el objetivo de esta tesis es presentar de una forma ordenada y esquematizada los procesos de cambios que se están sucediendo en las sociedades occidentales modernas, en algunos casos con mayor claridad y celeridad que en otros; pero, con una clara tendencia a una comprensión universal del fenómeno jurídico-político del llamado Estado Constitucional, en el entendido de que procuraremos una respuesta a la pregunta de que si el Estado Constitucional es una nueva forma de la organización del poder político o, simplemente es una forma de comprender y aplicar el Derecho

Para abordar la temática expuesta, se parte, en el primer Capítulo, de la justificación de por qué es relevante considerar al Estado como objeto de estudio, en particular visto desde la óptica de la Ciencia Política y desde la Ciencia del Derecho, al considerar –al Estado- como un producto del quehacer humano que determina la forma de organización de un conglomerado humano en determinado espacio y tiempo. Se trata de un análisis teórico sobre los problemas que se tienen desde el punto de vista epistemológico, sobre el objeto y el sujeto del conocimiento. También, se revisa la evolución del concepto Estado y las teorías que se han elaborado sobre él. De igual manera se toca el tema de de sus elementos; para concluir en la estrecha relación que existe con la ciencia del Derecho.

La evolución del Estado y las formas en que se ha manifestado es el contenido del segundo Capítulo del presente trabajo. En primer término hemos considerado fundamental definir lo que es el Estado y establecer una clara diferencia con las formas de gobierno. Quizás la confusión más frecuente a la que nos encontramos entre los estudiosos y noveles del Derecho y de la Ciencia Política es la que se establece entre Estado y Gobierno. Se confunde las causas con el efecto, lo principal con lo accesorio. Es por ello que en esta Unidad se establece que Estado es un concepto eminentemente político que tiene que ver con el fenómeno del origen y ejercicio del poder, el que se pone en práctica de forma unilateral (autarquías) o en forma compartida (democracias). Es a partir de este concepto fundamental, como se explican las diversas formas de gobierno, con sus múltiples variaciones. Adicionalmente, en esta Unidad se realiza una revisión de la historia de las doctrinas que se han formulado sobre el Estado.

El Estado, como fenómeno político y, posteriormente como jurídico, ha sido estudiado desde los tiempos más remotos. Los griegos inauguraron esta positiva práctica y, desde entonces, la humanidad en su conjunto ha continuado observando y tratando de explicar la forma en que el poder político se organiza y ejerce. Es por ello que se ha incorporado un apartado sobre este tema.

Los modelos históricos de Estado también han sido considerados para completar el apartado anterior, ya que para el conocimiento de este fenómeno social es menester conocer la evolución histórica de los modelos que las sociedades han adoptado en sus formas de organización.

El Estado moderno y contemporáneo no podría ser comprendido sin el estudio de tres revoluciones: la francesa, inglesa y norteamericana. La lucha de las sociedades por limitar los poderes monárquicos. De estas luchas armadas surgen nuevos modelos de organización política y, sobre todo, aparecen los derechos individuales que, a partir de ellos, se construyen modelos jurídicos que prevalecen hasta nuestros días. Este aspecto también es materia del Capítulo segundo.

En el tercer apartado encontraremos la descripción de lo que se conoce como Estado de Derecho. Es muy importante destacar que al referirnos al Estado de Derecho no estamos hablando de un “tipo de Estado”, sino de una característica que le es propia a cierto tipo de organizaciones políticas.

Por lo anterior expuesto, consideramos importante, para los fines del presente estudio, revisar el concepto, analizar al derecho como un sistema de normas jurídicas que imponen o inducen conductas. Así mismo, exponer las principales interpretaciones al modelo de Estado de Derecho, para concluir con los dos conceptos que más se identifican con este modelo: la legitimidad y legalidad.

El Estado Constitucional y su nueva expresión e interpretación jurídica será el tema que se abordara en el capítulo cuarto. Como ya se expresó, la tendencia más reciente en la interpretación y argumentación jurídica nos señala que las sociedades modernas y democráticas están transitando del Estado de Derecho al Constitucional. Algunas de esas explicaciones han ido al extremo de afirmar que estamos frente a otro tipo de “Estado” en el cual la base de la coexistencia son los principios y valores constitucionales.

Ante estas afirmaciones se consideró necesario explicar esta corriente del pensamiento jurídico estableciendo con la mayor precisión posible, las diferencias entre los conceptos jurídicos y políticos. Ya que hablar del Estado Constitucional

es referirse a un nuevo estilo de comprender, crear y aplicar el derecho y de ninguna manera a una nueva forma de organización del poder político. Para ello en el capítulo señalado, se abordarán los conceptos fundamentales de esta escuela de pensamiento.

El quinto y último capítulo abordaremos detalladamente sobre la propuesta actualmente conocida como la constitucionalización del Derecho. Sus fuentes, las máximas directrices, la defensa que se establece a la Constitución, la legitimación del juez aplicada a esta interpretación, las máximas a aplicarse y las particularidades del derecho mexicano vinculado con este tema.

Se finaliza el presente trabajo con una serie de conclusiones a las cuales hemos arribado y que son nuestra propuesta teórica sobre el posible tránsito, la interpretación y argumentación del Estado Constitucional.

Cabe hacer notar que para la formulación de este trabajo se ha recurrido a importantes textos de autores que con una gran capacidad argumentativa dan cuenta del fenómeno descrito. Teóricos clásicos del Estado como Jellinek, Heller, Marx, entre otros; así como pensadores de la dogmática jurídica: Kelsen y Hart; para recurrir, finalmente a autores contemporáneos que abordan el fenómeno del Estado desde una visión más política y jurídica: Cován, Cárdenas, Atienza, Bobbio, Vigo y Zagrebelsky, entero otros. De todos se da cuenta puntual en la bibliografía correspondiente.

Ciudad de México, otoño de 2007

I. El Estado como objeto de estudio

El Estado, como construcción humana, es un hecho real y por lo tanto adquiere la categoría de objeto de estudio. Es la forma de organización del poder político de una sociedad en un espacio y tiempo determinados. Es en este concepto donde se reúnen la Ciencias Política y Jurídica.

Antes de abordar el tema del Estado como objeto de estudio, resulta importante, establecer algunas premisas conceptuales sobre la identidad del Estado, que nos permitan delimitar con claridad el fenómeno político de su propia expresión normativa. El Dr. Miguel Covián Andrade, en su obra *Teoría Constitucional*¹, nos ubica, desde el ámbito de la Ciencia Política, los elementos o premisas fundamentales con los que se distingue el Estado, estos son los siguientes:

- Es una forma de poder político, que nos demuestra que estamos frente a un fenómeno histórico relativo, ya que no se trata de una categoría permanente y universal, cada sociedad ha tenido y tiene sus propias características de organización;
- Una idea de configuración y sustento del poder político, con base en la cual al Estado se le asignan fundamentos de legitimación, ciertas estructuras para su ejercicio y determinados fines, que confluyen en una abstracción; es decir, no es visible, tangible; que se manifiesta a través del poder que ejerce y se aplica a su nombre y representación;
- Un vía de institucionalización del poder político, cuyo propósito esencial es el de racionalizar su ejercicio y acatamiento, en tanto que éste no se impondrá por la voluntad unipersonal, sino a nombre de una institución (Estado), diferente al detentador del poder, la cual trasciende al permanecer y perdurar aún a la desaparición de éste;
- Una nueva mitificación del poder político, que sustituye las ideas metafísicas, religiosa, divina, mágica, o pragmática de su origen y de su justificación, por una necesidad racional de sobrevivencia de la comunidad que se pondría en riesgo sin el Estado monopolizador del uso de la fuerza, única oponible a todos sus miembros y justificable ante todos;
- Una abstracción, en tanto que la idea de Estado se crea para concretarse en la realidad, para cumplir con determinados fines que imaginan sus creadores y admiten los destinatarios de este poder. Estos fines se identifican con una misión común de los miembros de la sociedad y con un destino de la colectividad, que

¹ COVIAN Andrade, Miguel, *Teoría Constitucional*, Vol. I., CEDAPIC, México, 2004, p.313.

aparecen como un conjunto de actos armónicos y coherentes orientados a la consecución de fines superiores y realizados a nombre de todos;

- Una forma de legitimación del aparato estructural e institucional del poder que lo convalida y lo justifica, lo que hace posible que los grupos menos favorecidos de la sociedad acepten las decisiones del grupo instalado en el poder, que se explica como una contribución al interés colectivo, cuya conservación depende de la sumisión de los intereses individuales a los generales. El Estado explica y justifica el poder político, que en lo social se presenta como una necesidad ineludible regulada y controlada normativamente;

- Un medio conceptual y empírico a la vez, de objetivizar el poder y de legitimar su uso, que en el fondo es la fuerza institucionalizada. El poder político al no ser más un acto personal deja de ser subjetivo, para convertirse en poder estatal que se torna objetivo. Los límites del poder no sólo son temporales, en cuanto a quienes lo detentan, sino en relación a su capacidad real o intrínseca de acción y manifestación. Esta institucionalización del poder trae consigo su limitación, por lo que respecta a su marco regulatorio de ejercicio, representado por el orden jurídico y en cuanto a sus fines, incluidos a su vez en una idea específica de Derecho; y,

- Una forma de socializar el poder, al convertirlo en un asunto de interés común y de necesidad generalizada, que requiere de una voluntad que lo imponga y, que de ser el caso, debe hacerlo en forma coactiva, con base en el Derecho, el cual limita el arbitrio de los gobernantes y como límite al poder que detentan. El no acatamiento del poder político puede interpretarse como una oposición al proyecto común o mayoritario que está representado por el propio Estado que su imposición, incluso de forma violenta, se justifica con base en las reglas del Derecho.

Estas consideraciones, arriba apuntadas, son básicas para la formulación del presente trabajo, ya que el Estado, bajo dicha óptica, es una forma de organización del poder político de determinada sociedad, la cual no se debe confundir con sus elementos, ni con su forma de actuar.

I.1. Problemas del conocimiento del Estado

Como se ha señalado, el Estado es una forma determinada de organización del poder político que actúa en la realidad histórico-social efectuada por el hombre, con base en ello la Teoría del Estado ha de ocuparse del hombre, en cuanto que es éste el que genera la realidad social y estatal, el que se manifiesta en forma colectiva.

Al observar, analizar y describir el Estado, se aspira a comprenderlo en su estructura y funciones, considerando su devenir histórico y las tendencias de su evolución, ya que estamos frente un fenómeno social variable que no presenta caracteres constantes en todo momento y lugar.

El estudio de la Teoría del Estado tiene su origen en Alemania, a mediados del siglo XIX, que aspiraba a una construcción “general”, a partir de un análisis histórico y la construcción de algunos conceptos de derecho político. Su propia evolución la ha vinculado a la descripción, interpretación y crítica de los fenómenos políticos. A través de la historia, se ha venido transmitiendo un cúmulo de doctrinas y conocimientos, a los que hoy conocemos con el nombre de ciencias políticas; sin que hasta la fecha se haya podido determinar el objeto y el método de esta singular ciencia.

Para el análisis del tema que nos ocupa en este capítulo, *El Estado como objeto de estudio*, y en particular para abordar la problemática que nos presenta su conocimiento, en cuanto al objeto en sí, como también el método científico que deberá seguirse, hemos recurrido a la literatura clásica de la teoría del Estado, en particular a dos autores, Georg Jellinek² y Hermann Heller,³ quienes se plantearon el problema epistemológico del Estado, desde el objeto observado, del sujeto que conoce y el método adoptado para su explicación científica.

El problema de la diversidad de ramas de la las ciencias políticas y la discusión de lo que ellas deben ser, se encuentran hoy sin una suficiente claridad. En la actualidad, la ciencia política presenta limitaciones en cuanto a la definición de su objeto, ya que resulta imprescindible reconocer a lo político su legalidad peculiar y particular; ya que se ha cometido el error de considerar el fenómeno político como una consecuencia de la esfera religiosa o de los procesos económicos o de las decisiones legislativas o de cualquier otro. En este sentido, se carece de objeto propio del conocimiento y sólo puede existir como una rama de la teología o de la economía o del derecho. El objeto de estudio de la ciencia política cambia, se modifica a causa de los problemas y complicaciones, de caracteres concretos histórico-sociológicos que plantea la misma acción política.

Otra limitación que observamos en relación con la ciencia política, es que no aspira a abarcar todo lo concerniente al Estado; ya que, se ocupa en principio, de aquellas actividades políticas y formas institucionalizadas del poder. Así se interesa de los problemas que surjan en torno al gobierno y a la legislación; sólo en el caso en que los órganos judiciales o administrativos se hallen en posibilidades de alterar, en forma sustancial, la distribución del poder político mediante decisiones autónomas, o bien cuando la actividad judicial o

² JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, FCE, México, 2000.

³ HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, FCE, México, 2002.

administrativa signifique una traba o estímulo al gobierno a la legislación en que se realiza la concentración de los poderes, es que se ocupa de estos otros ámbitos.

En la actualidad la ciencia política aborda los temas relativos al poder de la siguiente forma: en el centro aparece el problema de la organización y división del poder político y el de su adquisición, exponiéndolo con referencia a un Estado concreto, mediante una estructura de teoría sistémica de carácter general. Adicionalmente, la ciencia política expone la descripción y explicación de esta organización del poder en sus diversas conexiones, destacando particularmente la que tiene con la Constitución. Así mismo, incluye la descripción de las más importantes formas de autoridad política, de la organización y acción de los grandes grupos dentro del Estado; la exposición del papel que desempeñan las ideas políticas en la formación y desarrollo de los cuerpos políticos; las relaciones de los poderes políticos organizados con los grandes poderes sociales (ejército, iglesia, opinión pública, medios de comunicación, centros financieros, sindicatos, entre otros.); finalmente, habría de referirse también al Estado en sus relaciones con los poderes internacionales y los otros Estados. En la moderna ciencia política se ponderan por igual las cuestiones de política interior y exterior.

Los problemas jurídicos sólo son de interés de la ciencia política en cuanto a derecho; es decir, como orden social escrito o no escrito, que legitima, fundamenta o limita, de modo efectivo, el poder político, y en cuanto ordena, de manera real, las relaciones de poder de los órganos estatales entre sí y con los habitantes del territorio u otros Estados.

Otro de los elementos que limitan el conocimiento del Estado, es que la ciencia política moderna no está ajena a prejuicios y falta de objetividad, tanto en su aspecto expositivo, como en su posición crítica. Los datos que se ofrecen en los objetivos políticos e ideales para el futuro, como en la descripción de la realidad política presente, están cargados de aspectos subjetivos, principalmente influenciados por una gran carga ideológica que limita la discusión científica.

Para fijar el objeto de estudio de la ciencia política y, en particular de la teoría del Estado, debemos admitir que la realidad social está compuesta por una serie de hechos desarticulados que sólo pueden ser ordenados a partir de los puntos valorativos del observador-investigador. La definición del objeto del conocimiento es producido por el sujeto que conoce de él, tiene que admitir la existencia de un ser externo que cuestiona y conoce estando situado fuera de la realidad social. Todo conocimiento sobre el Estado tiene que partir del supuesto de que la vida estatal incluye siempre al que investiga; éste pertenece a ella y no puede abstraerse. No es el Estado un objeto extraño al sujeto que interroga, existe una dualidad dialéctica de sujeto y objeto. El análisis de los aspectos esenciales de la vida y funcionamiento del Estado, son extraídos siempre de la misma vida de éste. De la capacidad que la teoría del Estado tenga para resolver este tipo de

aspectos y pueda ayudar a resolver cuestiones concretas y desentrañar aspectos reales de la vida práctica del Estado, se justificará su existencia.

En tal virtud, tanto en la teoría del Estado así como en la ciencia del Derecho y en todas las demás ciencias que no operan sólo con formas abstractas de la realidad, los contenidos no pueden derivarse exclusivamente de construcciones racionales; ya que estamos frente a abstracciones; por lo tanto, no puede haber en este tipo de ciencias un sistema cerrado de conceptos; el contenido abstracto interviene siempre en la formación y la estructura de las formas particulares y sistemáticas. No es posible, en estas ciencias, construir en forma definitiva valorativa de todas las cuestiones de que se ocupa; porque las mismas ciencias cambian con las aspiraciones e ideas de los hombres.

En el estudio del fenómeno estatal se debe adoptar un propósito de carácter práctico, sin eludir la problemática política de cada momento en particular, estableciendo una delimitación expresa espacial y temporal de nuestro objeto de estudio, con lo cual se evitará de generalizaciones arriesgadas y de poca validez para cada fenómeno social determinado.

La actual teoría del Estado ha incorporado a su examen importantes temas teóricos y prácticos, como son: la naturaleza, función y unidad del Estado; el de sus relaciones con la sociedad, la economía y el derecho; las posiciones adoptadas por la opinión pública, de los partidos políticos y de otros factores reales de poder.

Otro de los problemas del conocimiento del Estado, se refiere concretamente al método con el cual se aborda. La necesidad de investigaciones metodológicas surge de la situación propia en la cual se encuentra la teoría del Estado y su relación con la ciencia del Derecho, en la cual encuentra su expresión normativa. Nos encontramos ante una discusión desordenada sobre los temas de la teoría del Estado, la cual adolece de múltiples confusiones desde el punto de vista conceptual y epistemológico. Los fundamentos de la vida del Estado y del pensamiento sobre él, que hemos recibido de los autores clásicos, se han visto alterados y es cada vez más aceptada la idea de que no tiene sentido discutir los resultados sino estamos de acuerdo en los supuestos básicos.

El problema fundamental del método para conocer el fenómeno estatal reside en la confusión en las premisas sobre la noción de Estado y Derecho. Una vez que los supuestos esenciales se hacen problemáticos, surge la necesidad de su análisis y establecer el método o la vía por el cual se conocerá el objeto de estudio. Dentro del método, es indispensable ocuparse de la relación que existe entre el sujeto que conoce y el objeto que se conoce; así mismo, de la actitud cognoscitiva, los modos de trabajo y la estructuración de los conceptos. Definido un tema se discute partiendo de los mismos o semejantes supuestos

metodológicos, es posible llevar a cabo una discusión crítica, un control del proceso en la construcción conceptual y arribar a conclusiones que su aceptación aspire a ser más general.

Otro de los aspectos metodológicos en el estudio del Estado que deben ser atendidos, se refiere a la multidisciplinariedad. Se debe reconocer que el Estado es sólo un contenido parcial de la realidad social; por lo tanto, los conocimientos que integran esta teoría sólo tendrán un valor verdadero si se refieren a la realidad total, por lo que debe apoyarse y auxiliarse en otras ciencias y disciplinas.

La teoría científica del Estado intenta conocerlo como una construcción humana y renuncia al origen divino o sobrenatural que algunas corrientes de pensamiento han pretendido asignarle. El sistema de conocimiento llamado “natural”, que aparece con el Renacimiento, deriva la religión, la moral, el derecho, como el Estado de una voluntad exterior al ser humano. Con ello la concepción teológica de la realidad social ha quedado superada. De este punto se deriva la separación objetiva entre las ciencias sociales y las que se ocupan de la naturaleza. La cultura aparece como la inserción de fines humanos sobre el curso de la naturaleza.

El objeto de la ciencias sociales o de la cultura es aquella parte del mundo físico que podemos considerar como producto humano para un determinado fin; sin embargo, no toda la realidad que el hombre genera es del interés de las ciencias sociales. No obstante lo anterior, debemos evitar el frecuente error metodológico de asegurar que las delimitaciones de las fronteras científicas entre la cultura y la naturaleza suponen una división tajante y definitiva entre estos dos campos del conocimiento. Es evidente que no existe una cultura independiente de la naturaleza y de sus leyes. La cultura no es una libre creación de la realidad, condicionada a la razón humana, sino una conformación de la realidad sujeta a principios psíquicos y físicas del hombre y del medio material que lo rodea.

Para comprender al Estado se parte del hecho de que estamos frente a una construcción humana que se expresa mediante cierta cultura, se rechaza la consideración de su clasificación dentro de las ciencias naturales. Con base en ello, estamos en condición de delimitar la esfera objetiva que le corresponde al Estado, ya que la cultura es aquella porción del mundo físico que se entiende como formación humana con un fin determinado, ya que no es otra cosa que una forma de vida humano-social. En la teoría del Estado, como ciencia de la realidad, que se percibe a partir de los hechos que nos permiten determinar científicamente el sentido del Estado, mediante el estudio de las conductas del hombre y los objetivos y fines que se propone.

Entendamos por “fin” el efecto o consecuencia de la voluntad calculado o esperado de antemano; es decir, aquello que se propone psíquicamente alcanzar un sujeto real de un modo concreto. Cuando nos referimos al sentido del Estado hablamos del “fin” que debe cumplir el Estado respecto a la conexión social real que realizan los hombres en sociedad y sobre los cuales opera. El sentido del estado sólo puede ser su función social, la misión que debe cumplir como elemento de unidad.

Con base en las consideraciones planteadas nos parece absolutamente válida la afirmación de Hermann Heller sobre la teoría del Estado y su relación con la realidad:

“De este modo la teoría del Estado es, en todos sus aspectos, una ciencia sociológica de la realidad que, considerando al Estado como una formación real, histórica, se propone comprenderlo y explicarlo casualmente mediante la interpretación de la “conexión de actividad” histórico-social”⁴

La realidad social y, consiguientemente, la política que determinan la forma de Estado, no presentan un carácter rígido, son la consecuencia de una evolución de la actividad humana, es por ello que el método con el cual debe investigarse es la actitud crítica histórica-dialéctica. Con ello se descubre el carácter dinámico del Estado y se inserta en la historia que está aconteciendo. Las formaciones sociales se presentan como procesos vivos entre los hombres y sus hechos. Esta es la función de la ciencia de la historia, en mostrar a los fenómenos sociales como un proceso; sin embargo, es importante considerar que la historia sólo presenta los hechos, más no los interpreta. El problema de la teoría del Estado consiste en que debe ser comprendido como una estructura en el transcurso histórico; ya que sólo existe el Estado si hay hombres empeñados en que éste llegue a ser.

Otro de los problemas que nos plantea el conocimiento del fenómeno estatal es el que se refiere a la posibilidad de separar la política, como ciencia práctica y valoración, con la teoría del Estado, como ciencia teórica y no valorativa. Consideramos esta separación como poco conveniente, por que divorcia al sujeto del objeto, a lo teórico de lo práctico.

⁴ HELLER, Hermann, op. cit., p.76.

No resulta fácil considerar ambos aspectos porque no existe un consenso sobre las competencias de ambas disciplinas. Hoy predomina la tendencia que considera a la política como una ciencia eminentemente práctica y a la teoría del Estado como simplemente eso, una teoría.

La teoría del Estado es también una ciencia práctica y no está exenta de la valoración de toda la política, como un fenómeno del ejercicio del poder. En tanto que la ciencia política, por su carácter de ciencia, también construye teoría. Cualquier conocimiento sólo tendrá valor para el político práctico si lo puede utilizar como instrumento en su lucha cotidiana. En este sentido, la teoría del Estado sería la parte general y de conceptos de la política concreta.

Sobre este particular, Georg Jellinek nos da cuenta de que:

“...todos los procesos importantes de la vida del Estado han sido, antes de su nacimiento y en éste, objeto de consideraciones y decisiones políticas, y de que toda acción estatal acarrea efectos políticos”⁵

El conocimiento de la realidad política y su valoración están estrechamente vinculados. Existe un carácter indisoluble entre lo teórico y lo práctico, entre la teoría del Estado y la política.

Por otra parte y en relación con la formación de los conceptos en la teoría del Estado, reiteramos que se trata de una ciencia de la realidad, que aspira a conocer la situación específica de la vida estatal en la que estamos inmersos, pero sucede que, para que esa realidad se convierta en conocimiento científico, es indispensable establecer un orden de explicación y formarla conceptualmente. Es cierto que ninguna ciencia tiene la capacidad de reflejar la realidad en conjunto; sin embargo, es su responsabilidad aspirar a una explicación “general”. La complejidad de la realidad social no puede ser representada con principios generales o con conceptos individuales.

Ante esta problemática de la formación conceptual de la teoría del Estado, debemos recordar sus propósitos que son: la descripción e interpretación del contenido de la realidad política, en la cual operan leyes, con una estructura abierta; por lo tanto, los conceptos generales, como los individuales, son posibles y necesarios, pero simplemente para ser el puente que nos permita concebir al Estado como forma que da orden y sentido a una sociedad.

⁵ JELINEK, Georg, op.cit., p.115.

I.2. El nombre del Estado

La historia del término con el cual se determina una ciencia o disciplina, por lo general, está estrechamente vinculada a su esencia, porque existe siempre una correlación entre la palabra y el sentido que se le otorga. En el caso que nos ocupa no ha sido la excepción, por ello hemos considerado conveniente analizar el origen y evolución del término Estado, ya que nos será de gran utilidad para conocer su contenido y valorar el sentido en el que ha sido utilizado.

Los griegos llamaron al Estado *πολις*, que era idéntico al concepto de *ciudad*, razón por la cual la ciencia del Estado entre los griegos se construyó bajo término de *Estado Ciudad* o *Ciudad Estado*, lo cual limitaba el sentido de comprender al Estado dotado de una gran extensión territorial. Cuando se habla entre los griegos de estos Estados, se les describe sólo como un conjunto de habitantes, sin considerar una relación entre el territorio y sus habitantes. En estas representaciones el elemento real del territorio quedaba en segundo plano respecto al elemento personal. La comunidad de ciudadanos se identifica con el Estado, por lo cual la situación del individuo dentro del derecho público, no está jamás condicionada por la pertenencia a un territorio, sino por el hecho de que forman parte de una comunidad de ciudadanos o por una relación de protección respecto a éstos.

La terminología política de los romanos corresponde al mismo tipo y concepto. El Estado es la *civitas*, la comunidad de ciudadanos o la *res publica*, esto es la cosa común a todo el pueblo, que coincide precisamente a la expresión griega, las provincias son consideradas como países aislados y dependientes de la gran ciudad. La capacidad plena del derecho a la ciudadanía sólo se le reconoce a aquellos que han sido admitidos a formar parte de la comunidad de la ciudad. *El civis romanus* es únicamente el ciudadano de Roma y es precisamente en esta ciudad en la que se funda el más poderoso Estado territorial de la antigüedad; sin embargo esta situación no logra una adecuada expresión en la terminología romana; ya que identifica el poder de mando, el propio gobierno, con el Estado romano; confundiendo la *res publica* con el *imperium*, con lo que el elemento más importante del Estado, el poder mismo. Como en Grecia, en Roma también se utilizan otras denominaciones para referirse al Estado como *populus* y *gens*.

Por lo que se refiere al mundo germano, heredero de la tradición del pensamiento griego y romano, el lenguaje expresa con claridad el cambio de las relaciones del Estado dentro de esta cultura. La palabra alemana *Reich* corresponde a la latina *regnum*, la cual significa dominación, dominio de un príncipe. Lo mismo sucede con las expresiones que proceden de la palabra latina *imperium* o sean imperio y *empire*. No existen en la lexicología germana de la época palabras o conceptos para designar a las monarquías o a las repúblicas, sobre todo si consideramos

que la ciencia del Estado inició su desarrollo metódico hasta el siglo XVI y a utilizar lenguas nacionales para definir este fenómeno social e histórico.

Es durante la edad media que el concepto de Estado se vincula a otro de sus elementos constitutivos, los nombres de *Land, Terra, Terrae*, se utilizan para denominarlo, ya que se considera el predominio del Estado sobre grandes territorios lo más significativo de su actuación, al establecer el poder político sobre la propiedad del suelo. Aún cuando esta manera de concebir al Estado lo hace aplicable a los grandes como a los pequeños, deja de comprender en sí a los Estados-Ciudades y sí lo hace aplicable a territorios y provincias que, en estricto sentido no son Estados.

Fue en Italia donde se atiende la necesidad de contar con una palabra que diera el concepto de total y absoluto de Estado. Para la generalidad de los estados italianos las palabras *regno, imperium, terra, città*, no les daba el sentido del carácter de los Estados de Florencia, Génova, Pisa, Venecia, entre otros. Fue cuando se inicia el uso de la vos **Stato** que va unida al nombre de una ciudad v. gr. *Stato de Firenze*. Es así como se crea y acepta un concepto aplicable a todos los Estados, monarquías o repúblicas; grandes o pequeños, Estados-ciudades o Estados-territorio. Con la aparición de la idea moderna de Estado, surge la voz que habrá de designarlo.

Es en los siglos XVI y XVII que la palabra *stato* se introduce en la lengua francesa y alemana. Bodino, en Francia, utiliza la vos *république* cuando habla del Estado, en tanto que llama *Estat* a una forma determinada de Estado, por lo cual habla del Estado aristocrático y el Estado popular. Más tarde se generaliza el término *Estat* en el sentido que lo definió Maquiavelo.

En Inglaterra se utiliza la palabra *State* en el sentido técnico de Estado; en Alemania también se incorpora, aunque más lentamente, la significación de *status*.

En el transcurso del siglo XVIII se consolida la expresión Estado, ya bajo la influencia definitiva de los trabajos publicados sobre la ciencia del Estado y se designa con esta voz a la totalidad de la comunidad política; no obstante su aceptación generalizada, esta voz conserva un doble significado que ha llegado hasta nuestros días, ya que se llama "Estado" a las provincias o territorios que tienen una Constitución particular.

Además de la expresión Estado se usan hoy otras voces para expresar la idea de comunidad política, tomando como elemento su aspecto exterior, por ello se le llama, *macht*, *puissance*, *potenza*, *power*, *poder*, entre otras, que se utilizan incluso en el ámbito diplomático.

Desde el punto de vista científico, no hay ningún término tan útil y fácil de comprender como Estado, ya que esta voz por sí misma explica y transmite el sentido que en la ciencia política y el Derecho se le asigna a la forma de organización del poder político de una sociedad en un tiempo y lugar determinados.

I.3. Las teorías sobre el Estado

El estudio del Estado es una de las disciplinas más antiguas. Particularmente la cultura griega, cuna del pensamiento occidental le brindó una especial atención, hasta alcanzar una gran preeminencia dentro de los temas y cuestiones a los que les brindaron su talento.

La visión especial que del mundo poseían los helénicos les señalaba que el Estado no era sólo una comunidad política, sino que era, al mismo tiempo, religiosa. Por lo tanto, para el pueblo griego, las cuestiones morales estaban estrechamente relacionadas con las políticas. No se comprendía en Grecia una comunidad fuera del Estado o autónoma dentro de él. Como los problemas morales superan en interés a los demás, les dieron prioridad en su atención, y la doctrina del Estado alcanzó por su unión con lo moral, un primer lugar en la investigación y procuró fijar los principios de las acciones políticas. Los estudiosos de esa época se empeñaban en encontrar la medida, un criterio con el cual juzgar los hechos y acciones de los hombres. Unos creían encontrarlos en la naturaleza y otros en leyes humanas.

En esta divergencia de opiniones, la cuestión fundamental que se planteó es la de cómo constituir el Estado con relación a su fin y cuál será la situación del individuo frente y dentro de ese estado. Con lo cual se arriba al tema principal y fundamental ¿cuál es la forma ideal de Estado? La pregunta fundamental no está en ¿qué es el Estado?, sino ¿cómo debe ser creado el Estado? Esta es la base de su estudio, no interesa tener un conocimiento científico del mismo; primero se debe definir su forma ideal.

Durante la época de esplendor de la filosofía griega llega a ser tema favorito la discusión política sobre la idea del Estado perfecto. Platón es el escritor donde

más claramente se advierte dicha preocupación, donde sus más grandes obras políticas están dedicadas a la descripción del Estado ideal⁶.

Aristóteles define que el fin último de la investigación de las ciencias del Estado está constituido por el conocimiento de “el mejor Estado” y señala que “conocer el Estado que mejor realice su propio fin es el objetivo más digno que puede proponerse el conocimiento práctico”⁷. Fue este mismo pensador quien intenta construir las ciencias prácticas sobre la base de una investigación de lo real, creador de la doctrina sistemática de la ciencia del Estado, la cual, para él, ocupa un lugar en cuanto a ciencia teórica, junto a la política práctica, que se propone crea un Estado mejor que el que le antecedió. Así mismo, Aristóteles determinó cuales son fundamentalmente los “tipos empíricos” de Estado de su época y fija la subdivisión de los mismos.

En las escuelas de pensamiento posteriores a Aristóteles, se mantuvo la tendencia de relegar el interés teórico del conocimiento político y privilegiar por un interés práctico orientado a la protección del individuo. Prevalciendo la preocupación del Estado ideal.

Los sofistas hicieron una dura crítica a la posición platónica y aristotélica de buscar el Estado Ideal, y desarrollaron su propia teoría sobre el Estado real, sobre la base de descubrir la mejor forma de que el Estado cumpla con sus fines; es decir, una actitud totalmente pragmática.

En la doctrina del Estado, como en otras muchas ciencias y disciplinas, la producción cristiana de la Edad Media está muy lejos de ser considerada como científica, ya que se nota la preocupación sobre el saber del deber ser del Estado y no de lo que en realidad es. Adicionalmente, no se formó una ciencia sustantiva del Estado se debió a la falta de existencia de Estados mutua y oficialmente reconocidos. Particularmente porque el imperio romano continuó organizado durante la edad media, con la misma forma de imperio mundial.

Durante el Renacimiento y la Reforma se destacan las investigaciones de corte político. La disolución del mundo medieval, dejó cuestionadas y en proceso de desintegración las autoridades existentes. La Edad media se sustituye por Estados conscientes de su independencia. De esta realidad surge la literatura política, que se ocupa de la naturaleza, propiedades y formas de organizarse de algunos Estados.

⁶ PLATON, *Diálogos*, Porrúa, México, 1991, pp. 486-490.

⁷ ARISTOTELES, *Política*, Gredos, Madrid, 1999. En buena parte de esta obra, la educación es un apartado fundamental para la constitución de “El Estado perfecto” condición fundamental para llegar a constituir un gobierno de los “mejores”, pues mientras mejor y mayor conocimiento se tenga del Estado y su tarea, su función se desarrollara satisfactoriamente.

El mundo moderno busca una nueva base para fundar en ella las relaciones nuevas. Este fundamento lo encuentra en el Derecho Natural, el cual ya había sido esbozado por los antiguos pensadores y en la misma Edad Media. La característica del Derecho natural es que no hace depender su fuerza de mandamientos divinos, sino que afirma su valor por razones de necesidad interna; en sus comienzos se orienta hacia el Derecho Político, el Estado, su origen, naturaleza y funciones, son derivados de él, de aquí nace una teoría general sobre el Estado, que se expresa como una teoría jurídica. Posteriormente ya se mezcla lo jurídico con lo político, con fines eminentemente prácticos. De esta tendencia se desprende a considerar al Estado sobre bases jurídicas: el contrato.

El siguiente paso en la evolución de las teorías del Estado fue el de tratar por separado los aspectos políticos de los jurídicos y aparecen los primeros tratados en los sistemas del Derecho natural que dedicaban una sección especial al estudio de la doctrina general del derecho político.

Al evolucionar la escuela del derecho natural y perder parte de su gran influencia, reaparece el derecho político como una tendencia manifiesta, bajo la forma de derecho constitucional universal. *Montesquieu* ofrece un modelo: la monarquía constitucional inglesa y un ideal político de Estado: asegurar la libertad política a los ciudadanos. Las instituciones inglesas, tal como se conocen y fueron imitadas en Francia, dieron lugar a una doctrina del Estado constitucional modelo que influyó de manera determinante en la política práctica y llegó a ser el fundamento de los programas de los partidos liberales en casi toda Europa.

El gran desarrollo de las ciencias, ocurrido en los siglos XVIII y XIX, también toca a las ciencias del Estado que se ve influenciada por la necesidad de explicar el proceso histórico de los Estados ya existentes. La formación de nuevos órdenes del saber que están en conexión estrecha con la vida del Estado, permite considerar el problema desde otros puntos de vista. El derecho natural consideró al Estado exclusivamente como una institución jurídica edificada sobre estos fundamentos; más adelante, se recoge y unifica la variedad de elementos que lo conforman dentro de un ámbito científico.

Comienza a aceptarse la idea de que la ciencia fundamental del Estado no es sólo la doctrina jurídica del mismo, sino una disciplina independiente, cuyo objetivo es fijar sus caracteres que son ajenos al derecho y anteriores a él, para lo cual no es suficiente el auxilio que la investigación jurídica pueda aportarle. De esta manera va surgiendo la necesidad de contar con una teoría general del Estado como disciplina autónoma, no subordinada al Derecho, con su propio objeto de estudio y método para introducirse científicamente en la totalidad de sus caracteres y elementos.

La expresión doctrina o teoría del Estado se empieza a usar a mediados del siglo XVIII; pero, no es sino hasta, finales de la misma centuria que se reconocen las diferencias que le separan del Derecho político. Ya en el siglo XIX la teoría del Estado es considerada como independiente que se desarrolla paralelamente al derecho público y la política. Sin embargo, no se tiene una claridad absoluta sobre el punto de que el Estado puede ser considerado desde dos aspectos científicos diferentes: el social y el jurídico. No obstante esta indefinición, en la ciencia moderna se ha definido que el derecho político no es puramente la doctrina de un derecho vigente, sino que es, al mismo tiempo una teoría de la parte no jurídica de la doctrina del Estado y contiene normas, no proposiciones científicas. Esta doctrina ocupa un lugar semejante o análogo a la doctrina general del Derecho.

Hasta nuestros días ha llegado la confusión y discusión sobre la separación entre lo teórico y lo práctico. La exigencia de una teoría general del Estado separada de la política, que refiera sus resultados al ser y no al deber ser es la tendencia actual de los estudios que se realizan sobre el Estado.

La teoría general del Estado, como doctrina de los conceptos jurídicos fundamentales del mismo, es campo de acción de los juristas. Es costumbre de los tratadistas modernos iniciar la exposición del derecho político positivo con una introducción a la doctrina general del Estado, lo cual está plenamente justificado, ya que se refiere a las instituciones particulares jurídicas de esta misma rama, en la propia relación en que se encuentra la doctrina general del derecho privado o del derecho penal con la parte especial de estas ciencias.

Cabe hacer mención que la teoría general del Estado no sólo mantiene un importante vínculo con la ciencia del derecho, también lo hace con otras áreas del conocimiento. Cada sistema filosófico tiene que desarrollar alguna posición sobre el Estado. Lo mismo sucede con los historiadores, que han considerado al Estado como un proceso evolutivo de la sociedad.

I.4. Elementos del Estado

Hemos señalado que el Estado, en términos generales, es la forma de organización del poder político de una sociedad, en un tiempo y espacio determinado; esta aproximación teórica tiene una manifestación real en el mundo de los hechos; esto quiere decir que el Estado actúa sobre una población asentada en un área física delimitada, de determinada manera y bajo condiciones específicas. Estas características son las que se conocen como “elementos del Estado” dentro de la Teoría que se ocupa de esta disciplina.

Tradicionalmente, en la literatura clásica de la Teoría General del Estado, se ha considerado que el Estado está compuesto sólo por tres elementos: territorio,

población y gobierno. Nos parece que esta descripción ha quedado superada por los propios hechos y por el estudio que se hace sobre los mismos.

Es por ello que en este trabajo incorporamos dos elementos adicionales: el orden jurídico y la soberanía que, a nuestro juicio, son condiciones o elemento para que una organización política pueda tener la categoría de Estado.

I.4.1. Territorio

El territorio es la extensión de la superficie terrestre que sirve de lugar de asiento a una colectividad política. En derecho internacional, el territorio del Estado se considera como uno de los elementos constitutivos de éste, o como el límite de la competencia de los gobernantes.

El concepto del territorio de un Estado surge en relación con la problemática sobre la validez de las normas jurídicas en el espacio. Es la teoría del Estado en donde el concepto de territorio ha tomado su origen y su legitimidad teórica. Sin embargo, en relación con cualquier conjunto de normas surge el problema de la determinación de su ámbito de validez espacial. El derecho internacional tiene su problema espacial, aunque al mismo no se le denomine usualmente con la palabra "territorio", la cual se ha reservado fundamentalmente para las organizaciones de carácter público.

Toda norma jurídica tiene por contenido, como materia de regulación, a la conducta humana y ésta es un hecho que transcurre en el tiempo y en el espacio. Todos aquellos hechos que pueden ser materia de regulación por las normas jurídicas sólo pueden verificarse en el tiempo y en el espacio. "Con arreglo al sentido de las normas del Derecho, un hombre debe realizar en cierto lugar en determinado espacio, y en alguna ocasión en un momento determinado, un cierto hecho, como condición de que en cierta ocasión y en cierto lugar se realice otra, consecuencia del primero. La validez de las normas constitutivas del orden del Estado, es, pues, una validez tempo-espacial, en el sentido de que dichas normas tienen como contenido determina dos acontecimientos, encuadrados espacial y temporalmente"⁸. En consecuencia, el espacio en el que se debe realizar la conducta regulada normativamente constituye el "territorio" del orden normativo en cuestión.

La norma jurídica al regular la conducta humana ya sea como condición o como consecuencia jurídica, tiene que especificar el espacio, es decir, el lugar en el que debe cumplirse la conducta. Esta especificación del lugar debido de la conducta es necesaria, pues de no estar como contenido directo o indirecto de la norma, tendría que concluirse que la norma no regularía conducta alguna, pues estaría

⁸ KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, 13ª. Ed, Porrúa, México, pp.23-28.

estableciendo como debida una conducta que no puede realizarse en espacio alguno.

El espacio en el que tiene validez un orden normativo no debe concebirse como la superficie terrestre, es decir, como un plano, sobre el cual se asienta el Estado. La conducta regulada jurídicamente tiene lugar tanto en el plano de la superficie terrestre, como en el espacio aéreo y en el subsuelo. Por lo tanto el territorio estatal es un espacio tridimensional; no solo tiene longitud y latitud, sino también tiene profundidad.

No es necesario que cada norma en particular tenga que establecer su ámbito espacial de validez, se acostumbra generalmente determinar dicho ámbito en las normas supremas de un orden jurídico, o en las normas generales de un ordenamiento en particular, de manera que todas las otras normas solo tienen por contenido el ámbito material de la validez, es decir, la determinación de las conductas debidas y los supuestos y consecuencias de ellas.

Cuando dos órdenes jurídicos coexisten uno junto al otro, cuando se encuentran coordinados, generalmente el orden superior a ellos delimita sus respectivos ámbitos espaciales, siendo esta delimitación de ambos una de las funciones esenciales del orden superior. Tal es el caso de la Constitución en un orden federal. Por ello puede decirse que una de las funciones esenciales del derecho internacional es la de la determinación del ámbito espacial de validez de los Estados de la comunidad internacional.

I.4.2. Pueblo

Este término tiene diversos sentidos, de los cuales se mencionan los siguientes: el geográfico, pueblo: como ciudad o villa; el demográfico, pueblo: como conjunto de habitantes de un territorio; el sociológico: pueblo como nación, y el jurídico-político, que es el que nos ocupa, pueblo: como unidad titular de la soberanía y como elemento constitutivo del Estado.

En geografía política, "pueblo" se refiere a un centro de población de pequeñas dimensiones. En virtud del uso predominantemente coloquial de "pueblo" en esta acepción, no existe un criterio uniforme para aplicarlo a un determinado centro de población, y en muchas ocasiones tal denominación no tiene importancia práctica. Los criterios que sirven para considerar a un centro de población como pueblo se encuentran en las leyes orgánicas municipales de las entidades federativas y atienden principalmente al número de habitantes, y, en algunos estados, a los servicios con que cuenta la población.

En cuanto el término "pueblo" se refiere al conjunto de habitantes de un territorio, alude al sentido, más propio, de población.

Desde una perspectiva sociológica, "pueblo" se identifica con nación, esto es, el conjunto de seres humanos unidos por un sentimiento de pertenencia nacional. Este sentimiento se funda en una pluralidad de factores; entre los más significativos se encuentran la afinidad racial, la comunidad de cultura-en especial lengua y religión- y la comunidad de destino político. Una comunidad nacional es el resultado de una larga y compleja evolución histórica y social en la que ninguno de los elementos mencionados puede constituirla por sí solo, dada la dificultad de determinar la relevancia específica de éstos en la realidad. El concepto sociológico de pueblo no coincide con el de pueblo sometido al poder del Estado.

Aunque no toda nación forma un Estado, es común identificarlos en razón de su vinculación histórica. Con base en lo anterior, y en la premisa de que el concepto de nación es eminentemente sociológico. Desde otro punto de vista, cabe advertir que los conceptos de pueblo y nación, han adquirido, con el tiempo, una fuerte carga ideológica, la cual no permite establecer una llana identificación entre ellos, y que ha llegado incluso a darles un sentido opuesto.

La teoría del pueblo como comunidad política titular de la soberanía, aunque con antecedentes en derecho romano y en las ideas contractualistas de fines de la Edad Media, alcanza su expresión más acabada en el pensamiento de Juan Jacobo Rousseau.⁹ Este autor se pregunta cómo se forma un "yo común" a partir de voluntades aisladas. En su explicación, diferencia entre voluntad de todos y voluntad general. La primera es mera suma de voluntades individuales. La segunda es cualitativamente distinta, y se define como la búsqueda del interés general de la sociedad. De este modo, el conjunto de individuos se constituye en un pueblo, que es soberano porque no puede querer más que el interés general, y no puede tener más que una voluntad general -cuya expresión es la ley- a la cual quedan sometidas las voluntades individuales en virtud del pacto social.

Resulta así que en lugar de la persona particular de cada contratante, el acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo. La persona pública que así se constituye toma el nombre de República, o cuerpo político. 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"¹⁰.

En este punto las ideas de Rousseau difieren de las de Hobbes y Locke. En la doctrina de Hobbes el pueblo establece un soberano y le transfiere irrevocablemente un poder absoluto. Para Locke, el pueblo instituye un gobierno limitado para determinados fines. Rousseau declara que la soberanía del pueblo,

⁹ ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, Porrúa, 1974, México, pp.50-55.

¹⁰ idem.

constituido como comunidad política por medio del contrato social, es inalienable, indivisible, infalible y absoluta.

Desde el punto de vista jurídico, y en el ámbito de la teoría tradicional del Estado, el pueblo es uno de los elementos constitutivos de éste. Así, para Jellinek¹¹ el pueblo es tanto sujeto como objeto de la actividad del Estado, cualidades que han sido diferenciadas gracias a la moderna teoría de la soberanía. Un Estado es sobre todo una unidad territorial, de pueblo y de poder, no una pluralidad de territorios y de pueblos, "Los individuos, en cuanto objetos del poder del Estado, son sujetos de deberes: en cuanto miembros del Estado, por el contrario, sujetos de derecho".¹² De aquí resulta que el individuo posee una esfera de derecho público, que en la práctica se traduce en una serie de derechos fundamentales que aquél tiene frente al poder del Estado.

Para Kelsen el pueblo son los seres humanos que residen en el territorio estatal, considerados unitariamente. Así como el Estado sólo tiene un territorio, del mismo modo sólo tiene un pueblo, y así como la unidad del territorio es jurídica, lo mismo ocurre con el pueblo.¹³

En consecuencia, el pueblo del Estado son los individuos cuya conducta se halla regulada por el orden jurídico nacional; se trata, en última instancia, del ámbito personal de validez de dicho orden.

Un individuo pertenece al pueblo de un Estado sólo si queda incluido en el ámbito de validez de su orden jurídico. Por otro lado, el pueblo sometido al poder de regulación de un Estado no es idéntico a la suma de sus nacionales, pues extranjeros y apátridas también se encuentran sujetos a él. Para resolver este problema, Kelsen establece que el ámbito personal de validez del orden jurídico nacional se halla limitado por el derecho internacional.¹⁴

I.4.3. Gobierno

En los términos del derecho administrativo, la expresión gobierno se refiere a la función más elevada del poder ejecutivo, que encara la dirección suprema de los asuntos públicos y determina la orientación general de la política de un país.

Así mismo, con este término podemos definir al conjunto de órganos encargados de esa función. En los regímenes donde existe separación de los poderes, el conjunto de los representantes del poder ejecutivo. En el régimen parlamentario, el

¹¹ JELLINEK, Georg, op. cit. 566.

¹² Idem.

¹³ KELSEN, Hans, op. cit, pp.293-294.

¹⁴ KELSEN, Hans, op. cit., p.p. 338-341.

cuerpo de ministros políticamente responsable ante el Parlamento de la conducción de los asuntos del país, por oposición al jefe del Estado.

Desde el punto de vista del principio democrático, cabe distinguir diversas formas: primero, el gobierno directo, sistema constitucional en el cual el pueblo cumple por sí mismo los actos o algunos actos de la vida estatal, especialmente la votación de las leyes, sin la colaboración ni por intermedio de representantes; segundo, el gobierno representativo, en el cual el pueblo confía el ejercicio de la soberanía a uno o más individuos o asambleas, por lo general elegidos por aquél y que decidirán y actuarán en su nombre; tercero, el gobierno semi-directo, solución intermedia en la cual la decisión de los representantes es sometida, para su perfeccionamiento jurídico, a la aprobación expresa del pueblo, como pueden ser el *referéndum*; y la iniciativa popular.

Desde el punto de vista de la separación de los poderes, cabe distinguir diversas acepciones. Primero, el gobierno convencional, sistema constitucional en el cual la asamblea nombra, remueve y dirige al ejecutivo, que se halla así reducido al simple papel de agente o dependiente de aquélla; segundo, el gobierno presidencial, caracterizado por la independencia del ejecutivo republicano frente a las asambleas, y encarnado aquél en la persona del presidente, a la vez jefe del Estado y jefe del gobierno; tercero, el gobierno parlamentario, en el cual la dirección de los asuntos públicos emana de una colaboración entre el Parlamento y el jefe del Estado irresponsable, por intermedio de un gabinete, políticamente responsable ante el Parlamento.

Otra denominación, en el lenguaje usual es sinónimo de dirigir, regir, administrar, mandar, conducir, guiar, etc. Es el agrupamiento de personas que ejercen el poder. Es la dirección o el manejo de todos los asuntos que condenen de igual modo a todo el pueblo.

Cuando hablamos en el ámbito de cualquiera de las disciplinas que estudian el fenómeno del poder, generalmente vinculamos al gobierno con vocablos tales como: autoridad política, régimen político, conjunto de órganos del Estado, conjunto de poderes del Estado, dirección del Estado, parte del Estado, entre otras, y, en verdad, algo de todo esto configura al gobierno. El gobierno, como acción y efecto de la conducción política, agrupa al conjunto de órganos que realizan los fines de la estructura global del orden jurídico denominado Estado.

La forma de gobierno o forma política ha sido definida como la configuración del ejercicio y organización del poder político según una interpretación ideológica en su estructura social. Si intentamos hacer una breve reseña histórica de las formas de gobierno, tendremos que decir que Platón al hablar de ellas consideró las siguientes: la aristocracia -gobierno de los filósofos-; la timocracia y la oligarquía -gobierno de los propietarios-; la democracia -gobierno del pueblo-, pero la verdad

es que todo Estado en que los que deben mandar no dejan ver ninguna solicitud por su elevación, es de rigor que este bien gobernado, y que reine en el la concordia¹⁵.

Aristóteles dividió las formas de gobierno en dos grupos: puras o perfectas, donde incluyo a la monarquía -gobierno de una sola persona-, a la aristocracia -gobierno de una minoría de notables- y a la democracia -gobierno de las mayorías-; impuras o corrompidas, en este grupo señalo a la tiranía, a la oligarquía y a la demagogia u oclocracia, como las degeneraciones respectivas de las formas puras de gobierno¹⁶.

Polibio puso el acento sobre las notas típicas del gobierno mixto donde bajo el equilibrio, la igualdad y la colaboración coexisten el poder monárquico, representado por el consulado; el poder aristocrático, representado por el senado y el poder democrático, representado por los comicios¹⁷. Esta teoría del gobierno mixto influyo en varios autores de la Edad Media, principalmente en Santo Tomás. Para Maquiavelo todos los Estados todas las dominaciones que han ejercido y ejercen soberanía sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados¹⁸. Montesquieu distinguió entre monarquía, despotismo y república, Rosseau, entre democracia, aristocracia y monarquía.

Según la preeminencia de alguno de los poderes la forma de gobierno podrá ser: parlamentaria o presidencial. En el primer caso, el poder legislativo es el predominante, el ejecutivo se encuentra bifurcado: así como tenemos a un jefe de Estado, quien tiene a su cargo los actos meramente protocolarios y en cuya persona recae la tradición nacional, encontramos también a un jefe de gobierno en tanto que representante de la nación y verdadero gobernante. Este último recibe distintos nombres: primer ministro, canciller, presidente del gobierno, etc.

El primer ministro es el líder del partido político que obtiene mayoría en senado y encabeza el gabinete, que se integra con aquellos miembros del parlamento que lideran al partido mayoritario, o a la coalición, en su caso.

El poder legislativo se integra por el cuerpo colegiado denominado comúnmente parlamento. Este supervisa la administración pública; puede pedirle la renuncia al primer ministro, a su vez, éste podrá disolver el parlamento; el parlamento, además, puede emitir un voto de censura o bien un voto de confianza al primer ministro; puede ser, finalmente, uni-camaral o bi-camaral. En el régimen

¹⁵ PLATON, op. cit., p.555.

¹⁶ véase ARISTOTELES, Política, op, cit, específicamente analizar los capítulos IV y V del libro tercero denominados División de los gobiernos y de las constituciones, a través de los cuáles se desarrollan claramente sus características y forma de organización de los gobiernos.

¹⁷ Véase POLIBIO, Historias, Madrid, 1983.

¹⁸ Véase MAQUIAVELO, cit., *El príncipe*, es una de las obras de referencia obligatoria en doctrina política de todos los tiempos, no basada en supuestos morales, sino en los medios utilizados para mantener el poder.

parlamentario se le llama gobierno al conjunto de funcionarios que in tengan el consejo de ministros, encabezados por el primer ministro.

En el régimen presidencial, en cambio, existe preeminencia del poder ejecutivo sobre el poder legislativo. El poder ejecutivo esta representado por el presidente ele la República, quien es electo directamente por el pueblo y en él se reúne las calidades de jefe de Estado y de jefe de gobierno; tiene la facultad discrecional de nombrar y remover libremente a sus colaboradores.

El poder legislativo, en un régimen presidencial, también puede ser uni-camaral o bi-camaral. Su propósito fundamental es frenar las acciones del ejecutivo, pero no puede obligarlo a dimitir. Como podemos observar, en el régimen presidencial, se pretende que exista una absoluta separación entre los poderes ejecutivo y legislativo.

Cuando hablamos de formas de Estado involucramos a la totalidad de la estructura política del orden social, a la forma total de la entidad denominada Estado. Generalmente se habla de dos formas de Estado: la república - democrática o autocrática central o federal- y la monarquía -absoluta o constitucional.

I.4.4. Soberanía

Este término se entiende como la cualidad del Estado o del gobernante no obligado por ninguna norma superior. Por extensión, se comprende como el poder de que goza ese Estado o gobernante. Es una cualidad del Estado u órgano que no se halla sometido a ningún otro Estado u órgano, aunque estén obligados por normas superiores.

La idea de soberanía es un concepto polémico, tal y como afirmó Jellinek. La soberanía nació a finales de la Edad Media como el selló distintivo del Estado nacional¹⁹. La soberanía fue el resultado de las luchas que se dieron entre el rey francés y: el imperio, el papado y los señores feudales. De esas luchas nació un poder que no reconocía a otro superior o por encima de él.

La soberanía es la instancia última de decisión La soberanía es la libre determinación del orden jurídico o, como afirma Hermann Heller es "aquella unidad decisoria que no está subordinada a ninguna otra unidad decisoria universal y eficaz", y en cuanto a la división de poderes, imprescindible en todo Estado, afirmaba: "para la debilidad humana sería una tentación demasiado grande delegar la función de ejecutar las leyes a las mismas personas que poseen

¹⁹ JELLINEK, Georg, op. cit, p.90.

la tarea de realizarlas, puesto que el genero humano tiene tendencia a aferrarse al poder"²⁰.

Al concepto de nación se le otorgo un significado esencialmente conservador; lo usaron los contrarrevolucionarios franceses y los monárquicos de aquel entonces. La nación, entendían esos pensadores, era la historia del país, la cual tenía el derecho de permanencia, de impedir cualquier movimiento violento que pudiera romperla.

La soberanía nacional reside en el pueblo, en la democracia "todo el pueblo detenta el poder soberano"²¹, Y reside "esencial y originariamente", "Originariamente" quiere decir que jamás ha dejado de residir en el pueblo; aunque la fuerza haya dominado, no por ello prescribió a su favor, porque uno de los elementos de la soberanía es su imprescriptibilidad. Y lo hace de manera "esencial" porque en todo momento el pueblo es soberano; nunca delega su soberanía, sino que nombra sus representantes, los cuales están bajo sus instrucciones y mando. Ante la imposibilidad de reunirse personalmente y de decidir todas las cuestiones que afectan a vida de la nación, el pueblo nombra a sus representantes.

Sin embargo, el concepto soberanía tiende a modificarse, en un principio influenciando por un fenómeno que modificó gradualmente el panorama político y geográfico a nivel mundial como la segunda guerra mundial (1939-1945), y en las últimas décadas por la globalización.

El Estado en la globalización está sometido a una dialéctica contradictoria. Por una parte, las fuerzas y tendencias a su debilitamiento y decadencia, las profecías sobre su extinción, pero hasta ahora el Estado y su soberanía no están condenados al total debilitamiento ni a la completa extinción, sufren sí infracciones a la soberanía y restricciones al ejercicio de la autonomía de acción.

Lo anterior plantea dudas e interrogantes respecto a la idea tradicional de una soberanía total, absoluta, monolítica, ilimitada, indivisible. A través de su trayectoria y vicisitudes históricas, en su doble índole, ideológico-teórica y práctica, interna y externa, la soberanía ha sido siempre relativa, limitada, heterogénea, divisible y alineable en algunos de sus componentes, aspectos y niveles²².

La globalización y el debilitamiento y decadencia del Estado no se imponen totalmente ni son irreversibles, no existen contradicciones necesarias ni conflictos

²⁰ HELLER, Hermann, Teoría del Estado, trad. De Luis Tobio, FCE, 1987, p.293.

²¹ MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes, Porrúa, 1971, L. II, 1, nota 8.

²² KAPLAN, Marcos, Estado y globalización, UNAM, México, 2002, p.414.

insuperables entre la soberanía del estado-nación y la integración económica-mundial.

Ante todo, las restricciones indicadas afectan la soberanía en diferentes componentes y alcances, pueden resultar en una situación de derecho, de debilitamiento o pérdida de ciertos aspectos de la soberanía formal; de disminución del control efectivo sobre ciertos instrumentos y procesos de decisión, o bien, puede ser de hecho, como pérdida de capacidades autónomas para diseñar y realizar políticas. Puede darse la pérdida de la soberanía del Estado o su subsistencia disminuida para el ejercicio.

Sin embargo, el avance de la globalización no se cumple de manera uniforme en todo el mundo y para todos los Estados, ni llega a tener un carácter absoluto y definitivo, la economía mundial y el sistema interestatal tienen desniveles y discontinuidades; crean o usan brechas y nichos; abren espacios de autonomización y refuerzo de la soberanía para Estados que quieran y tengan las capacidades para aprovecharlos²³.

Finalmente, los Estados pueden seguir ejerciendo su soberanía; aceptar restricciones a la misma, pero adquirir nuevas capacidades para regular mejor fuerzas transnacionales que están más allá de su control efectivo; involucrarse en nuevas formas de participación e intervención políticas internacionales; renovar sus derechos y obligaciones a través del sistema internacional.

I.4.5. Orden jurídico

Es de una gran importancia para la ciencia del derecho y para la Teoría General del Estado la problemática relacionada con los principios referentes a la ordenación de un conjunto de normas. La ciencia del derecho tiene como una de sus tareas la de establecer y determinar los principios o reglas conforme a los cuales un conjunto de normas forman un orden o sistema, pues el derecho se presenta a ella para su consideración, no como una norma aislada sino constituyendo pluralidades, conjuntos específicos cuyas relaciones recíprocas deben ser establecidas o definidas.

Consecuentemente, el problema central del concepto del orden jurídico consiste en especificar el criterio conforme al cual un conjunto de normas forman una unidad, lo que se consigue a través del concepto de orden. Un orden es la unidad de una pluralidad de normas. Hay un principio general expresado por Kelsen, sobre la constitución y determinación de la unidad del orden jurídico, que puede expresarse como: un conjunto de normas, de cualquier especie que sean, forman un orden y pueden ser consideradas como una unidad, si la validez de todas ellas

²³ ibidem, p.415.

puede ser referida a una norma específica, si existe una norma de la cual depende la validez de todas las demás normas.²⁴

El maestro austriaco señala que esta norma única de la que depende la validez de todas las demás normas, recibe el nombre de "norma fundamental". Debe destacarse en estos conceptos el carácter abstracto de los mismos, pues ellos sólo determinan un tipo específico de relación entre las normas.

Puede afirmarse que entre las normas de un orden se dan muchos otros tipos de relaciones, además del señalado, lo cual es cierto, pero la relación de fundamentación como podemos denominar a la tipificada es la que determina el concepto de "orden". Entonces, puede afirmarse que existe un orden normativo si en un conjunto de normas valen múltiples relaciones de fundamentación hasta desembocar en una última relación de fundamentación, uno de cuyos términos es la norma fundamental.

Dice Kelsen: "Una pluralidad de normas forma una unidad; un sistema, un orden, cuando su validez puede ser atribuida a una norma única como fundamento último de esa validez. En cuanto fuente común esta norma fundamental constituye la unidad en la pluralidad de todas las normas que integran un orden. Y el que una norma pertenezca a un orden determinado deriva sólo del hecho de que su validez pueda ser referida a la norma fundamental que constituye a ese orden"²⁵.

Del anterior párrafo puede desprenderse la afirmación de que el criterio que constituye al concepto de orden, proporciona igualmente el criterio de pertenencia de una norma a un orden normativo. Si una norma está en calidad de norma dependiente con otra norma, dentro de una relación de fundamentación, es claro que dicha norma dependiente formará parte integrante del orden constituido por la norma de la cual depende su validez. La regla de reconocimiento de H.L.A. Hart lleva a cabo funciones similares²⁶.

Dependiendo de la naturaleza de la norma fundamental pueden distinguirse dos tipos de órdenes normativos: los estáticos y los dinámicos. En los órdenes estáticos: "las normas... 'valen', o sea, la conducta humana indicada por ellas ha de considerarse como debida, en virtud de su sustancia: porque su contenido tiene una cualidad inmediatamente evidente, que le confiere validez y las normas reciben esta calificación por el contenido, debido al hecho de ser referibles a una norma fundamental bajo cuyo contenido puede subsumirse el de las normas que

²⁴ KELSEN, Hans, op. cit., pp.45-49.

²⁵ Idem.

²⁶ HART, H.L.A., El concepto de Derecho, Trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Argentina, pp.125-136.

integran el orden, como lo particular bajo lo general"²⁷. Las normas morales forman este tipo de órdenes.

Los órdenes dinámicos tienen otras características. La norma fundamental de un orden dinámico no vale por su contenido, porque se considere que éste es evidentemente bueno o justo o conveniente, etc., sino porque establece un procedimiento fundamental de creación de las normas que integraran el orden en cuestión.

Las normas que integran un orden dinámico valen sólo porque y en tanto han sido creadas, puestas, de conformidad con el procedimiento establecido en la norma fundamental del orden respectivo. "Una norma vale como norma jurídica, sólo porque fue dictada en una forma bien determinada, porque fue producida de acuerdo con una regla bien determinada, porque fue establecida según un método específico. El derecho vale solamente como derecho positivo, es decir, como derecho instituido".

La transcripción anterior contempla la relación de fundamentación de un orden dinámico desde el punto de vista de la norma dependiente, de la norma creada. Por el contrario, si se contempla la relación de fundamentación en un orden dinámico desde el punto de vista de la norma fundamental tendría que afirmarse, con Kelsen, que: "la norma fundamental de un orden jurídico positivo, en cambio, no es otra cosa que la regla fundamental de acuerdo con la cual son producidas las normas del orden jurídico: la instauración de la situación de hecho fundamental de la producción jurídica. Es el punto de partida de un procedimiento, tiene un carácter absolutamente dinámico-formal"²⁸.

Las afirmaciones anteriores constituyen el supuesto necesario para poder concebir al orden jurídico como un conjunto de normas jerárquicas estructuradas bajo el principio dinámico. Podemos entonces, definir dos clases de normas en el orden dinámico: las normas superiores y las normas inferiores. Las primeras son aquellas que determinan el proceso de creación de otras normas y determinan su contenido. Las segundas son aquellas que han sido creadas siguiendo el procedimiento establecido en la norma superior y teniendo el contenido determinado por esta norma.

La consideración de una pluralidad de normas que guardan entre sí relaciones de superioridad e inferioridad de carácter dinámico produce el concepto de un orden jerárquico de normas. Una determinada norma jurídica puede tener el carácter de norma inferior respecto de otra que es su fundamento de validez y porque conforme a ella fue producida la primera y ser, a su vez, norma superior respecto

²⁷ KELSEN, Hans, op. cit, pp.203-214.

²⁸ ibidem, pp.205-206.

a otras normas que serán creadas siguiendo el procedimiento establecido en ella y con el contenido que determine.

Todos los problemas relacionados con el orden jurídico son problemas relativos a la específica estructuración empírica de los órdenes dinámicos. No es el lugar adecuado este para descender a dibujar tipicidades de órdenes dinámicos.

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. La legislación o proceso legislativo constituye un contenido normativo notoriamente importante.

Los órganos del Estado son regulados en tanto que constituyen el ámbito personal de validez de las normas que regulan los procesos de creación de otras normas. En ocasiones se establece el proceso de creación de normas generales que no constituyen leyes, en sentido formal: nos referimos a los reglamentos y a otras normas importantes políticamente. La administración y la actividad jurisdiccional se encuentran reguladas también en la Constitución en términos generales, con normas que constituyen la base de una legislación especializada.

El ámbito de las normas individuales queda encuadrado en estas funciones administrativas y judiciales, las cuales se ejercen en estricta aplicación de las normas legislativamente creadas. Ejemplos de ellas son las resoluciones administrativas, en toda su enorme variedad, las sentencias dictadas por los tribunales, los contratos civiles y mercantiles.

Recientemente se han llevado a cabo esfuerzos específicos para determinar la estructura lógica que los conjuntos de normas pueden tener y las consecuencias que puedan derivarse de los órdenes constituidos con arreglo a tales principios. Nadie ha podido demostrar que el derecho positivo es un sistema lógicamente estructurado de normas.

I.5. El Estado y el Derecho

Para estar en condiciones de establecer las relaciones que existen entre el Estado y el Derecho, resulta indispensable formular una serie de consideraciones sobre este último que nos permitan fijar una base para su explicación y comprensión.

No se ha podido llegar en nuestra época a un concepto de Derecho que se universalmente aceptado. Lo mismo sucede con el Estado. Por tal motivo, no es posible resolver de una vez y para siempre las relaciones entre Estado y Derecho. Hemos planteado que el Estado es una unidad que opera en una realidad histórica determinada, mediante la cual se establece la forma de organización del poder político de una sociedad. En cuanto al Derecho lo hemos considerado como un orden normativo de carácter positivo.

Tenemos un consenso general que afirma que el Derecho es un conjunto de reglas que norman las relaciones humanas; sin embargo este mismo carácter lo poseen las prescripciones religiosas, las morales, las de la costumbre. Por lo tanto, debemos establecer las características fundamentales que convierte a una norma en jurídica.

A la norma jurídica le corresponden, sin duda, los siguientes elementos:

- Son normas que se refieren a las relaciones externas y mutuas de los hombres;
- Son normas que proceden de una autoridad exterior reconocida; y,
- Son normas cuyo carácter obligatorio está garantizado por poderes exteriores.

Estos son los caracteres que distinguen a las normas jurídicas de las religiosas, morales y las relativas a la costumbre, a las cuales les falta cuando menos uno de los elementos arriba señalados. Es elemento sustancial a todo derecho la obligatoriedad. Sólo forma parte del orden jurídico un principio de derecho si éste es obligatorio. Esta capacidad de la norma nace de un doble elemento, primero, que hay un poder externo que nos obliga a cumplirla y, segundo, de nuestra propia convicción de obedecerla. La positividad del derecho descansa en la convicción de su obligatoriedad.

El Derecho se ha enfrentado a la añeja discusión sobre que hay partes enteras del orden jurídico que carecen de coacción o que por su naturaleza son incapaces de estar sometidas a ella. La llamadas "leyes imperfectas" del derecho privado, gran parte del derecho constitucional y el derecho internacional por completo, se encuentran en estas circunstancias. Sin embargo, por las garantías que poseen gran parte del derecho público e internacional, excluidas por su naturaleza de toda

acción de coacción, son con frecuencia mucho más fuertes que todas las medidas coactivas que pudieran explicarse.

Ante esta situación real, debemos de reconocer que el elemento coacción no es el único que determina las características de la norma jurídica. El Derecho es más que normas, es principios, valores, garantías, interpretación, argumentación. El Derecho es un fenómeno complejo de convivencia social.

Ahora bien, ya establecido que el Derecho es un orden jurídico-normativo que el Estado aplica a sus integrantes y que se somete a sí mismo, la idea de la auto-obligación del Estado respecto a su propio derecho, también se ha considerado como factor fundamental en el constitucionalismo moderno; ya que no sólo se trata de contener la omnipotencia del Estado mediante el establecimiento de normas para la exteriorización de su voluntad, sino que intenta limitar muy especialmente su actuación frente a los individuos, mediante el reconocimiento de derechos individuales garantizados, protegidos e inmutables. Lo cual se convierte en deber para el Estado.

Otro de los aspectos que deben ser estudiados en la relación Estado-Derecho es el que se refiere a la actuación del Estado frente a otros Estados y que está normada por el Derecho Internacional. La distinción fundamental entre el Derecho Internacional y el Derecho del Estado en particular, está en que en el primero no existe regulada ninguna relación de subordinada; es decir, entre superior e inferior, sino que se trata de relaciones de coordinación.

La observancia de determinadas reglas en las relaciones internacionales lo ha dado el elemento histórico ya que los Estados se consideran jurídicamente obligados. Además la existencia de tratados y acuerdos expresos entre los Estados, por medio de los cuales se crean normas que han facilitado el desenvolvimiento de las relaciones internacionales.

Es verdad, que estas normas carecen de coacción jurídica, porque no existe un poder superior a los Estados, pero esta misma carencia también la tienen partes importantes del orden normativo interno y no por esta razón dejan de ser y de tener un carácter jurídico.

Ahora nos corresponde explicar como se establece la relación entre Estado y Derecho. El ordenamiento jurídico tiene su origen en una organización especial a cuyos órganos les corresponde la tarea específica de garantizar el nacimiento y mantenimiento del derecho. En el Estado moderno estos órganos de creación y ejecución del derecho son órganos del Estado.

Esto no quiere decir que los órganos del Estado hayan sido siempre los únicos y exclusivos creadores del derecho, ni tampoco los únicos responsables de vigilar

su cumplimiento. La relación entre Estado y derecho se debe considerar también desde el punto de vista histórico, ya que existen instituciones jurídicas anteriores al propio Estado, tal es el caso de el matrimonio, la familia, la propiedad y el contrato, que son en su origen resultado de las fuerzas sociales que el Estado no ha organizado.

No obstante, desde el momento en que la sociedad otorga a órganos especiales, primero la jurisdicción, luego la ejecución de sus sentencias y, finalmente, la legislación, aparece la justificación de atribuir el carácter estatal al derecho. Es a partir de este hecho que el Estado se convierte en la fuente de validez formal del derecho, puesto que establece y asegura el derecho legal mediante sus órganos al establecer los elementos de su validez.

En relación a la expresión jurídica del Estado, también debemos de considerar que la observancia de las normas jurídicas se encuentra asegurada, en gran medida, por disposiciones no jurídicas de carácter consuetudinario, social y normativo, por lo intereses económicos, por reglas convencionales, la moral y por los órganos de otras organizaciones distintas al propio Estado.

Ante este hecho, no podemos dejar de considerar que en la medida que disposiciones extraestatales establezcan y mantengan la necesaria ordenación de la vida social, más importante es la urgencia de que el Estado se encargue de crear las normas y de velar por su cumplimiento.

Si pretendemos determinar la relación del Estado y el Derecho, debemos considerar que estamos frente a dos entidades que se encuentran entre sí en correlativa vinculación; ya que no es posible considerar al Estado como un poder de voluntad no sujeto a normas y al Derecho como un deber puramente ideal, ajeno a todo poder real. Por lo tanto, esta dualidad sólo se puede comprender si se considera al deber ser jurídico, a la vez, como un querer humano.

Los términos de exigencia, disposición, mandato, imperativo designan una motivación dotada de intención, voluntad, sentido, especialmente dirigida a la conducta humana. Hay que entender el Derecho como la condición necesaria para el Estado actual; así mismo, al Estado, como condición indispensable del Derecho contemporáneo. Estamos frente a una relación dialéctica. Por tal motivo, la validez del Derecho ha de considerarse también en conexión con el carácter de formador de poder que éste tiene.

En relación con el poder político, para que las ordenes sean cumplidas de modo constante, es preciso para quien lo ejerce estar convencido de su legitimidad. Todo grupo que domina requiere del convencimiento propio de que los principios jurídicos que impone poseen una fuerza obligatoria general. Asegurar que es la voluntad del Estado la que crea y asegura el derecho positivo es exacto;

adicionalmente, se entiende que esa voluntad política toma su propia justificación, como poder, de principios jurídicos.

En consecuencia, el Derecho es la forma de manifestación ética indispensable para el Estado, ya que no puede una voluntad ajena a las normas. La forma jurídica requiere de mayor detalle y precisión en cuanto más complejas son las relaciones sociales.

Reiteramos, estamos frente a una relación dialéctica entre el Estado y el Derecho, como consecuencia de la formación del poder por el derecho y la del derecho por el poder político.

II. Evolución del Estado

El presente Capítulo contiene una revisión histórica de la evolución del Estado, tanto en sus formas reales, como las distintas maneras en que ha sido abordado su estudio, comprensión y explicación a nivel teórico.

Para alcanzar dicho objetivo, es definitivo establecer las diferencias entre los tipos de Estado y formas de gobierno, ya que tanto en el campo de la práctica como el de estudio se ha cargado con una confusión permanente al no distinguir uno de otro. Se ha designado “Estado” a órganos que no lo son y se ha pretendido clasificarlo en función de alguno de sus elementos o de las características de su régimen político.

Así mismo, se abordará el desarrollo histórico de la doctrina del Estado, con el ánimo de comprender el devenir de las diversas formas de organización política de las sociedades que nos han precedido.

II.1. Tipos de Estado y formas de Gobierno

Dentro del proceso evolutivo del Estado uno de los temas que han causado mayor confusión es el que se refiere a la distinción entre el tipo de Estado y forma de gobierno. Tradicionalmente se ha explicado el Estado sin asumir una posición crítica sobre las clasificaciones que de él se hacen, sobretodo, porque se asume una idea determinada de Estado, que se confunde con alguno de sus elementos o características del gobierno mediante el cual se manifiesta.

El comprender y diferenciar estas dos categorías –Estado y gobierno- es importante para entender, las relaciones empíricas que existen entre el tipo de Estado y la forma de gobierno, como el grado en el que de ésta depende la realización de la descripción de un Estado en particular y de sus propios fines. Con el fin de establecer una diferenciación entre estas categorías, nos apoyaremos en los elementos que proporciona la ciencia política.

Como ya ha quedado descrito en la Introducción del presente trabajo, de conformidad con la ciencia política, al Estado se le concibe bajo las siguientes premisas¹. Por lo tanto, el Estado es:

¹ COVIAN Andrade, Miguel , op. cit., p.315.

- Una forma de poder político;
- Una idea de configuración y sustento del poder político;
- Una vía de institucionalización del poder político;
- Una nueva mitificación del poder político;
- Una abstracción que se concreta en la realidad;
- Una forma de legitimación del aparato estructural e institucional del poder;
- Un medio conceptual y empírico a la vez; y,
- Una forma de socializar el poder.

Como podemos observar el elemento común a dichas premisas está en el factor “poder político”; y es a partir de él que las sociedades se organizan para su ejercicio y su expresión jurídica.

Las premisas señaladas que nos determinan las características del Estado nos permiten concluir que éste no es algo tangible o visible, sino una abstracción y una construcción conceptual. El Estado no existe ni fácticamente, ni físicamente; su existencia es política y jurídica. Esta afirmación queda demostrada con la existencia de muchos Estados; los pactos, las convenciones y los tratados del Derecho internacional, celebrados entre Estados; la nacionalidad jurídica; la sujeción a un orden jurídico de un Estado y no a otro, de una persona individual o colectiva que realiza sus actos dentro de un determinado territorio.

Adicionalmente, la existencia política y jurídica del Estado queda demostrada a través de sus elementos, mismos que han sido analizados en el capítulo anterior. Poseen una limitación geográfica –territorio-; los sujetos o personas sometidos al ejercicio de su poder –población-; su fuerza coactiva y su autoridad convalidatoria –gobierno-; la potestad de no estar sometido a ninguno otro poder –soberanía-; y, la base legitimadora del origen del poder político que detentan, así como el marco regulatorio de su ejercicio –orden jurídico-.

Al conjunto de estos elementos se le ha denominado “Estado”, en el sentido que hoy se interpreta el término. Esta situación ha causado confusión, ya que se ha definido al Estado por alguno de sus elementos; otro aspecto que ha contribuido a la poca claridad en el manejo de los conceptos Estado y gobierno, consiste en afirmar la existencia de “Estados” integrantes de una federación, los cuales carecen de un atributo fundamental: la soberanía, que se reserva el Estado Federal. Como podemos ver se llama “Estado” a entes que no lo son, precisamente porque el término en si mismo es abstracto y susceptible de usarse en forma arbitraria.

Con base en lo anterior, podemos expresar que el Estado es lo que explica el origen, ejercicio y aplicación coactiva del poder político y no confundirlo con sus elementos o manifestaciones, y que estas últimas se hacen precisamente a través del gobierno.

Hemos expuesto que en la práctica se confunde Estado y gobierno, por sus elementos o por las características de su desempeño y que ocasiona que se llamen “Estado” a organizaciones que no lo son. A continuación nos referiremos a las diferencias conceptuales, con el objeto de plantear la distinción teórica entre tipos de Estado y forma de gobierno, que son la base de cualquier tipología del Estado y de los regímenes políticos. Por lo tanto, consideramos conveniente revisar una serie de elementos conceptuales útiles para evitar la confusión frecuente entre lo que es un modelo de Estado y lo que debe entenderse por la forma de gobierno o el régimen político.

Para lograr la distinción propuesta es importante partir sobre el número de tipologías que históricamente se han desarrollado entre las que colocan a la democracia y a la monarquía como la base de dicha clasificación; sin embargo, debemos tomar en cuenta las dos versiones del Estado moderno más frecuentes: la de los Estados monárquicos y la de las democracias, que es de donde surge el principal error de distinción, ya que la Democracia es un tipo de Estado, en tanto que la monarquía es una forma de gobierno.

La distinción entre tipo de Estado y forma de gobierno no sólo se trata de un ejercicio teórico con fines académicos, que de por sí mismo tendría su valor, sino también tiene una importancia práctica que se manifiesta en el momento en que se debe diseñar una forma de gobierno o una forma de régimen político, una vez que se ha determinado el tipo de Estado. Ya en la práctica observaremos que resulta de la mayor importancia que una adecuada estructura de la forma de gobierno depende del grado de concreción del modelo abstracto de Estado que se haya elegido; por lo tanto, la relación entre tipo de Estado y forma de gobierno es un de los temas cruciales de la ciencia política y de la ciencia jurídica.

Una vez que hemos establecido que el Estado no es algo concreto y que se constituye a partir de una forma determinada del poder político, el modelo de Estado es el conjunto de elementos sustantivos con base en los cuales se determina el origen y los fines del poder. El tipo de Estado es una descripción de lo que se pretende hacer con el poder, desde su origen, hasta el cumplimiento de sus fines que se persiguen mediante su ejercicio cotidiano.

Por lo tanto el Estado se constituye bajo las siguientes disyuntivas: ¿quién decide la constitución del Estado, la voluntad popular o la decisión unipersonal de un rey o príncipe?; ¿qué clase de Estado, como organización político-social, queremos, una en la que el poder político esté distribuido entre distintos órganos o en una en la que esté concentrado en uno sólo?.

Es a partir de las respuestas que se le otorgue a estas dos preguntas fundamentales, se resolverán cuestiones fundamentales sobre el nivel de intervención del Estado en los aspectos esenciales de la vida social. De ello, se derivan los principios y decisiones fundamentales sobre el ser y forma de ser de la organización política; el origen y los fines del poder político.

Entre los principios y decisiones fundamentales de la organización política de una sociedad, que constituyen el tipo de Estado, se encuentran: el ejercicio de sus soberanía, el poder constituyente y su titularidad; la definición sobre el principio de los órganos encargados del ejercicio del poder, el cual se distribuirá entre ellos o se concentrará en alguno de ellos; la posición de los gobernados frente a los gobernantes, desde el punto de vista de las obligaciones de unos y otros; los límites del poder político; la participación o nivel de intervención del Estado en los procesos de transformación y desarrollo social; el modelo de gestión y orientación de la economía política; los grados y condiciones de participación de los factores reales de poder en las cuestiones públicas; las metas fundamentales y determinantes del ejercicio del poder, que en lo político, en lo económico y en lo social habrán de ser el sustento de los programas y las acciones de gobierno; entre otras cuestiones definitorias.

Por su parte, la forma de gobierno o régimen político se concreta en la expresión manifiesta de los principios y de los fines del Estado, con el objeto de alcanzar los primeros y hacer factibles los segundos. La forma de gobierno es las estructuras jurídico-políticas por medio de las cuales se realiza el ser y forma de ser del Estado, previamente determinado. En tanto que el tipo de Estado resuelve las preguntas de “que” y “para qué”, la forma de organización del régimen jurídico, o forma de gobierno, explica el “cómo” se traducirán las decisiones en hechos.

Las determinaciones que un modelo organización política general de una sociedad adopte pueden alcanzarse a través de diversas formas concretas de organización del poder, como son las estructuras del poder, instituciones jurídico-políticas, ámbitos de competencia, entre otros. Esto quiere decir que la forma de gobierno es en sí una determinación estructural, frente al tipo de Estado derivado de una decisión material e ideológica.

Bajo estas premisas, podemos observar las diferencias entre el tipo de Estado y forma de gobierno, en el modelo de Estado Democrático. El poder está distribuido entre diversos órganos constituidos, este principio esencial de este modelo, puede ser organizado o estructurado mediante diversas formas de gobierno, las más comunes son los gobiernos presidencialistas y parlamentarios, que se reparten el ejercicio del poder entre órganos constituidos. Ambos parten del principio de “división de poderes”, que presentan características muy diferentes en un caso y en otro.

De lo anterior podemos concluir que el tipo de Estado Democrático, tiene dos tipos de gobierno fundamentales, que pueden ser presidencialistas o parlamentarios, que obedecen al mismo origen y fines, pero que difieren en las formas de justificarlos y alcanzarlos. Por ejemplo, en el sistema presidencialista, los órganos ejecutivo y legislativo son electos; en tanto que en la forma parlamentaria sólo este último tiene un origen popular, que a partir de esta decisión, resulta que el parlamento designa los integrantes del gobierno.

En relación con el principio de “la distribución del poder” elemento esencial del tipo de Estado Democrático, debemos recordar que tiene su origen en el siglo XIX, en el que se estableció la tendencia, casi general, de estructurarlo bajo la clásica fórmula tripartita: ejecutivo, legislativo y judicial.

El modelo con el cual se ha “distribuido el poder” en los Estado Democráticos ha evolucionado. Particular atención merece el hecho que durante la segunda mitad del siglo XX, algunos Estados decidieron modelos de gobierno constituidos por cuatro órganos, cuya novedad fue que a los tres ya tradicionales se integraba un cuarto, encargado de ejercer una nueva función dentro del Estado Democrático, que es la del control de la constitucionalidad.

Este modelo nació dentro de los gobiernos parlamentarios europeos; sin embargo, poco a poco, en las últimas décadas se ha ido estableciendo en gobiernos presidencialistas, particularmente en América Latina. Ahora, junto a los órganos ejecutivos, legislativos y judiciales coexisten, primero en Europa y después en América, tribunales constitucionales, encargados de garantizar el control de la constitucionalidad; lo cual representa un cambio estructural dentro del modelo o forma de gobierno de los países que han optado por el Estado Democrático y que operan bajo el principio de “distribución del poder”.

Con lo anterior queda de manifiesto que a un mismo tipo de Estado pueden corresponder diversas formas de gobierno, sin que las diferencias entre unas y

otras afecten o alteren esencialmente el tipo de Estado que sustentan; esto quiere decir, en el campo de la práctica que para alcanzar un mismo fin se pueden elegir diversos caminos y medios. Esto implica que entre el tipo de Estado y forma de gobierno existen relaciones directas de “fin” y “medios” con la forma y estructuras de gobierno.

Las estructuras concretas de gobierno derivan del tipo de Estado que tiene sentido sólo a partir del contenido esencial que define el ser o forma de ser estatal. No es posible elegir, ni diseñar una forma de gobierno, sino se tiene la base material e ideológica que lo sustente y lo justifique. Por lo cual, resulta evidente la necesidad de determinar primero el “que” –el Estado- y ya tomada la decisión, plantear las diferentes alternativas sobre el “cómo”. Entonces, la definición del Estado es, forzosamente, previa a la selección de forma de gobierno.

Ya hemos analizado la confusión que existe entre tipo de Estado y forma de gobierno que se pone de manifiesto en las cuestiones relativas al origen y fines, con los medios que se utilizan para alcanzarlos y que tanto impacta, a la ciencia política, como a la jurídica.

Queremos insistir en que las estructuras y la organización que regulan los procesos del poder político son un medio para alcanzar los fines que a éste le han sido asignados. Es por ello que la concreción del modelo de Estado depende, en gran medida de la forma de Estado, cuyas limitaciones o deficiencias estructurales se reflejarán en el grado de realización de las decisiones definitivas de lo estatal. Por lo cual no se puede dejar de considerar, que en muchas ocasiones, son las estructuras de gobierno las que impiden la concreción de determinados objetivos o metas del Estado. Por ejemplo, del modelo de Estado Democrático, vigente, llamado Democracia Social, las diferencias en el grado de realización entre un Estado y otro dependen esencialmente de las estructuras y de la forma de organización de cada sistema político.

Una línea de exposición sobre las diferencias en los grados de bienestar y niveles democráticos entre Europa y América Latina se funda en el hecho de las diferencias entre los regímenes políticos presidencialista y parlamentario, no obstante que en ambos casos nos encontramos frente a naciones que tienen el mismo tipo de Estado; es decir el Democrático; a nuestro juicio estas diferencias tienen sus causas no sólo en la forma de gobierno, sino en múltiples factores que van desde lo cultural, hasta las condiciones de socio-económicas.

Ahora habremos de incorporar otro concepto fundamental para el desarrollo del presente trabajo, nos referimos a la Constitución. De lo descrito en este apartado, podemos afirmar que existe una identidad conceptual entre Constitución y Estado; así como la distinta naturaleza entre Estado y forma de gobierno.

En primer término, debemos reconocer que la Constitución es el conjunto de decisiones políticas fundamentales que definen el ser o la forma de ser de un Estado, que contiene la definición abstracta de principios, programas y fines de la sociedad políticamente organizada. En segundo lugar, porque consideramos el tipo de Estado como la materia definitoria de su ser o forma de ser, con relación a la cual la forma de gobierno representa su estructura y forma concreta de organización.

La relación cercana entre los conceptos de Estado y Constitución es evidente. Cabe hacer notar que como consecuencia del positivismo jurídico kelseniano se ha considerado a la Constitución sólo normativamente, hasta llegar al punto de considerarla como lo mismo que el Estado. Esta identificación ha dado como resultado la confusión entre Estado y Derecho; ya que la esencia del Estado no es jurídica, ni tampoco la de la Constitución.

La esencia de la Constitución es primariamente política; en tanto que el Estado es una forma de organización del poder político, de lo cual se desprende que la naturaleza de ambas no es idéntica; es cierto, que la definición del Estado se encuentra en su Constitución, que contiene también a la forma de gobierno; es decir, la parte estructural e institucional derivadas del tipo de Estado.

En tales condiciones, tanto el tipo de Estado, como la estructura de gobierno forman parte de la Constitución política, que se expresan en normas jurídicas. Es manifiesto que cuando difiere el tipo de Estado de un caso a otro, la Constitución política también es diferente, aún cuando puedan existir algunas coincidencias estructurales relacionadas con las formas de gobierno.

La Constitución del Estado contiene principios, fines y estructuras de la organización política y social, la definición programática y la forma de gobierno, las cuales, en la mayoría de los casos se expresan en normas jurídicas.

Ahora corresponde revisar la evolución de los fundamentos teóricos de la diferenciación conceptual entre tipo de Estado y forma de gobierno, que, como ya se ha mencionado se confunden con gran frecuencia y facilidad.

Existen muchos criterios que se han tomado en cuenta para la formulación de una tipología de los tipos de Estado y de las diversas formas de gobierno; sin embargo nos parece que la más acertada es la que presenta el Dr. Miguel Covián, en su libro de Teoría Constitucional,² que nos refiere al concepto fundamental sobre el Estado: el ejercicio del poder.

Como ya se ha reiterado, comprendemos al Estado como la forma de organización política de una sociedad; por lo tanto su elemento esencial reside precisamente en la distribución o concentración del poder. Por lo tanto, a partir de este fundamento, existen dos grandes tipos de Estado: el democrático y el autárquico. En el primero, el poder político se encuentra distribuido, en tanto que en el segundo, se encuentra concentrado en alguna instancia de poder. Este criterio, como lo señala Miguel Covián, nos ofrece ventajas metodológicas y epistemológicas, ya que nos permite formular la descripción formal-constitucional del tipo de Estado y, además, nos permite abordar el funcionamiento y la dinámica real de las estructuras concretas de cada tipo de Estado, en relación con el grado efectivo de distribución o concentración del ejercicio del poder político, lo cual facilita el establecimiento de la vinculación entre el Estado y su forma de gobierno o régimen político. A continuación se presenta un esquema sobre el tipo de Estado y formas de gobierno contemporáneas más usuales.

TIPO DE ESTADO	FORMA DE GOBIERNO	TIPO DE ESTADO	FORMA DE GOBIERNO
	Presidencialismo		
	Parlamentarismo		Personalista
	Otras		
			Partido Único
	Federación		
DEMOCRÁTICO		AUTOCRÁTICO	Monarquía
Distribución del poder	Organización unitaria	Concentración del poder	Militar
	Otras		Religiosa
	Representativa		Otras
	Indirecta		
	Otras		

² ibidem, p.340.

Sobre el cuadro arriba presentado, tomando en cuenta de que se trata de un modelo simplificado, es necesario realizar las siguientes precisiones:

- Los dos tipos de Estado que se señalan son los extremos del modelo; sin embargo, se pueden presentar casos intermedios en cuanto a los aspectos ontológicos. Tratándose del modelo democrático, podemos distinguir entre el modelo del Estado liberal clásico, el burgués y el modelo social demócrata, que es el modelo predominante. También se puede distinguir, con base en el ejercicio real del poder, si el Estado democrático específico tiende a ser más o menos democrático o bien puede presentar procesos graduales o abiertos de concentración del poder, correspondiendo en el fondo a las características del tipo autocrático.
- En particular, por lo que se refiere a tipo autocrático se distinguen dos clases, cuyo rasgo común es la concentración del poder, pero cuya base programática e ideológica son distintas. El prototipo del Estado autocrático-totalitario es el estado socialista; en tanto que las autocracias-autoritarias están representadas por el fascismo y el nacional-socialismo, como son las dictaduras de base militar y en menor número las religiosas.
- Por lo que se refiere a las formas de gobierno del Estado democrático, sus estructuras e instituciones se pueden distinguir bajo tres criterios. Primero, las relaciones entre los órganos constituidos y la distribución del poder entre unos y otros, que actualmente se manifiestan en formas presidencialistas y parlamentaristas. Segundo, la existencia de esferas de competencia o autonomía, o la carencia de ellas en las diversas zonas territoriales en que se divide el Estado, bajo la organización autonómica, en federación o la central, en que no existe autonomía de las provincias o regiones. Tercero, los grados y formas de participación ciudadana en los procesos de decisión del poder político, distinguiéndose los Estados de democracia exclusivamente representativa -voto activo- y los que incorporan elementos de democracia indirecta o semidirecta como son el referéndum, el plebiscito, la iniciativa popular y, otra poco usual, la revocación del mandato.
- En relación con las formas de gobierno de los Estados autocráticos, se clasifican en: totalitarios y autoritarios, en función del órgano, instancia o

punto de concentración del poder político. Debemos mencionar que es posible encontrarse en estos modelos instituciones o formas similares a las de los modelos democráticos, pero sólo juegan un rol normativo-formal, cuya aplicación es nula. Tampoco nada impide la Constitución de un Estado autocrático contenga las formas del referéndum o de la iniciativa popular; sin embargo, en la práctica no se aplican. Por lo que se aprecia, el elemento central para la clasificación de las formas de gobierno está en el real y eficaz ejercicio del poder.

- Las formas de gobierno basadas en la concentración del poder en una sola persona presentan muchas diferencias entre sí, por la forma de ejercer el poder; no obstante, su característica fundamental se encuentra en la concentración del poder, lo cual los coloca, invariablemente dentro de los Estados autocráticos.
- En el cuadro de clasificación de tipo de Estado y formas de gobierno, nos hemos referido a “otras” formas de gobierno, lo cual permite la posibilidad de incorporar alguna otra modalidad contemporánea, como son las monarquías constitucionales.

De la topología expuesta, de los comentarios y precisiones formulados sobre la misma, debemos destacar lo obvio: el nombre no hace la cosa, por lo tanto, el tipo de Estado y la forma de gobierno no están determinadas por la intención contenida en una Constitución, sino por la realidad que se manifiesta por el ejercicio real y cotidiano del poder. Sólo para mencionar un ejemplo: los regímenes parlamentarios europeos, cuyo Jefe de Estado es un monarca, no se da el caso de que éste ejerza el poder político, ni influye en las decisiones del gobierno en forma definitiva. Sus funciones se limitan al protocolo y a la diplomacia y, en el mejor de los casos, se convierten en una representación o símbolo visible e identificable con la abstracción del Estado. Este tipo de Estado corresponde al modelo de Estado social-democrático, con una forma de gobierno parlamentaria, debido a que es este órgano es quien decide las cuestiones fundamentales de ser y forma de ser de la organización social.

Con todo lo descrito en este apartado, sobre el tipo de Estado y forma de gobierno, hemos querido dar por decidido que esta clasificación obedece al elemento sustancial de la organización política, que es el ejercicio del poder y las formas o medios para alcanzar sus fines.

Sin embargo, aunadas a las formas tradicionales de Estado descritas a detalle, la teoría constitucional reconoce también las siguientes:

El Estado Unitario o centralista, que es aquel tipo de Estado donde existe un solo centro de poder político y cuya organización territorial se efectúa a través de agentes y autoridades que actúan al nivel local en delegación de ese mismo poder central, la administración del Estado unitario puede ser: centralizado, desconcentrado y descentralizado.

Los ejemplos más significativos de este tipo de Estados son: Francia, Chile, Irán y Japón.

Por otra parte, el Estado federado (del latín foedus “pacto”) es un Estado conformado por la reunión de varias entidades territoriales, también suele denominarse Estado Federal o República Federal, generalmente tiene un sistema político Republicano y excepcionalmente monárquico, con frecuencia las federaciones se constituyen sobre un acuerdo original entre Estados soberanos, por ejemplo, EEUU, México, Argentina, Brasil.

Por otra parte, una confederación posee una estructura semejante a la de una federación, pero con un gobierno central disminuido con relación a un gobierno federal.

Una confederación puede consistir también en una serie de Estados que, mientras en ciertos aspectos puntuales comparten soberanía temporalmente, son considerados totalmente soberanos y mantienen el derecho a separarse unilateralmente.

Finalmente, el Estado Regional (llamado en ocasiones Estado Unitario con autogobierno o Estado autonómico), es considerado una forma de estado intermedio entre el Estado Federal y el Estado Unitario que busca compatibilizar la idea de unidad y descentralización o autonomía, este tipo de Estado, habitualmente, posee divisiones territoriales denominadas regiones.

En general, se considera que un Estado Regional es más centralizado que uno federal y menos centralizado que un Estado Unitario, el Estado Regional no es más que un sub-tipo de Estado Unitario en el que existe un importante grado de descentralización, entre estos los ejemplos más significativos son Cataluña y el país Vasco, ambos en España.

II.2. Historia de la doctrina del Estado

El estudio de la organización política de las sociedades ha sido una preocupación permanente de las más importantes culturas que se han desarrollado a lo largo de la historia, mismo que se ha realizado desde las más diversas ópticas. A continuación, en este apartado, habremos de revisar y exponer las principales concepciones que sobre esta realidad se han tenido, en las distintas épocas, por los pueblos que han sido determinantes en el pensamiento político-jurídico occidental.

Los griegos son considerados, universalmente, como el pueblo que mayormente ha contribuido al pensamiento científico, tanto en lo referente a la naturaleza, como a la sociedad; existen muy pocos temas, materias, disciplinas o ciencias que este pueblo no haya abordado. Sin duda, muchas de sus aportaciones han sido superadas por la propia dinámica del conocimiento; sin embargo, debemos reconocer que sus estudios han sido la base y el origen del conocimiento durante los últimos veinticuatro siglos.

La doctrina del Estado no fue un tema que escapó al pensamiento helénico, la cultivaron hasta el grado de que ésta alcanzó una gran importancia en su escala del conocimiento. Esta relevancia se debió a que ellos consideraban al Estado no sólo como una comunidad política, sino también religiosa; por lo tanto las cuestiones morales estaban vinculadas con las políticas. En Grecia era impensable la vida fuera de la sociedad; es decir, del Estado.

La doctrina del Estado alcanzó gran interés entre los griegos, porque las cuestiones morales superaban en interés a las demás, particularmente en lo que se refiere a la especulación ética, que procuraba fijar los principios de las acciones políticas. Se interesaban especialmente en encontrar una medida, un criterio para juzgar los hechos, que creen encontrar, unos en la naturaleza, y otros, en las proposiciones o leyes creadas por el hombre.

La cuestión fundamental que se debate es cómo se ha de constituir el Estado en relación con sus fines y cuál debe ser el papel que juegue el individuo de él. Por consiguiente, el tema central de la doctrina griega sobre el conocimiento de este tema es: el tipo ideal de Estado; no se detienen en la cuestión de qué es el Estado; sino cómo debe ser creado.

La preocupación sobre la construcción ideal del Estado es un tema que aparece en los pensadores presocráticos. Ya en la época del esplendor de la filosofía

griega, este tema llega a ser objeto recurrente del pensamiento político. Sin duda, es en Platón donde esta preocupación es mayormente manifiesta, que dedica parte de sus obras a la descripción del Estado ideal y de lo que se asemeja más a él. Es en Aristóteles donde encontramos, dentro de sus estructuras sistemáticas, intentos por describir en sus investigaciones de las ciencias del Estado el conocimiento del mejor Estado, que realice sus propios fines.

En la obra de Platón encontramos muchas referencias al Estado como es y de su transformaciones; sin embargo, la sistematización de este conocimiento lo contiene la literatura aristotélica, en donde se determina los fundamentos empíricos del Estado de su época y, al mismo tiempo, realiza una subdivisión de los mismos. En el caso de los filósofos conocidos como sofistas, podemos encontrar una dura crítica a la búsqueda del Estado ideal y el desarrollo de una teoría del Estado real.

Los pensadores posteriores a Aristóteles, continúan con la tendencia de mantener relegado el interés teórico del conocimiento político para sustituirlo por un interés práctico orientado a la protección del individuo, que tiene como tema central la búsqueda del Estado ideal, en el cual pueda participar el hombre sabio.

Por lo que se refiere a los romanos respecto a sus aportaciones a la doctrina del Estado, podemos observar que sus preocupaciones no estaban en la investigación o búsqueda del tipo ideal de Estado, ni en sus consecuencias políticas. Más bien su contribución a esta disciplina la podemos encontrar en los aspectos de orden jurídico; es decir, para este pueblo lo más importante en relación con la organización política de la sociedad se refiere al orden normativo que se desarrolla para que el Estado pueda alcanzar sus fines.

Durante la edad media, el pensamiento cristiano se aleja de una verdadera doctrina científica del Estado y se dedica al estudio de lo que debe ser, no de lo que es. Las preocupaciones de esa época no estaban en las relaciones políticas reales, lo que importaba para los hombres de ese entonces era las cuestiones jurídicas o políticas que hacían referencia a la relación del poder temporal y el espiritual. Se limitan a formular variaciones sobre el pensamiento griego y romano sobre a materia, con el único fin de hacerlas compatibles con la visión cristiana del mundo. También es de destacar el hecho que durante esa época no existían como tales Estados mutua y oficialmente reconocidos. Esta es la razón por la cual en el Edad Media se produce literatura sobre cuestiones políticas y una pobre o nula contribución sobre la ciencia teórica del Estado.

Adicionalmente a la literatura que atiende los aspectos de la política, aparece una nueva: la de la jurisprudencia, la que se refiere a las formas reales de la vida, pero carece de un concepto claro de Estado fundado en las relaciones positivas, se utilizó el concepto de “corporación”, muy expuesto en esa época dentro y fuera de la Iglesia católica, como teoría romanista y canónica.

Esta teoría produce una completa revolución en los problemas que atiende la ciencia del Estado; ya que en todo el acervo anterior se considera al Estado como un ideal por realizar; por lo tanto, las especulaciones sobre ciencias del Estado se convertían en investigaciones políticas. Es en este momento que se considera al Estado como una creación jurídica y, de este modo, se considera a la doctrina del Estado como parte de la ciencia del Derecho.

Durante el Renacimiento y la Reforma se inicia con investigaciones de índole política, que están representadas por los trabajos de Maquiavelo y Bodin, que se ocupan de la naturaleza, propiedades y modos de organizarse de los Estados. Se basan en el modelo Aristotélico, y parten de un mundo que le es dado, para formular el concepto de “tipos”. Esta etapa histórica una nueva base para fundar sobre ella las relaciones sociales que surgen en ese momento como novedosas; este fundamento lo encuentran en la doctrina del derecho natural, el cual ya había sido esbozado por lo antiguos y durante la edad media.

La característica del derecho natural consiste en que, independiente del fundamento teológico, no hace depender su fuerza de mandamientos divinos, sino que reconoce su valor y fuerza por razones de necesidad interna. En sus inicios, el derecho natural estuvo orientado hacia el derecho político; el Estado, su origen, naturaleza y funciones.

De aquí surge una doctrina general del mismo, que en sus principios se manifestaba simplemente como una teoría. No obstante, en los seguidores de esta teoría confundían, con mucha facilidad, lo jurídico y lo político, cuestión muy explicable, ya que consideraban al Estado como una institución fundada mediante el derecho y bases jurídicas, es decir el Contrato. Dentro de esta tendencia podemos agrupar, entre otros a: *Hobbes, Locke, Rousseau y Kant*. Más tarde se manifestó la necesidad de separar lo jurídico de lo político; ya que el interés práctico rebasó el interés teórico; fue así que la misma escuela del derecho natural tomó parte en los esfuerzos por la organización de las relaciones del derecho político.

A medida que la escuela del derecho natural pierde fuerza, reaparece el derecho político, como una tendencia manifiesta, bajo la forma de derecho constitucional universal. El mejor ejemplo de esta posición teórica nos lo ofrece la obra de *Montesquieu*³, mediante el modelo de la monarquía constitucional inglesa y un ideal político al Estado: asegurar la libertad política a los ciudadanos. Las instituciones inglesas como fueron copiadas y entendidas en Francia dieron origen a una doctrina del Estado constitucional modelo, que finalmente influyó bastante en la política práctica.

La revolución científica de fines del siglo XVIII e inicios del XIX también impactó a las ciencias del Estado. La formación de nuevos órdenes del saber que están en conexión con la vida del Estado, permite considerar el tema desde nuevos puntos de vista. El derecho natural que consideró al Estado como una institución jurídica, se recupera y unifica la variedad de naturalezas del Estado dentro de la conciencia científica. Se abre camino la idea de que la ciencia fundamental del Estado no es sólo una doctrina jurídica del mismo, sino una disciplina independiente, cuyo objeto es fijar los caracteres del Estado que le son ajenos al Derecho y anteriores a él, para lo cual no es suficiente la investigación jurídica.

Es de esta forma que van surgiendo la necesidad de una doctrina general del Estado, independiente y autónoma, que no debe considerarse simplemente como un sujeto de derecho, sino que tiene su propio objeto y por lo tanto sus propias características. La expresión de doctrina del Estado, como voz política, se empieza a usar a mediados del siglo XVIII, pero se separa del estudio del Derecho hasta finales del mismo siglo. Ya en el siglo XIX la doctrina del Estado alcanza su autonomía como una disciplina independiente del Derecho.

Este proceso o estuvo exento de discusiones y contradicciones, que se clarifican hasta que se comprende que el Estado puede y debe ser considerado desde dos aspectos científicos diferentes: el social y el jurídico. Se separa de los aspectos filosóficos. La separación rigurosa entre lo teórico y lo práctico, continúa siendo motivo de confusiones.

Ya en la época moderna podemos encontrar numerosos ensayos sobre la doctrina o teoría del Estado, existen investigaciones y exposiciones completas realizadas ex profeso sobre la ciencia del Estado y de la doctrina del Derecho, el enfoque depende de la disciplina en la que se desarrolle el autor; por lo tanto, tenemos métodos especulativo-filosófico, histórico-político o el jurídico. Una forma

³ MONTESQUIEU, El Espíritu de las leyes, cit.

sistemática en la elaboración de este material sólo se encuentra hoy entre juristas o entre investigadores de formación jurídica.

La Teoría General del Estado, como doctrina de los conceptos jurídicos fundamentales del mismo, pertenecen al campo de acción del jurista, sin dejar de reconocer que es necesario tomar en cuenta otras disciplinas para ahondar en sus investigaciones. Se ha hecho una costumbre iniciar la exposición del derecho político positivo con un panorama de la doctrina o teoría jurídica general del Estado, cuestión justificada, porque esta doctrina expone a las instituciones particulares de esta misma rama.

El estudio del Estado, no obstante la independencia y autonomía que ha alcanzado dentro de las ciencias políticas y sociales, frecuentemente es abordado desde diversas ópticas de otras disciplinas con las que mantiene puntos de contacto. Tal es el caso de los trabajos que se relacionan con la Filosofía, Historia, Sociología y Economía.

Cada sistema filosófico que se precie de ser completo requiere desarrollar alguna doctrina del Estado. La filosofía de derecho al tratar de todas las cuestiones de la vida social, necesita, también referirse a los principios de la doctrina del Estado. Otra tendencia ha sido considerar al Estado como un producto histórico, propio de la evolución ininterrumpida de la sociedad. Las teorías sociológicas del Estado, parten del estudio de los fenómenos de la vida social desde el punto de vista empírico. Las investigaciones que relacionan al Estado con la economía política son, en ocasiones, limitadas, ya que consideran al Estado como producto, exclusivo, de las fuerzas económicas.

Para concluir el presente apartado sobre la evolución de las doctrinas que han estudiado al Estado, podemos concluir que la Teoría General del Estado ha alcanzado su autonomía e independencia como disciplina científica; sin dejar de reconocer su alto grado de interrelaciones que tiene con otros órdenes del saber.

II.3. Modelos históricos de Estado

La clasificación que hemos adoptado para definir el tipo de Estado y la forma de gobierno ha sido en función de su elemento sustancial: el poder y su ejercicio; no obstante esta definición para establecer su tipología, a lo largo de la historia se han desarrollado diversas formas de Estado que se han tomado como modelos, no sólo para su estudio, sino también para su aplicación de orden práctica.

Como todo hecho humano, el Estado ha evolucionado en forma constante en sus formas. Los elementos del concepto del Estado en sus dos aspectos esenciales: social y jurídico, se perciben de diversas maneras, que dependen de la cultura, de las particularidades de un pueblo y, sobre todo, de la época en que se desarrollan. Por tal motivo, hemos considerado conveniente revisar los principales tipos de Estado que han transitado a lo largo de nuestra cultura. De ellos podremos observar su origen, fines y sobre todo, el ejercicio del poder político y sus relaciones análogas con el Estado moderno. Para formular este apartado en particular, hemos recurrido a la clasificación, que ya se considera clásica, formulado por Georg Jellinek⁴.

II.3.1. El antiguo Estado Oriental

El conocimiento de los antiguos Estados orientales es limitado, por lo cual no se puede afirmar contundentemente que los antecedentes históricos de que se dispone sean totalmente confiables sobre la formación, operación y desenvolvimiento de imperios tan poderosos, particularmente, por lo que se refiere a su organización interior y sobre los fundamentos del orden jurídico en que se apoyaban. Su clasificación inicial, bastante limitada, se refiere a ellos como: Estado despótico o Estado teocrático.

Por lo que respecta al despotismo del Estado oriental, jamás estuvo tan acentuado que impidiera la existencia de un orden jurídico. Existió un derecho egipcio, persa, hindú, con instituciones muy determinadas y un derecho estructurado y ordenado; lo que fue una realidad los constituyó el hecho que el derecho del individuo no podía hacerse valer con respecto al monarca.

En estos Estados, por lo tanto, el individuo tenía una capacidad de derecho privado limitada. Lo mismo sucede a una parte del pueblo con respecto a la capacidad para el derecho público, ya que la pertenencia a una determinada clase social o casta es lo que le da una calidad pública para que le sea otorgado y pueda desempeñar una función u oficio.

La teocracia expresa una variedad de representaciones políticas, por lo que resulta necesario precisar el contenido circunstancial y concreto que a cada caso en particular le corresponde. Por lo general, se considera a este modelo de Estado como una relación entre el poder del soberano con una fuerza divina, que lo faculta a su ejercicio. Sobre este particular, se pueden distinguir dos tipos

⁴ JELLINEK, Georg, op. cit. p.171.

fundamentales: primero: el soberano es el representante del poder divino y su voluntad es igual o semejante a la de la divinidad, o; segundo, su poder está limitado por el poder de ésta, que expresa su voluntad superior al Estado mediante otros órganos. De esta forma, la teocracia puede tener como resultado el fortalecimiento del poder del Estado o la debilitación del mismo. Estas relaciones se modifican también en función del tipo de religión de que se trate y de sus propias concepciones teológicas.

Podemos decir que el primer tipo apenas y reconoce el derecho del individuo, y que el Estado toma el carácter de un poder sometido a un poder ajeno y superior; en el segundo tipo, se plantea un dualismo dentro de la vida del Estado, formado por dos poderes: uno humano y otro supra-humano. Este segundo poder al que nos referimos, es ejercitado por los sacerdotes.

De este tipo de Estados el más importante y del que tenemos más información es el israelita, que corresponde a los del segundo tipo, Sus instituciones políticas y jurídicas, tal y como están descritas en la Biblia, han influido en la construcción de la Iglesia primitiva y en las ideas sobre las cuales se desarrolla la Edad Media, incluso, han llegado a influir en la época moderna.

Además, debemos destacar que en la propia legislación judía se encuentra una tendencia hacia la democracia, la cual se puede detectar en la solicitud para con los desposeídos que no gozan de todos los derechos y las clases sociales sometidas a un régimen de dependencia. Preceptos que llegaron a alcanzar un nivel mucho más alto que en ningún otro pueblo occidental de la antigüedad.

Es cierto que la ley se expresa de un modo imperativo; mas detrás de ella se oculta de un modo semejante al contenido que expresa la ley de las Doce Tablas, que reconoce los derechos subjetivos de los individuos. El israelita tiene una personalidad determinada que puede hacer valer frente a frente del rey, porque el problema para éste consiste precisamente en otorgarle la protección jurídica que al mismo obliga. Sólo ante Dios –Jehová- el israelita se encuentra desposeído de todo derecho.

Estas ideas no fueron obstáculos para que la realeza luchara por adquirir mayor poder, signo que fue característico a el tipo de Estado antiguo que se desarrolló en Oriente; sin embargo, se mantiene viva la conciencia de las obligaciones del rey, que es lo que le da el carácter democrático de la política del pueblo de Israel. Se mantiene la tendencia de la época anterior a los reyes, según la cual la institución de la soberanía real proviene de la voluntad del pueblo que recibe, después, la

sanción divina. Así es que la soberanía trascendente de Jehová, no es un hecho natural, sino que descansa en el sostenimiento expreso del pueblo, llevado a cabo mediante la forma de un contrato; en muchas ocasiones el rey y el pueblo contraen obligaciones mutuas en la forma de un pacto que pone a Jehová como testigo; ideas que han perdurado e influido en el desarrollo del pensamiento democrático ulterior.

Los elementos opuestos que se encuentran en este Estado se reflejan en los efectos, igualmente contrapuestos, que de él se derivan. La forma del poder dualista del poder soberano y su reunión en una mano poderosa, la libertad del pueblo que rechaza a la realeza o se somete a ella, el poder absoluto del príncipe establecido por Dios, el cual reconoce limitaciones religiosas, pero no jurídicas. Todas estas pretensiones doctrinales se apoyan en el Antiguo Testamento, el cual ha desempeñado una gran importancia, por su influencia en la historia de la doctrina política.

II.3.2. El Estado Helénico

El estudio y análisis contemporáneo del Estado Helénico ha alcanzado un alto grado de precisión en lo que respecta a su contenido. Como característica fundamental del Estado griego debemos señalar la omnipotencia con que se desempeñaba y, por lo tanto, la situación de desventaja en la que se encontraba el individuo frente a él.

La premisa fundamental es que el individuo se desenvuelve dentro del Estado y lo que es se lo debe precisamente a éste. Como se comprendía la libertad en esa época consistía en que el individuo tenía capacidad para participar en la formación de leyes soberanas, pero éstas lo dominaban totalmente, sin dejarle posibilidad alguna de libertad, en el sentido en que ahora la comprendemos, ya que en el Estado moderno se ha reconocido al individuo como un poder y el Estado se ha puesto a servicio de los intereses y evolución de la persona individual.

El conocimiento que ahora tenemos sobre el Estado Helénico proviene, fundamentalmente, del pensamiento político de Platón y Aristóteles, mediante sus obras que tenemos el privilegio de conocer. El rasgo común que encontramos en estos distinguidos autores es: que el individuo no se pertenece, sino que pertenece al Estado; sin embargo, en sus mismas obras podemos encontrar contradicciones a dicha afirmación. También es de destacar que tenemos literatura de esa época que comprendía de una manera distinta al Estado y sus relaciones respecto al individuo. Por lo tanto, no se debe considerar como

exclusivo el pensamiento platónico y aristotélico en la concepción del Estado griego, ya que su obra se limita a la descripción de un tipo ideal de Estado y no al conocimiento empírico.

Tenemos también una segunda corriente de interpretación del Estado Helénico, cuya doctrina consiste en replantear la doctrina de las relaciones del Estado con el individuo, particularmente la desarrollan los escritores de la doctrina del Estado de los siglos XVI y XVII, que aplicaron el pensamiento griego a su tiempo y circunstancia. Esto causó algunas confusiones, como en el caso de Montesquieu, quien ignora la oposición que existe entre la antigua y moderna libertad. Incluso, la concepción de la libertad en Rousseau, procede directamente de los antiguos griegos. La comunidad democrática de una ciudad griega, corresponde al ideal del Estado de Rousseau.

La libertad antigua significaba la posibilidad de participar en el poder del Estado; en cambio, la libertad moderna quiere decir, ser libre frente al poder del Estado y poseer el derecho, no de dominar, pero sí de influir en poder que se ejerce en relación con los individuos.

En su obra de Teoría General del Estado, Georg Jelinek, formula una cita sobre la comprensión antigua y moderna de la libertad, refiriéndose textualmente a Benjamín Constant que dice:

“Entre lo antiguos el individuo está al servicio del Estado, y haya la satisfacción de sus fines mediante el bien del Estado. Entre los modernos es el Estado el que vive para los individuos y alcanza su gloria cuando consigue el bien para sus ciudadanos. La libertad consiste entre los griegos en la participación en el gobierno; hoy en ser gobernados por el mínimo de gobierno posible. En el Estado antiguo las prestaciones de los ciudadanos son como el remate de su personalidad; en la época moderna significa una limitación de la misma”⁵

Las descripciones más típicas del Estado helénico son los relatos del Estado militar espartanos, toda vez que este fue tomado por Jenofonte y Platón como el modelo que era necesario oponer al Estado ateniense que había desembocado en una democracia. Aristóteles, en su obra *La Política*, tampoco se mantuvo ajeno a la influencia de esta visión del modelo espartano de Estado. Sucede, en consecuencia, lo que ha sido común en la historia de la doctrina del Estado, esto

⁵ ibidem, p. 177.

es, que una vez creado el tipo ideal, aquellos fenómenos que no forman parte de él, se les considera desviaciones de lo normal.

El Estado griego es, por esencia, Estado-ciudad, es decir la *polis*, originalmente es la aldea fortificada, más tarde, la ciudad edificada, en el que se asienta una comunidad estatizada. Esto le otorga una nota propia, la de haber presentado, en todas sus formas, la unidad interior. Son varias las causas de este fenómeno entre los griegos, la adaptación a la *polis*, odiaban la tiranía y la forma de gobierno que exigía el pueblo era la soberanía. La *polis*, no era exclusivamente una comunidad de Estados, era una unidad de cultura, no existía ley alguna que prescribiese una dirección concreta a la evolución política, ni autoridad del Estado que valiese como instituida inmediatamente por Dios, sino que siempre descansa la *polis* en la unidad inquebrantable de lo que en el mundo moderno ha sido separado: Estado e Iglesia.

Esta unión entre comunidad de Estado y de culto, explica también otro fenómeno importante, que nos explica las exigencias que están presentes en los grandes pensadores griegos, para quienes la educación del ciudadano para la virtud, es el fin último del Estado; y la conducta moral, el deber supremo del ciudadano. Estas son las consecuencias naturales de una concepción de Estado, cuyas raíces proceden de la antigua concepción del pueblo que ve en el Estado la obra de Dios y su morada permanente, cuya veneración es el primer y último deber del ciudadano.

El Estado antiguo abarca cuanto es sagrado y querido al hombre, de aquí que el griego no deba entregarse al Estado por temor a una coacción exterior, sino por devoción. Es cierto que el Estado sólo le garantiza su vida de ciudadano, pero éste abarca justamente todo lo que solamente es en el hombre digno de él.

El Estado griego tuvo, posteriormente, una evolución. Una corriente acentuada que tendía a desligar a los individuos de las obligaciones que primitivamente tuvieron, que se refiere a esa entrega ingenua de los ciudadanos para con el Estado, esta idea fue atacada fuertemente por una severa crítica. Los sofistas afirmaban el derecho del más fuerte. Lo que los antiguos consideraban como parte divina del orden terrenal, ya no tuvo el mismo valor en las nuevas generaciones, ya que decían los más radicales, que el nuevo valor estaba en la explotación de los más débiles por los más fuertes. Como consecuencia, se promueve el concepto individualista de la libertad. Este individualismo encontró políticamente su espacio en la democracia ateniense, que procuraba no sólo la entrega del individuo al todo, sino a la libertad social de los atenienses.

En esta época, ya no puede hablarse de una incondicional subordinación del individuo al Estado; además que el poder de éste se había debilitado, los funcionarios eran venales y la administración se caracterizaba por sus abusos y se convirtió en despreciable. El Estado se convirtió en un botín el cual se disputaban los partidos, para satisfacer sus egoísmos desmedidos. A partir de ello se promulgaron leyes absurdas y excesivas, que eran repudiadas por los ciudadanos.

Lo que verdaderamente sucedió en Atenas como un hecho incontrovertible, lo fue el incremento de la esfera de la libertad individual, de otra manera no se pueden explicar las grandes creaciones del espíritu en esa época. Una reglamentación del arte o de la ciencia habrá dado como resultado su empobrecimiento. No hubiera sido posible el florecimiento comercial de Atenas y su situación internacional sino se hubiese reconocido la libertad económica de los individuos y una expansión de los derechos privados, como lo demuestra el hecho del surgimiento del derecho testamentario. Consideraban los atenienses a los impuestos directos como una limitación de la libertad y, por eso, sólo existían temporalmente, lo que de nuevo demuestra que tenían conciencia de la independencia del derecho privado.

Adicionalmente, en el Estado griego, dominaba la idea de que al individuo sólo se le podían imponer obligaciones mediante leyes. Esta afirmación, retomada por la teoría moderna del Estado de derecho; es decir, que toda actividad del gobierno dirigida hacia el individuo sólo puede tener su origen y ser ejecutada mediante una ley, dentro de la limitaciones de la ley misma, fue plenamente reconocida y aplicada por los griegos y, particularmente, por los atenienses. En el concepto de ley está implícita la idea de limitación.

En el Estado antiguo, como ahora en el moderno, se le reconocía el individuo una esfera libre e independiente del Estado, pero jamás llegó a desarrollarse la conciencia del carácter jurídico de esta esfera del individuo en su relación con el Estado. La conciencia de esta libertad individual, como institución jurídica, está condicionada por una conciencia de oposición entre individuo y Estado; pero, precisamente, este pensamiento que le faltaba a los griegos, se desarrolló posteriormente, en el momento en que había desaparecido la independencia de los Estado griegos.

La afirmación del derecho individual tiene como supuesto una doble oposición: primero, la de Iglesia y Estado; segundo, la del monarca y pueblo. Ninguna de estas oposiciones existió en la antigua Grecia. El individuo no quería libertarse de la coacción religiosa, ni el pueblo cuestionaba la autoridad y el poder del soberano.

En los antiguos Estados griegos, los derechos políticos también fueron reconocidos y formados como derechos individuales. La calificación jurídica de la persona como ciudadano, el derecho de ciudadano, fue objeto de una producción estricta, no sólo por parte de las leyes de cada Estado, sino también por pactos entre ellos. Las formas de asociación de esos pueblos descansaban esencialmente en las peculiaridades del derecho de ciudadanía. Las funciones de este derecho: exigencia de participar en la administración de la justicia y en la propia vida del Estado, estaba perfectamente reconocidas en su calidad jurídica. No sólo participaban de estos derechos los ciudadanos, sino también los que estaban sometidos a la protección de alguien que los ejercía.

Todas las prestaciones al Estado griego tenían fundamentos legales, como sucede en el Estado moderno, que impedían las valoraciones arbitrarias. Dentro de estas prestaciones, era la principal la obligación de servir en el ejército de los dieciocho a los sesenta años, lo que ha constituido uno de los principales argumentos para los que han sostenido la teoría de la absorción del individuo al Estado.

Estos derechos estaban protegidos por una administración de justicia muy bien formada, que sólo podía intervenir a petición de los interesados, costumbre que perdura hasta nuestros días, por esto con la sentencia de un juez no solamente se satisfacía un deber público, sino las exigencias de un derecho subjetivo del individuo. El griego era sujeto de derecho, no sólo en beneficio del Estado, sino en beneficio propio.

La omnipotencia del Estado, particularmente en Atenas, no deja de reconocer una amplia esfera real al ciudadano, en la que puede actuar libremente. De un modo formal jurídico, era, por lo demás, completamente a la libertad moderna, pues ésta sólo puede como libertad que descansa en disposiciones normativas. Las limitaciones del Estado modernos respecto a la libertad individual, son jurídicamente una limitación de sí mismo.

La distinción entre el lugar que ocupa el individuo en el Estado antiguo y en el moderno, desde el punto de vista jurídico, consiste en lo siguiente: en que la libertad del individuo moderno está expresamente reconocida dentro de la ley; en tanto que en la antigüedad, se consideraba esto tan claro y evidente que resultaba innecesario formular una norma jurídica al respecto.

En relación de la dependencia del individuo respecto del Estado, podemos afirmar que en las instituciones griegas estaba poco señalada, que más bien aparece

aquel como únicamente como una unidad superior de individuos, quienes simplemente forman parte de esa unidad, como una variedad. Esto nos señala que el elemento esencial y característico de los Estado Helénicos era el ciudadano.

Jellinek nos remite en su obra de Teoría General del Estado a una cita textual de Szanto, que describe, a nuestro juicio este concepto esencial del Estado Helénico, vinculado al elemento ciudadano:

“El concepto del Estado va adscrito inmediatamente al de ciudadano –incluso cuando éste abandona su patria- no al territorio y porque el derecho ciudadano es un derecho gentilicio, va unido al Estado, en primer lugar, a la existencia de razas y no a la de la tierra que ellas habitan, ni a los lugares sagrados en que se veneran los dioses nacionales”⁶

Por eso, entre los griegos, cuando sus ciudadanos se encontraban desterrados, si lo eran en número suficiente, se consideraban como una extensión del Estado destruido por lo enemigos, el cual revivirá cuando las condiciones permitan su reconstrucción del análisis que se ha formulado en este apartado dedicado al Estado griego, podemos sacar las siguientes conclusiones en relación con sus características fundamentales.

El Estado Helénico es una asociación de ciudadanos, unitaria e independientemente, que cuenta con leyes y autoridades propias. Esta asociación presenta un doble carácter: estatista y religioso. El principio superior para la administración y el derecho es la ley. El ciudadano tiene un ámbito de derecho perfectamente determinado y reconocido, no obstante que entre los griegos no se desarrolló una ciencia jurídica independiente. El fin del Estado es que toda actividad de la existencia humana se realice dentro de él.

La distinción más importante entre el Estado antiguo y el moderno radica en la valoración que uno y otro le otorgan a la persona humana. Jamás en la antigüedad se llegó a reconocer al hombre por sí mismo, como persona, aun cuando haya sido en Grecia y e su filosofía quienes se ocupasen por primera vez de la idea del hombre y de la humanidad.

⁶ ibidem, op. cit. p. 186.

II.3.3. El Estado Romano

La historia nos ha enseñado que la cultura romana, casi en todas sus vertientes, tiene como origen y modelo el gran desenvolvimiento y aportaciones que los griegos realizaron en todas las vertientes de las ciencias y la cultura en general. Los grandes logros militares que tuvo el imperio romano en todo el mundo occidental de su época les permitió conocer y, en gran medida, apropiarse de los más importantes avances técnicos, científicos y humanos que hasta ese momento se habían alcanzado por la diversidad de pueblos que fueron conquistados por ellos. La península helénica no fue la excepción, ya que es evidente la gran influencia de las culturas que se desarrollaron en esta zona sobre el pensamiento y organización del pueblo romano.

Particularmente, por lo que se refiere a las formas de organización política, todo lo que se ha mencionado sobre el Estado griego es aplicable, en forma general, respecto del romano, que tiene su origen en una ciudad-Estado, característica fundamental desde su fundación hasta sus últimos tiempos.

Al igual que el griego, el Estado romano es, al mismo tiempo, unidad de cultura, en el que se funden los principios religiosos con la cuestión pública. Además que se identifica, fundamentalmente, con la comunidad de ciudadanos; es decir, la *civitas*, lo que equivale a afirmar que es la comunidad de ciudadanos o *res publica*, la comunidad del pueblo.

En el concepto del ciudadano prevalece también en Roma la facultad de la participación activa en la vida del Estado, cuanto que la capacidad para el derecho privado y el público podían estar separados completamente el uno del otro. El Estado romano aparece como perfecto dotado de competencias para decidir, lo cual no procede de hechos históricos o jurídicos de ninguna clase. Por eso se le considera, desde sus inicios, como una unidad interior y general.

La división de la comunidad en varias partes dotadas todas de soberanía originaria, es absolutamente imposible; de aquí que en toda época hayamos podido encontrar viva la idea de que, no obstante la pluralidad de órganos, sólo en uno debe residir la plenitud del poder del Estado, el *imperium* y las *majestas*, y a los demás sólo les puede corresponder un derecho derivado.

En el mundo occidental aparecen, por primera vez, en el Imperio Romano personalizados en un individuo, la totalidad de los poderes del Estado. Modelo

que sirvió de base en los posteriores tipos de Estados. El antiguo Estado ha influido aún en el mundo político moderno, no bajo la forma helénica, sino más bien en cuanto a su forma romana.

Una diferencia esencial entre la vida de la cultura griega con la romana consiste, en la distinta función y capacidad que se reconocía al padre de familia en esta última. La familia romana descansa en la concepción de una severa organización autoritaria: el *pater familias* tenía un poder político sobre los suyos que duraba lo que su vida; en tanto que el poder del padre de familia en Grecia estaba relegado por la ley y limitado en interés de los que estaban sometidos a su poder, mismo que terminaba cuando los hijos alcanzaban la mayoría de edad.

Por lo tanto, podemos afirmar, que la situación del padre de familia romano respecto al Estado, era muy distinta al griego; ya que el primero tenía una autoridad independiente y no derivado del Estado, ni sometido a su fiscalización; es decir, un poder semejante al del Estado. Podemos decir que se trataba de una pequeña monarquía, en que la familia romana no poseía un territorio determinado, sino que era una mera asociación de personas

En la concepción popular romana prevalecía que el Estado había surgido de una unión de familias constituidas en *gentes*, con lo cual la familia aparece como una organización permanente y primitiva en la formación de éste. En consecuencia, la separación de un poder público y de un poder privado y la posición, basada en esto, de un derecho público y un derecho privado, deriva de la construcción histórica del Estado Romano.

El romano frente al Estado es, también, persona. La distinción, así como la relación, entre el derecho público y el privado, es propia del espíritu romano que, desde el momento en que se habla de una ciencia romana, tenemos clara conciencia de lo que se trata. El individuo romano no permite ser absorbido por el Estado, toda vez que considera que todo el orden del Estado está puesto al servicio del individuo. Cicerón⁷ considera que el orden de la propiedad es el objeto más importante de la totalidad de la vida política del Estado. Tanto a los romanos, como a los griegos, les faltó, por las mismas razones una clara conciencia de una esfera política de la libertad; sin embargo, se pueden señalar rasgos muy

⁷ HASKELL, H.J: This was Cicero, 1964, pp. 300-303. Marco Tulio Cicerón, fue un político, filósofo, escritor y orador romano, es considerado uno de los más grandes retóricos y estilistas de la prosa en latín de la Roma antigua. Dentro de sus más importantes creaciones se incluyen obras filosóficas como “de finibus” (sobre la ética), “de legibus” (sobre la ley), “de officiis” (sobre los deberes), y “de República” (sobre la República).

concretos que ponen de manifiesto cómo para ellos el propio poder del legislador tenía límites en su relación con el individuo.

La idea de que sólo a la ley, y por consiguiente a una autoridad limitada, se está sometido era vigente tanto en Roma como en Grecia. La calidad de ciudadano, al que se le considera titular de exigencias a prestaciones por parte del Estado y de derechos a participar en la vida del mismo, fue reconocida y desarrollada por el talento jurídico de los romanos.

La naturaleza jurídica de la ciudadanía llegó a alcanzar importantes niveles de reconocimiento. Sus distintos grados comprueban cómo es que eran conscientes de los innumerables círculos de derechos individuales que este concepto contenía. El propio concepto moderno del ciudadano pasivo, *cives sine suffragio*, no fue extraño en la República y por esto se ha transformado el tipo del antiguo ciudadano, cuya nota esencial era la participación activa en el Estado. Ambos aspectos del concepto de libertad le eran familiares a los romanos. El Estado frente al ciudadano no tiene el carácter de un sujeto jurídico de igual valor. El ciudadano no posee una *actio* contra el *populus*.

En Roma, sólo se reconoce la personalidad individual independiente respecto del Estado, cuando se trata del ciudadano. Al hombre, entendido como género, no se le reconoció la personalidad, incluso cuando el cristianismo llegó a ser la única religión del Estado.

La antigua Roma cristiana no abandonó las bases del primera forma de Estado. A pesar de que la Iglesia exige independencia para sí, el Estado antiguo sigue siendo en la época cristiana comunidad de cultos. Mediante el carácter exclusivo que se le concedió al cristianismo, en oposición a la variedad de cultos paganos, considerados, hasta entonces como cultos del Estado, se forma una nueva distinción entre creyentes, herejes e incrédulos, de los cuales los primeros son los que tienen justificada su existencia.

Durante el principado y el imperio se redujeron al mínimo los derechos públicos de las personas, a tal punto que lo único que podía ejercer eran su derechos privados, fue aniquilada la libertad que había existido en relación con los cultos. No existe en la historia ningún pueblo que haya vivido más oprimido que en esta época. Sólo tenían una pequeña esfera de derecho privado, absolutamente limitado. No conocían lo que era ejercer el poder, ni tener libertad frente a él. Estábamos frente a un Estado absoluto.

II.3.4. El Estado de la Edad Media

La evolución del Estado hacia la Edad Media, tiene su origen en el cambio de pensamiento sobre la naturaleza unitaria de éste. El antiguo Estado era considerado como una unidad general, que no admite división interior. Nunca se plantearon una división del Estado en gobernantes y gobernados opuestos entre sí, como dos fracciones enfrentadas que luchan y, en su momento, pueden alcanzar acuerdos. Es precisamente en este punto donde radica la diferencia entre el Estado antiguo y al que hemos conocido como producto de la Edad Media.

Las formaciones políticas rudimentarias son la característica inicial de la historia de la Edad Media. Mismas que evolucionan, lentamente, para alcanzar lo que posteriormente se clasificaría, propiamente como Estado, en el más amplio sentido del término. En este proceso de la formación de los Estados influye poderosamente la antigua idea de la unidad del Estado.

La gran influencia del imperio romano en el pensamiento posterior a él, relativo a su firme organización, la centralización y la concentración del poder, son determinantes en el nacimiento y desarrollo de los grandes imperios de la Edad Media, de los cuales, la gran mayoría sólo sobrevivieron por breve tiempo, para desaparecer o dividirse.

El principio del Estado medieval es una asociación de pueblos a los que les hace falta el elemento de un enlace permanente de pueblo-territorio que posteriormente se fue estableciendo. La forma en que se ha llevado a cabo este enlace ha determinado las características del Estado moderno.

En tanto que el antiguo tuvo como punto central, hasta su fin, la *polis* y en el imperio mundial de los romanos sólo fue considerado como algo dependiente de la ciudad; por ejemplo, al Estado germano le faltó por completo un punto central un punto central, es decir, le faltó todo centro en general; es desde su comienzo un Estado territorial, con un centro personal, pero sin un centro real. El lugar donde viviera el príncipe era algo completamente contingente e independiente de la organización del Estado. Carecen de una centralización.

La dificultad de organización para un pueblo para un pueblo que está extendido en un vasto territorio y carece de todo centro, es aún mayor en una época en que las comunicaciones eran muy rudimentarias y predominaban las actividades agrícolas; es precisamente esta condición lo que determina la tendencia a

fortalecer todo lo posible un poder central, que es el origen de todos los reinos de la Edad Media.

La realza en la Edad Media se desenvuelve para reunir en sí dos elementos sustanciales: el poder soberano sobre las personas y la propiedad, igualmente suprema, sobre todos los bienes territoriales. Ambos derechos, al nacer, no tenían un carácter ilimitado: junto al tribunal real existía un tribunal popular y la propiedad suprema del rey, era posible oponer, en muchas ocasiones, la propiedad privada intangible para el poder de los reyes. El reino germano, por ejemplo, nace como un poder limitado; por consiguiente, desde su comienzo lleva en sí un dualismo: el derecho del rey y el derecho del pueblo, dualismo que prevalece durante toda la edad media, que establece la gran diferencia con el Estado antiguo, que fue siempre monista.

El dualismo, que presenta en la Edad Media, se muestra primariamente en que el derecho del rey y el del pueblo son considerados, dada la concepción de aquella época, como igualmente originarios. Para el pensamiento político monista de los romanos, era muy natural derivar el poder de los príncipes de una concesión del pueblo; pero esta concepción, como cualquier otra de igual naturaleza, contradice las ideas jurídicas primitivas de los romanos, para quienes el derecho del rey es tan independiente y sustantivo, como el derecho privado del individuo.

La teoría románico-canónica de la Edad Media, es la que, por primera vez, y valiéndose de ideas completamente extrañas a las primitivas germánicas, consideró al pueblo como quien otorgaba a la persona del rey su representación y por tanto pensaban que el derecho real era un derecho derivado del derecho popular.

Este dualismo, que se funda en los primeros Estados germánicos, se acentúa aún más con el desarrollo del feudalismo. Jamás fue el Estado germano depositario de todo el poder público; si bien es cierto que la justicia popular es limitada por el poder del Estado. Los tribunales de los señores, dueños de la tierra, descansaban en su propio derecho y del mismo modo que en la justicia eclesiástica, aún que reconocida y limitada por el Estado, no podía ser creado por éste.

Mediante la feudalización de las funciones del rey y la posterior formación de las inmunidades, nacen dentro del Estado nuevos poderes, cada vez más independientes. En todas partes donde domina la Constitución municipal romana, se acentúa la sustantividad política de las ciudades, las cuales llegan en ocasiones, como en la península itálica, a alcanzar una absoluta independencia.

Posteriormente y dotadas de privilegios reales, se fundaron en lo que hoy es Alemania y Francia, ciudades que llegan a conseguir el carácter de corporaciones soberanas. Por esto, la división dual de la naturaleza del Estado, significa a su vez la atomización del poder público.

Las instituciones germanas, pioneras en este proceso, consideran los asuntos importantes como responsabilidad compartida con el pueblo, que no pueden resolverse sin su acuerdo; reúne el Estado en una unidad los distintos poderes políticos que le estaban sometidos y que aparecían como los opuestos al rey o al príncipe. La asamblea de los Estados es la expresión típica de la forma dualista del Estado germano.

Las razones históricas por las cuales en cada Estado en particular han llegado a reunirse el poder feudal y municipal para llegarse a constituir asambleas generales y particulares, son muy variadas. Unas veces fue consecuencia de cuestiones de política exterior; y otras veces lo originó la necesidad de preparar una expedición de guerra; disputas por el trono, el querer permanecer en paz, los presupuestos de gastos de los príncipes, la confirmación y ampliación de las libertades y derechos de los vasallos y de las comunidades frente a los príncipes, han sido, por lo general, los motivos originarios de la organización de los Estados en forma corporativa.

En la Edad Media el Estado se encontraba limitado por los fundamentos mismos de su evolución política y otro elemento que no estuvo presente en el Estado antiguo; este nuevo elemento es la unidad de la iglesia como oposición a la variedad de los nuevos Estados en formación. En cualquier momento de la historia la exigencia de la Iglesia ha sido la que los Estados se sometan a su voluntad; siempre se ha considerado dotada de poder suficiente como para someter a los demás y exigir su subordinación.

Es cierto que la superioridad del Estado se afirmó sobre el Estado, ya que ella representaba la existencia de un amplio dominio de la vida humana en común que escapaba a la soberanía e influencia del Estados; sobre el dualismo de Estado e Iglesias se han practicado diversos ensayos, que no han alcanzado a suprimir la distinción clara entre ambos poderes y, por consiguiente, a borrar la concepción dominante de que el Estado tiene sus límites, allí donde comienza la doctrina y disciplina de la Iglesia.

Las relaciones del Estado con los intereses religiosos de los pueblos, siempre se encuentran limitadas, incluso cuando se trate de una religión obligatoria; Es cierto,

que el Estado puede imponer coactivamente una religión, pero no puede modificar a su antojo la religión misma. Esta limitación y división del Estado en la Edad Media se acentúa porque en los más de los casos, la mayor parte del pueblo permanece extraño y ajeno a la vida del Estado. De este proceso también hay gradaciones en las relaciones se los que carecen de libertad.

Los primeros intentos llevados a cabo con el propósito de alcanzar la unidad del Estado, proceden de la última etapa de la época medieval y se deben a las ciudades organizadas en forma de Estado. Renace la idea de la *polis*.

En Italia, con el Renacimiento, aparece la moderna concepción del Estado, tal y como lo concibe el Maquiavelo, pero conserva muchos elementos del Estado Antiguo, pero ya es en realidad el Estado moderno, que se declara a sí mismo como el poder supremo que gravita sobre todos sus miembros.

El ejemplo vivo y permanente de una asociación permanente que no admite dentro de sí división alguna, proviene de la Iglesia y su relación con los Estados de la Edad media, mostrando con ello el valor que tiene una institución autoritaria y monista. Una organización dualista de la Iglesia no podía conciliarse con la idea de ésta.

II.3.5. El Estado Moderno

El Estado moderno nació como una unidad de asociación, organizado conforme a una Constitución, gracias ha haber dominado los dualismos que formaban el rey-pueblo y poder espiritual-poder temporal. En cada Estado en particular ha tenido lugar este fenómeno de una forma peculiar, pero en todos los casos, bajo la influencia de relaciones políticas universales.

Estos dualismos se han dominado por diversos medios, lo que ha provocado nuevas formas en las relaciones políticas, pero que sin embargo, tienen una característica fundamental: la instauración de la unidad del Estado dominando los enfrentamientos entre sus partes integrantes. En el Estado moderno se resuelve la vieja polémica entre la Iglesia y el Estado, a favor de éste último, como consecuencia de la revolución protestante. Los intereses de la disminuida Iglesia Católica y la posibilidad de recobrar alguna vez a sus miembros que se habían separado de ella no ha dejado de ser un objetivo; pero la oposición y el conflicto entre el Estado e Iglesia, sobre todo en los países católicos, no han permitido que recupere de la fuerza que tuvo durante la Edad Media.

Durante la primera etapa del Estado Moderno se supera el dualismo resultante de la distinción de príncipe y Estados del reino. Tan pronto la realidad de las nuevas circunstancias económicas y militares, permitió y exigió una concentración del poder del príncipe, en el cual recaía toda la responsabilidad y fuerza del Estado. Por lo tanto, esta época se puede distinguir por la lucha entre el príncipe y otros poderes fácticos, de lo cual surge la solución absolutista en las naciones de occidente, con una idea muy clara respecto a la unidad del Estado.

Con este modelo de Estado occidental: absolutista, se logra la unidad interior de territorios que estaban originalmente separados unos de otros; de igual manera, se integra un ejército ya con características profesionales; también inicia la aparición de la administración de justicia, mediante tribunales especializados y se reconoce capacidad jurídica a los individuos.

La formación de los Estados Modernos evoluciona mediante las transformaciones que se llevan a cabo dentro de ellos mismos, como consecuencia de los movimientos revolucionarios, por la separación y formación de nuevos Estados con una pluralidad de pueblos que antes estaban integrados; también se dio el fenómeno contrario, pueblos separados entre los que existía afinidad y que logran constituir una unidad política nueva.

La idea de la unidad del Estado es la conclusión de la evolución histórica, que alcanza el derecho y el poder para dominar de un modo efectivo todos los aspectos de la vida de la comunidad. También hay que reconocer que, por primera vez, aparecen límites a su actuación, pero son los mismos que el mismo Estado se ha impuesto para sí mismo; pero no reconoce ningún derecho a otro poder extraño a él.

De conformidad con lo que señala Jellinek las teorías políticas de la época moderna, contienen, en menor o mayor medida, la tendencia a concebir al Estado como una Unidad⁸. También el dualismo de Estado e Iglesia quiere ser superado por esta doctrina, en cuanto que concede al Estado el poder supremo. La teoría jurídica moderna de éste ha perfeccionado la siguiente idea: atribuye al Estado el derecho formal de determinar, según su propio criterio, los límites de su actuación; por lo tanto, nada que se refiera a la vida humana en común, puede ser extraño a su poder regulador.

⁸ JELLINEK, Georg, op. cit. p.195. La doctrina absolutista de Hobbes, considera al Estado como una personalidad unitaria que no podía ser limitada por otra voluntad.

El Estado de la Edad Moderna, Estado uno, el que reúne en sí todos los poderes públicos y todos los derechos, no es sino el resultado de una evolución lenta y de un proceso continuo que ha superado las divisiones más profundas; lo que, además significa grandes diferencias de todas las formas anteriores de Estado, como es la situación que corresponde la individuo frente al poder estatal, ya que ahora está más sometido a restricciones mucho más amplias que lo estaban en las formas de Estado antiguo, de no haber existido los dualismos ya comentados, durante el edad media, difícilmente se hubiese llegado a reconocer al individuo como poder social que tiene derechos por sí mismo, sin correr el riesgo de que el estado lo absorba por completo. Este reconocimiento de la función jurídica del individuo, no había existido en ninguna otra época del desarrollo de la sociedad.

Debemos insistir que el Estado Moderno aparece como consecuencia del Renacimiento. Esta época de la humanidad en la que se suceden importantes y extraordinarios cambios, en una sola generación que revolucionaron la vida occidental y le dieron otro sentido. Estos sucesos abarcan diversos ámbitos de la vida pública, que son la síntesis y culminación de procesos gestados con lentitud durante la Edad Media. La aparición de las nacionalidades es un fenómeno típicamente occidental, que surge en la parte final del medioevo, en la cual las nacientes naciones europeas realizaban un especial esfuerzo por mostrarse como una unidad política, dependiente de una sola dirección central. Con ello aparece lo que hoy conocemos como: "Estado-Nación".

Es precisamente en esa época, fin del medioevo y durante el renacimiento, que se constituyen plenas unidades nacionales y políticas, como son: Inglaterra, España y Francia, además de otras que ya está, en ese momento, en la lucha por alcanzar esta característica.

Otro fenómeno que es digno de destacar durante el surgimiento de los Estado-nación, es la aparición de las burguesías locales; eran esas personas que no eran ni siervos, ni señores feudales, se trataba de de comerciantes, artesanos, profesionistas, labriegos, entre otros, que fueron adquiriendo una gran importancia y conciencia propia. El lugar donde se aprecia con mayor claridad este proceso es en lo que hoy conocemos como Italia, como consecuencia del impulso de las Cruzadas, ya que la peninsular Itálica se convirtió en paso obligado de occidente hacia oriente.

Podemos señalar como característica típica, el hecho de que la primera expresión de las nacionalidades y de la burguesía en materia política fue la necesidad de apoyar la existencia indispensable de un poder central, que pusiera orden a la

división de poderes y funciones públicas en cada centro de población; por lo tanto, dicha facultad se la otorgaron al rey, al tiempo que le brindaban su ayuda en su lucha contra la nobleza y el clero. Con lo cual se refuerza lo ya anotado: la primera expresión del Estado-nación fue la monarquía absoluta.

Otros de los elementos que acompañan al Renacimiento es: el racionalismo y el desarrollo de la Ciencia. Se dio la separación entre la verdad de la fe y la verdad de la razón. Así ésta hace su atrición en la historia de occidente, buscando sus leyes mediante la investigación y la lógica. Renace la Ciencia que se separa de la Teología, que, ahora, camina por su cuenta organizada y sistemática. Disciplinas como la Astronomía cambian la concepción del mundo y ponen en crisis las creencias tradicionales, además de que, gracias a la aparición de la imprenta estos nuevos conceptos se difunden con una velocidad hasta antes desconocida y, sobre todo, sin la censura eclesiástica. Con estos acontecimientos el hombre occidental cobra conciencia de su propia individualidad.

Podemos mencionar otros elementos que fueron definitivos a la nueva forma de organización política y social de las nacientes naciones europeas, como son: la aplicación de la pólvora a la guerra, que cambiaron la táctica y la estrategia, que dan paso a los ejércitos nacionales; también podemos mencionar el descubrimiento de América, que plantea la posibilidad de trasplantar la experiencia cultural de Europa al Nuevo Continente.

Todos estos sucesos, acontecidos en unas cuantas décadas, cambiaron la conciencia y los estilos de vida en Europa. En el aspecto político se inicia la gestación del Estado-Nación en su sentido moderno. A partir de ese momento, se produce la gestación de una serie de instituciones que irán a constituir un cuerpo político específicamente distinto a todas las organizaciones políticas anteriores. Tales como: soberanía; derechos individuales; representación política; división de poderes; Estado de derecho; personalidad jurídica del Estado, entre otras, que tipifican al Estado moderno.

Sobre la aparición, conciencia y consolidación de las nuevas instituciones político-jurídicas arriba mencionadas, habremos de hacer los siguientes comentarios.

La concentración nacional del poder político y secularización del Estado es el primer elemento del Estado moderno nacional. Los grupos nacionales en Europa con la conciencia de los vínculos que los hacen unidad, buscan integrarse en sólo cuerpo político, que resuelva el caos medieval. El resultado se aprecia de inmediato para las naciones que logran hacerlo, prosperan en fuerza y fortuna, se

apropian de los destinos del mundo occidental y de su órbita, incluyendo al llamado Nuevo Mundo. Este proceso de unificación siguió, en todos los casos, el mismo camino: el pueblo, ya nacional, otorga su apoyo al rey, sobre los intereses de los señores feudales y de las pretensiones del clero.

De este proceso secularizante y nacionalista da puntual cuenta Nicolás Maquiavelo⁹, considerado como el primer autor político de la modernidad, que dio paso a otros autores a introducirse a nuevos temas y a tratarlos con otros estilos.

La reforma protestante es otro de los elementos que se debe considerar para comprender el proceso de aparición del Estado-Nación. Es difícil comprender la realidad de la Edad Media sino se aborda desde la relación entre la política y la religión, situación que entra en crisis a fines del siglo XIV y principios del siglo XV provocando el llamado “Gran Cisma de Occidente”, en el que el bloque único del catolicismo se dividió e, incluso, llegó haber dos Papas, situación que debilita el poder del Obispo de Roma y coloca en ventaja a las nacientes naciones europeas y sus monarcas.

La soberanía aparece como un nuevo concepto político, las naciones se declaran soberanas; es decir, ningún poder por arriba del Estado, representado por el Rey, al cual se le considera como única solución a los problemas planteados por la poliarquía medieval y a las pugnas de las facciones religiosas que aspiraban al uso del poder público para acabar con sus enemigos.

Así como Maquiavelo fue quien se percató de la necesaria expresión del Estado-Nación, es Jean Bodin¹⁰ el que introduce la institucionalidad de la Soberanía como elemento esencial del Estado Moderno. Para este autor la soberanía es: el poder más alto, absoluto; ninguno se le puede oponer dentro del ámbito de su ejercicio; es único; es un poder perpetuo, pues no tiene límite en el tiempo; es un poder no

⁹ Nicolás Maquiavelo nació en 1469 y murió en 1527, su vida transcurrió en Renacimiento Italiano, precisamente en Florencia, aborda en sus obras la cuestión política desde una óptica diferente, no le interesa el problema moral, que había ocupado a los teóricos anteriores, sólo le interesa el hombre en acción, tal como es, con sus vicios, con sus virtudes. Tres son sus obras fundamentales: *El Príncipe*; *Discursos sobre la primera Década de Tito Livio* y *el Arte de la Guerra*.

¹⁰ Jean Bodin. Nació en 1530 y murió en 1596. Francés, abogado, hace del liberalismo su doctrina, crítico del poder Papal. Su obra fundamental es: *Los seis libros sobre la República*, para su formulación utiliza métodos aristotélicos, es decir, empíricos, en el cual se realiza el primer estudio sistemático sobre el Estado, sobre el principio de que éste es la reunión de familias.

delegado; es un poder inalienable; imprescriptible; es un poder que no está sometido a leyes, porque el soberano es la fuente de la ley¹¹.

La soberanía nace como institución nacional; al soberano le corresponden ciertos atributos de ejercicio de su poder superior. El atributo fundamental es el de dictar leyes, que es la base para los demás, como son: declara la guerra; concertar la paz; nombrar jueces y magistrados; constituirse en tribunal de última instancia; conceder dispensas; acuñar moneda; imponer contribuciones y tributos. El mérito de Bodin lo podemos observar en las Constituciones modernas, ya que todos los atributos señalados como elementos de la soberanía se le han reservado el Estado.

El derecho de resistencia de los súbditos frente al monarca es el primer antecedente de la institucionalización de los derechos individuales. La pretensión de los súbditos a la resistencia, especialmente en materia religiosa, los monarcas europeos, para justificar su absolutismo, replantea la tesis del “Derecho Divino” que los asiste, sólo que ahora para no enfrentarse al Papa, sino para combatir al pueblo que se revela.

La teoría del “Derecho Divino” de los reyes consistía en considerar a la monarquía con un origen divino, como potestad, ordenada por Dios; en consecuencia, la monarquía es hereditaria, se transmite por derecho de sangre y nunca por la voluntad humana; por lo tanto, los súbditos deben toda su obediencia al monarca y deben cumplir la voluntad de éste en forma pasiva. El monarca sólo es responsable ante Dios. Lo anterior queda demostrado con una cita del Rey Jacobo I de Inglaterra: “Los reyes son imagen viva de Dios en la tierra”

Contra las pretensiones absolutistas de los monarcas aparece el derecho a la resistencia tanto en las tendencias católicas como protestantes, que se plantean la posibilidad de desobedecer los mandatos del príncipe o monarca si están en contra de la ley de Dios; es decir, se legitima la resistencia y justifica la posibilidad de controlar y destituir a los gobernantes que no cumplan con la función que les corresponde. Si el gobernante es un usurpador o tirano que abusa del poder y se atreve a penetrar en la interioridad de la vida espiritual de los súbditos, entonces, cualquier particular tiene el derecho de cuestionar y sancionar su acción. Por lo tanto, frente al absolutismo aparece el derecho a la resistencia, antecedente inmediato de los derechos individuales.

¹¹ Para Bodin, el hecho de que el soberano no esté sometido a Leyes, no significa arbitrariedad absoluta en el actuar.

Es importante destacar que en este proceso de aparición del Estado moderno, al que concurren diversos factores, también estuvo presente e influyó de forma determinante el pensamiento de los llamados utopistas, del cual, sin duda, su principal precursor es Tomás Moro¹² (Santo Tomás para la Iglesia católica) un hombre que estuvo dispuesto a morir por sus principios plasmado en su pequeño libro "Utopía", una isla imaginaria, en la que los hombres viven en una organización cristiana ideal, gracias a la cual el amor y la fraternidad resuelven los problemas políticos y económicos fundamentales. Principios que fueron seguidos por otros importantes pensadores, que plantearon siempre la posibilidad de vivir en una mejor sociedad. Pensamiento que influye en forma determinante en su tiempo y cuestiona la conducción de los monarcas en forma unilateral y absoluta.

Estos antecedentes, que arriba se han descrito, se sintetizaron en la racionalización del llamado derecho natural, que fueron la premisa básica de los derechos individuales.

La vieja idea de que la simple naturaleza de las cosas, se desprende de un derecho intrínsecamente válido y, por lo tanto, justo, independientemente de la opinión humana. Sin embargo, igual de añeja es su negación, que señala que el derecho existe como consecuencia de la opinión, conveniencia y utilidad de un grupo de individuos que imponen sus voluntad sobre otros.

Durante el medievo, cuando aparecen los Estados nacionales, este enfrentamiento se resuelve teológicamente: la validez de derecho deriva de la voluntad de Dios; es, por lo tanto, ajena a la voluntad, opinión y consejo humano, que se limita a adecuar los principios naturales por medio del Derecho Positivo.

Como ya se señaló, el redescubrimiento de Aristóteles en la Edad Media, facilitó el camino para confirmar, por medio de la razón, la verdad revelada. Por este motivo, en la época del absolutismo, de la fuerza, de la intolerancia y el abuso, se enfrentó la necesidad de limitar el poder del Monarca, de restablecer un orden válido, obligatorio, por arriba de situaciones cambiantes.

¹² Tomás Moro nació En Londres en 1477, recibió una excelente educación clásica, graduándose en la Universidad de Oxford en abogacía, en 1516 escribió su famoso libro *Utopía*, pasó el resto de su vida escribiendo en defensa de la iglesia, fue decapitado el 6 de julio de 1535, es sin duda, un modelo para los abogados, gobernantes y políticos.

En este proceso, se requirió del análisis racional de la modernidad, para que apareciera, abajo del Estado, el hombre individual, con lo que se inicia la disgregación del concepto corporativo del medioevo, para dar paso al individualismo.

De este modo se inicia el tránsito paulatino de la organización social corporativa al individualismo y de la concepción moderna de que la soberanía le corresponde al pueblo asociado en Estado y de que éste ya no es patrimonio del monarca, todo ello basado en la teoría contractual, que es reelaborada por la razón.

Si los hombres son iguales por naturaleza –nos dice la razón- es posible y necesario que unan sus voluntades en un pacto para asumir obligaciones y derechos recíprocos; de dicho pacto, deberá surgir, necesariamente, primero la sociedad y después el gobierno y las instituciones. De acuerdo con ello, se concibe el estado Moderno. El siguiente paso del desarrollo de las ideas políticas es el contractualismo individualista, ya no corporativo.

II.4. Las Revoluciones Modernas¹³

Es difícil comprender el mundo actual, las sociedades occidentales modernas sin hacer una revisión de los acontecimientos que determinaron la forma de ser de las naciones contemporáneas.

Particularmente, en el tema que ocupa este trabajo: la relación entre la política y el derecho, resulta indispensable revisar y analizar tres revoluciones que han marcado a las naciones desde el siglo XVII, hasta nuestros días. Estas son la inglesa, la francesa y la norteamericana.

II.4.1. La Revolución Burguesa en Inglaterra

Hemos podido comprobar cómo la historia es un proceso permanente. Los sucesos se eslabonan, y las ideas maduran paulatinamente en las generaciones

¹³ Para comprender y exponer el tema del presente Capítulo, “Evolución del Estado”, fue preciso realizar una semblanza histórica de las tres revoluciones que mayor influencia han tenido en la formación de los Estados modernos, Inglesa, Francesa y Norteamericana. La obra del Maestro José López Portillo “*Génesis y Teoría del Estado*”, publicada originalmente en el año de 1964, contiene una crónica didáctica y amena sobre los tres movimientos sociales que se analizan, documento que se tomo como base fundamental del presente apartado, en el cual se encontraran fragmento textuales de la citad obra, los paradigmas francés y norteamericana, son vitales para poder establecer el desarrollo y actual evolución del Estado Constitucional Contemporáneo, expuesto con mayor claridad en subsiguiente ocasión.

que, entreveradas, se suceden en el tiempo. Incluso, cuando los sucesos importantes se aprietan en una sola generación, como ocurrió en el Renacimiento y está ocurriendo en nuestro tiempo, la vida cambia de sentido, pero sigue arraigada en el pasado.

El hombre hereda y se enriquece en la medida que su ámbito cultural se extiende en el tiempo y en el espacio. Por esa razón, tenemos que preocuparnos por entender la Revolución Inglesa. Nuestras actuales instituciones están más cerca de las inglesas, que del régimen político azteca, aunque nuestra idiosincrasia sólo se explique por la herencia indígena.

En ese contraste entre instituciones e idiosincrasia, está una de nuestras más importantes tareas. Todo lo dicho sirve para explicar por qué tenemos que estudiar los sucesos típicos y los autores característicos que determinan la Revolución en Inglaterra.

Las Islas Británicas, desde los remotos tiempos de las conquistas romanas, entran al fondo común de la historia de occidente y viven los sucesos típicos que hemos venido analizando.

Es realmente hasta los Siglos XVI y XVII, cuando, de su propia historia y del fondo ideológico común, Inglaterra hace su aportación decisiva a la gestación del Estado Moderno: afina, definitivamente, la institución de los Derechos Individuales; moderniza la idea de la Representación Política y fija como sistema de garantía, la institución de la División de Poderes, secreto fundamental de su buen gobierno.

Es su clase burguesa la que, anticipando sucesos típicos en más de un siglo, se constituye en fermento de los hechos que cristalizarán en la institucionalización de esos tres principios, que desde Inglaterra pasarán como modelo al Continente para que Francia los universalice con su Revolución, y para que los Estados Unidos los realice con su Constitución, como tendremos oportunidad de exponer en las páginas siguientes.

Para entender sucesos y teorías que los expliquen es necesario atender a dos tipos de antecedentes: uno, el fondo común del progreso que Occidente logra en los Siglos XVI y XVII, otro, la historia individual de Inglaterra y su idiosincrasia.

Desarrollo racionalista de occidente en los siglos XVI y XVII

La modernidad nació racional; los procesos para explicar la verdad del Universo se separan cada vez más de la Teología y de la verdad revelada. La fe es paulatinamente sustituida por la evidencia, se olvida la Teología y nace la Ciencia. Las matemáticas, la geometría, con la inmediata sencillez de sus fórmulas, con su evidencia y con su necesidad racional, dan al hombre de occidente el apoyo del cual partir, en la investigación del universo, apoyo que antes daba la fe en la revelación.

Los siglos XVI y XVII, especialmente este último, contemplan el desarrollo, ya autónomo, de la Ciencia, y el firme avance en la explicación de las leyes naturales, inducidas de la experiencia y comprobables por la experimentación.

El avance de la ciencia occidental explica el universo por el cálculo y el análisis, se demuestra que el movimiento universal obedece a leyes mecánicas que se pueden descubrir y describir. Surgen los médicos, geógrafos, botánicos, astrónomos, entre otros, que profundizan en el nuevo estilo de pensamiento

La impresión que causa sobre las mentalidades del tiempo, es fundamental: el hombre se penetra cada vez más en la vida de esta tierra, olvidando la inquietud medieval, que la consideraba sólo tránsito, preparación para la Vida Eterna. La vida terrenal significa esfuerzos, afirmación propia, comercio, industria, arte, trabajo: la riqueza y el lujo son los premios; el sentido del éxito, el fruto de la tierra.

La clase social que está realizando esa revolución es la burguesía, formada por esos originalmente hombres que han levantado su techo fuera de la muralla medieval, en el burgo; hombres que no son señores, pero tampoco siervos; que son libres, y que de su libertad harán su bandera; que son profesionistas, industriales, artesanos, comerciantes, pero ya no caballeros ni sacerdotes; son burgueses, que entran en la modernidad afirmándose nacionales, y dando su apoyo al monarca, porque necesitan un poder central fuerte, que permita y asegure sus transacciones, su comercio, y que acabe con el desorden de la división de funciones medioevales, desorden que se expresa en el cambio de sistema de derechos, de atribuciones y de moneda de un valle a otro valle, de una ciudad a otra ciudad.

De esa clase nacen en su mayoría los científicos, todavía a la sombra de la aristocracia, que con ellos se distrae, y con la enemistad del claro, que advierte

cómo el hombre se arraiga a la tierra y olvida la verdad revelada y la salvación extraterrena.

El estudio de la naturaleza apasiona a los nuevos hombres que ya han salido del monasterio y que piensan en las leyes que rigen al mundo y que pueden comprobar; ya no con suposiciones, sino con el cálculo y con la experimentación, como lo afirmaba Galileo: “El verdadero libro de la filosofía, es el libro de la naturaleza, que se halla permanentemente abierto ante nuestros ojos. Sus letras son triángulos, cuadrados, círculos, esferas, cilindros, pirámides y otras figuras matemáticas... este libro sólo puede ser leído con la ayuda de las matemáticas”. Con las leyes del movimiento que el propio Galileo descubre, se ataca la concepción animística de las cosas; el movimiento se puede medir. Con Galileo, renace la Física General.

Eso ocurría en el mundo natural y también existía otro mundo, constituido por la sociedad de los hombres, que seguía viviendo una crisis terrible. Ahí estaba la razón de los nuevos hombres para ordenar la sociedad si lograban descubrir sus principios naturales, con la misma evidencia que las matemáticas y la geometría. Por ello se hace necesidad el estudiar el mundo al modo matemático, tendencia que se inicia en Descartes, que continúa en Hobbes, en Spinoza y en tantos otros hombres de ese tiempo.

Ese momento vivía occidente cuando Inglaterra hace acto de presencia en la importancia política.

Antecedentes Particulares de Inglaterra

Inglaterra, como el resto de Europa, vivió su época medieval, más o menos con las mismas características típicas. En lo que nos interesa, la poliarquía se expresó en una fuerte aristocracia y en un clero poderoso, que pudieron imponer siempre al rey un pacto de respeto recíproco a sus estatus y al derecho tradicional del pueblo, pacto que se encontraba reflejado en la ceremonia de coronación.

Sin embargo, existe en Inglaterra, como existió en España, un antecedente escrito de la mayor significación: desde 1215 los caballeros, la iglesia y ciertos gremios, especialmente los de comerciantes, limitaron el poder real en un acuerdo en el que consignó la obligación del rey de llamar a Parlamento a los representantes de la nobleza, del clero y de los hombres comunes, para consultarlos sobre ciertos aspectos legislativos, y sobre todo, para el establecimiento de impuestos, o modificación de los ya vigentes.

Así se inició el Parlamento, con principio constitucional del pueblo inglés, en forma similar a la estatuida en los fueros de Aragón y de otras regiones de España, mucho más antiguos, si bien el principio inglés trascendió a Europa y el español se fundió en América y se quedó en el Siglo XVI.

Inglaterra sale del medioevo, tanto con una conciencia nacional bastante clara, como con una clase burguesa poderosa, dedicada al comercio, a la industria, a las transacciones modernas, en forma tan decidida e impresionante, que las nuevas actividades merecieron la repulsa de hombres como Tomás Moro.

Esa nueva clase social y esas actividades, también nuevas, como en el resto de Europa, determinaron la búsqueda de una fórmula política que permitiera una vida, un desarrollo y una seguridad difíciles en la poliarquía medieval; y, también, como en el resto de Europa, la fórmula fue la monarquía absoluta, a la que refuerzan y cuya protección, al mismo tiempo, buscan. Así se explica que desde los siglos XIV y XV la monarquía de los Tudor llegara, después de la Guerra de las Dos Rosas, primero a la unificación política de la nación inglesa, y, después, a la monarquía absoluta, cuyo exponente típico es Enrique VIII.

La necesidad de concentración de fuerzas, era apremiante en Inglaterra, por la amenaza siempre actual de España, a la sazón dueña de Europa y del mar, mar que era la vida para Inglaterra. Esta en su carácter de isla, pudo, con facilidad, acelerar su proceso nacional, al extremo de que, hasta la religión pronto se nacionalizó: la iglesia anglicana se concentra como una fuerza nacional más, en manos del monarca.

Una concurrencia de fuerzas fatales, en parte extrahumanas determina la destrucción de la Armada Invencible enviada por Felipe II para imponer su solución en la contienda, con lo que concluye para Inglaterra la amenaza española, y surge para ella la fácil posibilidad de adueñarse del mar y de entregarse al comercio.

De este modo la muerte de Isabel, la última de los Tudor, llega cuando Inglaterra, unida ya interiormente, sin amenaza exterior que significara peligro, se dedica al comercio y a su predecesora, la piratería, con gran éxito. La clase burguesa, cada vez más poderosa, ya no necesita someterse ante el monarca absoluto. Tiene derechos y los sabrá exigir.

Además debemos considerar la rápida difusión del protestantismo en Inglaterra, así tendremos la idea típica de la Inglaterra del Siglo XVII: caballeros,

comerciantes ricos, piratas audaces, en el ancho océano para navegar libremente en busca de un botín cualquiera, del que hacerse de cualquier modo, con tal que permita llevar riqueza y lujo a la metrópoli.

Al mismo tiempo el calvinismo puritano se adueña de las mentes religiosas, aunque no en forma exclusiva, pues hay también presbiterianos, cuáqueros y hasta católicos, sometidos, todos, al yugo de la secta oficial, la anglicana, cada una con pretensiones que pronto van a entrar en crisis.

En 1603 muere Isabel, la “Reina Virgen” y la corona pasó a la casa de los Estuardos. Jacobo I ascendió al trono, con la pretensión de ser monarca sólo ante Dios responsable y que exige de su pueblo obediencia pasiva. Esta herencia medieval permitió la unificación de la isla de la Gran Bretaña, antes dividida en dos reinos: Escocia e Inglaterra, bajo una sola corona. Así ha seguido hasta nuestros días dando dimensión menor a los problemas menores que antes aquejaban a uno o a otro de los estados. Ante el absolutismo de los Estuardos, reaccionaron pueblo y Parlamento: el absolutismo ya no era solución para ningún problema: en cuanto quedó liquidado el feudalismo, la burguesía obtuvo lo que podía aprovechar del poder central irresistible.

Así en Inglaterra se arraigaron las tesis típicas: por un lado, las de los defensores de la Soberanía absoluta y de la obediencia pasiva; y por el otro, las de los monarcómacos, que tienen en Inglaterra el antecedente de la Carta Magna como argumento del pacto medieval, y además una organización judicial consciente de sí misma, que cree en el derecho tradicional como patrimonio del pueblo.

A la muerte de Jacobo I, subió Carlos I. El Rey buscó alianza con los irlandeses católicos, el Parlamento se declaró presbiteriano, y, finalmente, la guerra concluyó con la intervención de los “Independientes” puritanos al mando de Oliverio Cromwell, que postulaba la tesis de la total independencia entre la Iglesia y el Estado. Al concluir la revolución, surgió la obligada pugna entre el ejército puritano y el Parlamento presbiteriano, con el natural triunfo del ejército, la hegemonía de Cromwell, y la muerte por decapitación de Carlos I.

Se intentaron reformas revolucionarias, en cuanto al establecimiento de derechos individuales dentro de una organización Republicana encabezada por Cromwell que, finalmente, asumió facultades dictatoriales con poderes más absolutos que los del propio ejecutado, Carlos I.

A la muerte de Cromwell surgió el natural caso que siempre sigue a la desaparición del líder supremo que establece un sistema personalista de gobierno, e Inglaterra, después de su ensayo republicano, se arrojó en brazos de la monarquía, llamando a Carlos II, hijo del I, que regreso en 1660 y al que se entregó el poder sin condiciones: el buen inglés prefería el absolutismo, a la anarquía.

A Carlos II, sucedió Jacobo II, que introdujo la pretensión de proteger y propagar el catolicismo en un pueblo definitivamente protestante. Se produjo entonces la revolución de 1688, con la que fue cerrado el ciclo histórico que concluyó, prácticamente, con la institucionalización del Gobierno Parlamentario, primera expresión típica de la democracia moderna, con todos sus vicios y con todas sus virtudes; régimen que en el Siglo XVIII, iba a inspirar a los *Iluministas* franceses en el proceso que estudiaremos en su oportunidad.

En los sucesos que van de 1603 a 1688, Inglaterra vivió el ascenso de la burguesía al poder, y la fijación de los derechos del “buen inglés”, y contempló la terminación del ciclo típico de la monarquía absoluta con que se expresó, por primera vez, el estado-nación, ciclo que en Inglaterra se consumó cien años antes que el que inmediatamente lo siguió entre los países occidentales.

En ese período se repetirán en Inglaterra los argumentos básicos de las monarquías, con las modalidades propias de la idiosincrasia británica. Mencionaremos, siquiera, a sus exponentes. Pero además, van a encontrar expresión, tres tipos de corrientes ideológicas que significan el desarrollo de las ideas que venimos siguiendo en la gestión de Estado Moderno, y que van a contribuir, fuertemente, a la fijación de sus caracteres típicos: la defensa racional del absolutismo, las ideas republicanas, la de los derechos individuales y finalmente las ideas democráticas con que, de hecho concluye la Revolución Inglesa, que se expresan típicamente en John Locke, quien proclamará, con toda claridad, la institución de los derechos individuales, la representación política, la división de los poderes es implícitamente, la idea del Estado de Derecho, funcionando, todas ellas, según lo veremos, sobre el argumento fundamental del contractualismo.

Antes citar el pensamiento de Hobbes, Harrington y Locke, los tres autores típicos del proceso que acabamos de describir, conviene mencionar, para situar el pensamiento inglés, a los predecesores:

Sir Tomas Moro significó, como ya lo dijimos, la protesta del orden medieval que terminaba, frente a un mundo brutal, racionalmente frío y calculadoramente

egoísta, del que es expresión acabada el no sólo típico, sino antipáticamente pintoresco Enrique VIII. Además de su *Utopía*, su postura ante la pretensión absoluta del Estado, se revela en su apasionante proceso. Nada más ilustrativo que las respuestas de Moro a las insidiosas preguntas del absolutismo racionalista, que se le formularon para que negara la supremacía legislativa del Parlamento.

En la *utopía* se yerguen toda la protesta y todo el derecho medioeval, enfrentándose al absolutismo racionalista. *Hooker* hace la defensa de la Iglesia nacional, con argumentos todavía medioevales, identificando Estado e Iglesia, para hacer obligatoria la decisión legal en materia religiosa, esfuerzo que intenta unificar la división de lealtades, puesta a prueba por la quiebra del catolicismo. Muchas de sus ideas pasarán íntegras a *Locke*.

En esta concepción de la preeminencia de la ley, criterio plenamente medieval, debe verse uno de los caracteres típicos de la idiosincrasia británica, que llega a la modernidad con un constitucionalismo implícito, tradicional, logrado a base de prácticas comunes en las que se está revelando la sabiduría jurídica del pueblo; constitucionalismo que nunca llegó a desaparecer y perduró en los cambios políticos, como un puente nunca roto entre el medioevo y la modernidad.

Pragmatismo y tradición, ejes del carácter inglés, que no buscan ideas generales, ni teorías universales, sino procedente y prácticas, en las que está implícita la razón común, el sentido común.

Confirmaremos pragmatismo del carácter inglés con esta observación: las teorías generales, o no influyen preponderantemente, o se forman para justificar hechos ya ocurridos, como acontece con los dos autores que, por sistemáticos, trataremos con detalle: *Hobbes* y *Locke*, los dos extremos de la Revolución Inglesa.

En efecto la apología del absolutismo de *Hobbes*, es vista con desconfianza por los absolutistas monárquicos, por el peligro que entraña el justificar todo gobierno absoluto; y no sólo el regio. Consecuentemente, no influye en los hechos. La apología de la Revolución sistematizada por *Locke*, es aportada cuando la Revolución ha triunfado. La justifica, no la provoca.

A pesar de esta observación, nos ocuparemos de estos autores porque, si poco influyen en los hechos ingleses en cambio mucho trascienden en la gestación del Estado Moderno y en la formación de la Ciencia Política, por significar dos momentos típicos indispensables.

La aportación de Hobbes a la teoría del Estado Moderno, es fundamental e independiente de la intención inmediata que pudo tener como autor político, o de la influencia que pudo significar en los hechos que circunstancialmente lo rodearon.

En efecto, la intención inmediata y aparente de la obra de Hobbes era favorable a las pretensiones de la monarquía absoluta de los Estuardos, si bien con argumentos totalmente novedosos. Políticamente, el absolutismo monárquico ya no era una necesidad en Inglaterra, y como el alegato de Hobbes lo era contra el desorden y la inseguridad, cualquier gobierno fuerte podía otorgar, de hecho, paz y seguridad, por lo que, la argumentación de Hobbes lo mismo podía favorecer a los Estuardos, que a Cromwell.

Por esta razón era Hobbes, para los monárquicos un racionalista peligroso. Ellos preferían el argumento del derecho divino de los reyes y el de la obediencia pasiva. Para la burguesía, este pensador, significa un tardío argumento a favor de la concentración de poder, que ya no era una necesidad política debido al cambio de circunstancias a que antes aludimos.

Pero si para su tiempo político y para su país la influencia de Hobbes de ninguna manera fue notable, para la Teoría General del Estado Moderno, su aportación fue fundamental, porque significa el inicio sistemático de la idea del contrato social, fundado en el individualismo como principio inmanente del pacto racional, egoísta, utilitarista, que va a dar la tónica al tiempo moderno y a influir fundamentalmente en la teoría de la representación política, de los derechos individuales, y en la idea de la personalidad artificial del Estado.

Hemos citado a Hobbes como hombre típico del Siglo XVII, profundamente racionalista y, digámoslo, *cientificista*, influenciado y conectado con Descartes, con Kepler, con Galileo... y por tanto, separado ya del problema teológico, que no lo inquieta. Es la época descrita en la que las matemáticas especialmente en su rama geométrica, deslumbran a las mentes racionalista, que encuentran en ellas la evidencia inmediata que antes, en el Medioevo, ofrecía la fe, a la sazón ya perdida. La obra que más nos interesa es *Leviatnan*, porque en ella expresa su típica doctrina sobre el Estado. Para entender la concepción que sobre el Estado presenta Hobbes, es menester recordar el fundamento de todo su sistema filosófico:

Hemos insistido en que la modernidad racionalista busca la explicación inmanente del universo sin acudir a la Teología; busca las causas físicas, que expliquen el

universo. Es una razón que quiere prescindir de Dios. Así, el propio Hobbes define la Filosofía como “el conocimiento de los efectos o fenómenos, adquirido por un recto pensar, mediante los conceptos de sus causas o de su producción y recíprocamente, de las producciones posibles, conociendo los efectos”.

En la búsqueda de las causas, los racionalistas descubren a los pensadores clásico, adaptando a su tiempo las viejas teorías.

A Hobbes, como a otros hombres de su tiempo, lo impresionó en forma fundamental el atomismo de Demócrito que conoce a través de Lucrecia, donde se afirma, a grandes rasgos, que todas las cosas son expresión de una misma esencia permanente, el átomo, que ya no se puede dividir.

Todos los átomos las mismas propiedades y leyes; sólo puede variar su número; es, por consiguiente, la cantidad la que integra la variedad de los seres físicos. Los átomos tienen peso, y éste produce un movimiento necesariamente circular en el vacío, que va produciendo todos los sistemas celestes, y, en la última instancia, todos los cuerpos. Hasta el alma tiene esa composición; es, también, materia. Materia y movimiento, son pues, la esencia universal. Ahí está la inspiración fundamental de Hobbes: lo invisible, integrando por adición o por sustracción todos los cuerpos y sistemas.

La idea del movimiento como esencia universal, lo lleva a acoger con entusiasmo la mecánica, ciencia del movimiento que está sistematizando Galileo. Si los cuerpos no se movieran, no se diferenciarían; sería un solo cuerpo. Es su movimiento individual el que distingue a unos de otros. El movimiento tiene que partir de lo simple; de lo que ya no admite división, del átomo, a lo complejo, a los sistemas.

Ahí está el método de Hobbes, que va a aplicar con rigor en todos los órdenes, aún en el político; método que coincide con el geométrico: de lo simple, a lo complejo, sin partir nunca de algo que no esté previamente demostrado, método que, en principio, se apoya en el átomo, en su movimiento. Estamos en presencia del materialismo moderno en sus primeras expresiones.

Con este método va a iniciar su investigación científica y filosófica: los cuerpos que ocupan un lugar en el espacio, y que son independientes de nuestro pensamiento, son los objetos de la filosofía; son las “cosas que no han sido originadas”, y que, por sus movimientos recíprocos y por sus cambios de cantidad, van a integrar todos los fenómenos de la Naturaleza.

Si conocemos la causa de lo general, conocemos las causas de las cosas particulares; por ello la Ciencia es el conocimiento de las causas universales; de aquello que determina los cambios y accidentes de todos los fenómenos. Ya no se conformará Hobbes con saber lo qué es, sino pretenderá saber por qué es. De este modo la definición aristotélica, que sitúa las cosas entre un género próximo y una diferencia específica, es substituida por Hobbes con una definición genética casual: no el simple “qué es”, sino el “por qué es”.

La causa de todo es para Hobbes, lo repetimos, el movimiento de los átomos y sus variaciones cuantitativas. El átomo es lo simple, que, por definición ya no admite división: es el axioma, es la evidencia por sí, a la que se reducen todos los sistemas, como en cualquier proceso de trigonometría.

Este método tiene gran importancia para su concepción del Estado. Como lo habremos de ver, en la búsqueda de los elementos simples que integran el Estado, se encuentra con los individuos, que son por definición los que no pueden dividir. En consecuencia, la causa inmanente del fenómeno político y del poder, tiene que buscarse en el individuo. Con la concepción individualista se liquidaron los restos de la concepción corporativa medieval, que concebía como esencia del poder y de la organización política, a cuerpos sociales: el pueblo, los gremios, los colegios, los brazos, la ciudad, la nobleza, etc.

No hay, pues, naturaleza social del hombre, como lo pretendía Aristóteles, sólo hay individuos, irreductibles, egoístas, que ceden exclusivamente a los estímulos de su propio interés y de su propia conveniencia, y que se unen en organismos sociales en razón de la utilidad que ellos le reporta.

Otra vez la vieja tesis epicurista; otra vez nuestro viejo conocido Glaucón, y otra vez los sofistas: todo es convención edificada sobre el fondo común del egoísmo y de la utilidad individual. Egoísmo, utilidad y convención: he aquí el origen del individualismo moderno, que empieza a germinar francamente a partir de Hobbes.

En El Leviatán: *Non est protestas super terram que compartit ei*”, dice el lema que escoge Hobbes para su obra política, y que toma del libro de Job 41-24: “No hay poder sobre la tierra que se le pueda oponer”, a explicar ese poder irresistible en su complejidad, dedica Hobbes su obra, aplicando su método de las causas simples.

Toda su intención esta revelada en el grabado que ilustra la carátula de la obra: Un gigante, coronado, de terrible expresión, que levanta su poderosa estructura

para defender a una ciudad; la espada, en la mano derecha, y el báculo, en la izquierda, símbolos del poder temporal y del espiritual; todo su cuerpo formado por multitud de hombrecillos que lo integran como moléculas, y que parecen escamas. Repartidas en diversas partes del grabado, símbolos auxiliares del poder temporal y del poder espiritual: Es la generación del Gran Leviathan, del hombre artificial.

En el fondo, o mejor dicho, en el origen de todo complejo social, deben buscarse las causas simples. La sociedad es un compuesto. Para explicarla, no basta describirla; no basta con decir cómo es, sino por *qué* es. La causa inmanente de la sociedad, no puede ser otra que el individuo, elemento simple que, por definición, ya no puede dividirse. En el individuo tienen que buscarse los orígenes de la sociedad, del Derecho, de la Moral, del Estado. El individuo existe en tanto que se mueve. Como en cualquier proceso universal, el movimiento y la adición de los elementos simples, explican los procesos y los sistemas complejos. Todo es problema de movimiento y de cantidad.

Por esencia, todos los individuos son iguales: indivisibles; todos se mueven cumpliendo las mismas leyes, fundadas en un mismo principio: la tendencia a la propia conservación, fundamento del egoísmo, motor esencial del individuo, condición fundamental de su propia vida. Dos fuerzas mueven al individuo: la atracción y la repulsión. Hay estímulos que atraen, como hay estímulos que repelen.

Lo que favorece la propia conservación, atrae; lo que la pone en peligro, repele. Así se explican el deseo y la aversión; el placer y el dolor; el agrado y el desagrado; el amor y el odio; la alegría y el miedo; y así es como se explican el Derecho, la Moral y el Estado, fundados todos en la psicología del egoísmo.

En esta oscilación del individuo entre aquello que lo atrae, y aquello que lo repele, está la explicación de todos los sistemas y la base del utilitarismo, reexposición inglesa del epicureísmo, postura que nos parece la típica del buen inglés. Como consecuencia: el bien y el mal no radica en las cosas, sino en el individuo; es bueno, lo que sirve para la vida; y es malo, aquello que la acaba, porque la vida y la muerte son los extremos del movimiento del péndulo del ser, que siempre oscila buscando la vida, huyendo de la muerte.

La tendencia esencial del hombre, su propia conservación, lo lleva a moverse y a buscar los medios de su existencia, "no hay cosa que dé perpetua tranquilidad al hombre". "Nada hay en este mundo que lo satisfaga y lo aquiete: la felicidad es la

búsqueda inacabable y constante de un satisfactor tras otro”; “el continuo progreso del deseo, de un objeto a otro”.

La conservación propia debe ser asegurada; de ahí la tendencia que el individuo tiene hacia el poder, medio de conseguir bienes para la vida. Por eso, el hombre busca lo que le da poder: “riqueza, sabiduría, honores, posición”. Esta búsqueda, sólo cesa con la muerte. Ahora bien, la fuerza de la lógica nos lleva a concebir, primero, al individuo en sí, aislado, antes de que entre en sociedad con sus semejantes: en el Estado de Naturaleza.

Estamos en presencia de un concepto que va a tener gran resonancia en la teoría política moderna. El Estado de Naturaleza, hipótesis lógica a la que tiene que acudir el contractualismo para explicar el pacto original entre hombres, necesariamente aislados.

Es un concepto puramente lógico, que no busca confirmación en la historia; es, tan sólo, un supuesto hipotético que sirve para explicar y justificar sociedad y estado, los cuales por su propia complejidad, sólo pueden ser explicados por la adición de simples, de donde se sigue la necesidad de suponer una situación en la que los simples, los individuos, vivían aislados. El “estado de naturaleza” del individuo, tiene la mayor importancia en la teoría de Hobbes. Por su puesto, es menester concebir a los hombres todos iguales, como iguales son los átomos, que lo originan todo. Como los hombres son iguales, tienen el mismo original derecho a todo: Todos tienen derecho a todo.

Si dos hombres desean la misma cosa, la única manera de resolver el conflicto es la lucha, que da al que triunfa la pertenencia de la cosa; pero sólo en tanto tenga fuerza para conservarla; pues puede venir otro más fuerte y, con el mismo derecho, quitársela en lucha violenta.

Por eso el Estado de Naturaleza se caracteriza por ser la lucha de todos contra todos. Los hombres viven en guerra permanente. En el Estado de Naturaleza, el hombre es el lobo del hombre. En ese estado no hay derecho, ni ilegalidad, ni propiedad, ni justicia, ni injusticia: sólo la fuerza resuelve las controversias, pues no hay ningún “poder común” que atemorice a los audaces.

Por esta razón no puede haber vida en común, como tampoco ninguna de sus manifestaciones; industrias, cultivo, arte, navegación. “La vida del hombre es solitaria, tosca, embrutecida y breve. Ciertamente que en este estado de cosas, todos los hombres son iguales y cada uno tiene el derecho de gobernarse a sí mismo;

pero no menos cierto es que, mientras persista, la única realidad brutal es la guerra, que es ruina para todos.

La guerra es muerte, y la muerte es un mal. El individuo, por su propia conveniencia, por su propio egoísmo, tiende a la vida, a la seguridad; el temor a la muerte y a la inseguridad, igual también a los hombres. Entonces funciona la razón: como en el Estado de Naturaleza no puede haber seguridad, ni paz, deben buscarse medidas razonables para establecerla, no sólo momentáneamente, sino con vistas a la permanencia futura.

Si la paz es buena, todos los medios para lograrla, son buenos, porque la paz es la primera condición racional de la vida, y, por ende, del bien. Del común temor a la muerte, ha surgido la voluntad de paz. Del propio instinto de conservación, surge la necesidad racional de reprimir el egoísmo en provecho del propio egoísmo. A la paz, que permita la conservación de todos. Sólo se puede llegar mediante acuerdos mutuos. Por esta razón, las normas de la paz son llamadas Leyes de la Naturaleza.

Son Leyes de la Naturaleza aquellas normas generales que obligan a los individuos a hacer, a omitir aquello que los priva de la vida o de los medios para conservarla. Es el medio el que dicta las leyes: aun los más fuertes están expuestos al peligro: de ahí, la necesidad de proveer lo necesario para evitarlo. Lo que la razón aprueba para ese efecto, es justo; es el Derecho Natural o, lo que es lo mismo, la libertad de cada uno para usar su propio poder en la propia conservación de su ser. La ley natural no es la ley divina, porque en el Estado de Naturaleza no hay religión; tampoco es la Ley política, porque no hay sociedad, ni gobierno.

Derecho Natural y Ley Natural se distinguen, dice Hobbes: La Ley es un mandato o prohibición fundados en la razón, que si no es obedecida determina la muerte, en tanto que el derecho es la libertad de hacer o de omitir. La razón es, pues, es el patrón de lo bueno y de lo malo; de los que sirve para cuidar la vida, y de lo que sirve para proveer la seguridad futura. Por ello, la primera ley natural es la de que todo individuo debe procurar la paz; si ello no puede lograrse, debe usar de todos los medios para triunfar en la guerra.

Como consecuencia de la ley de paz, se sigue la de que es imposible que todos tengan siempre derecho a todo. Por ello es indispensable renunciar a ciertos derechos, o a transferirlos, condición de que todos hagan lo mismo, pues de no ser así, se vuelve a la guerra de todos.

Por lo tanto, cada uno tiene que renunciar al derecho a todo en la medida en que todos los demás lo hagan, y no querer para otro, lo que no se quiere para sí. De este modo la libertad absoluta se reduce a la libertad que cada uno tiene frente a todos, y la de todos frente a cada uno. Por eso el derecho y la obligación, como la sociedad y el Estado nacen del pacto, del acuerdo, de la convención. Resultado de la voluntad de paz, fundada en el miedo.

Así, del deseo de paz nace la primera Ley Natural, de la que resulta, lógica y forzosamente, que los pactos deben cumplirse: de ahí nace la justicia. Si los pactos no se cumplen, no hay paz; si no hay paz, hay guerra; y si hay guerra, hay muerte y mal para todos.

También del deseo de paz nacen las demás leyes naturales: la legitimidad de las penas; la equidad en el juzgar; las reglas de los testimonios, etc. No es de nuestra materia realizar el estudio de la ley en Hobbes. Si del deseo de paz nace la fundamentación de la ley Natural, del respeto a los pactos, también, nace el Estado. Por esta razón, dentro de la teoría de Hobbes, la hipótesis previa a la vida civil y política es la del Estado de Naturaleza.

Debemos recordar cómo, para la tradición teológica medieval, el poder era algo que la Divinidad otorgaba, ya el Papa, ya al emperador, ya al pueblo, según la interpretación respectiva. Esto es, siempre se buscaba explicación trascendental para la legitimación del poder. Hobbes rompió con la teología, y su racionalismo lo llevó a buscar una explicación inmanente del poder, fundado en una causa evidente en sí, y por sí.

Con esa intención parte del Estado de Naturaleza, y de la Ley Natural que fundamenta lo obligatorio del pacto para explicar el Estado y su poder con argumentos inmanentes al propio, o mejor, a la simplicidad del individuo.

Los individuos son como los átomos, según hemos explicado: la sociedad se ha atomizado hasta lo irreductible, y en lo irreductible se encuentra la explicación de la Ley Natural y del Derecho, con independencia de toda trascendencia teológica. Así explicaba Hobbes que el individuo tenga en sí y por su propia individualidad, derechos anteriores al pacto y a la sociedad.

Ahora bien, el pacto social sólo puede entenderse como una renuncia o como una transferencia del derecho a todo, a cambio de la paz, previa condición de que todos hagan lo mismo, para encontrar, en la recíproca limitación del Derecho

Natural, la posibilidad de la convivencia ordenada; se cambia sumisión, por paz y seguridad.

Es el Estado, por ello, maravillosa obra de la razón humana, de la cultura del hombre, que lo eleva de su etapa primitiva de aislamiento a la de sociedad. No es, pues la naturaleza la que explica el Estado, ya que el hombre no es sociable por naturaleza, como lo pretende Aristóteles. Al contrario, por naturaleza, es egoísta, y la sociedad no se puede explicar por facultades a priori, preexistentes, inexplicables racionalmente.

El arte del hombre, dirá Hobbes, “puede imitar a la naturaleza, creando un hombre artificial, la más excelsa obra de la razón, y así se crea *Leviathan*, que llamaremos República o Estado (en latín Civitas), que no es sino un hombre artificial”. De este modo nos hallamos ya en posibilidad de entender la definición de Estado que da Hobbes. No será una definición aristotélica, con un género próximo y una diferencia específica.

No será una definición de lo que es. Será una definición genética, implicando en ella el por qué es:

“Una persona integrada por gran multitud de personas que convienen por pactos mutuos de los que cada uno es autor, en instituirlo de modo que pueda utilizar la fuerza de todos y sus medios, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y la defensa común”.

La fórmula del pacto social, sería la siguiente: “Autorizo y transfiero a este hombre, o asamblea de hombres, mi derecho a gobernarme a mí mismo, con la condición de que todos vosotros también le transferís vuestro derecho, y autoricéis sus actos de la misma manera. Esta es la generación de aquel gran *Leviathan*, o más bien hablando con más reverencia, de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa”.

Antes, pues, del pacto social, existe la gran multitud, atomizada, en el miedo, y el deseo, y en la voluntad de paz, se funda la necesidad del pacto. Este, para ser posible, tiende dos condiciones racionales: La función del criterio mayoritario y la ineludible necesidad de cumplir lo pactado. La primera, constituye uno de los fundamentales problemas del gobierno representativo; la otra, lleva a la formulación del concepto de soberanía.

Es racional que, si la gran multitud se reúne para pactar, el supuesto del pacto, o mejor, su condición, sea admitir los acuerdos mayoritarios. Sólo debe haber unanimidad absoluta respecto del deseo de paz y de la voluntad de pactar. Respecto de los demás acuerdos, puede admitirse, simplemente, el criterio mayoritario. De la definición de Estado y de la fórmula del pacto social de Hobbes, se desprenden dos ideas de la mayor importancia: las de soberanía, y de personal artificial.

Respecto del concepto de soberanía en Hobbes, debemos ser especialmente cuidadosos: una lectura superficial del *Leviathan*, nos podría llevar a la creencia, comúnmente admitida, de que en Hobbes la soberanía significa un poder absoluto, caprichoso e ilimitado. Esta interpretación es la obligada si se atiende a las palabras expresas de Hobbes y a su intención, circunstancialmente política, de justificar el absolutismo de los Estuardos (o el Cromwell, para algunos monárquicos recelosos). Sin embargo, si analizamos la teoría de Hobbes en su integridad y rigorismo racional, podemos sacar consecuencias distintas:

La gran multitud, antes de pactar, no tiene, ni puede tener, poder soberano: cada hombre se gobierna a sí mismo hasta el límite de sus fuerzas. Ahora bien, el contrato originario crea suponer constituyente, y éste es el que crea al Estado, puesto que el objeto del contrato originario es el de acordar mayoritariamente la forma del Estado: Determinar quién, o quiénes, serán las personas que usen el poder de todos, esto es, la generación, la integración del soberano.

El Estado nace por acuerdo de la asamblea, necesariamente previa al Estado; por ello es constituyente. Ahora bien, la asamblea, al llegar a un acuerdo mayoritario, otorga un mandato y transfiere el poder de todos al soberano, para que éste lo use como lo crea conveniente. Otorgado el mandato, hecha la transferencia del derecho, la asamblea desaparece; ya no tiene, ni función, ni derecho, porque la condición del pacto fue, precisamente, transferir el derecho natural a todo, para que hubiere paz y seguridad.

Mas como los hombres son por naturaleza egoísta y antisocial, una vez acordado el pacto, la razón indica no sólo la obligación de cumplirlo, sino la necesidad de asegurar su cumplimiento. Precisamente para esto se instituyó Estado, como organismo que dispone de una fuerza común que garantice el pacto, que reprima a los audaces, y que evite el que cada uno vuelva a exigir por sus medios propios, su derecho natural. Si ello no ocurriere, se volvería al Estado de Naturaleza, a la guerra, supremo mal.

Para evitar la guerra, el gobierno tiene que ser eficaz: “Los pactos que no descansan en la espada, no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre en modo alguno”. “Los lazos de las palabras son demasiado débiles para refrenar la ambición humana, la avaricia, la cólera y otras pasiones de los hombres, si éstos no sienten el temor de un poder coercitivo”.

De aquí resulta la necesidad de generar un poder soberano, de darle una forma al Estado; esta forma depende de quién sea el designado como soberano: Un hombre, o una asamblea. Ya detallaremos más adelante. Hobbes sostiene que la soberanía tiene que ser necesariamente absoluta, única forma de evitar la guerra, pues si existieran poderes iguales, la lucha subsistiría entre ellos.

La soberanía tendrá que ser absoluta, pues a ella habrán de atribuirse todos los poderes racionalmente necesarios para gobernar y lograr la paz y la seguridad. Por eso el soberano es el único legislador, el Juez Supremo, el que declara la guerra y concierta la paz y aunque pudiera pensarse que los súbditos quedarían en situación miserable, sujetos al capricho del monarca, peor mil veces son la anarquía y la guerra de todos contra todos, sin sujeción a la Ley y al poder coactivo.

La razón ha instruido al Estado y le ha dado el poder de todos, para que lo use como crea conveniente. En realidad, no hay pacto entre el soberano y los súbditos, sino sólo entre los súbditos para instruir un soberano. Este no queda obligado sino a mantener la paz y la seguridad. Por ello, el Estado determina lo que son el Derecho y la Justicia, como determina la propiedad y su uso, en las leyes civiles.

El soberano es el representante del Estado; sin representante, no hay, ni puede haber Estado, ni voluntad, ni poder; necesariamente el soberano es el único legislador: hace y deroga las leyes; por eso no está sometido a ella. Y sólo lo que el soberano manda, tiene carácter de Ley civil, y en la medida en que lo determina. Es el soberano el que dispone del poder coactivo para hacer cumplir sus leyes; no hay quien lo pueda coaccionar a él, porque su poder es irresistible. Por esta razón y por otras semejantes, ataca la división de poderes como posible forma de gobierno: la soberanía es una, racionalmente invisible.

A pesar de todo ello, a pesar de la expresada calificación que de la soberanía hace Hobbes como absoluta, conviene detenerse a analizarla en el cuerpo total de la doctrina:

Cierto que la soberanía es un poder absoluto; pero también es cierto que es un poder racional, resultado de un pacto que tiene supuestos también racionales. Con el pacto, los hombres han entrado a la vida jurídica. Por eso el Estado es de derecho. Las leyes civiles no pueden ser contrarias a las leyes de la Naturaleza. El Estado ha sido creado para realizar los derechos naturales nacidos de la razón mediante las leyes civiles: la libertad natural sólo se limita en la medida del bien común.

Son las leyes civiles las que limitan la libertad absoluta del individuo y la reducen a la libertad civil, permitiéndole ciertas acciones en vista de las libertades recíprocas de quienes conviven. La libertad, propiamente, es ausencia de obstáculo, de oposición a la propia fuerza. Si no hay fuerza, no puede hablarse de libertad, pues en ese caso no hay obstáculo que se oponga, sino imposibilidad constitucional para realizarla. Por eso la libertad del hombre consiste en la posibilidad de lograr aquellas cosas de las que es capaz por su fuerza o por su ingenio, sin que exista oposición para lograrlo.

El pacto social y la institución del Estado, limitan la libertad mediante leyes. Estas permiten cierta conducta que el individuo puede realizar si tiene fuerza para ello. Ahora bien, en caso de que la ley sea omisa respecto de la reglamentación de ciertos actos, el hombre está libre para actuar. Cuando no prescribe leyes el soberano, el individuo encuentra su máxima libertad precisamente en el silencio de la ley.

Cierto que el soberano dispone del poder absoluto de legislar; sin embargo, tal poder, aun dentro de la misma tesis de Hobbes, no es, ni puede ser irracional: hay derechos naturales que no pueden renunciarse, porque son la causa del pacto: el derecho a la paz y a la seguridad, a los que no se puede renunciar contractualmente, sin destruir el propio pacto.

Quiere esto decir que lo que integra la obediencia es la capacidad de protección: Si el soberano no puede garantizar la paz y la seguridad, el pacto ya no existe, y por ello, tampoco la obediencia.

La soberanía sólo se justifica por la protección que otorga. Si la soberanía es impotente, vuelve la guerra de todos contra todos. La capacidad para garantizar la paz y la seguridad, como condición del bien supremo: la vida, constituye el límite racional de la soberanía dentro de la tesis de Hobbes. Es consecuencia fatal de la inmanencia del poder, al grupo que pacta.

De ahí lo terriblemente peligrosa que era la tesis de Hobbes para la monarquía absoluta de los Estuardos: cualquier poder que garantizara la paz y el orden, es legítimo, así fuera el de la revolución triunfante.

Sin embargo, dentro de este límite racional, funcional y genético, mejor dicho, dentro de esa esfera de acción, el poder soberano no reconoce superior en la tierra. Por eso el poder civil tiene la facultad de introducirse en la vida religiosa de los hombres, opinará Hobbes, para que el Estado decida cuáles son los honores públicos que deben rendirse a Dios, y evitar las prácticas absurdas; para legitimar el interprete indubitable de las escrituras.

Con toda conciencia, Hobbes vuelve de la concepción antigua del poder público, pues bien se dio cuenta, y expresamente lo afirmó, que la antigüedad no conoció la dualidad Estado-Iglesia, porque la religión fue siempre oficial y así debe entenderse. Consecuentemente, no puede haber una Iglesia Universal, pues lógicamente sólo puede haber iglesias nacionales, leales al pacto social que cada grupo de hombres ha realizado para constituir los distintos Estados que existen en la realidad. La razón moderna de Hobbes ha renegado, así del origen cristiano de occidente.

La Persona Artificial, íntimamente vinculada con el concepto de soberanía, está el de la persona artificial, idea de la mayor importancia para estudios ulteriores de Teoría del Estado, y que en Hobbes se plantea con extraordinaria claridad. En efecto, según hemos visto, con Hobbes se quiebra definitivamente, la concepción corporativa del medioevo: sólo el individuo es el átomo de lo social, no hay cuerpos sociales; sólo hay individuos que pactan.

La multitud, en sí y por sí, no tiene derechos ni puede actuar, pues sólo el hombre individual tiene derechos y se mueve. Toda corporación es ficticia. Los conjuntos de hombres que actúan unitariamente, se entienden y conciben sólo como personas artificiales. Cuando se dice que los hombres actúan colectivamente, como un cuerpo, en realidad se está significando que un individuo, o un conjunto de individuos, actúa en nombre de todos por delegación y transferencia de derechos, Sólo porque existe el individuo que actúa por todos, como agente, como representante, existe el cuerpo colectivo: si falta el órgano, el cuerpo se atomiza en individuos.

Todo un capítulo fundamental de *Levithan* dedica Hobbes a estudiar el concepto de persona: “De las personas, de los autores y de las cosas personificadas”. La persona natural es aquella cuyas palabras o acciones se consideran como

propias. La persona artificial es aquella cuyas palabras y acciones se consideran como representación de otro.

Esto explica que el soberano sea una persona artificial, por que representa a todos lo que pactaron la institución del Estado. Su voz y sus actos no son propios: representa a todos. De ahí que el poder sea absoluto, dentro de la esfera racional que llevó el pacto social. La manera de organizar la representación política, la persona artificial, determina las formas de Estado. Si la persona artificial, si el que actúa por todas, es un hombre solo, se trata de un Estado Monárquico. Si la persona artificial está constituida por hombres que se distinguen de todos los que pactan, estamos en presencia de una aristocracia. Si la persona artificial es toda la asamblea a la que concurren todos los que tienen derecho a figurar en ella, el gobierno es una democracia. Es, pues, el asiento contractual de la soberanía el que determina las formas del Estado.

Esas tres son las únicas posibles, pues no admite Hobbes que existan las formas impuras a que alude Aristóteles. La impureza pretendida de las formas, no es si no mala interpretación de las formas únicas: los descontentos son los que califican de tiranía, oligarquía o demagogia a las formas respectivas, sin que puedan serlo, pues es la conveniencia subjetiva la que hace la calificación de impureza. Para las tres formas de gobierno existe el mismo poder. Pero es la monarquía la que mejor expresa *Leviathan*, sin ser perfecta. Al efecto, hace una crítica acerca de las otras formas de gobierno.

Mucho más podríamos decir de Hobbes. Ya mucho no hemos extendido. Y si ello ha sido así, es por la enorme importancia de este autor para la teoría del Estado Moderno.

En alguna ocasión hemos dicho que en nuestra materia, talvez lo mas importante sea el plantear las cuestiones. Ese fue el mérito de Hobbes:

Surgiendo de su tiempo político; de las circunstancias históricas que lo rodean, la revolución, auténtica guerra de todos contra todos; de su personalidad poco simpática; de su misantropía, aparecieron nítidos, claros, los problemas de la ciencia política moderna:

- a) La total racionalización de la investigación, que llevará necesariamente a buscar la explicación del fenómeno político y del poder público, en el grupo mismo; explicación inmanente y causal, no trascendente ni revelada.

- b) La doctrina del individualismo, totalmente divorciada de la concepción corporativa medieval. Individualismo también inmanente, atomizador, fundado necesariamente en el egoísmo y en la utilidad: es el nuevo tiempo que habrá de cristalizar en la organización capitalista de la sociedad occidental. Con ello, se abre la necesidad de precisar los derechos del individuo, de aquellos que le pertenecen por su propia naturaleza individual.
- c) La doctrina de la representación política, tan característicamente moderna y que está implicando uno de los problemas fundamentales de nuestra materia: la personalidad del Estado, afirmada en Hobbes para explicar cómo es Estado, formado por muchos, actúa unitariamente.

Esa es la importancia de Hobbes: eso es lo que va a trascender y lo que va a quedar: planteamiento de cuestiones fundamentales para nuestra teoría del Estado.

Planteamiento que resultó pleno. Es un monumento grandioso de la razón egoísta; una impresionante construcción hecha de frío. Es realmente, geometría: los hombres son posiciones en el espacio infinito que se mueven por su propio peso y que por su propio número se unen y desunen, integrando ese ente indispensable, *Leviatán*, barrera de su miedo.

Realmente debe estimarse que, desde Santo Tomás de Aquino, no se había articulado en occidente una concepción política tan rigurosa y tan íntegra. Sólo que si la concepción tomista estaba hecha de tradición y de amor a Dios, a sus criaturas, y de reverencia y de amor de las criaturas desorden universal, la concepción de Hobbes estaba hecha de técnica y de miedo: en el rincón de un universo sin Dios, los hombres, átomos condenados al movimiento fatal, se unen unos con otros por el miedo que unos a otros se tienen. Funciona la brutal racionalidad del egoísmo; se ha olvidado el amor como motor universal, amor que es calidad, y no cantidad. La dignidad del hombre cuantitativo sin calidades, ha tenido que refugiarse en el único, frío, triste botín de la razón: la seguridad y la paz, valores a los que el miedo lo sacrifica todo.

Tendrá que venir Juan Jacobo Rousseau para renegar de la razón y sustituir el egoísmo y el miedo, por el sentimiento y el amor, como fundamentos del Contrato Social, en este interesante proceso de la historia.

Pero por lo pronto, la razón del buen inglés se ha conformado con la paz y la seguridad. Hobbes no ha concebido sino dos extremos racionales: o anarquía; o

paz, o guerra, *Leviatán*, o desorden: el pacto social, sólo como contrato de sumisión. Pero *Leviatán* no es la única posible solución, por más que sea la admisible cuando el miedo y la importancia de los hombres no encuentran otra salida.

La vida no es el bien, ni la muerte el mal. Hay algo más importante que la vida, la resta o la adicción; las calidades, sin las cuales la vida no vale la pena de vivirse. Occidente se convencerá que la razón tiene el defecto de las campanas: “cualquiera llega... y las toca”, como dice la socarronería de nuestro pueblo. La razón es una herramienta y no un fin en sí: si el fuera pura razón, Hobbes tendría razón. Pero el hombre es mucho más que eso, por más que en muchas ocasiones tenga que decir, nada más, que lo es, sin poder explicar por qué es: esa fue la salida de Rousseau.

La misma Inglaterra, desbordó a *Leviatán*; después de 1688 el absolutismo ha caído, y no se volvió a la guerra de todos contra todos, como lo preconizaba Hobbes: se llegó al gobierno representativo, al parlamentarismo británico; la vida no cumple con rigor el imperio de la pura razón. El triunfo de la revolución burguesa demostró que la paz y la seguridad no son los únicos valores que se pueden lograr con el pacto. Es posible garantizar otros, implícitos, cierto es, en la teoría de Hobbes, pero difíciles de deducir frente al absolutismo admitido como válido.

La tarea de justificar a posteriori el sentido de la revolución inglesa, estuvo a cargo de John Locke; más superficial que Hobbes; menos rigorista, menos lógico; pero, indudablemente más político, más, mucho más inglés y aunque en el saldo de la historia, de los sucesos y de la teoría, la línea evolutiva va del absolutismo al parlamentarismo, y de Hobbes a Locke, en los tres cuartos del siglo que duró el movimiento revolucionario inglés, hubo, naturalmente, intentos de todas las tendencias: intentos que, por no encarnar directa o indirectamente en la gestación del Estado moderno, en este momento no estudiaremos con detalle, aunque sea menester mencionarlos, porque significan las primeras expresiones, poco importantes, poco intensas, pero ya claras, de tendencias que, posteriormente, en nuestros tiempos, han encontrado franca expresión.

Desde luego debemos mencionar a los llamados “niveladores”, miembros del ejército de Cromwell, pequeños burgueses, pero radicales en su tendencia. Creían en la auténtica igualdad del hombre, con independencia de sus bienes de fortuna, y en la existencia de derechos innatos, uno de ellos fundamental: el de entrar a la sociedad política por propio y particular consentimiento.

Por esta razón exigían que, en la integración del parlamento, debía computarse el sufragio universal, el de todos los hombres que lo fueran, con independencia de los impuestos que pagaran o de los bienes que tuvieran, estimando que el gobierno era una representación de hombres y no de propiedades. Pugnaban por una carta de derechos individuales que no fuera la reducida “Carta Magna”, a la que en ocasiones calificaron como “cosa de mendigos”. Su extremismo, demasiado radical para el tiempo, determinó su rápido control por parte del mismo Crowell.

Significando una postura más hacia la izquierda, aparecieron en esta época, los llamados “cavadores” (“diggers”) que significaron una auténtica tendencia de comunismo agrario, fundada en la estimación de que el Derecho Natural es un derecho a los medios de subsistencia, especialmente la tierra, “tesoro común al que todos tienen derecho”. Criticaban la institución de la propiedad privada de la tierra, como la fuente de todo mal político, pues significa el estímulo de la avaricia y de la ambición, vicios despreciables de la humanidad.

Nada mejor para ilustrar el criterio de los cavadores”, que estas dos citas tomadas de Sabine: “Nadie debe ser soñador ni terrateniente, sobre los demás, sino que la tierra es libre para que todo hijo, o hija de la humanidad, viva libremente en ella.” “Vosotros, jóvenes, tenéis ricos vestidos y vientres llenos, tenéis honores y vivís cómodamente, pero sabed que el día del juicio ha comenzado, y que os alcanzará muy pronto. Los pobres a los que oprimís, serán los salvadores de la tierra. Si queréis encontrar piedad, si queréis que Israel sea libre, romped en pedazos las cadenas de la propiedad.”

Estos conceptos envueltos al estilo del Antiguo Testamento, tan en boga entonces, sonaban extraños y hostiles a los comerciantes, propietarios y piratas que hicieron la Revolución.

Eran voces distintas que iban contra del orden pretendido por la propia Revolución y por sus adalides, todos burgueses que luchaban contra el feudalismo y el peligro del absolutismo: pero que querían, precisamente, libertad para poseer y garantías para su propiedad.

Como las voces comunistas fueron poco numerosas, se acallaron fácil y rápidamente, como excesos intranscendentes formados al calor de la lucha. Pero ahí quedaba la semilla, que expresada tímidamente, como antes lo hizo en Bohemia, volverá a aparecer.

John Locke es otro de los pensadores ingleses definitivo para comprender el Estado moderno. Teórico de esta época es John Locke, filósofo sensualista británico, sin duda el justificador típico del estado de cosas que trajo la Revolución de 1688. Dos son sus obras políticas fundamentales: el primero y el segundo *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, libros, sobre todo el segundo (el primero es pesado plomo para el lector moderno, que en materia política contribuyeron como pocos a la difusión de la democracia liberal moderna. Locke es reputado como su padre. Pocos autores tan leídos como él en el Siglo XVIII. Fue traducido a todas las lenguas, y fue fermento de todas las revoluciones. El segundo ensayo, es un librito fácil, ágil, en el que un hombre de un tiempo ya feliz y sin torturas describe dogmáticamente la verdad de su tiempo; pontifica sobre su validez universal con una alegre inconsciencia, y se dispone, con la clase a que pertenece, privilegiada en un país privilegiado, a ver pasar la vida poderosa, que le permite gozarla sin angustias ni inquietudes.

Sin embargo, la crítica de Locke al Leviatán, carece del rigor y de la construcción plenaria de que goza la lógica de Hobbes. Perteneciendo al mismo siglo, a la misma pretensión racionalista, Locke aparece superficial y dogmático. Muy frecuentemente se contenta con describir los hechos políticos tal cual son, suponiendo que así deberán siempre ser. Carece del vigor genético de Hobbes que buscaba, no lo que “es”; sino “por qué es”. Si Hobbes construyó una sinfonía, Locke compuso una canción de moda, la que hizo época, no demuestra, describe. Claro, eso es más político y, si coincide con el sentir del tiempo, sin duda también más valedero. Sin embargo, nos parece más profundamente humano el esfuerzo angustioso de Hobbes para explicarse un mundo sin necesidad de Dios, que las “fiorituri” de Locke, al reflejar, con ejemplar inocencia, los goces y privilegios de su tiempo.

Esto no quita importancia a Locke, hombre clave de su época: en filosofía provocó, como ya vimos, el espiritualismo de Berkeley, que al ser negado por el escepticismo de Hume, también provocó, un siglo después, la filosofía kantiana. En el aspecto económico, va a iniciar una época con sus ideas sobre la propiedad, el trabajo y la naturaleza: y en el aspecto político, es el padre de la democracia liberal. Tal vez su mérito, y al propio tiempo su condena, estriba en que emplea el sentido común antes que la lógica, y el pragmatismo antes que el sistema.

Realmente, construye sobre el camino señalado por Hobbes; aunque lo recorra sólo en las partes que le convienen y procurando negar los excesos, para llegar a conclusiones distintas. Sólo mencionaremos el primer ensayo. En él se ocupa,

pesadamente, de refutar la teoría del Derecho Divino de los reyes, con todos los matices que considera importantes.

Es del segundo ensayo, del cual nos debemos ocupar. Gracias al planteamiento de Hobbes, a partir de él todas las corrientes individuales que traten de explicar la sociedad y el poder, tendrán que partir de un mismo supuesto: el Estado de Naturaleza. De tal estado parte Locke. Sólo en su concepción difiere de la de Hobbes en forma radical.

Desde luego separa el Estado de Naturaleza del de guerra, que como se recordará, Hobbes identificaba en su rigorismo lógico. Esto explica que para Hobbes la primera ley natural, fuera el deseo de paz, fundamento del pacto y sus consecuencias. Locke, en su superficialidad, no profundiza hasta el fondo y consecuencias del egoísmo: concibe un Estado de Naturaleza, ya con derechos naturales innatos que implican, en sí, un orden válido, independiente del pacto; derechos naturales que no explica, sino que simplemente, describe y enumera como algo evidente, axiomático. Claro: su tiempo los festejó y admiró, porque eran los derechos que se habían conquistado, olvidando que no siempre se había reconocido, y sin prever que no todos los podrían gozar.

Y así empieza su obra, capítulo II, después de que en el primero reproduce las conclusiones del primer ensayo: “Para atender realmente el poder político y derivado de su origen, debemos considerar en qué estado *se hallan naturalmente* los hombres todos, que no es otro que el de perfecta libertad para ordenar sus acciones y disponer de sus personas y bienes como lo tuvieran a bien, dentro de los límites de la Ley Natural, sin pedir permiso o depender de la voluntad de otro hombre alguno”. Libertad para disponer de vida y bienes sin reconocer voluntad de hombre alguno. He aquí la característica que, para Locke, distingue el *Estado de Naturaleza*.

Libertad, igualdad, vida, propiedad. El lenguaje empieza a ser familiar: ya es la modernidad plena. La libertad no es licencia; aunque todos son libres, “Nadie deberá dañar a otro en su vida, salud, libertad y posesiones”. Todo ello porque la Ley Natural es un orden: “es la medida que Dios puso en las acciones de los hombres para su mutua seguridad”.

Si el orden natural es roto por algún hombre, todos, o cualquiera, tienen el derecho de castigarlo: en el Estado de Naturaleza todo hombre es juez y ejecutor de la Ley Natural; tal es el Derecho, aunque también su principal inconveniente; “por la

parcialidad y vehemencia de los hombres”, inconvenientes que se corrigen con el gobierno civil, como se verá.

El *Estado de Naturaleza* no es, para Locke, una etapa histórica previa de la humanidad organizada socialmente. Es una situación permanente, que adquiere el hombre por su simple nacimiento y que se mantiene mientras, sin su consentimiento, implícito o explícito, no se someta a un gobierno.

Es importante que, precisamente ahora, distingamos algo de la mayor importancia; el hombre moderno va a exigir su consentimiento como índice de pertenencia a un estado. Es la consecuencia del individualismo. Un estrato más en la explicación del Estado: la Antigüedad conoció el índice de la *sangre*, como el preeminente; el Medioevo fijó el índice del territorio; la Modernidad, con plena conciencia a partir de Hobbes y Locke, va a exigir el consentimiento.

Índices que, entrecruzados, constituyen soluciones mixtas en la organización de pueblos y naciones, como veremos: “...todos los hombres se hallan naturalmente en aquel estado (de naturaleza) y en él permanecen hasta que, por su propio consentimiento, se hacen miembros de una sociedad política”.

En *Estado de Naturaleza* viven, también, absurdamente, los príncipes soberanos que no reconocen imperio de ley común ni de autoridad superior. La libertad natural implica pues, el derecho de libre consentimiento para someterse a un estado: individuo sobre sociedad.

En *Estado de Naturaleza* pueden los hombres pactar entre sí, sin entrar a la sociedad, “pues la verdad y mantenimiento de las promesas, incumbe a los hombres, y no como miembros de la sociedad”.

El *Estado de Naturaleza* no es, de ninguna manera, un estado de guerra, que “lo es de enemistad y destrucción declarada de palabra u obra, que implica el derecho a repeler un ataque”. “Y esta es la obvia diferencia entre el Estado de Naturaleza y el ‘estado’ de guerra”, los cuales, por más que algunos los hayan confundido, son entre sí tan distantes, como un estado de paz, bienquerencia, asistencia mutua y preservación, lo sea de uno de enemistad, malicia, violencia y destrucción mutua.

Los hombres que juntos viven según la razón, sin común superior sobre la tierra que pueda juzgar entre ellos, se hallan propiamente en *Estado de Naturaleza*. Pero la fuerza, o el declarado propósito de fuerza sobre la persona de otro,

cuando no haya común superior en el mundo a cuyo auxilio apelar, es estado de guerra”.

Precisamente una de las objeciones que Locke hace a las monarquías absolutas, es la de que los monarcas absolutos viven en estado de naturaleza, llámese “zares o grandes señores”, “donde quiera que se vieran dos hombres sin Ley permanente y juez común a quien apelar en la tierra, para la determinación de controversias de derecho entre ellos, se encontrarán los tales, todavía en estado de naturaleza y bajo todos los inconvenientes de él”.

Y concluye su reproche: “Quien hubiere sido insolente y dañoso en los bosques de América, no resultaría probablemente mucho mejor en un trono”. Porque su obra está llena de alusiones a América. Encontraba que en ella se confirmaba su idea del *Estado de Naturaleza*. Resumiendo: El *Estado de Naturaleza*, en Locke, no es de guerra, sino de orden: el del “derecho natural”. En él todos los hombres son libres, iguales, y como tales, gozan de sus bienes.

El *Estado de Naturaleza* se caracteriza porque no existe una autoridad común y superior, que dirima las controversias. Tal es el inconveniente de ese estado, y también un de las razones fundamentales que llevan a la sociedad civil.

Mención especial merece el tratamiento del derecho de propiedad. Recuérdese que, en Hobbes, la propiedad privada era consecuencia del pacto, porque en el *Estado de Naturaleza*, todo es de todos. Locke, más tranquilo, menos rigorista, encuentra, y ellos es fundamental para comprender su doctrina y su importancia, que la propiedad privada es anterior al pacto social, mediante el siguiente razonamiento, que inicia un tema, después básico, en Economía Política:

“...los hombres una vez nacidos, tienen derecho a su preservación y por tanto a manjares y bebidas y otras cosas que la naturaleza ofrece para su mantenimiento...” y “aunque la tierra y todas las criaturas inferiores sean a todos los hombres comunes, cada hombre, empero, tiene una propiedad a su misma persona”... “El trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos podemos decir que son propiamente suyos. Cualquier cosa, pues, que él remueve del estado en que la naturaleza lo pusiera y dejara, con su trabajo se combina y, por tanto, queda unida a algo que de él es, y así se constituye en su propiedad”.

Se inician, de este modo, los estudios de economía moderna: la propiedad, como la mezcla del trabajo con la naturaleza. Idea que va a abrir, por su sencillez, una época y que trascenderá, hasta el pensamiento de Marx.

Es, pues, la propiedad otro de los derechos, no sólo anteriores al Gobierno, sino al mismo pacto social: Porque Dios concedió el mundo a los hombres para el “uso de industriosos y racionales, y el trabajo había de ser el título de su derecho y no el antojo o codicia de los pendencieros y contenciosos”. No es del caso profundizar en el detalle de estudio que del derecho de propiedad hace Locke. No basta destacar la primacía y la legitimidad de la propiedad como un derecho natural, equivalente al que el hombre tiene sobre sí mismo.

Para Locke, “la primera sociedad fue entre hombre y mujer, y dio principio a la de padres e hijos, y a ésta, con el tiempo, se añadió la de amo y servidor”. Esta sociedad conyugal está formada por pacto voluntario y, bajo ciertas condiciones, puede resolverse.

De tal sociedad contractual, surge el poder paterno: la igualdad no puede ser absoluta y los hijos están sometidos al padre por naturaleza: su propia invalidez, que “los hijos no nacen en pleno estado de igualdad, aunque sí para él”. De ahí nace el gobierno de los padres, que es temporal. El poder de los padres sobre los hijos “nace del deber que les incumbe de cuidar a su prole durante el estado imperfecto de su infancia”, porque “nacemos libres del mismo modo que nacemos racionales; no porque al pronto tengamos de una y otra calidad de ejercicio: la edad que nos trae la una, se no viene asimismo con la otra. Y esta suerte advertimos que la libertad natural y la sujeción a los padres, harto compatibles son, y están fundadas en el mismo principio.”

El derecho paterno puede generar monarquía: Así, los naturales padres de familia, por insensible cambio, se convirtieron en monarcas políticos de ellas”. Ya hemos visto cómo la familia se ha ampliado de los padres e hijos, a los sirvientes: “Amo y sirviente son nombres tan antiguos como la historia”. Sin embargo, aún así concebida la familia, todavía ni es, ni se puede asimilar, el poder político.

“... sólo será sociedad política aquella en que cada uno de sus miembros, haya abandonado su poder natural, abdicando de él en manos de la comunidad para todos los casos que no excluyan el llamamiento a la protección legal que la sociedad estableciera. Y así dejado a un lado todo particular juicio de cada miembro particular, la comunidad viene a ser árbitro: y mediante leyes comprensivas e imparciales y hombres autorizados por la comunidad para su ejecución, decide todas las diferencias que acaecer pudieran entre los miembros de aquella compañía en lo tocante a cualquier materia de derecho, y castigue las ofensas que cada miembro haya cometido contra la sociedad, según las penas fijadas por la Ley”.

Ahí está la moderna concepción de Estado: creado por propio consentimiento y propia sumisión, que generan un poder superior dirimente.

De acuerdo con el consentimiento, la “nación” (Locke asimila el término de nación a comunidad política y hasta a gobierno, lo que es sintomático de su modernidad) consigue el poder legislativo, el de juzgar y castigar, así como el poder ejecutivo: “...siempre que cualquier número de hombres de tal suerte en sociedad se junten y abandone cada cual su poder ejecutivo de la Ley de la naturaleza, y lo dimita en manos del poder público, entonces existirá una sociedad civil o política, y esto ocurre cada vez que cualquier número de hombres, dejando el estado de naturaleza, ingresa en sociedad para formar un pueblo y un cuerpo político bajo un gobierno supremo”.

De aquí concluye Locke que la monarquía absoluta “que algunos tienen por único gobierno en Edmundo, es incompatible con la sociedad civil, y así no puede ser forma de gobierno civil alguno”. Porque el monarca absoluto, al no someterse a una autoridad común, conserva su “estado de naturaleza”: no tiene juez ni ley: es, por tanto un salvaje. En pocas palabras digno de vivir en “los bosques de América”.

Toda la parrafada va directamente encaminada contra *Leviatha*, es otro diverso: admitir la monarquía absoluta; admitir que el monarca esté por encima de leyes, reglas, jueces, es darle poder para causar daño y perjuicio, y justificárselo: toda protesta será facciosa: “Es como si los hombres, al abandonar el Estado de naturaleza y entrar en la sociedad hubieran convenido que todos, salvo uno se hallarían bajo la sanción de las leyes; pero que el exceptuado retendría aún la libertad entera del Estado de Naturaleza, aumentada con el poder y convertida en disoluto por la impunidad. Ello equivaldría a pensar que los hombres son tan necios, que cuidan de evitar el daño que puedan causarles mofetas o zorras, pero les contenta, es más dan por conseguida seguridad, el ser devorados por leones”.

Cada vez más, la modernidad hace conciencia plena el gobierno y la sociedad civil como Estado de Derecho, ya no es soberano el hombre artificial, como en el pensamiento de Hobbes la única soberana es la ley, el derecho y su autoridad común y general. No en balde, con Locke estamos ya, plenamente, en el *Estado Moderno*.

Una y otra vez repite todas sus ideas ejes: No hay más fundamentos del estado, que el libre consentimiento; no hay otra explicación del estado, que la sumisión al

Derecho Común. Consentimiento y Derecho, ideas una y otra vez repetidas: “siendo los hombres... por naturaleza libres, iguales e independientes, nadie podrá ser sustraído en ese estado y sometido al poder político de otro sin su consentimiento, el cual se declara conviviendo con otros hombres, juntarse y unirse en comunidad para vivir cómoda, resguardada y pacíficamente, unos con otros, en el afianzado disfrute de sus propiedades, y con mayor seguridad contra los que fueron ajenos al acuerdo”.

En este párrafo está retratada toda una época y toda una nación: la libre asociación de egoístas unidos para disfrutar derechos sin obligaciones correlativas, preparados para luchar contra todos los que estén fuera: La isla y su época, en alegre y feliz inconsciencia.

Con aquel párrafo empieza Locke el capítulo *Del comienzo de las sociedades políticas*, en el cual, a la expresada idea del consentimiento generador de la sociedad, se añade otra característica de la teoría política moderna: la fundamental función de la mayoría. Entra, así, el terrible fantasma de la cantidad a las soluciones políticas de la modernidad: solución y problema, como parece que son todos los factores políticos.

Claro, la planeación de Locke es diáfana, feliz, fácil, dogmática, en suma. Desde la altura de su Revolución triunfante pontifica: “Porque cuando un número determinado de hombres compusieron con el consentimiento de cada uno, una comunidad, hicieron de ella un cuerpo único, con el poder de obrar en calidad de tal lo que sólo ha de ser por voluntad y determinación de la mayoría, pues siendo lo que mueve a cualquier comunidad el consentimiento de los individuos que la componen, y visto que un solo cuerpo sólo una dirección puede tomar, precisa que el cuerpo se mueve hacia donde lo conduce la fuerza mayor, que es el consentimiento de la mayoría, ya que de otra suerte fuera imposible que actuara o siguiera existiendo un cuerpo, una comunidad, que el consentimiento de cada individuo a ella unido quiso que actuara y prosiguiera”.....”el acto de la mayoría pasa por el de la totalidad, y naturalmente decide como poseyendo, por ley de naturaleza y de razón, el poder del conjunto”.

Locke invoca el testimonio de la historia para “concluir que todos los comienzos pacíficos desgobernó en el consentimiento del pueblo se fundaron”. El consentimiento puede ser tácito o expreso no tiene dificultad. El tácito se conforma con el hecho de incorporarse un hombre a una comunidad y sometiéndole bienes y posesiones que no le hubiere sometido antes a otros gobiernos. La incorporación es territorial, ya que el gobierno tiene jurisdicción

directa sobre la tierra y alcanza al poseedor de ella”, idea que destacamos por ser típica del Estado Moderno.

Como se ve, no es muy vigoroso en su técnica del pacto social: ha hablado de individuos; ahora habla del “pueblo”. Lo que le importa, sin duda, es fundar todo poder en el consentimiento: aún sobre el derecho de la sangre, aun sobre el derecho del territorio, está el derecho del consentimiento libre, sólo sometido al derecho común y a la mayoría.

Las ideas de Locke que han nacido en la libertad, se cierran en el fin: Los hombres renuncian a su libertad natural, para preservar su propiedad: “vidas, libertades y haciendas”. El estado natural es insuficiente para preservar la propiedad (vida, libertad y hacienda) porque le faltan los siguientes requisitos: Falta “una ley conocida, fija, promulgada, recibida y autorizada por común consentimiento como patrón de y mal y medida común para resolver cualesquiera controversia que entre ellos se produjeran”.

Falta “un juez conocido e imparcial, con autoridad para determinar todas las diferencias según la ley establecida”. Falta el ejecutor “el poder que sustenta y asista la sentencia, si ella fuera recta, y le dé oportuna ejecución”.

Esas faltas se remedían en la sociedad civil: los hombres ceden su derecho a preservarse y a castigar a los infractores de la ley natural.

No cabe duda de la modernidad del pensamiento de Locke: la preservación de la propiedad sin obligaciones es el fin fundamental del gobierno civil: estamos muy lejos del cuerpo místico medioeval, y muy cerca de la crítica marxista. Se han resuelto unos problemas ya planteados; se han creado otros, que en el tiempo, estallarán violentos: No es un reproche: es una observación.

Si sabemos lo que falta al *Estado de Naturaleza* y lo que significa al gobierno civil, es fácil concluir en el estudio que Locke hace de los poderes de la República.

Existe un primer poder fundamental: el Poder Legislativo, al que “incumbe dirigir el empleo de la fuerza de la república para la preservación de ella y de sus miembros”. “El fin supremo de los hombres, al entrar en sociedad, es el goce de sus propiedades en seguridad y paz y el sumo instrumento y medio para ello, son las leyes en tal sociedad establecidas, por lo cual la primera y fundamental entre las leyes políticas de todas las comunidades políticas es el establecimiento del poder legislativo, de acuerdo con la primera y fundamental ley de la naturaleza

que, aun al poder legislativo debe gobernar: la preservación de la sociedad y, hasta el extremo límite compatible con el bien político, de toda persona en ella". En este pasaje transcrito nos parece que se encierra todo el pensamiento político de Locke.

La ley natural fundamental es la conservación. Los hombres pactan y entran en sociedad, y la sociedad instruye el gobierno. Esta idea no es tan clara en Locke, como lo es en Hobbes. Pero parece desprenderse del párrafo transcrito: primero existe la comunidad, y después se instruye el poder de legislar. El poder legislativo constituye para Locke, el "sumo poder" de la comunidad política, y permanece inalterado en las manos en que la comunidad política lo pone.

Pero aun siendo el legislativo un "sumo poder", no es, ni absoluto, ni arbitrario: está limitado por la ley fundamental: conservación de vida y haciendas. Locke afirma que nadie puede transmitir a otro más poder del que por sí tiene: como nadie tiene el derecho de destruir a otros o de destruirse a sí mismo, la sociedad tampoco puede tener esa facultad.

Está limitado el poder por el bien público: "poder es, más fin, que la preservación, sin que jamás pueda asistirle el derecho de destruir, esclavizar o deliberadamente empobrecer a sus súbditos".

El poder legislativo, supremo, no puede gobernar por decretos arbitrarios ni improvisados, pues deberá actuar justamente, decidiendo sobre los derechos de los súbditos "mediante leyes fijas y promulgadas, y jueces autorizados y conocidos".

Si ello no fuera así, el gobierno civil sería peor que el *Estado de Naturaleza*. Adviértase como el poder legislativo, en Locke, absorbe al poder judicial, sin duda por la peculiar organización inglesa, en la que uno y otro poder se implicaban.

Además, el poder legislativo "no puede quitar a hombre alguno parte alguna de su propiedad, sin su consentimiento". Sería tonto, dice Locke, que los hombres, por librarse de la arbitrariedad de un poder absoluto. Finalmente, el poder legislativo no se debe transferir a otras manos, porque en el poder constituido, delegó el pueblo su facultad. Resumiendo, los límites del poder legislativo, que es el supremo, son cuatro:

1. Gobernar por leyes sancionadas, promulgadas y generales.

2. Las leyes se dictan por el bien común.
3. No se puede limitar la propiedad sin el consentimiento de los propietarios, dado por sí, o por sus diputados.
4. Es un poder intransferible.

Por la propia naturaleza de su función, el poder legislativo no es menester que sea ininterrumpido: la necesidad de hacer leyes no es permanente. En las repúblicas bien ordenadas, los hombres que hacen las leyes, “una vez acordadas, de nuevo se separan, y sujetos quedan a las leyes que hicieron ellos mismos”.

Existe otro poder: el Ejecutivo “un poder ininterrumpido que atiende a la ejecución de las leyes en vigencia y está fuerza permanente”. Habitualmente está separada del legislativo.

Además, Locke se declara por otro poder “que puede llamarse Federativo”...; “mientras la esencia sea comprendida, me será indiferente el nombre”.

El poder federativo contiene la facultad de paz y guerra, tomando en cuenta que, una vez que se forme la sociedad civil, está destinada a relacionarse con otras equivalentes. La sociedad civil “es un cuerpo en *Estado de Naturaleza* con respecto a los demás estados o personas no pertenecientes a ella”.

Para atender tales relaciones, se forma el poder federativo, frecuentemente unido al ejecutivo.

En el problema de la división de poderes, se advierte el carácter circunstancial y reflejo de la teoría de Locke: son su tiempo, y sus circunstancias políticas las que imponen cualidades, que él dogmáticamente universaliza, sin profundizar en los conceptos. Tales son los poderes para él: Legislativo, que es el supremo, Ejecutivo y Federativo. Se olvidó del judicial, que tenemos que suponer implícito, porque habla de la facultad de juzgar, sin que la localice en un poder autónomo, pues está incluido entre las funciones del legislativo.

El estudio que Locke hace de la división de poderes no es propiamente funcional. No se refiere tanto a la función: cuanto a la seguridad de que se garantice el fin del gobierno civil: el respeto a los derechos naturales.

Característica ésta de la gestión moderna de la división de poderes, distinta de la concepción aristotélica de la división de funciones. Esta intención se advierte clarísima en Locke, cuando habla de la “Subordinación de los Poderes de la

República”: No hay más poder supremo que el Legislativo el cual está representado el pueblo, en éste permanece siempre el poder de alterar o modificar al propio poder Legislativo, de acuerdo con que cumpla o no con el fin social. “... a la comunidad asiste el supremo poder en todo tiempo...”

La soberanía popular ha tomado cuerpo de doctrina. Quisiéramos concluir el análisis del pensamiento de Locke con su teoría “las formas de una República”: cuando la mayoría goza de todo el poder de la comunidad”, y por ende puede emplearlo en hacer leyes y disponer que funcionarios designados las ejecuten, estamos en presencia de la “perfecta democracia”.

Si se transfiere el poder de hacer leyes “a manos de unos pocos varones escogidos y sus herederos o sucesores”, se tratará de una oligarquía. Si se transfiere el poder a monos de un solo hombre, monarquía, en la que pueden observarse varios tipos: si el poder se transfiere a un hombre y a sus herederos, monarquía hereditaria; si se transfiere sólo al individuo, con carácter vitalicio, será monarquía colectiva. Y así sucesivamente.

Esto es: la forma de gobierno “depende del emplazamiento del poder supremo, que es el legislativo (pues es imposible que un poder inferior pueda prescribir a uno que es soberano, o que ninguno, sino el supremo, haga las leyes”).

Sin agotar el ideario político de Locke (el mismo no pretende otra cosa que un Ensayo) queda de manifiesto su peculiar significado en la gestión del estado moderno: Es, plenamente, un autor moderno que descubre y refleja un fenómeno, también plenamente moderno. No tiene, lo repetimos, el rigor lógico, racional, de Hobbes.

No es profundo pero es dogmático: ha recogido, reflejado y justificado la acción política de Inglaterra en un momento de extraordinaria oportunidad, cuando, propiamente, cristaliza el primer estado moderno que en occidente institucionaliza todas sus funciones típicas:

Sobre una nacionalidad definida, se ha estructurado una organización política que reconoce el asiento de la Soberanía en el pueblo, integrado por hombres que tienen, por sí, derechos naturales a la vida, a la libertad y a la propiedad, y cuyo consentimiento ha determinado un “estado de derecho”, que se expresa y garantiza en un gobierno mixto, de poderes divididos, con preeminencia del Legislativo en que el propio pueblo está políticamente representado, y que

extiende su jurisdicción sobre un territorio definido. Soberanía, Derechos individuales, Representación política, División de Poderes, “estado de derecho”.

Ya es, ese, el Estado Moderno; todavía no típico, porque es inglés y los ingleses nunca universalizan sistemas: se necesitó del genio francés y de su Revolución, para que el sistema trascendiera y se hiciera típico. Pero ahí está el Estado Moderno, totalmente distinto de los cuerpos místicos medioevales, totalmente distinto de las organizaciones antiguas.

Es una estructura hecha por la nación y por la razón, radicalmente individualista, egoísta, centralizada y poderosa, con todas sus virtudes y con todos sus vicios; solución a muchos problemas; origen de otros más.

La historia no se detiene: la vida es continua corriente caudalosa: soluciones van a convertirse en problemas; la clase fermento, la burguesía, ya tiene poder y derechos. Ya el sistema político le permite asociarse egoístamente, para gozar, en forma libre, de sus derechos, derechos sin obligaciones correlativas. Pasará el tiempo, y aparecerá otra clase social nueva, para la cual “libertad y propiedad” resultarán fórmulas vacías, que no protegen ni jurídica ni políticamente el derecho único que tiene: el trabajador. Y esa clase social, hará entrar en crisis al estado moderno en un proceso de importancia apasionante, como lo veremos.

Pero, antes, es indispensable seguir las ondas de la Historia: si Inglaterra recibió del Continente europeo la influencia monárquica con la tradición jurídica y política que implica, de Inglaterra, tomada como ejemplo, no como prédica humana, regresará al Continente su experiencia política ya institucionalizada y funcional, así como la teoría contractualista de raíz individual, que van a dar la tónica del Siglo XVIII, el Siglo de las Luces, profundamente francés. El siglo de la Enciclopedia. Siglo que concluirá con las otras dos Grandes Revoluciones Políticas Occidentales de fermento burgués: la Norteamericana, y la Francesa en el fondo circunstancial, peculiar, de una y otra, aparecerá un cuerpo de doctrina contractualista que se ha gestado en la forma que venimos estudiando, y que se universaliza gracias a los teóricos franceses de iluminismo, cuyo estudio iniciamos a continuación.

II.4.2. La Revolución Francesa

Si algún movimiento social impresionó a occidente, fue sin duda la llamada “Gran Revolución”, por los antecedentes, por la concurrencia de sus fuerzas dramáticas, por el desarrollo, por la complejidad, y el desenlace que tuvo. Poco se puede decir de la Revolución Francesa que no conozca un hombre medianamente culto, desde

los primeros estudios. A pesar de ello, y de acuerdo con el método de tipicidad que estamos siguiendo, debemos resumir antecedentes, desarrollo y consecuencias, en conexión con lo que hasta aquí llevamos dicho:

Francia salió del Medioevo como el resto de Europa Medieval, según ya lo hemos dicho insistentemente: con una clara conciencia de su unidad nacional. Se cumplió el cuadro típico: la primera expresión del Estado Nación, fue la monarquía Absoluta: la fuerza política de la Nación, expresada en la nueva clase social, la burguesía, se concentró en torno del Rey, sobre el señor feudal y aun de la Iglesia. Esta concentración de fuerza era indispensable para afrontar las necesidades del tiempo nuevo.

A partir de Enrique IV, rey de origen hugonote, aunque converso, la burocratización de la administración pública se desarrolló en forma sin precedente, como síntoma de la centralización del poder y de la actitud del complejo de ideas que constituyen lo que, en materia económica, se conoce con el nombre de “mercantilismo”. Es el mercantilismo la primera consecuencia económica del nacionalismo que aparece egoísta y centralizador; es la nacionalización de la economía:

El descubrimiento de América, la afluencia de metales preciosos a que se atribuía el período español del Siglo XVI, dieron lugar a una serie de actitudes económicas que descansaban sobre una concepción elemental, la de que la base y fuente de la riqueza, era la acumulación de metales “preciosos” en las arcas oficiales, contrariando la organización medieval de economía cerrada, que descansaba sobre la agricultura. La época moderna, era de expansión; era necesariamente comercial e industrial. El nacionalismo incipiente se expresa, precisamente, en el comercio, cuya protección requiere la seguridad de un poder central y de un ejército nacional, a cuyos gastos debe contribuir toda la nación.

Así la agricultura, pasa a segundo término y el comercio se organiza sobre la base de que la balanza se incline a favor exclusivo de una nación, sin buscar, ni el equilibrio, ni el beneficio recíproco. Fue, necesariamente, época de tirantez y de guerras motivadas por las fuerzas nuevas que entran en juego: fuerzas religiosas, económicas, sociales, entre otras.

La consecuencia en la economía fue la de un riguroso intervencionismo de Estado, expresado en la protección de monopolios, privilegios, impuestos, gabelas y de toda suerte de procedimientos para obligar el ingreso de metales “preciosos”

en las arcas públicas. El nuevo tiempo ha ligado la economía y la política en forma clara y definitiva, liga que se irá fortaleciendo cada vez más.

En Francia el cuadro típico se cumplió rigurosamente: El absolutismo regio, sustentado en el derecho divino de los reyes, se expresó económicamente en el mercantilismo, con todas sus manifestaciones de control estatal. El cuadro llegó a su máxima expresión bajo el largo reinado de Luis XIV, el “Rey Sol”. La intervención estatal en materia económica, alcanzó los más extremos rigores bajo la dirección de Colbert y el control de una burocracia numerosa. También la intervención del estado en todos los órdenes, la centralización del poder, llegó a límites extremos, si bien adornada por el brillo de la gran corte y el prestigio excepcional del gran rey.

Pero lo que fue solución, devino problema, como mucho hemos hecho resaltar: el absolutismo pesaba sobre la clase productora, sobre la burguesía, cada vez más poderosa, única que contribuía a los gastos del estado, pues ni el clero, ni la nobleza, pagaban impuestos, a pesar de que eran titulares de las grandes propiedades.

Muerto Luis XIV, desapareció el prestigio personal de su régimen, ya debilitado en sus últimos años. La disipación de la regencia y la debilidad e inconsciencia del régimen de Luis XV, consumaron la obra. La estratificación de la sociedad francesa entró en crisis cada vez más aguda: los únicos contribuyentes, no recibían beneficio alguno de la gigantesca burocracia que esquilmba y oprimía la libertad de relaciones indispensables para el nuevo género de vida.

Fue la época de las críticas destructivas contra el antiguo régimen que encuentran expresión en los miembros de la Enciclopedia. Ya hablamos de Montesquieu y de Rousseau. Los nombres pueden multiplicarse, y se encuentran en todas las actividades: ciencia, arte, teatro, novela, recepciones sociales, administración. Sin embargo, de todos los nombres que se pudieran citar, es el de Voltaire el que mejor representa el espíritu crítico y destructor del viejo régimen. Fue un celebrado hombre de su época, de una actividad constante que alcanzaba muchos y diversos órdenes.

Viejo admirador de las instituciones británicas, devoto de la libertad civil, crítico de los órdenes anquilosados, introdujo en Francia muchos estímulos políticos que se expresaron en la revolución a través de la clase media. Ya dijimos cómo lo que en Inglaterra fue acción y devino teoría, en Francia recorres camino inverso: primero, es la teoría racional, y después, la acción que provoca.

No podemos, ni debemos buscar en Voltaire ningún sistema político, pues no lo tuvo, ni lo elaboró en el sentido técnico de las palabras. Era un reformador social que pudo darse cuenta de errores fundamentales de la sociedad de su tiempo, y que los criticó sin piedad, aunque sin entregarse, de ninguna manera, a los excesos románticos de Rousseau, pues, contra el sentimiento de éste, Voltaire despreciaba al pueblo, a quien llamaba la “canalla”.

No creía en la posibilidad de la igualdad, ni en la función de sistemas metafísicos; pero quería un Estado de Derecho; atacaba al absolutismo; combatía a la Iglesia; luchaba por la libertad civil; preparaba, más que otra cosa, un ambiente propio para la Revolución de la clase a la que pertenecía: el burgués propietario, que ya quería comerciar con el dinero, lejos de las restricciones de la patrística medieval, en la que despreciaba, y sin las trabas del Absolutismo abusivo e insostenible que lo reprimía y controlaba.

El clima, el ambiente que hemos descrito, preparó durante años, la fatalidad del movimiento revolucionario que se veía venir. Los sucesos son de todos conocidos: la convocatoria a los Estados Generales para conjurar la crisis; la toma de la Bastilla el 14 de julio de 1789; la era del terror, el directorio, los excesos, y el advenimiento fatal del régimen autocrático de Napoleón. La violencia de la Revolución, revela toda la pasión comprimida por el antiguo régimen. El detalle histórico no cabe dentro de esta obra. Nos corresponde, tan sólo, destacar el aporte típico a la gestación del Estado Moderno.

Para ilustrarlo, nos detendremos en dos momentos: “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” con la teoría del Poder Constituyente, formulada por el abate Siéyès, y la conversión de la Revolución en la obra napoleónica, a virtud del juego pleno de la Voluntad General roussoniana, con la que se restauraron la ley, el orden, y, sobre todo, se elaboró el Código Civil.

Los revolucionarios franceses, en el primer momento de triunfo, sintieron, como los norteamericanos, la misma necesidad de expresar en forma escrita y de una vez por todas, los derechos que consideraban innatos al hombre por el hecho de serlo, así como los procedimientos para garantizarlos: en unos cuantos años, el Siglo XVIII cristalizaba dos Constituciones Políticas, fundamentales, fruto de la época de la razón.

Por eso, aunque las condiciones son distintas, tanto la Constitución Norteamericana, como la Declaración Francesa coinciden en inspiración; es la

misma tradición política que hemos visto fincarse en Occidente. Tradición e inspiración en la Asamblea Nacional expresa en la siguiente forma:

“Los representantes del pueblo francés constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de desgracias públicas y la corrupción del Gobierno, han resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales inalienables y sagrados del hombre, a fin de que, pudiendo comparar en todo momento los actos del poder legislativo y del ejecutivo con el fin de toda institución política, sean más respetados, y a efecto de que, estando fundadas de ahora en adelante las reclamaciones de los ciudadanos en principio simples e indiscutibles, resulten siempre en el mantenimiento de la Constitución y en la felicidad de todos”...

“En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia y bajos los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano:

“I.- Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales, sólo pueden fundarse en la utilidad común...”

“II.- El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y resistencia a la opresión..

“III.- El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni individuo puede ejercer ninguna especie de autoridad que no emane expresamente de ella”.¹⁴

Con ello se establecen los principios típicos del Estado Moderno en forma constitucional y sistemática. La influencia de todos los antecedentes que llevamos vistos salta a la vista: la Revolución Inglesa, Locke, La Revolución Francesa, Montesquieu, Rousseau; la frase de éste último sobre la “voluntad general”, en la cual se afirma en forma expresa, en el artículo VI:

“La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir, personalmente, o por medio de sus representantes, a su formación”¹⁵.

¹⁴ Declaración Universal de los Derechos del hombre y del ciudadano.

Es claro que el sistema francés, como el norteamericano, tiene caracteres individuales, circunstanciales; pero uno y otro están ya reflejado, el tipo de Estado Moderno que se empezó a gestar desde el Siglo XV. Y que en el XIX se va a universalizar, precisamente cuando cobran conciencia las fuerzas que lo hacen entrar en crisis.

Antes de estudiar la trascendencia de la Revolución Francesa en el resto de Europa por la fuerza de Napoleón y su gran ejército, para llenar el cuadro teórico, es conveniente sintetizar las ideas del abate Siéyes¹⁶, llamando, no sin razón el gran teórico de la burguesía francesa, hombre clave de su tiempo.

Siéyes, en 1788, inmediatamente antes de que estallara la Revolución, apareció un pequeño folleto escrito por Siéyes bajo el título *¿Qué es el Tercer Estado?* La oportunidad del título es importantísima: Para conjurar la crisis irremediable, Luis XVI convocó a los olvidados Estados Generales, vieja estratificación medieval en la que se representaban los cuerpos sociales de la aristocracia, el clero, y la gente llana, la gente común para consultar sobre determinaciones que a todos importaban y que el absolutismo francés había prácticamente anulado.

Siéyes asiste, entre los representantes del Tercer Estado, es decir del Estado llano, de la gente común, que no pertenece ni al clero, ni a la aristocracia, estado a la sazón integrado prácticamente por la burguesía. De ahí la importancia del título de su folleto. Que plantea las siguientes preguntas y respuestas: “¿Qué es tercer estado? Todo”. “¿Qué ha sido políticamente? Nada”. “¿Qué pide? Ser algo”.

Las preguntas están revelando la intención: Fortalecer la conciencia de clase en un momento crítico. Toda la obra resume la teoría política de la burguesía en los momentos en que necesita liberarse de la vieja organización absolutista, y, para lograrlo, expone en forma clarísima, su idea del poder constituyente.

¹⁵ Rousseau, en el *contrato social*, manifiesta otra manera de paliar la degeneración a la que nos vemos abocados en el estado social, degeneración que resume en su célebre frase “el hombre nace libre, pero en todas partes se encuentra encadenado”, las injusticias sociales y la fractura de “clase” pueden mitigarse no sólo a través de la educación, sino transformando el orden social endógenamente, es decir: desde el interior de la sociedad misma, y sin violencia.

¹⁶ SIEYES, en el “Tercer Estado”, el autor habla de la diferencia y enfrentamientos entre las clases privilegiadas con las no privilegiadas, añadiendo a los Estados de clero y nobleza un tercer estado que sería la plebe, en el texto se habla de la nación como medio para resolver esta lucha de clases.

Profundamente individualista, sugiere que las votaciones que decidan los acuerdos de los estados Generales, no se cuenten por cuerpos políticos, sino por el número de representantes individuales. Cuestión que fue una de las que determinaron la necesidad que el Tercer Estado, el Llano, sesionaría por separado, con lo que se precipitó el estallido de la Revolución.

La argumentación fundamental de la obra, de fuerte raíz roussoniana, tiende a demostrar la fuerza y la importancia del Tercer Estado, al cual identifica con los intereses importantes y básicos de la Nación, en razón del número de sus integrantes y de su utilidad.

Distingue Siéyes dos tipos de trabajo: el administrativo de función pública, y el productivo. El primero está en manos de la aristocracia, de la milicia y del clero. El segundo, el trabajo productivo, es desarrollado por miembros del Estado Llano, por agricultores, pequeños propietarios, artesanos, comerciantes, profesionistas, etc., que forman la riqueza humana fundamental de Francia, y que, a pesar de ello, no participan en la administración de su gobierno, lo que resulta evidentemente injusto o inequitativo.

De ello se desprende la consecuencia: en el Gobierno, la administración es un órgano de dominación de la aristocracia y del clero sobre el Tercer Estado. Así, resulta claro que éste tenga el derecho de adueñarse del poder atacando los privilegios, ya insostenibles, de la aristocracia, del clero y del absolutismo. Para justificar doctrinariamente su postura de rebeldía, se funda en el pensamiento de Juan Jacobo Rousseau: “El Estado sólo se explica en razón de la Voluntad General”.

Ello significa algo fundamental: El Estado se funda en el consentimiento, en la convención: no hay, en consecuencia, ninguna forma jurídica o política que, por sí, obligue de modo rígido definitivo, o invariable; la voluntad general, expresión soberana del pueblo, en cualquier momento, puede perfectamente cambiar la ley fundamental mediante el acuerdo respectivo. Esa Ley fundamental obliga en cambio, al Gobierno, porque es la que lo determina y configura.

Sin embargo, se aparta de Juan Jacobo cuando admite la posibilidad de que el pueblo soberano actúe por delegación de funciones en representantes debidamente electos. Esta posibilidad es, en cierta etapa del desarrollo social, una necesidad, por el momento histórico que se vivía en Francia. En efecto, la organización política histórica y lógicamente se expresa en tres etapas. En la

primera, los individuos viven en Estado de Naturaleza, antes de realizar el Contrato Social, expresando, tan sólo su voluntad individual.

La segunda etapa, divide cuando los individuos realizan el Pacto Social, y, por su corto número, pueden actualizar directa y permanentemente la Voluntad General. La tercera, es la consecuencia del gran crecimiento de las sociedades, cuando es en absoluto imposible que los individuos, directamente, actualicen la voluntad general, por lo que surge la necesidad de la representación política. Precisamente en esta última etapa de representación, existe la posibilidad de integrar un Poder Constituyente que, en representación del pueblo, y en ejercicio de su Soberanía, realice, por un pacto, una Constitución en la que se modifique radicalmente el antiguo régimen, se derogue la Ley que había creado el Gobierno, y se integre otro, mediante una Ley Fundamental diversa.

Así justifica que el viejo orden de cosas, el gobierno tradicional, deba ceder ante la expresión soberana del Poder Constituyente, cuya amplísima libertad sólo reconoce por límites los naturales de la Voluntad General: los derechos individuales cuya expresión deben constar en una carta escrita.

Es claro que, ya para entonces, los Norteamericanos habían puesto en práctica la idea del poder constituyente, de una asamblea de representantes que se ocupara de fijar las bases de la convivencia política. Pero, como siempre ocurrió en el Siglo XVIII, los franceses expresan la idea de un tono universal, racionalmente y con molde previo de la acción. Por ello la obra de Siéyes sobre esa particular ha quedado como clásica.

Si Siéyes ha encontrado que el viejo régimen era un órgano de dominación sobre la burguesía unas cuantas décadas después Marx observará que el Estado es un órgano de dominación de la burguesía sobre el proletariado: el péndulo político ha recorrido el camino en términos cada vez más cortos: El Siglo XIX va a precipitar los sucesos en forma cada vez más acelerada.

Como coronación de los sucesos y de las teorías que han hecho aparecer al Estado Moderno, debemos destacar la influencia napoleónica que llegó hasta la formación del Código civil, de enorme trascendencia en el mundo occidental, especialmente en el de origen latino.

La presión a que estalló la Revolución Francesa fue brutal, y hubo momentos verdaderamente caóticos. El desorden y la inseguridad eran, en sí, un mal. Surgió entonces esa personalidad extraordinario: Napoleón. Era el individuo. Un

individuo. Un individuo que mostró lo que uno podía. Fue la encarnación del tiempo. “He visto al Espíritu Absoluto a Caballo”, se cuenta que comentó Hegel cuando vio al Corso en la Plaza Pública. No es extraño, entonces, que el pueblo de Francia se le entregara y le diera todo su poder: La Voluntad General se actualizó en Napoleón, en torno suyo se organizó el Gran Ejército que paseó sus banderas por toda Europa y que en muchas partes fue recibido como libertador del absolutismo, de las opresiones y de los regímenes caducos. Las teorías políticas modernas se extendieron así por occidente. Pero también en Napoleón se cumplió el ciclo degenerativo tan bien conocido por Aristóteles.

Grande fue la influencia de Napoleón. Pero sin duda una de las más significativas, fue su iniciativa de formar un Código Civil en el cual se centralizaran las legislaciones desordenadas, resabio de los localismos medioevales, y en el que se expresaran en derecho positivo y cotidiano, los principios que habían hecho la revolución, la gran revolución. Sólo el empuje y la tenacidad napoleónica hicieron posible la elaboración de este Código.

En él se recogió la experiencia jurídica de Occidente durante milenios. Pero, en forma especial, se organizaron y protegieron los derechos por los que había luchado la nueva clase social: vida, libertad, propiedad.

El individualismo, ya francamente liberal, rompió definitivamente con la tradición patristica medieval que limitaba el derecho de propiedad a su función social. La propiedad a su función social. La propiedad particular, privada, se consagró como un derecho inalienable, sin obligaciones correlativas, y su protección y comercio constituyeron la parte medular del Código. He aquí algunos juicios de la generación que elaboró el Código:

Louvet: “Su objeto grande y principal es regular los principios y derechos de propiedad.”¹⁷

Jarbet: “En cada página del Código se despliega respeto por la propiedad”.

Lahary: “Su máxima más preciosa es la consagra el derecho de propiedad, todo lo demás no es sino una consecuencia lógica de este hecho”.

Faure: “...es, en una palabra, la garantía de la propiedad.”

¹⁷ Citados por H. J. Lasky. *El Liberalismo Europeo*.

De acuerdo con la terminología del tiempo, quienes elaboraron el Código pretendían que constituía la “moralidad universal”. Napoleón dijo en Santa Elena: “Nada lo puede borrar”.

Pero la Historia no se detuvo. En 1789, el caballero Moret escribió: “Estamos equivocados al pensar que el Tercer Estado es una sola clase; está compuesta de dos clases, de intereses diferentes y aun opuestos”.

La burguesía había conquistado sus derechos teóricamente expresados en el liberalismo, versión burguesa del Individualismo Occidental. El Estado Moderno había cristalizado típicamente, y se universalizaba. El gobierno, como veremos, había sido reducido a función de gendarme, dentro del sistema de “laissez faire”¹⁸.

Pero debajo de todo ello, empezaba a nacer, nacía, una clase social para la cual no estaba calculado el orden liberal. Y no estaba calculado, porque esa clase social no había existido antes con ese carácter: sus intereses estaban asimilados a otras clases; subsumidos en los gremios, con los talleres familiares, etc.; pero que hizo acto de presencia con el industrialismo desde fines del Siglo XVIII, y que se convirtió en problema fundamental en el XIX, precisamente cuando Occidente creía que había llegado a la edad feliz en todo se reducía ya, simplemente, a continuar por la senda del orden y del progreso racionales.

En suma: cuando el Estado Moderno se logra a plenitud y la burguesía liberal cristaliza sus derechos y expresa su teoría más característica, la de “laissez faire”, precisamente entonces, el sistema entra en crisis dentro de la cual todavía vivimos.

II.4.3. La Revolución norteamericana¹⁹

Es durante el Siglo XVIII que surgen las bases teóricas que dan origen a Norteamérica. Nació y se desarrolló sobre la base del contrato social: consentimiento y opinión la explican y la justifican. Sobre el Estado de Naturaleza,

¹⁸ “Dejar hacer, dejar pasar”, frase celebre del liberalismo es un corriente de pensamiento filosófico, social, económico y de acción política, que promueve las libertades civiles, y el máximo límite al poder coactivo de los gobiernos sobre las personas. Se considera a Adam Smith como uno de los primeros pensadores liberales, con su obra “La riqueza de las naciones”, luego de él, David Hume y los economistas clásicos como David Ricardo y John Locke continuaron esta línea de pensamiento.

¹⁹ Al referimos en esta obra a Norteamérica, lo estamos haciendo al país que hoy conocemos como los Estado Unidos de América, así también, considerar la influencia que este modelo ha ejercido en el desarrollo de los paradigmas constitucionales contemporáneos.

en la “América” de Locke, podían los hombres libres, iguales organizarse como pueblo para proteger sus derechos naturales y multiplicar sus fuerzas sin perder libertad; llegar al gobierno por medio de la voluntad general y soberana, y constituir un Estado Moderno, talvez el más típico de éstos: los Estados Unidos de Norteamérica.

La importancia política de la Revolución Norteamericana fue enorme: como consecuencia y como estímulo: resultado de la experiencia política acumulada en la Historia de Occidente y expresada en el Jusnaturalismo; estímulo para muchos movimientos equivalentes: desde la Revolución Francesa y, a través de ella, hasta las guerras de independencia de Latinoamérica.

Fue precisamente, el Estado Norteamericano, el primer Estado Moderno pleno, que nació del Contrato social, del consentimiento de la opinión. Podrán argumentar que el pacto es sólo hipótesis no comprobada por la historia; pero la historia del Siglo XVIII da a luz un Estado de Derecho, contractual, muy parecido al teorizado por Locke o por Rousseau: el primero y el más típico de los Estados Modernos: el primero del cual la historia de occidente pueda dar cuenta. La importancia típica de la Constitución Norteamericana es fundamental.

Esta Constitución es producto de la Revolución Norteamericana, que al mismo tiempo que Guerra de Independencia, postuló los principios, que, un siglo antes, se habían expresado en la revolución burguesa de Inglaterra; pero con tales matices, que merece estudio especial, tanto en sus antecedentes, como en cuanto a sus resultados.

Ocurrió en el Siglo XVIII, el “Siglo de la Razón Liberada”: la sociedad puede organizarse mediante un sistema racional, controlable por la mente humana, que puede adueñarse de toda la naturaleza, incluso de la propia.

Los antecedentes son fundamentales: Inglaterra era el molde desde el Siglo XVII; los europeos continentales de vanguardia, viajaban a Inglaterra para admirar sus instituciones: era la nación libre, con sus instituciones representativas, con su parlamento tradicional y revolucionario, con su prensa prestigiada e independiente. Pero había súbditos ingleses para los cuales la realidad había sido otra; sufrían opresiones; la habían sufrido desde el Siglo XVII; la seguían sufriendo bajo lo que, para ellos, no era sino una oligarquía de propietarios enriquecidos e intolerantes, que se reputaban los representantes del pueblo: toda moneda tiene dos caras.

Primero fue la brutalidad del absolutismo y las revoluciones; después la intolerancia de la revolución triunfante. El protestantismo se había subdividido en sectas, cada una de las cuales se creía la verdadera comunidad de santos: puritanos, calvinistas, cuáqueros, anabaptistas, etc., que en Inglaterra sufrían la presión de la iglesia nacional, la anglicana. Por otro lado, la isla estaba ya saturada económicamente. Estas circunstancias se conjugaron con la posibilidad migratoria hacia el territorio de "Norteamérica". Los que no estaban conformes, podían irse. No era necesario luchar, bastaba emigrar.

Prácticamente todos los hacían mediante contrato: ya entre sí, como los peregrinos del Mayflower, que convinieron desde un principio en la designación de jefes y el reconocimiento de instituciones; también con compañías particulares que fomentaban la colonización, como empresas mercantiles que reorganizaban para llevar trabajadores blancos a las nuevas tierras, contratados bajo condiciones casi de servidumbre; pero con cláusula de resolución que, con el tiempo, les permitiría convertirse en propietarios.

De este modo se estableció una corriente migratoria creciente y poderosa, que venía en destierro al Nuevo Mundo en busca de un destino religioso y económico que sus componentes no encontraban en la isla. Emigraron a Norteamérica fundamentalmente miembros de la pequeña burguesía, campesinos, comerciantes, artesanos, profesionistas, traficantes, herreros, mecánicos carpinteros de ribera, soldados aventureros, pobres liberados de prisión para redimir sus deudas civiles, católicos miembros de la baja nobleza que huían de la intolerancia religiosa y de las malas condiciones económicas.

Así se fueron fundando las trece colonias originales a lo largo de la costa atlántica.

Es conveniente destacar que todas las colonias tenían el mismo origen, aunque, entre sí, eran completamente independientes y estaban separadas por grandes extensiones desiertas. La gran masa de colonos pertenecía, además, a un mismo tipo de cultura, prácticamente a la misma raza y casi del mismo origen: gente de trabajo, artesanos, pequeños y burgueses que habían venido para adorar a su Dios libremente y para trabajar libremente en un territorio de enormes posibilidades.

Así se inició una extraordinaria experiencia europea: el transplante, a un territorio privilegiado, de una gran masa de hombres pertenecientes a una clase social nueva, todavía no acomodada en Europa, la pequeña burguesía, quizá la más preparada para hacer frente a los problemas que se iban a presentar en el nuevo

territorio; gente de la Época de la Razón con experiencia acumulada durante siglos; que tenía la maravillosa posibilidad de ensayar sus propias soluciones en un territorio virgen y extraordinario.

Naturalmente, la nueva sociedad se jerarquizó, estaba suprimida, sin embargo, la clase alta, la aristocracia feudal inglesa que no tenía por qué venir al Nuevo Mundo: sus privilegios y tradiciones se arraigaban y justificaban en el pasado, en la Corte y en el Parlamento. Aun los “gentlemen farmers” del Sur, que produjeron la casta de los planteadores, con sus prejuicios aristocráticos que los hacían llamar “white trash”, *basura blanca* a los blancos no aristócratas disonaban en el ambiente. La jerarquización tenía sólo una justificación económica: la riqueza del comerciante o del terrateniente, lo hacía ocupar el primer puesto en razón de su poder económico. Venían después los pequeños labradores y comerciantes, los artesanos, los siervos contratados por las compañías y los esclavos negros.

El gobierno estaba, fundamentalmente, en manos de los propietarios, que, especialmente, en el sur aristocrático que reconocían la tradición británica. Paulatinamente, la Corona fue extendiendo sus instituciones, imponiendo con el disfraz de Gobierno, o más bien, de Administración, autoridades locales, y desplazando a las compañías y a los particulares, que por instintivo egoísmo huían de la tiranía y del absolutismo, estableciendo un régimen de franco coloniaje, al principio, admitido por costumbre y disciplina social, y después, a virtud de los crecientes intereses locales, totalmente odiado y en absoluto carente de justificación.

Todo ello se organizaba sobre un territorio excepcional, de posibilidades ilimitadas, de grandes llanuras propias para la agricultura, regada por los sistemas pluviales más ricos del mundo, con minas de hierro y de carbón en sitios convenientemente localizados, con gran variedad de climas y de producciones, en condiciones y posibilidades conocidas por los europeos, pero multiplicadas en potencialidad, que pronto serían apreciadas por los hombres mejor preparados para explotarla, que eran los radicados en el país. La frontera estaba siempre abierta al pionero, al hombre emprendedor que quisiera conquistar con su esfuerzo el derecho a la propiedad; no tenía que obtenerla de nadie: ante sus ojos, bajo sus pies, estaba la tierra, y ésta no tenía dueño.

Los indígenas no eran, prácticamente, mayor problema: unas cuentas tribus, relativamente poco numerosas, nómadas, que vivían fundamentalmente, de la caza del búfalo, en las llanuras, de la salvajina, en las regiones montañosas u onduladas; sin habitados permanentes; sin centros de población; sin conciencia de

su realidad política, que casi nunca significaron real peligro colectivo y que, cuando lo significaron, fue por el estímulo de los propios europeos rivales, de los franceses, que trasladando a Norteamérica las cuestiones que tenían contra Inglaterra, quisieron valerse de los pieles rojas como de instrumento.

El movimiento migratorio norteamericano fue una auténtica colonización y no una conquista: los indios en el peor de los casos para ellos, eran desplazados, simplemente; no eran agricultores, no estaban radicados. Ningún problema moral se planteó el colono inglés frente al indio; éste era una fiera más o menos peligrosa, que habría que eliminar en la zona fronteriza para la seguridad de la colonia. Nadie se preguntó si tenía derechos.

En la zona frontera, siempre creciente, se permitió, por primera vez en la historia de occidente, una posibilidad que hasta entonces era teoría: el hombre mezclaba su trabajo con la tierra virgen, sin instituciones, ni tradiciones intermedias, en forma directa. De esta mezcla, iba a obtener su derecho de propiedad privada, individual. Las teorías del racionalista Locke se comprobaron.

Así esos hombres libres, libres hasta de las trabas que habían dejado en Europa; hombres de la Edad de la Razón, iguales en su calidad humana, en su extracción social, en su carácter de colonos, estaban en posibilidad de aportar sus derechos individuales para realizar un pacto social, para defenderse y apoyarse mutuamente, protegiéndose entre sí, protegiendo su común libertad, su vida, y su propiedad, que a todos igualaba.

En la Frontera el Pacto fue una necesidad de origen: nacía una sociedad en una tierra virgen, y nacía del Pacto: pactaron los peregrinos; pactaron los colonos; pactaron los pioneros, cada uno igual al otro.

Esta circunstancia nos enseña algo fundamental, para entender los acontecimientos: antes, mucho antes, de que en Norteamérica existiera una nacionalidad y un gobierno institucional, la posibilidad democrática era un hecho del que sólo se excluía a los indios y a los negros.

Crossman (*Biografía del Estado Moderno*), resume las diferencias que existían entre las colonias norteamericanas e Inglaterra, de la siguiente manera: Ausencia de una aristocracia feudal; Existencia de una zona fronteriza, siempre creciente; Tolerancia para cualquier secta religiosa; igualdad, propiedad y libertad para todos los colonos.

Integradas las colonias norteamericanas en número original de trece, la Corona Británica implantó una política imperial que a la postre causó descontento: control de comercio, imposición de funcionarios, establecimiento de privilegios y, sobre todo, cargas impositivas y gabelas desproporcionadas, cuyo producto se empleaba para sostener en Europa guerras, sin ningún sentido para los contribuyentes coloniales, y sin ninguna explicación, justificación, ni intervención por parte de ellos.

En estas condiciones, constituidas las colonias por la misma población de origen burgués que había combatido en Inglaterra al absolutismo, y que se había negado a pagar impuestos no sancionados por el Parlamento, destinados a un autócrata, pronto, con los mismos argumentos racionales de la Revolución Inglesa, se iban a negar a pagar los impuestos decretados sin su propia sanción, sin su intervención. La reclamación de derechos se convirtió en una guerra civil, que sólo fue de Independencia, porque la autoridad autócrata era el Gobierno Inglés, el mismo "gobierno-modelo" que tanto admiraba el mundo occidental.

Primero surgió, entre las colonias, una solidaridad antibritánica, como la califica Crossman²⁰; este fue el primer vínculo que la unió, antes, mucho antes de que existiera el vínculo nacional, que fue creado después, con la guerra como antecedente común. La nacionalidad americana es posterior al Estado, a la inversa de los que ocurrió en Europa.

La solidaridad antibritánica, convenientemente estimulada por intereses europeos contrarios a Inglaterra, especialmente franceses, desembocó en la guerra triunfante de Independencia. Más para perpetuar la unión, único medio de garantizarla, se precisó de un convenio en que los trece estados convinieron en constituir una sola unidad nacional. Esto se logró en dos etapas.

El 4 de julio de 1776, los trece estados, unidos originalmente para la guerra, hicieron una declaración unánime que ilustra, mejor que todo comentario, los antecedentes, las tendencias, las influencias y los ideales:

“Cuando en el curso de los acontecimientos humanos se hace necesario que un pueblo rompa los lazos políticos que lo han unido a otro, para ocupar entre las naciones de la tierra el puesto de independencia e igualdad a que le dan derecho

²⁰ Este sentimiento era alentado por las injusticias cometidas por la Corona Británica, entre las más significativas, se alega una injusticia tributaria-fiscal perjudicial para las trece colonias, fue uno de los detonantes (como se explica en el texto) del movimiento independentista norteamericano.

las leyes de la Naturaleza, y el Dios de esa Naturaleza, el respeto decoroso al juicio de la Humanidad existe que declare las causas que los han llevado a la separación.

“Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales; que a todos les confiere su Creador ciertos de hechos inalienables entre los cuales están la vida, la libertad, y la busca de la felicidad; que para garantizar esos derechos, los hombres instituyen gobiernos que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno tiende a destruir esos fines, el pueblo tiene el derecho de reformarla o abolirla, a instruir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en aquella forma que a su juicio garantice mejor su seguridad y su felicidad. La prudencia aconseja, en verdad, que no se cambien por motivos leves y transitorios, gobiernos largo tiempo establecidos; y en efecto, es de común conocimiento que la humanidad está más dispuesta a sufrir, mientras sean tolerables sus males, a que hacerse justicia aboliendo las prácticas a que está acostumbrada. Sin embargo, cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigida invariablemente hacia el mismo objetivo, demuestra el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, es su derecho, es su deber, derrocar ese gobierno y establecer nuevas garantías, para la futura seguridad. Tal ha sido el paciente sufrimiento de estas colonias; y tal es ahora la necesidad que las obliga a reformar su anterior sistema de gobierno. La historia del actual rey de la Gran Bretaña es una historia de repetidos agravios y usurpaciones, encaminados todos directamente hacia el establecimiento de una tiranía absoluta sobre estos estados. En prueba de esto, sometemos los hechos al juicio de un mundo imparcial”.

Nadie ni nada puede sintetizar mejor el sentido del Siglo XVIII, que este documento auténticamente político. Ni Locke, ni Montesquieu, ni Rousseau hubieran dicho mejor lo que ahí quedó dicho:

Pero la independencia no fue panacea. Muchos males persistían y otros se agravaron: la unión se imponía ante el peligro de la anarquía y el separatismo. Los trece estados, antes colonias, pactaron hacia 1781, los artículos de “Confederación”.

No obstante las limitadas facultades del Congreso de la Confederación, ni era respetado, ni sus órdenes obedecidas; las legislaturas locales actuaban separadamente, atendiendo a fines particulares, inconexos y contradictorios que

umentaban el orden y significaban la anarquía. Fue el período crítico de la historia americana.

Las condiciones económicas eran precarias: por los indispensables cambios y reajustes, el papel moneda repudiado; las deudas contraídas, negadas. La oposición de intereses particulares degeneraba en motines y atracos: la ciudad contra el campo, los acreedores contra los deudores. La independencia significaba, en suma, confusión y desaliento.

La necesidad de un cambio radical era urgente y el Congreso de la Confederación convocó a una Asamblea que debería realizarse en Filadelfia, en mayo de 1787, “con el objeto único y ex profeso de revisar los artículos de Confederación y de presentar dictamen... sobre las alteraciones y adiciones a los mismos que sean necesarias a fin de adecuar la constitución federal a las exigencias del gobierno y al mantenimiento de la unión” ²¹.

Reunida la asamblea e iniciados los tormentosos debates, se llegó al inmediato convencimiento de que la Confederación era insuficiente, destacándose, de la polémica, los siguientes reconocimientos:

“Todos los estados habían padecido innecesariamente por la falta de vigor de los artículos de la Confederación. Todos los estados tenían casi las mismas necesidades, e ideas semejantes acerca de las leyes, la libertad y el ejercicio de la soberanía popular. Ningún estado estaba seguro contra la invasión por parte de una potencia extranjera. Ningún estado era bastante fuerte para amparar su comercio exterior. Ningún estado, por sí solo, podía resolver satisfactoriamente el problema del indio norteamericano. Ningún estado por sí solo, podía mejorar la red interior de vías fluviales. Todos los estados necesitaban una buena red de carreteras entre ellos, para el comercio, para viajar y para el servicio de correos”. Cuatro meses duraron las discusiones. Los representantes de todos los estados abogaron por sus intereses particulares, hasta llegar a acuerdos generales que a todos satisficieron. Se pactó así la Constitución Norteamericana. Prácticamente, la primera escrita y, a pesar de ello, la más antigua de todas las constituciones que, actualmente, rigen a los pueblos occidentales. Todavía viva y, lo que es más importante: funcional, eficaz y respetada:

En Filadelfia, por primera vez en la historia de la humanidad occidental, un grupo de hombres integrantes de una “gran multitud”, tuvo la oportunidad de crear una

²¹ Convocatoria al Congreso de la Confederación, mayo de 1787.

organización gubernamental, sin el peso de la tradición, ni el de los problemas aborígenes: prácticamente sobre una tabla rasa, constituyéndose, por consentimiento, en pueblo organizado. Tenían derechos individuales antes de organizarse políticamente y los hacían precisamente para garantizarlos y perfeccionarlos.

La experiencia multiseccular que en política había sufrido Occidente, iba a ser aprovechada por miembros de una clase social nueva, transplantada a un territorio virgen y privilegiado.

El espíritu racional del Siglo XVIII está viviendo en la Constitución: es la experiencia inglesa interpretada por Locke, universalizada por los pensadores franceses, incendiada por Rousseau. Nada mejor, para ilustrar el sentido de la Constitución, que transcribir su preámbulo:

“Nos, el pueblo de los Estados Unidos, con el propósito de formar una Unión más perfecta, establecer la Justicia, garantizar la tranquilidad nacional, atender a la defensa común, fomentar el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y nuestra posteridad, promulgaremos y estableceremos esta Constitución para los Estados Unidos de Norteamérica”²².

Ese es, ya, en forma plena, el Estado Moderno: La soberanía se ejerce por el pueblo, en el que radica de modo original e inalienable. Por consentimiento se pacta un Estado de Derecho expresado en una constitución escrita. Se reconocen derechos individuales que corresponden al hombre en razón de su propia naturaleza. El gobierno se funda en la representación política por elección directa, mediante votos secretos, ejercido en períodos fijos. Los poderes se dividen en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Por medio del pacto y la representación, el pueblo ha adquirido personalidad jurídica.

Como modalidad específica el pacto constitucional fue necesariamente federal, en razón de que a él concurrían Estados originalmente independientes y soberanos que iban a pactar sobre ciertas materias expresas, reservándose para sí las facultades que no fueran objeto del pacto. Esta organización Federal constituye dentro del régimen norteamericano, otra modalidad a la división de poderes, además del bicameralismo legislativo federal, pues se establecen como frenos,

²² Ver HABERLE, Peter, et al, La Constitucionalización de Europa, UNAM, 2004, pp.33-34. La Constitución de los Estados Unidos de América junto con el caso alemán es uno de los ejemplos de identificación del pueblo con su texto constitucional, cada uno con sus peculiaridades, han hecho posible esa armonía.

pesos y contrapesos, divisiones de facultades entre el gobierno del centro y los gobiernos locales, modalidad no calculada por Montesquieu, autor en el que se inspiraron, fundamentalmente, los constituyentes para ese efecto, pero impuesta a éstos por la realidad de la existencia de trece estados.

Firmada la Constitución, la Convención Constituyente recomendó que fuera sometida a la ratificación directa del pueblo de cada uno de los estados, para que comenzara a regir en el caso de que se adhirieran a ella, por lo menos, nueve de los trece Estados de la Unión. Como síntoma del nuevo tiempo y sentido político de Norteamérica, se desató, de inmediato, una intensa campaña en pro y en contra de la Constitución, por medio de todas las fuentes publicitarias de que se disponía.

Para ganarse la adhesión del importante y básico estado de Nueva York, los constituyentes Hamilton, Madison y Jay, sacudieron a la opinión pública con una serie de artículos escritos para diversos periódicos, en los que comentaban la constitución, argumentando y polemizando contra el partido que se oponía a la adhesión, organizado y encabezado, nada menos que por el propio gobernador del Estado.

La recopilación de tales artículos, se conoce con el nombre de “El Federalista”, documento básico de comentario e interpretación de la Constitución Mexicana y, por ende, testimonio indispensable de la política moderna. En él se concentran todos los problemas que se plantearon a los constituyentes, con las soluciones buscadas y logradas.

La conciencia y el análisis que revela “El Federalista” es sumamente ilustrativo: los constituyentes se daban perfecta cuenta del papel histórico que estaban desempeñando, Como la propia declaración de independencia lo decía, estaban justificándose ante el “juicio de la humanidad”. Sabían la serie de fuerzas contradictorias e intereses particulares que entraban en juego: la función de la propiedad privada y la miseria en la organización política. Y procuraron, por lo menos, igualar las oportunidades con criterios generales.

El procedimiento de propaganda para lograr el consentimiento del pueblo, nos está revelando una realidad norteamericana, típica del tiempo moderno: el papel decisivo de una fuerza ya consciente: la opinión pública, y el juego de los partidos políticos. “El Federalista” es el primer síntoma sistemático y moderno de la lucha por la opinión y el convencimiento, factores decisivos en la organización

democrática moderna que puede apoyarse, como los norteamericanos, en una igualdad sociológica innegable.

Y el norteamericano de entonces captó con gran sensibilidad la importancia de la opinión. Benjamín Franklin trabajó con todo éxito para ganar la opinión francesa dando a conocer el sentido libertario del movimiento revolucionario. Sin duda, esa labor de Franklin contribuyó, no poco, a desencadenar el último eslabón que precipitó la propia Revolución Francesa, estimulada por el ejemplo norteamericano.

De este modo los Estados Unidos, consolidada la independencia, contratado el pacto federal, cristalizaron un sistema que funcionó y dio frutos: la clase trasplantada, integrada por gente igual en raza, educación, tendencias, ambiciones, ideales y prejuicios, encontró el régimen que la haría progresar y que estaba implícito en sus propios antecedentes. Los Estados Unidos, así significativamente llamados, progresaron con todas sus virtudes y con todos sus vicios: la ley fue igual para todos, los que eran iguales realmente; ellos, pudieron ser libres y aprovechar las magníficas oportunidades de su tierra.

El éxito norteamericano se atribuyó a su sistema gubernamental, que se convirtió en ejemplo para el Continente Americano y en estímulo para los europeos. A partir de entonces, el Estado Moderno, ya con todos sus elementos típicos, empieza a universalizarse sobre moldes fijados por el proceso histórico que hemos seguido en este estudio, con variantes más o menos acentuadas pero todos coincidentes con el fundamento racionalista que se expandió por el mundo occidental después de la Revolución Francesa.

III. El Estado de Derecho

III.1. El origen del concepto

La palabra latina “status”, en el derecho civil se refiere al conjunto de cualidades inherentes a la persona, tomadas en consideración por la ley civil para asignarles determinados efectos, por ejemplo: la nacionalidad, el matrimonio, la filiación, el parentesco consanguíneo o afín, el nombre, el domicilio y la capacidad. En sentido más estricto, el estado se separa de la capacidad; se compone entonces de las cualidades inherentes a la persona, con exclusión de las que la habilitan o no para ejercer por si misma sus derechos.

Desde el punto de vista del derecho público internacional al Estado se la considera como un grupo de individuos establecidos sobre un territorio determinado y sujetos a la autoridad de un mismo gobierno, con soberanía y un orden jurídico determinado. Los juristas le atribuyen por lo común personalidad jurídica.

También a este vocablo, tanto en el Derecho, como en la Ciencia Política, se le han asignado diversas acepciones, para referirse a la reunión de dos o más Estados particulares, unidos con miras a una acción exterior común, pero cada uno de los cuales goza de autonomía más o menos extensa. A esta categoría pertenecen las Uniones de Estados, las Confederaciones y los Estados Federales. Así mismo, se refiere a las confederaciones, como conjunto de Estados.

A diferencia de la confederación, el Estado federal posee todos los rodajes esenciales del Estado: gobierno, parlamento y tribunal federal. En principio, sólo a él pertenece la soberanía externa. En tanto que la confederación de Estados sólo es una forma histórica, la forma federal se practica ampliamente, sobre todo fuera de Europa, como ejemplo podemos citar: Suiza, Estados Unidos de América, el dominio del Canadá, México y la mayoría de las repúblicas sudamericanas, y el Continente australiano. Estado centralizado en el cual todas las provincias o circunscripciones administrativas se hallan subordinadas al poder central, sin que ninguna posea autonomía real. El Estado simple sólo tiene un parlamento y un gobierno, como Francia e Italia. Estado plenamente independiente y que goza de todos los derechos, tanto desde el punto de vista interno (legislación, administración, justicia) como del externo (derecho de guerra, dentro de los límites en que aún existe en virtud de los pactos internacionales; derecho de legación activo y pasivo, derecho de celebrar tratados).

Las Uniones de Estado son personales o reales. Se llama personal la Unión que reúne a dos Estados bajo la autoridad de un soberano único, dejando a cada uno de ellos su autonomía completa: gobiernos separados, diplomacia distinta, por ejemplo unión de los Países Bajos y el Luxemburgo hasta el fallecimiento sin heredero varón del rey de los Países Bajos, en 1890.

La unión se llama real cuando crea un vínculo más estrecho y durable, en cuanto implica no sólo la comunidad de soberano, sino un ejército, una diplomacia y finanzas comunes. Como fue la unión austrohúngara, disuelta como consecuencia de la guerra de 1914-1918. Una y otra forma de Unión han desaparecido prácticamente hoy.

La palabra estado se emplea también con su acepción corriente, en las siguientes expresiones: asunto, causa, estado de gastos, de guerra, de la causa, de las inscripciones, de liquidación, de los inmuebles, de los lugares, de sitio, estimativo, hipotecario, sobre la transcripción, entre otros muchos más.

Como se ha observado la palabra Estado o estado, se utiliza para denominar una gran cantidad de situaciones. Sin embargo, para los fines del presente trabajo, la acepción que nos interesa, es la que se refiere a una situación política-jurídica.

El concepto de Estado y lo que significa han dado origen a las más importantes cuestiones debatidas en la filosofía política. No obstante la enorme importancia que parece tener el Estado sus tratadistas no se han puesto de acuerdo sobre su "naturaleza", origen, funciones y fines.

Muchas son las disciplinas que se ocupan del Estado. Algunas lo consideran una comunidad política desarrollada, consecuencia natural de la evolución humana; otras como la estructura del poder político de una comunidad; otras ven en el Estado el cuadro geográfico donde se escenifican las aspiraciones nacionales. Unas veces se le identifica con la sociedad, como la totalidad del fenómeno social; otras se le contrapone a sociedad. Unas veces se le equipara con la nación; otras con el poder. En este espacio el problema del Estado se aborda teniendo fundamentalmente en cuenta su aspecto jurídico.

Esto no quiere decir que no existan otros aspectos importantes. No obstante, los aspectos jurídicos son particularmente relevantes en una descripción del Estado. Una apropiada descripción del Estado, presupone un claro entendimiento de los problemas jurídicos que le son inherentes.

El Estado no es una mera realidad natural, constituye un conjunto de funciones jurídicas cuya comprensión es necesaria para entender el comportamiento de la

comunidad política. El Estado crea derecho, aplica una Constitución; el Estado contrata, representa a sus nacionales, tiene jurisdicción, ejecuta sanciones; el Estado celebra tratados, es sujeto del derecho internacional, el Estado, en suma, es titular de derechos y obligaciones. Las teorías que ven en el Estado sólo los aspectos naturales -si esto es posible- no pueden explicar la unidad, la jurisdicción, la personalidad ni la representación del Estado; es decir, no explican cómo funciona el Estado. Aún más conceptos como poder, legitimación, soberanía y otros que se refieren al Estado, deben mucho de su significado a las normas jurídicas que presuponen.

Como ya se ha tratado en capítulos anteriores, durante más de dos milenios el Estado (polis, civitas, respublica) ha constituido un conjunto de problemas jurídicos y ha sido, desde entonces, objeto de estudio de la jurisprudencia y uno de sus conceptos centrales. El Estado no es un descubrimiento reciente de la sociología ni de la antropología.

Para apreciar la importancia de las consideraciones jurídicas en el tratamiento del Estado, hay que tener presente que la teoría política y la teoría del Estado no son, tanto en su origen como en su forma, sino jurisprudencia dogmática. La jurisprudencia medieval no fue sólo la ciencia de la aplicación e interpretación del derecho, sino también la única teoría coherente del Estado.

La teoría política fue jurisprudencia dogmática que trascendió la esfera del derecho y evolucionó como una filosofía del derecho y del Estado. Erradicar las nociones jurídicas de la teoría política moderna, sería tan imposible como erradicar las palabras latinas de los idiomas modernos. Que el vocabulario de la teoría del Estado se encuentra impregnado de términos jurídicos, no es sino reflejo y consecuencia del largo proceso y evolución de la jurisprudencia. La teoría del Estado tomó sus conceptos de la jurisprudencia dogmática y fue con ese lenguaje que aprendió a hablar y decir frases articuladas.

No es sorprendente que la teoría política del siglo XVI fuera expuesta por juristas y, además, en términos de jurisprudencia dogmática. Todos los juristas, como Jean Bodin, el gran teórico de la soberanía no sólo fue versado jurista, sino, también, distinguido profesor de derecho romano. Con posterioridad los filósofos políticos habrían de seguir hablando el lenguaje del derecho: Hobbes (De corpore politico), Locke (Of Civil Government), Hume (Essays Moral and Political), Rousseau (Du contrat social), entre otros.

Para cuando se consolida el Estado nacional, la doctrina del derecho internacional dispone de una noción del Estado. La escuela del derecho internacional moderna es también grandemente beneficiaria de la jurisprudencia romana medieval.

Fue así que la jurisprudencia devino la base de la teoría del Estado; ella suministró los conceptos fundamentales de la ***Staatwissenschaft*** (ciencia del Estado) y de la ***Allgemeine Staatslehre*** (teoría general del Estado).

Dentro de la teoría del derecho y en la jurisprudencia dogmática el concepto de Estado es bastante controvertido, sin embargo es posible hacer una caracterización y proporcionar una breve descripción de sus características jurídicas fundamentales. Básicamente se concibe al Estado como una corporación, como una persona jurídica. Esta corporación es una corporación territorial, esto es actúa y se manifiesta en un espacio, una determinada circunscripción territorial.

Otra de las características del Estado, igualmente esencial, es que actúa, se conduce, de forma autónoma e independiente. Este último dato se describe como poder originario, autoridad soberana o, simplemente, como la soberanía. De ahí la ampliamente compartida noción del Estado como "corporación territorial dotada de un poder de mando originario" (Jellinek)¹. La caracterización anterior ha sido persistente en la doctrina jurídica a través de los años y tiene antecedentes remotos.

Sin duda los griegos concibieron a la polis como un complejo de problemas jurídicos. Sin embargo, fue mérito de los romanos concebir al Estado (respublica) en términos jurídicos, como un conjunto de competencias y facultades. Con todo, correspondió a los juristas medievales forjar el concepto de Estado y la doctrina aplicable a éste.

Los juristas construyeron la doctrina jurídica del Estado alrededor de dos nociones jurídicas fundamentales: la de *societas* (corporación) y la de soberanía. La *civitas* constituía, ciertamente, una agrupación de personas, sin embargo, esta agrupación no era un mero agregado de individuos. La *civitas*, para los romanos, constituía una *universitas*.

La *universitas* era la unión de personas o un complejo de cosas, la cual era considerada como formando una unidad, un todo. En cuanto a la *universitas* de personas se refiere, el término se aplicaba en derecho público o en derecho privado (*civitas*, *municipia*, *collegia*, *societates*). Las *universitas* eran, para el derecho, un ente, un *corpus*, el cual se distinguía de sus miembros (*singuli*). De todas estas *universitates* fue la *societas* la que se nutrió de más y mayor doctrina. Esta doctrina serviría para describir el Estado. La *civitas* (o el imperio) era como la

¹ JELLINEK, Georg, Teoría General del Estado, op. cit., pp.65-70.

societas una institución jurídica (de iure gentiis) establecidas por aquellos que persiguen un propósito común (affectus societatis). La doctrina de la societas explica muy bien por que el Estado (la civitas) actúa.

La doctrina jurídica de la *societas* (y de la *universitas* en general) considera a la *socii* (a los miembros) como un ente que actúa a través de sus representantes. La *civitas* tiene ciertas funciones, facultades y derechos que no son las de sus miembros. La *civitas* constituye una corporación jurídica, una persona de derecho, la cual justamente, representa la comunidad política que la conforma.

Es importante observar que la doctrina consideraba a la *societas* una institución de *iure gentium*, esto es, una institución originada en el consentimiento. La *societas* y, por ende, la *civitas* es creada por los hombres. Que la *societas* sea una institución creada por el consentimiento, permite aplicar toda la doctrina que sobre el consentimiento se aplica a las obligaciones y contratos. En la *civitas* la competencia de los órganos le es conferida por los miembros de la república.

La *civitas* (*regnum* o *respublica*) se encuentra frente a otras *civitates* y dentro del concierto internacional (el imperio). Para los juristas el imperio es, ab obvo, una *universitas*, compuesta de otras *universitates*. El imperio denominado aún, imperio romano, no es para los juristas un mero hecho histórico, sino el concepto jurídico que unifica los derechos de las *universitates* (*regna*, *civitates*, *provinciae*) que lo constituyen.

Los juristas se preguntan ¿qué comunidades pertenecen al imperio, a la comunidad internacional? El criterio decisivo es el concepto de obediencia o conformidad. Pertenecen al imperio *quae imperio romano obediunt*. Otros pertenecen a esta comunidad internacional, porque aunque non obediunt romano imperio in totum... vivunt secundum legem populi romani. Después se encuentran otras comunidades políticas que, paradójicamente, pertenecen al imperio; pero en ningún sentido obedecen o se conforman a las disposiciones del imperio. Unas *civitates* derivan del privilegio por concesión del imperio (por delegación) -como Venecia-. Otras no obedecen y se liberaron, aseguran haberse liberado, ex contractu, en tal situación se encontraban el reino de Francia y el de Inglaterra. Estas dos últimas comunidades que sin duda pertenecen a la comunidad internacional, no tienen superior, son caracterizados por los juristas como *civitas sibi princeps*.

Estas comunidades políticas son los Estados modernos. La *civitas* que los juristas caracterizan como *sibi princeps*, se encuentran en la misma situación que el *regnum* donde el *rex est imperator regni sui*. Los dos tipos de comunidad, pertenecen por supuesto al imperio, a la comunidad internacional, pero obedecen su propio derecho son comunidades *quae superiorem non recognoscens*

(Florenia Venecia, Francia y Sicilia), en Francia, p.e., rex (Franciae) est imperator regni sui, es la instancia suprema.

No todas las civitates o republicae quae non recognoscunt superiorem detentan su imperium o sus potestates por delegación o pacto. Pueden obtener su imperium por prescripción e, incluso, por revolución (aliae ex usurpatione).

Existen dos formas en que se ejerce imperium por las civitates que no reconocen superior: de iure, esto es, por delegación expresa del princeps o por otro título (ex contractu), y de facto. Las civitates o regna que pretenden ejercer imperium de iure, tienen que probar la delegación, si no pueden probar la delegación o cualquier otro título jurídico, deben probar la prescripción. Sin embargo, si una civitas puede probar que efectivamente ejerce imperium es suficiente: tamen si probare se exercussie merum imperium, valet. En este último caso la eficacia se convierte en la única condición para el reconocimiento de una civitas sibi princeps.

Como quiera que las comunidades políticas se sustraigan al dominio directo del emperador; éstas no dejan de pertenecer al totum imperium romanum. Para los juristas el imperio es la clave para explicar el Estado. El imperio no es una monarquía mundial, sino la universitas (maxima) que unifica el complejo de comunidades políticas y sus ordenes jurídicos. Estas doctrinas jurídicas habrían de convertirse en los principios básicos del derecho internacional y habrían de constituir un capítulo de la teoría del Estado. Una teoría del Estado tiene que resolver la situación de éste frente a otros Estados y ante el derecho internacional.

El imperio es, así, el punto de partida en la explicación del poder del Estado (tanto de iure como de facto). En principio, la summa potestas se encuentra totalmente centralizada en el princeps en quien traslata est omnis iurisdictio de conformidad con la doctrina de la lex regia. Es a partir del imperio, «i.e.» , de la comunidad internacional o, si se quiere, del derecho internacional, de donde se descentraliza el poder político.

Los juristas describen de manera muy concreta la soberanía de la civitas sibi princeps, su doctrina es predominantemente operativa y práctica en las ciudades del norte de Italia. La gran autoridad de los juristas convirtió su doctrina en la descripción vigente de la auctoritas, de la soberanía, de la legitimación y del gobierno de la civitas.

Para que el consentimiento del populus surtiera efecto, éste tenía que ser libre. Cuando este consentimiento es libre el populus es libre y puede ser comparado con el populus romani quien, conforme a la lex regia, era el propietario originario de la potestad legislativa: un pueblo libre tiene plena jurisdicción y omni populo

iurisdictionem habenti ius proprium statuere permittitur. Para el jurista un pueblo "libre" es aquel que no tiene superior, él es su propio superior, su propio princeps: civitas sibi princeps. El pueblo libre es reconocido como una universitas. De ahí sigue: 1) la civitas es una unidad (un orden jurídico), una persona; 2) la civitas, en tanto persona, actúa a través de sus representantes: el concilium, el cual totam civitatem repraesentat, y 3) el origen del poder y la última autoridad son los miembros de la civitas, los cives. No es pues extraño que Bártolo sostenga que el concilium repraesentat mentem populi.

La unidad del Estado. Es un lugar común sostener que el Estado constituye una unidad. ¿Qué tipo de unidad?, ¿de sus miembros?, ¿de su espacio territorial? La unidad del Estado es una unidad artificial constituida por el conjunto de normas que regulan el comportamiento de los individuos que se encuentran sujetos a dichas normas. La afirmación de que los individuos sean miembros de una comunidad política, esto es, de un Estado, es sólo una metáfora que indica que ciertos individuos están sometidos al orden normativo de dicha comunidad.

Ciertas corrientes sociológicas sostienen que la interacción es el elemento que constituye la unidad política del Estado. Sin embargo, cuando el Estado es considerado como una unidad, el criterio de unidad es, sin duda, muy diferente al criterio de la interacción social. Individuos de diferentes Estados pueden tener un contacto económico o cultural que supone una interacción más intensa que la que puede darse entre los individuos de un mismo Estado (Kelsen). Cualquier solución positiva a este problema tiene que suponer la idea de una ficción jurídica o política. Los miembros de una misma comunidad política son, desde este punto de vista, aquellos a quienes se aplican las mismas normas jurídicas.

Otras corrientes sociológicas sostienen que la unidad del Estado descansa en la existencia de intereses comunes, tradiciones comunes creencias comunes, ideología común, etc. Aunque las creencias comunes así como una ideología común, se encuentran presentes -como, también, un mínimo de interacción- no constituye empero, condiciones per quam de la estatalidad.

De hecho, intereses comunes, comunes creencias y tradiciones comunes en la sociedad son generalmente impuestos. El único elemento que los individuos comparten en común es el sistema normativo al cual se encuentran sometidos, aun si no comparten intereses, creencias, ideologías o credos. Algo es, así, "común" a varios individuos en virtud de la fuerza obligatoria que las reglas sociales tienen sobre los individuos cuya conducta prescriben.

El poder del Estado. El Estado es generalmente entendido con una relación en la que alguien manda y otros obedecen: "... tutti domini che hanno avuto ed hanno

imperio sopra li uomini, sono stati... sono reppubliche o principati" (Maquiavelo). Sin embargo el concepto de dominio, de poder, presupone fundamentalmente aspectos normativos. Se puede formular el esquema del dominio social de la manera siguiente: X tiene poder sobre Y si, y sólo si, puede hacer que Y haga o deje de hacer algo.

Las relaciones de dominio o de poder no son sino la posibilidad de imponer la voluntad de uno sobre el comportamiento de otros (Weber). Un individuo probablemente dará a su voluntad esta forma cuando se encuentre, o piense que se encuentra, en posición de reclamar obediencia. No todo dominio, sin embargo, es un dominio estatal, esto es, un dominio en virtud de autoridad en el que se den "la facultad de mandar y el deber de obedecer" (Weber). ¿Cual es, el criterio por el cual las relaciones de dominio estatales se distinguen de las que no lo son? El criterio puede ser establecido de la forma siguiente: un individuo ejerce autoridad si manda en nombre del Estado.

¿Cómo podemos distinguir estos mandatos de los demás? No existe otro criterio que el orden jurídico del Estado. Es este criterio el que nos permite diferenciar quién manda en nombre del Estado y quién no. Un individuo está capacitado a emitir mandatos de naturaleza obligatoria sólo si el conjunto de normas (legisladas o consuetudinarias) que se tienen por obligatorias le confieren tal facultad, esto es, si el es la autoridad legítima de la comunidad estatal (Kelsen)². La aptitud efectiva de mandar generalmente es un súper additium a un orden normativo que pretende existir en virtud del derecho (Weber)³.

Forzar a otros a comportarse de conformidad con la voluntad de uno equivale a tener poder sobre ellos. Es fácil entender que el concepto de dominio implica el concepto de autoridad y de supraordinación o estratificación. Todos los mandatos, incluyendo las disposiciones y reglas jurídicas, se dice, proceden de superiores y se dirigen y obligan a inferiores. El término "superior" en este contexto "significa poder jurídico, toda vez que no se puede olvidar el hecho de que la significación de un mandato es aceptado como una norma válida"⁴.

De esta manera el dominio guarda una relación esencial con el sistema normativo. En cierto sentido, el dominio del Estado, como señala Kelsen, depende del hecho de que el orden jurídico estatal sea eficaz y que las normas que lo constituyen efectivamente regulen el comportamiento de los individuos. El poder estatal no es sino la eficacia del orden jurídico del Estado (Kelsen).

² Véase, KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, trad. Eduardo García Maynez, México, 1979, pp.30-55.

³ WEBER, Max, Economía y sociedad, 2ª. Ed., 2vols. FCE, México, 1964, pp.65.

⁴ Idem.

Normalmente se argumenta que el poder del Estado es un poder legítimo. Ahora bien, el poder se reclama legítimo únicamente si reposa en principios, reglas, tradiciones, que se presuponen válidos (Raz). El poder legítimo cambia si el sistema normativo por el cual este poder ha sido establecido es reemplazado por otro. La autoridad legítima es siempre aquella que manda de conformidad a un sistema normativo vigente en una comunidad determinada.

El fenómeno de la sustitución de la autoridad legítima es el que con más claridad muestra la significación normativa de la legitimación. Si el antiguo sistema jurídico, sobre el cual los actos del poder legítimo descansaban, deja de ser eficaz, y un nuevo sistema normativo lo sustituye, las autoridades del antiguo régimen dejan de ser la autoridad legítima.

Pero si los revolucionarios fallan y el orden normativo que ellos tratan de establecer nunca es eficaz, entonces sus actos no son interpretados como actos legítimos del poder, sino como actos ilícitos, de conformidad con el sistema normativo aún en vigor. Una autoridad establecida, es la autoridad legítima, de iure si sus actos se conforman al sistema normativo de la comunidad.

El dominio es legítimo si, y sólo si, se produce de conformidad con el sistema normativo, esto es de conformidad a las normas jurídicas válidas. "Ningún concepto de dominio (legítimo) puede ser definido en alguna forma que no sea en referencia a la facultad de mandar" (Weber).

Normalmente se afirma que el Estado es una entidad política autónoma y que posee una característica específica sin la cual es privada de su carácter de Estado: la soberanía. Es fácil observar que esta autonomía tiene un carácter normativo y puede ser descrita de la manera siguiente:

Una comunidad política es una comunidad política independiente si la instancia creadora del derecho es habitualmente obedecida por el grueso de la población, y no se encuentra en hábito de obediencia a ninguna instancia superior (Austin).

La soberanía es así la característica distintiva de una comunidad política independiente, del Estado. Esta se presenta cuando la instancia creadora del derecho no recibe su autoridad de nadie más, cuando es la instancia suprema y fuente última del derecho de la comunidad. Cuando este "superior común" es la instancia suprema, dicha comunidad es un Estado, una comunidad jurídica independiente.

Una determinada sociedad, por tanto, no es un Estado, una organización política independiente, salvo que la generalidad de sus miembros se encuentren en un hábito de obediencia a un superior común determinado. Los individuos cuya acción es considerada como actos del Estado, son los superiores, los órganos del Estado, los gobernantes "legítimos".

De lo anterior se infiere que la idea de autoridad únicamente tiene sentido en una comunidad más o menos centralizada, en la que se encuentra un superior común. Pensamos en una autoridad en un superior, sólo en aquella comunidad donde el aparato de mandar ha alcanzado cierto grado de canalización.

El desarrollo de las comunidades humanas desde los tiempos primitivos hasta la actualidad muestra la tendencia constante hacia la reducción del uso de la fuerza a sólo la aplicación de sanciones. Por tanto, existe una tendencia, que se incrementa gradualmente, de prohibir el uso de la fuerza por un individuo contra otro miembro de la comunidad⁵.

Al determinar las condiciones bajo las cuales y los individuos por los cuales la fuerza es usada, el orden jurídico introduce cierta seguridad colectiva puesto que protege a los individuos contra el uso ilícito de la fuerza por parte de otros individuos. La autoridad surge cuando la decisión de la cuestión sobre si, en un caso concreto, ha tenido lugar una violación del derecho y la determinación de quien es responsable de ella les es retirada a los sujetos que son parte inmediata en el conflicto y trasladada a un órgano especializado desde una perspectiva Kelseniana.

En este orden centralizado los individuos autorizados a usar la fuerza están investidos con las características de órganos especiales de la comunidad ante los cuales el grueso de la población se encuentra en hábito de obediencia.

En breve, una más o menos centralizada relación de dominio es un rasgo característico del Estado. Únicamente en un dominio suficientemente centralizado encontramos una clase de gobernantes o autoridades los cuales son caracterizados jurídicamente como competentes o facultados para emitir mandatos válidos.

El derecho como un factor de organización. Prácticamente nadie puede negar que el Estado es una organización o una comunidad organizada. Si embargo, *ipso facto*, surge una pregunta: ¿Cómo se constituye esta organización? ¿En qué bases reposa la organización del Estado? La respuesta inmediata es: esta

⁵ KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, op. cit., pp.23-28.

organización descansa en un sistema de reglas o normas, reglas o normas las cuales constituyen el aparato normativo del Estado. De hecho, el Estado es considerado una organización precisamente porque es un orden que regula conducta humana (¿Qué otra cosa se puede organizar o regular?).

Ningún conglomerado de personas podría existir duraderamente sin alguna forma de asociación, de comunicación y, de más o menos cooperación... de esta manera, surge el crudo comienzo del derecho y del gobierno, con el propósito de mantener un orden de este tipo... En tanto la vida social avanza, una regulación más definitiva y obligatoria fue requerida.

Los Estados primigenios surgieron y se mantuvieron únicamente cuando perfeccionaron su disciplina, al hacer más inviolable la sanción de las tradiciones.

El culto de los ancestros, por ejemplo, fortaleció la organización patriarcal. La unidad tribal y las costumbres fueron garantizadas por actos de coerción; costumbres que determinan creencias comunes y organización común para todos parientes, miembros de la tribu o ciudadanos. El hombre primitivo tenía que "aprender" a obedecer reglas.

En el proceso de cambio de una mera agregación de personas a una comunidad organizada, el derecho juega un papel extraordinario. Por ello, "por muchos siglos, el derecho fue considerado requerimiento básico de la supervivencia y coexistencia humana... dando estructura y forma al edificio social".

Motivar el comportamiento humano no es tarea fácil. El comportamiento humano es un fenómeno que resulta de motivos tan persistentes (bioquímicos, ecológicos, etc.), que es muy difícil ya no suprimir, sino, simplemente, atenuar su función motivadora. Para hacer que ciertos individuos se comporten de conformidad con el deseo o voluntad de otro, es necesario que este disponga de elementos enormemente persuasivos que permitan alterar el cuadro habitual de sus motivaciones.

El problema de la motivación del comportamiento se acentúa cuando se trata de provocar no un comportamiento de un individuo en particular, sino el comportamiento de un sinnúmero de individuos. De ahí se sigue que el elemento persuasivo, el motivo, tiene que ser un elemento estándar cuya representación motive por igual o, al menos, de manera similar, a los miembros de una comunidad más o menos grande.

Al respecto observa Kelsen: en lo que a la organización de grupos se refiere, esencialmente sólo un método de provocación de conductas socialmente

deseadas ha sido tomado en cuenta: la amenaza y la aplicación de un mal en caso de conducta contrario -la técnica del castigo.

Carneiro correctamente dice que un adecuado examen de la historia indica que únicamente una teoría coercitiva puede dar cuenta del surgimiento del Estado. La fuerza es el mecanismo por el cual la evolución política ha conducido al Estado.

Existe también una ampliamente compartida opinión de que el derecho tiene como función guiar el comportamiento humano. Esta función consiste en provocar un cierto comportamiento de los individuos, haciendo que hagan o dejen de hacer algo que, por alguna razón, es considerado valioso o perjudicial para la comunidad, respectivamente. ¿Existe acaso otra manera de organizar una comunidad?.

El Estado, como organización, hace que los individuos hagan o se abstengan de hacer ciertas cosas y lo logra a través del único método que posee: el derecho, estableciendo normas jurídicas. Desde este punto, el Estado no es más que el orden jurídico que "organiza" la comunidad. El derecho, en este sentido, es un sistema de motivación de conducta humana.

La función de motivación del derecho resulta, primordialmente, de la manera cómo el derecho ordena o prohíbe comportamientos: a través de sanciones. La coacción es, así, ese elemento enormemente persuasivo que anula, o mejor, altera el cuadro de las motivaciones del comportamiento social de los individuos. La pena con la que el derecho reacciona contra ciertos actos, es la sanción, y a través de este acto un mal es infligido al individuo "responsable" aun en contra de su voluntad y si es necesario mediante el uso de la fuerza física.

Observa Kelsen, correctamente que la coacción ha jugado un papel extremadamente importante en la organización social. Esto se observa particularmente en las comunidades primitivas que conservan carácter religioso. Si los individuos respetan el orden social, en especial sus numerosas prohibiciones, es porque temen los tremendos males con los que los dioses castigan las violaciones del orden social. Comparado con el inmenso miedo que los primitivos sienten por las penas y castigos que impone la divinidad, la esperanza de una recompensa tiene una importancia secundaria.

Que la técnica del castigo haya tenido y tenga una importancia mayúscula en la historia institucional se revela, más que nada, por el hecho de que la técnica social más importante: el derecho, se sirve de este mecanismo de motivación. Ciertamente, la sanción prescrita es siempre el comportamiento de un individuo: sin embargo, interpretada como una acción del derecho de la comunidad. Esto

significa que las sanciones son atribuidas o impuestas al Estado. Este hecho es particularmente importante y ciertas características relevantes de la sociedad difícilmente serían explicadas sin referencia a esta ficción normativa.

Al establecer sanciones (tales como la privación de la vida, de la salud, de la libertad, etc.), el orden jurídico que constituye el Estado induce a los individuos a actuar de conformidad al deseo o deseos de aquellos que establecen las normas, al deseo de los gobernantes. Es de esta manera que términos como "súbdito", "gobernado", así como "poder", "dominio", "autoridad", adquieren sentido. Alguien somete a otro -a un súbdito- cuando aquél tiene el poder -el cual se imputa a la comunidad- de hacer que este haga o se abstenga de hacer algo. En esta instrumentación de fuerza radica el poder del Estado, poder que no es sino el orden jurídico en función. De esta manera, el poder "motivador" de las acciones y omisiones que organizan la sociedad reside, en larga medida, en el poder coactivo del derecho.

El Estado no es una cosa, sino un compuesto cuyos componentes no son sino actos de individuos. Puede decirse que no existe Estado si éste no es la suma de actos individuales. Pero si el Estado no es sino un compuesto de acciones individuales, la organización estatal no es sino un compuesto de acciones individuales de las funciones que los individuos realizan en la comunidad. La organización estatal es la manera en la que tales funciones son arregladas.

Ahora bien, es el orden jurídico el que define y asigna las funciones (estatales) a los individuos y por este hecho organiza la comunidad. Al determinar las funciones del cuerpo de individuos el orden jurídico deviene el esquema del Estado, su plan, de acuerdo al cual la comunidad esta arreglada en términos de papeles sociales (por ejemplo, jueces, árbitros, sacerdotes, soldados, súbditos y otros). Estos papeles y funciones serán interpretados como actos del Estado. Esto es por lo que el estado es considerado una entidad jurídica: la unidad de diferentes actos jurídicos.

Al considerar los problemas persistentes del Estado, observamos que éstos implican creación, derogación ejecución y legitimación de normas sociales de cierto tipo, esto es, de normas jurídicas. Lo anterior constituye evidencia suficiente que muestra que el Estado, desde este punto de vista, no es sino un complejo de actos jurídico atribuidos a la comunidad estatal, que poseen el monopolio del uso de la fuerza. Ahora bien, si el Estado, desde este punto no es sino un sistema jurídico específico el problema de como es que el Estado aparece, de cómo funciona, de como cambia, se vuelve un problema de cómo es que las normas jurídicas y las entidades jurídicas que constituyen son creadas, de como funcionan, y de como pueden ser modificadas.

Si quitáramos los elementos normativos del conglomerado que constituye el sustratum de una comunidad política lo único que tendríamos es un agregado de individuos. Si queremos ver en ese conglomerado o en ese agregado de individuos "dominio", "legitimidad", "autoridad", esto sólo es posible si entendemos al carácter normativo que supone el Estado. Son las normas jurídicas las que convierten el comportamiento de los miembros de la comunidad en un problema de razón práctica: en un conjunto de criterios que señalan qué hacer establecidos por ciertas instancias que no son otros sino los "órganos" del Estado.

III.2. El Derecho como sistema de normas

El concepto más común y más usado en nuestra disciplina es el que define al Derecho como un conjunto sistemático de normas, cuya misión esencial es la de regular la convivencia humana y resolver los posibles conflictos que surgen en una determinada comunidad, al la que el propio Derecho va dirigido, con el fin de excluir la fuerza individual o la violencia colectiva. Este conjunto de de normas que un lugar y en un momento determinado rige la vida de los hombres, también es conocido como: orden jurídico.

El Derecho no es algo que esté alejado de la vida cotidiana de todas las personas, si no que envuelve su vida aún desde antes de su nacimiento, hasta después de su muerte. Los actos humanos pueden ser considerados como actos jurídicos.

Como ya se ha señalado, la palabra Derecho está formada por la raíz indo-europea "rec" que casi en todos los idiomas latinos y anglosajones significa rectitud, recto; sin embargo, en roma no se empleo este vocablo con este significado, se utilizo la palabra "ius", de la que se derivan vocablos como justicia, jurídico o juez.

Según Hans Kelsen,⁶ "el derecho considerado desde el punto de vista estático, es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres le prestan o no conformidad". Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellas con las cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida que son determinados por normas jurídicas.

En cambio si consideramos al Derecho desde un punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner acento en la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas jurídicas son creadas y aplicadas por los hombres. El Derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. Una teoría dinámica del Derecho tiene así

⁶ KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, op. cit. pp. 43-45.

por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos mediante los cuales el Derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su realización. Una conducta que no está expresamente prohibida, está permitida.

La afirmación de que la conducta de los hombres está determinada por el derecho, no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos regidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde el punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho nacional o internacional.

La ciencia jurídica puede brindar una doble definición del Derecho, según se coloque en el punto de vista estático o dinámico. En el primer caso, el Derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y, en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento en las normas, la segunda en las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos del orden jurídico.

La norma jurídica se presenta, por lo general, como un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, que crean y aplican las normas jurídicas, no tiene la función de conocer o describir la norma jurídica, sino la prescribir, autorizar o prohibir conductas determinadas. Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona la sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto la conducta que permite evitar la sanción es la permitida.

Una norma jurídica puede ser formulada en los términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos, se limitan a definir a éstos y a señalar las penas que son consecuencia por haberlos

cometidos, lo mismo sucede en el ámbito civil, donde el código no obliga a cumplir con las obligaciones, define el origen de estas y las consecuencias por su incumplimiento.

De igual manera encontramos leyes que prescriben determinada conducta, sin que el incumplimiento signifique una sanción, en este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene consecuencia jurídica. Es lo que se denomina un elemento jurídicamente indiferente.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituya la condición de sanción y determine el alcance de ésta.

III.3. Las interpretaciones al modelo del Estado de Derecho

Por "Estado de derecho" (*Rule of law* para los juristas angloamericanos) se entiende, básicamente, aquel Estado cuyos diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el derecho y sometidos al mismo; esto es, Estado de derecho alude a aquel Estado cuyo poder y actividad están regulados y controlados por el derecho.

En este sentido, el Estado de derecho contrasta con todo poder arbitrario y se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario, como ocurre con el llamado "Estado de policía" que, lejos de proponerse el mantenimiento del orden jurídico, se caracteriza por otorgar facultades discrecionales excesivas a la administración para hacer frente a las circunstancias y conseguir los fines que esta se proponga alcanzar.

Aun cuando existen antecedentes, más o menos imprecisos, sobre la idea del "Estado de derecho" desde los griegos y los romanos en la antigüedad, se puede afirmar que correspondió al alemán Roberto von Mohl utilizar por primera vez tal expresión -*Rechtsstaat*- en su sentido moderno, durante el tercer decenio del siglo XIX⁷.

Cabe advertir que, para aquellas teorías jurídicas que identifican al Estado con el derecho, la expresión aquí analizada representa una vacua tautología. Así, para Kelsen en la medida que un Estado no constituye más que la personificación de un orden jurídico específico que ha alcanzado cierto grado de centralización, todo Estado es un Estado de derecho; en efecto, un Estado no sujeto a derecho es

⁷ *Robert Von Mohl*, (1799-1875), jurista y político alemán, miembro de la Asamblea Nacional de Frankfurt, fue Ministro de Justicia (1849 y 1861-1866), escribió varias obras sobre derecho público y ciencias políticas, en las que establecía el poder del Estado frente a la Revolución Industrial.

impensable, puesto que un Estado sólo existe en actos estatales, es decir, en actos realizados por hombres y que, en virtud de estar así determinados por normas jurídicas se atribuyen al Estado como persona jurídica.

Sin embargo, como resultado de la influencia del constitucionalismo liberal burgués, la expresión "Estado de derecho" adquirió una connotación técnica y se identificó con un ideal político específico, utilizándose para designar cierto tipo de Estado que se estimaba satisfacía las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica. La Ilustración francesa y el ideario del constituyente norteamericano se encargarían de recoger las principales tesis del sistema constitucional inglés -supremacía del derecho, limitación y "racionalización" del poder, "división de poderes", protección judicial de los derechos y libertades fundamentales, etc.- y el constitucionalismo liberal, con ligeros matices, les asignaría el carácter de verdaderos dogmas en su lucha contra el absolutismo y la consecución de su objetivo: el Estado de derecho.

De este modo se reservó el calificativo de Estado de derecho al sistema que contemplara determinadas instituciones jurídicas acordes con el ideal liberal burgués: la distribución y control del ejercicio de poder entre varios detentadores; la supremacía de la Constitución, que preferentemente, habría de ser escrita y rígida, además de establecer las competencias exclusivas y limitadas de los diversos órganos titulares del poder estatal; el sometimiento de administración a la ley, la cual debía ser creada y derogada por un órgano popular representativo, siguiendo principios y procedimientos previstos por otras normas jurídicas; la vigencia de un control judicial adecuado, el establecimiento de ciertos derechos y libertades fundamentales y la instrumentación de las garantías constitucionales correspondientes para conseguir la regularidad de los actos estatales con las propias normas jurídicas, así como todas aquellas medidas encaminadas a la limitación y "racionalización" del poder y sobre todo, a garantizar la sujeción de los órganos estatales al derecho.

Es claro que gran parte del constitucionalismo mexicano del siglo XIX estuvo altamente influido por el ideal liberal burgués del Estado de derecho, por lo que varias de las instituciones jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se adoptaron en diversos documentos constitucionales, siendo la mejor expresión de ello la Constitución federal de 1857.

Durante el desarrollo del siglo XX, la idea del Estado de derecho clásico, individualista y liberal, evolucionó hacia lo que se ha llamado "Estado social de derecho" (Welfare state para los juristas angloamericanos), con el objeto de adaptar las estructuras jurídicas y políticas a las nuevas necesidades del desarrollo técnico, social, económico, político y cultural.

Con la concepción del Estado social de derecho se ha pretendido superar las deficiencias del individualismo clásico liberal caracterizado por el abstencionismo estatal a través del reconocimiento y tutela de ciertos derechos sociales y la realización de objetos de bienestar y justicia sociales. De este modo, el Estado social de derecho se caracteriza por su intervención creciente en las actividades económicas, sociales, políticas y culturales -con un ejecutivo fuerte, pero controlado-, para coordinar y armonizar los diversos intereses de una comunidad pluralista, redistribuyendo los bienes y servicios, en busca de la justicia social.

Es necesario observar que, a pesar de las variantes introducidas, la concepción del Estado social de derecho conserva, en buena medida, las características y exigencias señaladas anteriormente como propias del Estado de derecho: en particular, la sujeción de los órganos estatales al derecho; pero, simultáneamente, el que las leyes emanen de un órgano popular representativo, bajo procedimiento previstos por otras normas jurídicas, la distribución y control del ejercicio del poder político la legalidad de la administración y un control judicial suficiente; la garantía de los derechos y libertades fundamentales.

Claro está que algunas de estas instituciones jurídico-políticas requieren las ligeras modificaciones -como ocurre, por ejemplo, con las limitaciones al anteriormente desmedido liberalismo económico y con el fortalecimiento del ejecutivo-, a efecto de dar cumplimiento a los objetivos económico-sociales del Estado social de derecho. Así pues, para poder afirmar que se está en presencia de un Estado social de derecho se requiere que el mismo satisfaga, además de sus objetivos sociales, las exigencias que se han considerado propias del Estado de derecho.

La positivización del Estado social de derecho surgió, de manera incipiente, en la Constitución federal mexicana del 5 de febrero de 1917 -iniciándose la etapa de lo que se ha calificado como "constitucionalismo social"- y fue continuada en la primera posguerra por la Constitución alemana de Weimar, expedida el 11 de agosto de 1919, para lograr después del New Deal norteamericano y de la Segunda Guerra Mundial, imponerse como vigente en gran parte de los países desarrollados occidentales.

Cabe advertir que, si bien el texto original de nuestra Constitución de 1917 consagró diversos derechos sociales en realidad no puede considerarse insertado plenamente dentro de la democracia social contemporánea, ya que la época en la cual se redactó representaba, más bien, una etapa de transición entre el constitucionalismo clásico, liberal e individualista del siglo XIX, y las nuevas corrientes socializadoras de la primera posguerra, además de que la propia

situación económico-social del país se caracterizaba por una población predominantemente agrícola y una débil industrialización.

No ha sido sino en la medida que el Estado mexicano se ha transformado e industrializado, con el consiguiente crecimiento de los sectores laborales urbanos, que paulatinamente se han introducido disposiciones más explícitas en el texto constitucional y más acordes con el Estado social de derecho -aun cuando a la fecha varias de sus normas programáticas en ese sentido han carecido de eficacia práctica alguna.

En consecuencia, establecer un criterio de definición de lo que ha de denominarse "Estado de Derecho", nos conlleva necesariamente a establecer distintas reflexiones, sobre el mismo. Varias corrientes dogmáticas, generadas esencialmente por Juristas nos mueven a lograr un panorama de su significado muy variado la mayoría de las veces por el no ajeno carácter de la evolución política y jurídica de los pueblos a través de su historia.

El concepto en sí se remonta, como ya se señaló, al jurista Alemán Roberto Von Mohl, quien utiliza por primera vez esta expresión al mencionar en su obra: - Das Rechtsstaat - Del Alemán Recht.- Derecho, Ley normatividad. y Staat.- Estado) en la época moderna (1830 aprox.) Antes de esta aportación, existen pocos datos e imprecisos con las culturas de los romanos y los griegos. La visión que se tiene de este término varía de acuerdo a diferentes teóricos, como posteriormente se contrastará a la luz de ciertas categorías.

Este concepto de Estado de Derecho, apareja dos elementos que lo vuelven un término compuesto: Estado y Derecho, sobre este aspecto, el maestro Hans Kelsen, mencionó alguna vez lo siguiente:

"Sólo la unidad del orden totalitario, la persona del Estado Soberano, puede constituir el punto final de la imputación, en función de la cual debe puede interpretarse una determinada conducta humana como acto de la comunidad". La unidad de los órdenes parciales, en especial, la unidad de ese orden parcial, constitutivo de la llamada Persona Física, no representa sino puntos provisionales, puntos de tránsito de la imputación, la cual aspira incesantemente hacia una unidad última definitiva. Que el estado soberano constituya el punto final de la imputación". Interpretando a Kelsen, significa que su voluntad es libre porque no se halla determinada, ni es susceptible de serlo, por ninguna voluntad superior.

De este modo la soberanía del estado, como libertad de su voluntad, es incompatible con la voluntad en el sentido de que, éste fuese libre fuera del estado.

Kelsen, iguala al Estado Autocrático y al Democrático porque según él, ambos son estado de Derecho, porque "es el orden Jurídico el que determina el titular de la autoridad y la forma de ejercerla; quien debe mandar y quien obedecer"⁸.

Esto son elementos dependientes, la simbiosis de la legitimidad diría Duverger; ante esta similitud de conceptos, estamos en posibilidad de fundamentar que en sí, el orden Jurídico de un Estado, lo identifica con el mismo, esta relación, surge como una simbiosis Estado - Derecho, que ante este perfil se ofrece no el Derecho como un elemento del Estado, sino como una cualidad intrínseca del Estado. Ya que no concibe que el orden jurídico, como un elemento del Estado, sino lo identifica como el mismo (entiéndase Estado); según obran en las referencias bibliográficas en su Obra de la Teoría General del Estado en el cual indica:

"Insistimos en que no es un proceso histórico realmente acaecido en el mundo externo en el que el Estado cede su soberanía al orden jurídico sometiéndose a él, que se trata de un progreso dentro del mismo conocimiento del Estado como objeto de Estudio, el cual, partiendo de la consideración aislada del contenido del poder de dominación se eleva al punto de vista mas general de ese contenido, es pues la evolución del Estado en relación al ejercicio de sus funciones en un marco de actuación restringido, sujeta la función pública al límite de la ley; que preserva por tanto la libertad del individuo en su actuar y como garante el Estado, de las garantías del gobernado. Por tanto podemos concluir que el ejercicio del poder se muestra dimensionado en forma específica por el marco jurídico "⁹.

Sobre esta postura del maestro Kelsen, Edgar Bodenheimer, hace un claro análisis en su libro Teoría del Derecho, escrito en 1940, en la cual analiza la posición de Hans Kelsen y menciona las siguientes consideraciones:

Términos como "Estado de Derecho" o "Imperio de la Ley" carecen totalmente de significado. Todo Estado es un Estado de Derecho - dice Kelsen en su obra. El término mismo de "Estado de Derecho" no es más que un pleonasma carente de sentido, porque en opinión de Kelsen- Derecho y Estado son conceptos idénticos, sinónimos. El Estado no es sino la suma total de normas que ordenan la coacción, y es así coincidentemente con el Derecho.

⁸ Véase KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho y Teoría General del Derecho y del Estado, op. cits. Kelsen critica el dualismo Estado-Derecho, en cuanto que éste sostiene que el Estado crea el derecho y que el orden jurídico, una vez producido por la voluntad estatal, somete el poder de dicha entidad.

⁹ KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado, op. cit., p. 115.

El Derecho, el Derecho positivo; (no la Justicia) es precisamente ese orden coactivo que es el Estado, Kelsen ataca la opinión de que un Estado despótico no está gobernado por el Derecho, sino por la voluntad arbitraria de un individuo. Tal opinión -dice- carece totalmente de sentido. Negar el carácter jurídico de un régimen despótico no es sino una ingenuidad o una presunción Jusnaturalista.

De acuerdo con el tamiz por el cual se analiza esta postura, estamos ciertos en determinar que aún y si esta afirmación fuera cierta, los súbditos de el régimen despótico, cierto es que, aun y cuando carecieran de derechos frente al déspota, el estado despótico sería un estado de Derecho, concebido en que la ley del déspota es la que impera. Más todavía si tomamos en consideración que en el caso de los regímenes absolutistas-despóticos, la figura del déspota se le identificaba con el estado, por ejemplo, El Rey Luís XIV en Francia ó la Zarina Catalina de Rusia, en la cual tenía como lema: "Gobernar para el pueblo, pero sin la intervención del pueblo". La omnimoda actuación de éstos, se contrapone a la expresión jusnaturalista que Bodenheimer hace de Kelsen, al negar el carácter Jurídico de un régimen despótico, tomándolo como una ingenuidad de un acérrimo positivista. En sí, puede darse el Estado de Derecho en un régimen despótico, enfrentando una disyuntiva a la luz de varios doctrinarios del Derecho.

Con la aparición del Estado moderno, que trae como consecuencia la división de poderes, de la creación y reconocimiento de derechos del ciudadano, en contraposición del absolutismo y tomándolo del constitucionalismo inglés, el cual define la limitación y racionalización del poder, la supremacía del derecho, la división del poder. En esa época, particularmente en el siglo XVIII, el calificativo de Estado de Derecho lo concibieron como:

El sistema que contempla determinadas instituciones jurídicas acordes con el ideal Liberal Burgués: La distribución y control del ejercicio del Poder en varios detentadores; la supremacía de la Constitución que preferentemente debía ser escrita y rígida además de establecer competencias exclusivas y delimitadas de los órganos del poder; el sometimiento a la administración de la ley, la cual debería ser derogada y creada por un órgano popular, la vigencia de un control judicial adecuado el establecimiento de derechos y obligaciones para los gobernados , para garantizar la sujeción de los órganos estatales al Derecho.

Actualmente, en el Derecho Anglosajón Americano, el concepto tiene una denominación de una nueva concepción del Estado de Derecho: el Welfare State esta nueva concepción adapta hacia los nuevos derroteros de los caminos del Estado de Derecho, adonde confluya una nueva postura de un estado adecuado a

la Política, Economía, Cultura y Sociedad, adecuándose a las nuevas necesidades de estas materias en constante desarrollo.

En lengua hispana su aproximación se lograría en Estado Social de Derecho, esta denominación concebida por el Derecho anglosajón Norteamericano, da la pauta para establecer un concepto más adecuado a las necesidades, aquí converge en este término que al parecer pone en claro dicho término. Dando como conclusión que este es el mejor concepto de estado de derecho, apareja, la necesidad de unir los criterios, del estado en su función, e interrelaciona a su población no como un elemento más del Estado, sino como un colaborante en esta relación unida en una definición, con un Derecho que en realidad, deposita en su verdadera función garantías para el gobernado y un estricto apego a las facultades en las que el estado se limita únicamente a sus funciones conferidas por ley; logrando un balance en esta definición, llevando la sumisión del Estado al Derecho como relacionándose directamente al Principio de legalidad.

III.4. Entre la legitimidad y la legalidad

El vocablo “legitimidad” proviene de “legítimo” que, a su vez, deriva del latín legitimus. El adjetivo latino legitimus, en el lenguaje común, significa conforme con las reglas “bien construido”. En la literatura jurídica legítimas significa: “conforme a derecho” “justo” en el discurso en que ius y iustitia aparecen como equivalentes.

En este sentido se habla, por ejemplo, de legitima poena -pena conforme a derecho-; legitimum impedimentum: -impedimento establecido por el derecho-; legitimae controversiae -controversias o litigios legítimos-.

Con frecuencia legitimus significa simplemente ex lege -lo establecido por la ley- o ex iure civile -lo establecido por el derecho- Muchas son las instituciones que usan legitimus en este sentido: aetas legitima, iudicium legitimum, pars (portio) legitima, filius legitimus, hereditas legitima, tutela legitima, persona legitima, entre otras.

Un uso de legitimum: legitima (orum) (siempre en plural) significa, formalidades en actos y procedimientos jurídicos. Así, por ejemplo, legitimis quisbasdam confectis, damnatus est -cumplidas ciertas formalidades jurídicas, fue condenado-. Este plural igualmente significa: preceptos, ley. En este sentido: custodite legitima mea -observad mis preceptos-.

De legitimus deriva el adverbio legitime que significa: -jurídicamente-, -con arreglo a derecho-, -justamente-, -correctamente-. Así: iuste et legitime imperare -mandar con justicia y de conformidad con el derecho-. Legitime es equivalente a legítimo

modo que significa: -en la forma prescrita por el derecho-, o -en la forma prescrita por el ius civile-

Legitimus contiene una pesada carga emotiva (positiva). Actuar "conforme a derecho" es considerado altamente valioso. Una acción ex iure es un comportamiento iustus. Este carácter valioso es incorporado a legitimus. Para los romanos legitimus nombra algo practicado o mantenido como correcto, legitimus produce una reacción favorable, de aprobación. Lo mismo ocurre con dikaia o dikaion entre los griegos, que originalmente significan "lo justo", "lo lícito".

De esta forma tenemos que "legitimación", desde los tiempos clásicos, significa: "con arreglo a derecho", "jurídicamente establecido", "fundamentado jurídicamente", implicando siempre "lo justo", "lo correcto", "lo (jurídicamente) justificado".

Los usos dogmáticos de "legitimidad" y "legalidad" se han visto fuertemente afectados por los usos que estos términos tuvieron en el campo de las ideas políticas. En un principio, como se sigue de su etimología y de su significado originario, quien dice "legitimidad" quiere decir "conforme a derecho" y éste es el significado primordial y persistente de 'legalidad'. De esta forma tenemos que ambos términos son, en principio, equivalentes o sinónimos. No obstante cabe señalar que, en la literatura jurídica, hace tiempo se aprecian ciertos matices.

Quien piensa en "legitimidad", alude a justificación, "legitimidad" sugiere la búsqueda de un fundamento. "Legalidad" por su parte, si bien no excluye esta idea de justificación o fundamento, parece referirse primordialmente a la conformidad: las acciones, este es el requerimiento que presupone la obligatoriedad del derecho, deben conformarse con las disposiciones jurídicas establecidas.

Cabe destacar que la conformidad a la que se refiere el término "legalidad" no es aquella que exige el cumplimiento de las normas que imponen obligaciones, sino la observancia de las normas que otorgan facultades, o que regulan su ejercicio.

En el campo del derecho privado las facultades constituyen la esfera de la autonomía. Cuando los actos de los particulares no se conforman con las normas que confieren y regulan el ejercicio de facultades, los actos no tendrán los efectos que se pretendía tuvieran: dichos actos son nulos, o anulables. Si el problema de la conformidad en derecho privado ha dado origen a una abundante y autoritativa doctrina sobre la nulidad y la existencia de los actos; en el dominio del derecho

público; los problemas de la conformidad han generado la doctrina aplicable a la defensa de los particulares frente a la administración.

Estas doctrinas han sido producidas mayormente en los ámbitos del derecho administrativo y del derecho procesal. En este contexto la legalidad se convierte en la noción fundamental. Aquí legalidad, en el sentido de conformidad con el derecho, quiere decir algo más que el mero requerimiento del liberalismo; "legalidad" no significa, o no sólo, "conformidad con lo establecido en una ley" sino "conformidad con el derecho en consonancia con los principios que guían, o limitan, el ejercicio del poder público.

La problemática de la legalidad y de la legitimidad ha tenido un largo desarrollo dentro de la dogmática del derecho público. Este desarrollo se encuentra estrechamente vinculado con los dogmas del constitucionalismo, particularmente con los del Estado de derecho.

En este contexto los juristas entienden por "legalidad" el principio -en el sentido de regula iuris- de que ningún acto administrativo puede penetrar la esfera del particular, más que por mandamiento de autoridad competente y de conformidad con una ley preexistente. En este sentido la legalidad es considerada desde la óptica de los derechos subjetivos (públicos).

La autoridad, sin un fundamento jurídico apropiado (legal), se encuentra en la periferia del derecho subjetivo del particular. En combinación con la idea, más bien correlativa, de que la administración no puede realizar ningún acto que no esté jurídicamente autorizado, la libertad del individuo, en el sentido de permisión fuerte que deriva de una norma, encuentra en la legalidad un elemento esencial de su existencia.

Cuando las instancias del poder público no se conforman con las normas de competencia (normas que facultan y regulan el ejercicio de sus funciones), la inobservancia se califica no como delito sino como 'ilegitimidad'. La legitimidad en este dominio (a diferencia de lo que ocurre en el problema del fundamento del orden jurídico, en su totalidad) se presenta como una especie circunscrita del genus legalidad.

Por otro lado, es importante señalar que la conformidad al derecho, no significa sólo observancia a una disposición legal o reglamentaria. El requerimiento que subyace detrás del principio de legalidad exige la observancia de los principios (regulae iuris) que gobiernan la aplicación (y creación) del derecho público de conformidad con las reglas (metarreglas) de la hermeneútica jurídica. En ciertos casos, huelga decir, la determinación de la observancia del derecho no es fácil; el

órgano aplicador tiene que resolver el problema de cuál es el derecho aplicable y para ello tendrá que hacer uso de los procedimientos recibidos por la profesión jurídica. En este sentido legalidad se encuentra estrechamente relacionada con los problemas del razonamiento jurídico y de la doctrina de la correcta aplicación (judicial) del derecho.

Para la dogmática moderna “legítimo”, además de “establecido jurídicamente” significa: jurídicamente reconocido, protegido por el derecho. En este sentido se habla de *filius legitimus*.

En las dogmáticas constitucional y administrativa e, incluso, en la dogmática internacional, “legitimidad” se refiere fundamentalmente a los actos del poder público. La legitimidad de la acción administrativa consiste en la observancia de las normas y máximas que regulan el ejercicio del poder público. La idea de legitimidad de la administración es particularmente relevante para juzgar los casos de discrecionalidad y oportunidad de la acción política gubernamental.

Además del incumplimiento el cual genera la responsabilidad -penal o administrativa- del funcionario, los vicios de legitimidad son: la incompetencia, el exceso y el desvío del poder. Éstos son los vicios susceptibles de ser impugnados a través de los recursos administrativos o mediante el control judicial de la administración. Legitimidad, en este caso, es más bien un problema de legalidad.

En la dogmática procesal “legitimidad” o, en su caso, “legitimación” alude, en principio, a los procedimientos o bien a las condiciones o requerimientos para poder actuar en derecho, manteniendo el sentido de razón o justificación e, incluso, fundamentación.

En este sentido se habla de legitimidad o legitimación para obrar o actuar indicando la posesión de un interés jurídicamente justificado para intervenir en juicio. En este mismo sentido, la dogmática procesal habla de legitimación *ad causam* y de legitimación *ad processum*. La primera se refiere al requerimiento de que la acción sea interpuesta por el titular del derecho base de la acción. La legitimidad *ad processum* se refiere a la idoneidad del sujeto que interviene en juicio, la que pertenece o debe acompañar a la parte procesal.

En cuanto a la legitimidad, la Ciencia Política ha tomado del lenguaje jurídico este concepto. Se ha convertido en uno de los temas centrales de la filosofía política. Particularmente importantes fueron los trabajos de Max Weber (1864-1920) sobre los tres tipos de poder legítimo.

En un sentido histórico ideológico “legalidad”, en comparación con “legitimidad” es una noción reciente. “Legalidad” deriva de “ley”. “Legal” literalmente significa: “conforme con la ley y, por extensión: conforme a derecho” o, simplemente: “lícito”. Por tanto, “legalidad”, parece sinónimo de “legitimidad” que, etimológicamente muestra el mismo origen: “conforme al derecho”, ex lege.

La existencia de las dos nociones, permitió su progresiva diferenciación. En realidad aunque, en un sentido amplio y genera, “legalidad” indica la calificación de actos que se conforman con el derecho existente, no se puede predicar lo mismo de “legitimidad”. Ciertamente, este término designa la confirmación de una acción con una norma, pero primordialmente alude a la búsqueda del título que justifica el orden jurídico en su conjunto. “Legitimidad” se refiere al problema del fundamento, de la justificación, de la autoridad.

El problema de la legitimidad depende históricamente de lo que significa, o ha significado “poder legítimo”. Desde las teocracias primitivas hasta las modernas democracias parlamentarias la cuestión del poder legítimo ha tenido diferentes respuestas, en ocasiones opuestas, todas éstas contienen los requerimientos o condiciones que, satisfechos, otorgan un justo título, un fundamento justo, al detentador del poder.

“Legitimidad” como “legalidad” son predicados dados al poder, a la acción política, a actos de la administración. Como hemos visto, en el lenguaje de los juristas estos términos, en ocasiones, se usan como sinónimos, en el sentido de la expresión “conforme a derecho”, ex iure. Sin embargo, estos términos son habitualmente usados para nombrar distintas condiciones para hablar de la conformidad ex iure de una acción o de un comportamiento:

Primero la titularidad. Un individuo está investido o facultado para hacerla. Segundo el procedimiento. El individuo, el cual es titular del. Poder, la realiza de conformidad con las reglas y los límites establecidos. El término “legitimidad” se aplica, por lo general, a la primera condición; el término “legalidad” a la segunda según Bobbio.

En este sentido se predica de quien está facultado o tiene el derecho que “detenta legítimamente el poder”. La legitimidad es el requisito de la titularidad del poder. La legalidad lo es de su ejercicio. Cuando se exige que un poder sea legítimo se requiere que quien lo detenta tenga un *iustus titulus*. La auctoritas ex iusto titulo es el fundamento de la facultad de mandar del poder público y, al mismo tiempo, el fundamento del deber de obediencia del súbdito. Cuando se invoca la legalidad, se alude al hecho de que el poder sea ejercido de conformidad con el procedimiento establecido. Esta distinción entre legitimidad y legalidad

corresponde a la tradicional distinción entre dos formas de tiranía: *tyrannia absque titulo* y *tyrannia quoad exercitium*.

Por lo que se refiere a la legitimidad y validez, en la teoría del derecho “legitimidad” se refiere a la fundamentación última del orden jurídico, así como a las condiciones y procesos de transmisión del poder legítimo.

El ejercicio regular del poder presupone la existencia de normas válidas. Las normas válidas presuponen un poder legítimo que las establezca. Sólo un poder legítimo crea normas válidas.

La correspondencia entre el poder y la validez no es nueva para la teoría del derecho, se remonta a las teorías de la *summa potestas* y *merum imperium* elaboradas por los juristas medievales. El orden jurídico, considerado en su conjunto, es una urdimbre de normas y poderes; de poderes que producen normas y de normas que otorgan poderes y que facultan.

Con la expresión “orden jurídico” (*Rechtsordnung*, *ordre juridique*, *legal system*) los juristas se refieren indistintamente a un conjunto de disposiciones jurídicas o a un compuesto de actos, los cuales producen y aplican tales disposiciones.

Haciendo abstracción de los actos de creación, la dogmática jurídica considera al orden jurídico como un conjunto de disposiciones dadas -léase 'normas-. Sin embargo, el orden jurídico se compone de ambos elementos: el fáctico, los actos de creación y aplicación del derecho y el normativo, las disposiciones jurídicas que son creadas y aplicadas por tales actos. Ambos elementos normas y actos jurídicos se encuentran estrechamente relacionados.

Para Rolando Tamayo, puesto que todos los actos jurídicos se encuentran condicionados por las normas que las facultan, entonces tales actos y normas pueden representarse en forma de una cadena normativa.

Cada línea representa una norma que faculta o autoriza el acto que crea la norma que le sucede. De esta manera tenemos que la norma “uno” faculta o autoriza el acto “dos” por medio del cual se crea la norma “dos” que le sucede. Los círculos representan los actos creadores y aplicadores de normas jurídicas.

Los componentes de una cadena normativa valen como tales, tienen los efectos que pretenden tener, valen como leyes, como contratos, etc., si satisfacen las condiciones impuestas sucesivamente por los actos jurídicos que les preceden. Éstas no son otras sino aquellas que se introducen por la norma que faculta la realización de ciertos actos. Una norma faculta, confirmando un determinado poder

aptitud normativa a alguien para que sus actos tengan los efectos previstos, los efectos normativos que dichos actos pretenden tener. Para que los actos de la autoridad, valgan como tales -como reglamentos, como leyes, etc.- es necesario que exista la norma que faculta justo título y que el ejercicio de tales facultades se conforme a las condiciones establecidas por la norma que faculta.

La norma que autoriza la creación de una norma subsecuente, es una norma de las que H.L.A. Hart denomina: *power conferring rule*, una norma que confiere a un individuo la facultad o poder de crear normas jurídicas válidas. La relación entre cada una de las etapas adquiere, así el carácter de relación *gen duos* por los cuales se crean las normas subsecuentes.

No obstante su presencia en toda la escala del orden jurídico, importante para los problemas de la impugnación y control de la legalidad, la cuestión decisiva de la legitimidad se presenta en el poder originario (poder primero), más allá del cual no es posible remontar. El acto creador del sistema es un poder o facultad de creación jurídica. Esto es, la arborescencia descansa en un poder fundamental. Este poder legislativo fundamental es el poder que crea la primera norma. De esta manera puede decirse que un orden jurídico total consiste en el poder fundamental y en todas las normas creadas, directa o indirectamente, mediante el ejercicio de las facultades conferidas por tal poder.

Ahora bien ¿cuándo un poder es fundamental? La respuesta es simple: un poder es fundamental cuando efectivamente es el origen de un orden jurídico histórico, cuando el sistema que propone existe. En otros términos, un poder fundamental es el poder que se muestra eficaz. Éste sería el punto de vista externo. Cuando se pregunta el jurista por el fundamento del poder originario, más allá del cual no es posible remontar históricamente responde, al no existir norma positiva anterior que su fundamento reposa en la eficacia es decir en el *merum factum* histórica y sociológicamente verificable de que las obligaciones establecidas por este poder son efectivamente obedecidas.

El poder legítimo, creador de un orden jurídico se explica exclusivamente por el hecho social del hábito de obediencia. El fenómeno de la sustitución de la autoridad legítima es el que con más claridad muestra la significación normativa de la legitimación. Si el antiguo sistema jurídico, sobre el cual los actos del poder legítimo descansaban, deja de ser eficaz, y un nuevo sistema normativo lo sustituye las autoridades del antiguo régimen dejan de ser la autoridad legítima. Pero si los revolucionarios fallan y el orden normativo que ellos tratan de establecer nunca es eficaz, entonces sus actos no son interpretados como actos legítimos del poder, sino como actos ilícitos, de conformidad con el sistema

normativo aún en vigor (Kelsen). Una autoridad establecida, es la autoridad legítima.

Sin embargo, un punto de vista interno considera que un poder (originario) es legítimo si, y sólo si, es un poder consentido, un poder que constituye una razón para actuar según Hart.

Este punto de vista interno, es similar al legitimitätsglaube de M. Weber. El punto de vista interno entiende "aceptación" en un sentido fuerte. En este sentido el poder se reclama "legítimo" si reposa en principios, tradiciones o creencias que se presuponen válidos desde la perspectiva de Joseph Raz.

El poder legítimo cambia si el sistema por el cual este poder ha sido establecido es reemplazado por otro. La autoridad legítima es siempre aquella que manda de conformidad a un sistema normativo vigente en una comunidad determinada. El dominio es legítimo si, y sólo si, se produce de conformidad con el sistema normativo, esto es de conformidad a las normas jurídicas válidas. "Ningún concepto de dominio (legítimo) puede ser definido en alguna forma que no sea en referencia a la facultad de mandar" (Weber).

Sostiene Carl Schmitt que la legalidad no es en su origen sino un producto del racionalismo y, en este sentido, una forma de legitimidad, no constituye necesariamente su antítesis. La legalidad adopta una forma de funcionalismo y se presenta como dogma de la democracia y de la ideología liberal. Esta tendencia halló su expresión en la Rechtsphilosophie de Gustav Radbruch (1878-1949): "Quien tiene derecho a imponer la ley prueba con ello que está facultado para hacerlo...". La legalidad, como una de las tres formas típicas de la legitimidad, en el sentido de Max Weber, presupone una modernización racional.

En la esfera de la Iglesia no se hace diferencia entre legalidad y legitimidad. En el *Codex iuris canonici* aparece frecuentemente legitimus; en cambio, legalis sólo se encuentra en cuatro pasajes (cánones 33, 1059, 1080 y 1543), siempre en relación con el derecho secular (civil). Esto podría significar cierto desinterés. En la esfera de la Iglesia misma no hay lugar para la diferenciación entre legalidad y legitimidad. El problema, parece, le es extraño al pensamiento eclesiástico (H. Barion, C. Schmitt). La conducción divina hace que la legalidad eclesiástica sea siempre legítima.

En el desarrollo histórico constitucional del Estado europeo continental, creció la tendencia a presentar divergencias entre legalidad y legitimidad. La divergencia comienza con el llamado principio de legitimidad de la restauración monárquica de 1814-1815. La legitimidad monárquico-dinástica valió hasta principios del siglo XX

como la legitimidad por antonomasia. Después se habría de desarrollar un principio democrático de legitimidad: la legalidad (como elemento primordial del Estado de derecho). Así, la divergencia entre legalidad y legitimidad tuvo su origen en la Francia de la Restauración al surgir un antagonismo sorprendente entre la legitimidad histórica de una dinastía restaurada y la legalidad al estilo del Code napoleónico.

Para el progreso revolucionario la legalidad era una expresión de racionalidad y una forma más elevada que la legitimidad histórica. Ante la tradición, la ley. Recordemos que la ley (parlamentaria) encarna la voluntad générale, es la manifestación racional de la soberanía. Jules Michelet elogia la ley, en escritos panegíricos, como la expresión de la civilización frente a la barbarie, como la superación del paternalismo, de la paternité. La ley es el gobierno del hombre por sí mismo; la loi, le gouvernement de l'homme par lui-même. Plus des peres! La legalidad como legitimidad racional es venerada. Algo similar había ocurrido en Atenas con el advenimiento de nómos.

Todo aquello que era legal (basado en una ley parlamentaria) era legítimo. Así comenzaba una tiranía de la voluntad legislativa. Fue así que "legalidad" generó reacciones desfavorables. La legalidad se convirtió en un blanco cuando es concebida como instrumento del "orden". Esta tesis penetra con todo su vigor desde el Manifiesto comunista de 1847-1848: la ley del Estado clasista es enemiga del proletariado.

La crisis de la noción de legalidad llega al escándalo con el fascismo (siempre sostenido por una mayoría capaz de establecer sus "ideales" en leyes) Hitler se sirve hábilmente de la "legalidad". Las dos prórrogas de la Ley de Plenos Poderes de 1933, la de 1937 y la de 1943, se explican por el papel (fatal) que jugaba la noción de legalidad en la justificación de la acción política.

Por ello creció la tendencia de evitar la noción de legalidad, empleándose v en su lugar con más frecuencia, la expresión "legítimo". La legalidad se convierte en un arma envenenada que se lanza a la espalda del aniversario político. En la teoría política y en la dogmática jurídica, particularmente constitucional, de la posguerra, se exige un retorno a la legitimidad material, a principios materiales de justicia.

Y sin embargo, el reclamo de conformidad que presupone el principio de legalidad no deja de estar presente, ahí donde se pacta. Ahí donde existe un compromiso aparece la exigencia de su cumplimiento. Éste sigue siendo el sentido profundo de la noción de legalidad. Por otro lado legalidad, como hemos visto, significa (en la dogmática jurídica) observancia racional, de conformidad con los cánones de la

interpretación jurídica. Es en estos aspectos por los que la legalidad continúa funcionando como una forma de legitimidad racional.

Aun en los momentos más controvertidos de la noción política de la legalidad, el principio de legalidad dentro de la dogmática jurídica continúa siendo la pieza esencial en la protección de los individuos. El principio de legalidad se encuentra en la base de los sistemas de control judicial de la administración y de impugnación judicial -apelación extraordinaria, casación, amparo-. En rigor los sistemas de control de la constitucionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos no son, estrictamente, sino sistemas de control de la legalidad y de la suprallegalidad constitucional.

IV. EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Dentro de las Teorías Política y Jurídica, es una tendencia relativamente reciente, el hablar o referirse al Estado Constitucional. ¿Es en realidad el Estado Constitucional una nueva forma de Estado? Nuestra respuesta es no. Como lo hemos señalado en capítulos anteriores de la presente obra, el Concepto “Estado” lo comprendemos como la forma de organización del poder político de una sociedad; y éste (el poder político) sólo tiene dos y únicas formas de ejercerse: de forma unipersonal o compartida.

En este orden de ideas sólo podemos hablar de que existen Estados autocráticos o democráticos; todas las denominaciones que se le otorgan al Estado se refieren características del mismo o a formas de gobierno; por ejemplo: Estado parlamentario o Estado presidencialista son referencias a las formas de gobierno. No obstante lo anterior, el objeto de esta obra y, en particular del presente capítulo, es el de analizar esta moda conceptual de denominar al Estado, como Estado Constitucional

IV.1. Evolución de las etapas constitucionales

Para comprender el fenómeno que engloba el transito del concepto de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional, resulta especialmente importante analizar las más recientes corrientes que proponen una renovación de forma y contenido de la Teoría Constitucional actual; movimientos ideológicos principalmente europeos que teniendo como referencia principal la segunda guerra mundial, finalizada en 1945, ven la necesidad de un cambio gradual en las formas y fondos de los textos constitucionales.

No es objetivo de este apartado realizar un tratado de Teoría Constitucional actual, que data de la segunda mitad del siglo XX a la fecha, lo cual implicaría abordar todas y cada una de las tendencias recientes principalmente europeas relativas a los nuevos paradigmas de argumentación e interpretación constitucional, sino de rescatar los rasgos y matices esenciales de todas ellas en su conjunto, como son: el respeto pleno a la Constitución, sus contenidos, los derechos fundamentales, entre otros. Así como la forma en que el Estado Constitucional actual los ha adoptado y desarrollado, punto que analizaremos a detalle a lo largo del presente capítulo.

Como punto de partida no podemos pasar por alto que desde el fin de la segunda guerra mundial, una sucesión de cambios rápidos y profundos van abriendo paso al reacomodo de fuerzas y relaciones en el sistema internacional, hoy en pleno proceso. Esos cambios incluyen irremediabilmente todos y cada uno de los

elementos que se conjugan para que el Estado sea posible, entre ellos, irremediablemente las regulaciones constitucionales.

El paradigma constitucional de la posguerra se define: es aquel en el que el Estado ya no es o no debe ser exclusivamente un Estado de Derecho, hoy es, ante todo un Estado Constitucional. La Constitución no es sólo la norma superior sino que contiene un material jurídico que obliga a todos, la Constitución determina no sólo “quién” y “cómo” se manda, sino también “qué” puede y qué no puede mandarse. La Constitución limita la ley y, por tanto, a las mayorías legislativas y sociales, establece el coto vedado por donde nadie, ni aun las mayorías electas democráticamente, pueden aventurarse¹.

Hasta ahora el Estado y su soberanía no están condenados al total debilitamiento ni a la completa extinción, sufren infracciones a la soberanía y restricciones al ejercicio de la autonomía de acción, el avance de la globalización no se cumple de manera uniforme en todo el mundo y para todos los Estados, ni llega a tener un carácter absoluto y definitivo².

Sin embargo, es necesario considerar que lo típico para la definición del respectivo ámbito material constitucional puede ser captado de manera muy precisa gracias a un análisis textual sensible (en el cuál resulte palpable la realidad a mediano plazo y de manera mediata), de las verdaderas aspiraciones de los textos constitucionales.

Ha sido necesario plantearse una “rematerialización” de los documentos constitucionales que consista en un orden de valores que suponga que la constitución ya no tiene por objeto sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales, sino que está dotada de un contenido material, singularmente principios y derechos fundamentales, que condicionan la validez de las normas inferiores: la Constitución en términos rigurosos “es fuente del Derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediato e inmediato de derecho y obligaciones, y no sólo fuente de las fuentes³”.

Por otra parte, tomar los textos constitucionales positivos como punto de partida comparativo, y regresar una y otra vez a ellos, conjunta las nociones imprescindibles de un “positivismo ilustrado”, es decir, que toma en serio los textos jurídicos, y la dimensión histórica profunda hasta la que puede penetrar una teoría de la Constitución en tanto “ciencia cultural” que trabaje de manera comparada e histórica⁴.

¹ CARDENAS, Jaime, La argumentación como Derecho, UNAM, México, 2005, p.118

² KAPLAN, Marcos, op cit, p.414.

³ PRIETO Sanchis, Luis, Constitucionalismo y Positivismo, Fontamara, México, 1999, p.17

⁴ HABERLE, Peter, El Estado Constitucional, trad. Héctor Fix Fierro, UNAM, México, 2001, p.79

Para nuestro objeto de estudio la comparación constitucional, es un “vehículo” en el desarrollo del Estado Constitucional y de su respectiva observación, pero la comparación constitucional no debe agotarse en lo textual, sino que el “*constitucional law in the books*” (el derecho constitucional en libros) debe avanzar a un “*law in public action*” (derecho en acción pública), esa debe ser la tarea fundamental de la Teoría Constitucional actual, que las ideas y aspiraciones no únicamente sean una carta de buenas y pretenciosas intenciones sino alcanzar la aplicación real y concreta de las mismas.

En la actualidad trabajan comparativamente todas las funciones estatales (desde el constituyente hasta el órgano que revisa de manera puntual o total la constitución), de manera más o menos abierta. Existe una función estatal que de manera particular no debe subestimarse tanto en sus tareas como en sus contribuciones al desarrollo del Estado Constitucional: la jurisprudencia constitucional, la labor de esta respecto del texto constitucional de un Estado Constitucional consiste que donde el texto constitucional de su país no alcance, pueda revisar a manera de comparación a su alrededor.

Probablemente no todo el patrimonio de ideas y realidades que un determinado Tribunal Constitucional Nacional o la doctrina propongan como derecho constitucional material pueda ser adoptado por todos los textos constitucionales, pero debido a las idea de un derecho internacional común pueden adaptarse tarde o temprano.

El derecho constitucional consuetudinario no escrito puede orientarse, aquí, por los textos de allá, incluso los textos de los programas de los partidos políticos pueden actuar a mediano y a largo plazo como “proveedor” de textos constitucionales nuevos, elaborados por el constituyente o por el poder revisor⁵.

El punto medular de la comparación de las etapas textuales consiste en que engloban, de manera mediata, a la realidad constitucional, ya que los textos de otros países que son recibidos o reelaborados tiende a convertir en conceptos lo que la práctica, la doctrina y la docencia han desarrollado en otros lados. La evolución constitucional no escrita, específicamente la de Estados Constitucionales occidentales, es literalmente prorrogada, verbigracia, en las nuevas Constituciones de Europa oriental, ya sean nuevos o revisados, y creen ya una realidad conforme con la Constitución.

⁵ ibidem, p.80.

Las Constituciones más recientes en el mundo occidental, particularmente en Europa a partir de 1975, han modificado numerosos textos nuevos, o en su caso modificado los antiguos, en un breve análisis a las Constituciones más recientes de los Estados Constitucionales muestra hasta qué punto esas han crecido y se diferencian de manera formal y sustantiva, frente al tipo del antiguo Estado Constitucional.

Las Constituciones contemporáneas se han decidido a incorporar con entusiasmo un buen número de valores morales que representan el núcleo de lo que suele llamarse la ética de la modernidad: democracia y soberanía popular, igualdad y derechos fundamentales; la “rematerialización” de los textos constitucionales de la que antes se habló supone precisamente la juridificación o positivización de una ética que se erige así en criterio de validez, las normas del sistema ya no sólo deberán respetar determinados requisitos formales y procedimentales, sino que habrán de ser congruentes con principios y valores que son morales y jurídicos a un tiempo⁶.

Es de llamar la atención el enriquecimiento material de la Constitución en todos los ámbitos problemáticos y en toda clase de normas constitucionales, es cierto que existen diferencias tanto entre países como en el eje temporal: unas veces se enriquece el preámbulo con tareas; otras se da a la parte competencial (no sólo en los Estados federales) la forma de tareas; en otras más los derechos fundamentales se presentan como tareas del Estado o en ropaje procesal, o bien se crean tipo de normas completamente nuevas.

Quizá el constituyente esté retomando hoy la concepción clásica, conforme a la cual el Estado y todas sus competencias se encuentran situadas instrumentalmente al servicio de los derechos fundamentales, el Estado no posee valor propio; las tareas del Estado son, a final de cuentas, “tareas de los derechos fundamentales”⁷.

La política de los derechos fundamentales es la finalidad del constituyente, en interacción con la dogmática común europea de los derechos fundamentales, los textos constitucionales mismos se han vuelto pluriformes, mientras que, a la inversa, los textos recientes incitan a la dogmática a un mayor refinamiento.

Los documentos constitucionales democráticos sintetizan la paulatina transformación política, ideológica e institucional que condujo a la limitación y distribución del poder político en las sociedades modernas, son una especie de “momento culminante” en el azaroso proceso de la lucha por los derechos (de

⁶ PRIETO Sanchis, Luis, op. cit., p.51.

⁷ HABERLE, Peter, op. cit, p.100.

libertad, políticos y sociales) fundamentales, la mayoría de los procesos constituyentes de la actualidad ha sido una respuesta esperanzadora ante momentos históricos marcados por la desesperanza y la zozobra.

La idea de los derechos fundamentales se ha ubicado en el corazón de algunas constituciones nuevas, en los preámbulos, y con ello se incrementa su valor, frecuentemente los derechos fundamentales se anticipan en forma de principios, también son formulados de manera directa, o según su materia, en la parte sobre las competencias y tareas del Estado, la versión social de los contenidos de los derechos fundamentales avanza visiblemente : en forma de derechos fundamentales sociales y culturales o de derechos de participación.

Realmente la transformación de los contenidos normativos en la correspondiente realidad, es un tema que inquieta y al mismo tiempo fascina a las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, el constituyente manifiesta en sus textos que para él no es suficiente una normatividad “ideal”, sino que quiere una “normalidad social” conforme la Constitución, una realidad efectiva de los derechos fundamentales.

Dos técnicas de normativización se cristalizan en los cuadros textuales en la actualidad: por un lado, las cláusulas sobre la realización de derechos fundamentales, y por el otro, los artículos en los que el constituyente pretende “reencontrar” en la realidad sus directivas normativas, sobre todo en relación con las tareas del Estado: como cláusulas de desarrollo. En el Estado Constitucional democrático, los ciudadanos y las personas, su dignidad humana, son la premisa antropológica y cultural, ellos mismos se dan la Constitución, como señalan acertadamente algunos de los nuevos textos constitucionales de Alemania Oriental (por ejemplo, el preámbulo de la Constitución de Brandemburgo de 1992)⁸.

La idea de la efectivización de los derechos fundamentales ha desplegado una dinámica tal que se han desarrollado prácticamente todas las dimensiones y estratos imaginables.

Por otra parte, la “unidad de la Constitución” realiza también aquí su obra: ambas partes de la Constitución sirven en última instancia a una sola “res pública”, a esto se agrega la creciente juridificación, las tareas del Estado son concebidas en última instancia en la perspectiva de los derechos fundamentales.

⁸ HABERLE, Peter, et al. La Constitucionalización de Europa, op. cit, p.24.

En unos cuántos términos claves podemos clarificar la evolución más reciente de los textos constitucionales:

- La evolución de la competencia puramente formal hacia la tarea sustantiva.
- La utilización deliberada de normas de reconocimiento, valores fundamentales y estructurales, junto con garantías de identidad, en diversos ámbitos y variantes.
- El incremento en las cláusulas de protección en diversas variantes.
- La incorporación de cláusulas de ponderación, jerarquía y compensación.
- El enriquecimiento de la Constitución en todas sus partes con numerosas normas de tareas.
- La ampliación de los derechos fundamentales a través de normas que establecen tareas relacionadas con ellos.

Esto conduce a una cantidad, algunas veces excesivas de normas, valores y materiales de los nuevos textos constitucionales, las cuáles incorporan cada vez un mayor número de contenidos, y cada vez de manera más diferenciada, y pueden sobrecargarse y excederse en lo pragmático (también en lo político), dando lugar a la retórica constitucional, la cuál usada de manera moderada tiene razón de ser.

Esta modalidad actual de modelo neo-constitucionalista es algo más que una superación o evolución del constitucionalismo tradicional, es una visión que impacta la vivencia del derecho. La Constitución se presenta como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico, pero es una constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho, sino mediante la ponderación; la constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso, la ley pasa a segundo plano, es más, la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución, y algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad, sino heterogéneo y plural, en muchas ocasiones expresión de valores con tendencias opuestas⁹.

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil, ley, derechos, justicia, Trotta, Madrid, 1995, pp.131-156.

El neo-constitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley, el concepto de soberanía no recae sólo en el Estado sino en una sociedad plural y abierta, la Constitución no es sólo un documento normativo en el que se apoyan las autoridades sino el centro en lo que todo debe converger.

La tendencia constitucional actual, al menos en occidente, es dejar atrás los modelos devastadores y totalitarios como el fascistas y nacista que tantas vidas cobraron, otorgar al ciudadano la categoría de ser humano y hacer valer sus derechos fundamentales, que los mismos sena garantizados y vigilados por la Constitución, que ya no es una imposición, sino un acuerdo, un pacto en el que todos participen, en el marco de una sociedad abierta y plural, democrática y educada, pero sobre todo conciente de lo que es su Constitución, Alemania es sin duda un claro ejemplo de un pueblo civilizado y comprometida con su norma fundamental, la Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de construir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico.

IV.2. La concepción antropocéntrica de constitución

Las corrientes constitucionales de las últimas dos décadas del siglo XX, han privilegiado la posición central que el hombre debe tener en las Constituciones. Desde el punto de vista filosófico, jurídico y argumentativo, la dignidad del ser humano ha retomado un papel fundamental como punto de partida que sustenta a todos los ordenamientos supremos recientes, ya no más regimenes totalitarios e inhumanos, estamos ante la era de una concientización a favor de una convivencia armoniosa y en paz.

Sin duda este proceso lleva ventaja en Europa, es muy cierto que es aún un proceso perfeccionable que a través de la Unión Europea muestra avances considerables, aunque con desvanes, como la no aprobación de la Constitución europea teniendo como principales opositores a Francia y Holanda.

Los textos clásicos, pero también los más actuales, sugieren una concepción antropocéntrica de Constitución, textos comprometidos con un pensamiento funcional, cuyas funciones se encuentren al servicio del ser humano, de su dignidad y libertad, e incluso igualdad.

El todo que constituye la función delimitadora clásica de los textos relativos a los derechos fundamentales, la nueva estructura de funciones, así como las competencias estatales, se encuentran todas al servicio del ser humano, así

también las normas estructurales como la “democracia en libertad”, el “Estado cultural y social de derecho”.

Por ejemplo, para Ferrajoli, no puede entenderse el Estado de Derecho como aquel que tiene exclusivamente una forma legal, sólo los Estados Constitucionales, que en los niveles normativos superiores incorporan límites formales y sustanciales, pueden ser Estados de Derecho. El Estado de Derecho tiene, para el maestro italiano, así dos características: una legalidad formal, que significa que todo poder público está subordinado a las leyes generales y abstractas que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se encuentra sometida al control de los jueces; y una legalidad sustancial, en donde todos los poderes del Estado, deben estar al servicio de la garantía de los derechos fundamentales mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales¹⁰.

El principio de legalidad sustancial exige que la propia ley esté sujeta a contenidos materiales (derechos humanos), para que pueda ser considerada legítima y válida. Esto es válido también, para los nuevos y variados textos sobre la protección del ambiente: ya que llevan a la dignidad humana, que es precisamente del Estado Constitucional, hacia un “antropocentrismo moderado”; en interés de un mundo futuro humanamente digno pretenden proteger hoy el ambiente¹¹, y como no va a serlo, si el trono natural del ser humano ha sido desprotegido irresponsablemente, el hombre con pretextos de desarrollo científico y tecnológico no ha priorizado su entorno próximo y lo que es aún peor, el mismo está siendo su más devastador enemigo.

El acercamiento con el ser humano se produce, en los textos constitucionales, muy especialmente en dos campos: el de la *ratio* y en el de la *emotio*. Que el Estado Constitucional se apoye en el ser humano como “ser racional”, es un lugar común que es reconocible en muchos textos antiguos y más recientes.

La *emotio* tiene como función específica el captar la “*conditio humana*” desde el lado emocional, lo anterior lo podemos constatar en los preámbulos, en las garantías sobre días festivos o en los artículos relativos al idioma, la bandera y otros símbolos, esta es una visión muy clara de los constituyentes: dirigirse al ser humano desde el lado de lo irracional, de lo que “sobrepasa” a la razón, para hablarles de lo importante de la Constitución.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, Derecho Y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Madrid, 1989, pp.880-903.

¹¹ HABERLE, Peter, op. cit., p. 116.

La *emotio* a la que hemos hecho alusión no sólo se encuentra en una relación de tensión, frecuentemente fructífera, con la racionalidad del Estado Constitucional, sino que es capaz de proporcionar un fundamento y base más profunda, visualiza al ciudadano como un ser humano.

Sin embargo, es necesario visualizar una mayor perspectiva de los nuevos textos constitucionales con tendencia antropocéntrica, pues no solo se trata ya de una protección de los derechos fundamentales del ser humano, sino también de una sociedad activa, actualmente la infraestructura comunicacional de un espacio público democrático tiene como función transformar los problemas sociales en tema de debate y permitir a los ciudadanos referirse al mismo tiempo a temas idénticos de la misma importancia, aportando contribuciones o simplemente adoptando una posición afirmativa o negativa con respecto a noticias y opiniones¹².

La Constitución es, una especie de “estimulo y límite”, proceso público, y que es material, instrumental, valorativa, de principio y abierta, los diversos textos constitucionales y los tipos de normas se distinguen más bien por ser lo uno y lo otro, solamente su interrelación dentro de un Estado Constitucional, es lo que le permite cumplir, en conjunto, con su función estabilizadora de ordenamiento y libertad, de crear unidad y diversidad plural, de poder simultáneamente como fundamento y límite del poder.

Las crecientes y diversificadas tareas del Estado, son Derecho Constitucional que tiene como objetivo el bien común, este tipo de Estado Constitucional intenta renovar y organizar los elementos de la justicia desde el lado procesal y material, específicamente debe privilegiar el lado humano.

Pero sobre todo, el Estado Constitucional pretende que sus textos se hagan realidad, que se cumplan “socialmente”; pretende regular y configurar la realidad en el sentido de sus textos, pero también guiarse por éstos, la tendencia de las constituciones se dirige en dirección a una “mayor cantidad de realidad”, si, una realidad palpable y no la que esta en el papel, que las los nuevos textos constitucionales sean portadores y promotores, pero sobre todo que puedan garantizar un bienestar para el ciudadano, considerado como fin primero y único.

La Constitución también debe manifestar una vitalidad, capacidad de evolucionar, pero sobre todo una proximidad a la realidad, el Estado Constitucional ha reaccionado a los nuevos procesos evolutivos en forma de una actualización y una

¹² HABERLE, Peter, et al, La Constitucionalización de Europa, op. cit, p.58.

diferenciación sensibles de sus textos, e incluso ha logrado actuar, es decir, regular la ya mencionada realidad, las normas de todo tipo sobre las tareas del Estado lo demuestran, como también el catálogo de los derechos fundamentales, el Estado Constitucional ha procesado la “realidad” social (y también lo ha hecho la legislación), en textos nuevos o modificados.

IV.3. Manifestaciones esenciales del Estado Constitucional

A lo largo del apartado anterior hemos expuesto brevemente los fundamentos en los que se sustenta la renovada corriente constitucional, con una inclinación netamente orientada a proteger al ser humano y su dignidad como su premisa mayor. Teniendo esas directrices claras abordamos nuestro objeto de estudio principal qué es y cuáles son las principales expresiones del Estado Constitucional.

El pensamiento jurídico en el siglo XIX sostenía que el orden jurídico era completo, esto es, que no tenía contradicciones internas ni vacíos que debieran ser integrados, lo anterior se debía a la concepción del Poder Legislativo como órgano supremo del Estado, el cuál no podía por su naturaleza, aprobar las leyes contrarias entre sí, la concepción mecánica de la actividad jurisdiccional impedía a los jueces el ejercicio de una función deliberativa y valorativa, y los constreñía a una aplicación literal de la ley, la hegemonía legislativa en la interpretación y la debilidad del Poder Judicial influyeron en la construcción de un modelo de Estado de derecho cerrado¹³.

Por otra parte, actualmente el Estado no es una tradición monárquica conservadora, algo primaria y natural con lo que la Constitución (más o menos conformada) se relaciona. En el Estado Constitucional democrático, los ciudadanos y las personas, su dignidad humana, son la “premisa antropológica y cultural”, ellos mismos se dan la Constitución¹⁴.

Los textos constitucionales, también en su intercambio a escala mundial hoy, pero también desde 1787 y 1789, son los portadores de las diversas partes integrantes del tipo del Estado Constitucional, el paradigma de “las etapas textuales” puede y quiere demostrar que a través de los diversos procesos de recepción de textos constitucionales se transporta también, de manera indirecta, una realidad constitucional.

¹³ NIETO Santiago, interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral, UNAM, México, 2003, p.9.

¹⁴ HABERLE, Peter, La Constitucionalización de Europa, et al, op. cit. p.24.

Sin duda esta corriente ideológica tiene su auge principal en Europa, pues el temor a repetir regímenes totalitarios que llevaron a la segunda gran guerra mundial, hacían necesario revisar los textos constitucionales vigentes en aquel entonces, ya que de seguir el modelo válido hasta ese entonces traería consecuencias indeseables para la humanidad.

El Estado Constitucional europeo no podía ser concebido, sin las aportaciones de Norteamérica, en otras palabras el Estado Constitucional europeo, ha sido históricamente y hasta hoy, una obra común de Europa y de los Estados Unidos, un proyecto no terminado, permanentemente abierto, que se desarrolla en el nivel de maduración de los textos¹⁵.

Esta evolución comienza con la Declaración de Derechos de Virginia en 1776 y la Declaración de independencia de los Estados Unidos, al mismo tiempo que con la obra de Smith: "La riqueza de las naciones", así como los *Federalist Papers* (1787) y continúa en algunos hitos del Estado Constitucional, con el desarrollo del federalismo y de la jurisdicción Constitucional en los Estados Unidos.

En Europa se elaboraron previamente algunos antecedentes: las ideas de Locke, Montesquieu, Rousseau y, en general los textos clásicos como los de Jonas o Popper últimamente, influyen en cuanto Derecho Constitucional en sentido amplio, todo esto se ha condensado en un patrimonio cultural del derecho atlántico-europeo de procedencias individuales diversas que difícilmente se pueden inventariar en su conjunto, pero que se desarrollan en las fechas claves de 1789, 1848 y 1945, definitivamente esta última acelera el proceso y urge a un cambio inmediato de los paradigmas de los nuevos textos constitucionales.

En este paradigma, lo estatal conforma sólo un aspecto parcial de la *res pública* constituida; se puede hablar de un triple ámbito de la República; lo público, lo privado y lo estatal, que estructura la sociedad abierta, a través de la imagen del Estado fundada sobre la dignidad de la persona, debería incorporarse cierto rigor hasta en las cuestiones singulares del derecho público, por difícil que esto sea. El Estado Constitucional, debe ser considerado como una "*res pública semper reformada*" y sigue desarrollándose como objeto y foro de los de los eternos esfuerzos humanos en materia de dignidad humana, libertad y justicia social.

La representación del Estado Constitucional europeo no puede ser única: una nueva forma de "eurocentrismo", no puede desarrollarse, por ejemplo, como aislamiento de los países en desarrollo sino con la construcción de puentes, así,

¹⁵ ibidem, p.34.

deben conservarse los lazos incomparables existentes entre Europa y Latinoamérica, debido a la conquista Española (recientemente, se constata esto en la línea que va desde la constitución de Cádiz de 1812 hasta la de Colombia de 1991).

También debe intentarse el diálogo con los países islámicos, la universalidad de los derechos humanos tiene que dejar espacio para las variantes culturales en el contexto de los países lejanos, la paz perpetua en el sentido de Kant (y aquí necesita la sociedad abierta “utopías concretas”) permanece como un proyecto obligado, en el Estado Constitucional europeo se tiene un puntal: con propósitos cosmopolitas y consecuencias cosmopolitas¹⁶.

En rechazo a la vasta difusión del “eurocentrismo”, el Estado Constitucional es en la actualidad una obra comunitaria de muchos tiempos y espacios, aunque históricamente no podemos negar que ha sido un proyecto europeo-atlántico, por lo que no se puede excluir de entrada a los países en desarrollo y los micro Estados o en las ciudades-Estado en sistemas federales, pues también en estos practica la cercanía al ciudadano, que puede resultar ejemplar para otros.

El Estado Constitucional de Derecho parte del concepto de pluralidad de métodos y de la crisis de los conceptos de seguridad y certeza jurídica, la Constitución emerge como centro de unificación de todo el ordenamiento jurídico, pero ya no refleja un solo proyecto de país, sino un conjunto de proyectos que reflejan la pluralidad social¹⁷.

En el Estado Constitucional de derecho el legislador ya no es omnipotente, en el sentido de que las leyes no son válidas sólo por haber sido producidas por él en las formas y con los procedimientos normativamente establecidos; lo serán si, además, resultan también coherentes con los principios constitucionales. Y tampoco es omnipotente la política, cuya relación con el derecho se invierte: también ella y la legislación, que es su producto, se subordinan al derecho. Hasta el punto de que ya no es el derecho el que puede ser concebido como instrumento de la política, sino, al contrario, es la política que ha de ser asumida como instrumento para la actuación del derecho, y precisamente de los principios y de los derechos fundamentales inscriptos en ese proyecto, a la vez jurídico y político que es la constitución.

¹⁶ ibidem, p.43.

¹⁷ BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico, Madrid, Tecnos, 1997, p.22.

El tipo de Estado Constitucional, que contemple la democracia plural, muestra ser hoy en día la forma de gobierno más exitosa, aunque como hemos señalado requiere de un constante perfeccionamiento, pues el Estado Constitucional se contrapone a cualquier tipo de Estado totalitario del color que sea, a cualquier ambición de verdad absoluta y a cualquier monopolio de información e ideología totalitaria, su característica más importante reside en no dar cabida a la verdad absoluta, sino en encontrarse permanentemente en la búsqueda de la misma.

A continuación, se presentan algunas de las manifestaciones esenciales del llamado Estado Constitucional.

IV.3.1. La dignidad humana y derechos fundamentales

En el clima cultural y político que acompañó el nacimiento del constitucionalismo actual (la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Constitución Italiana de 1948 y la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949) se toma conciencia de que el consenso de las masas en el que se habían fundado también las dictaduras fascistas no basta para garantizar la calidad de un sistema político.

Se vuelve, por tanto, a descubrir el significado y el valor de la constitución como límite y vínculo de cualquier poder, incluso mayoritario, según la noción estipulada dos siglos antes en el artículo 16 de la Declaración de derechos de 1789: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de los poderes establecida, no tiene constitución", que son exactamente los dos principios y valores que habían sido negados por el fascismo.

El Estado Constitucional Moderno se caracteriza por un conjunto de principios que en esta ocasión analizaremos. Existe un inventario básico de principios constitucionales en la actual etapa evolutiva del Estado Constitucional, por denominarlo de algún modo, "Un programa constitucional obligatorio", el cual comienza con la dignidad humana como una premisa antropológico-cultural que conduce a la democracia como "consecuencia organizativa".

Si agregamos las manifestaciones de la dignidad humana en los distintos derechos humanos, hasta el derecho al desarrollo (en este contexto también el derecho a la paz discutido en el derecho internacional, como derecho de la "tercera generación"), y también el aseguramiento a través de derechos fundamentales sociales y libertades culturales, junto con una rica filigrana de varias dimensiones, tendremos una cultura de los derechos fundamentales del

Estado Constitucional, la que naturalmente vive de manera bastante distinta en los diferentes Estados¹⁸.

Sin embargo, no se advierte ninguna fórmula que pueda considerarse suficiente, de lo que es dignidad humana, hay que partir de la tesis de que el conjunto de los derechos de tipo personal, por un lado, y los deberes, por el otro deben permitir al ser humano llegar a ser persona, serlo y seguir siéndolo, en este punto podemos distinguir dos cuestiones: como se forma la identidad humana en una sociedad, y en qué medida puede partirse de un concepto de identidad válido entre cultura, y por tanto universal.

La dignidad humana no sólo es analizable en términos culturalmente específicos. Ya una mirada a los conceptos de identidad válidos entre culturas muestra que ciertos componentes fundamentales de la personalidad humana deben ser tomados en cuenta en todas las culturas, con lo cual se convierten en contenido de un concepto de dignidad humana que no sea reductible a una cultura específica, pues la mayoría de las veces las conceptualizaciones tan distintas que se tienen en distintos puntos geográficos de un “dignidad humana” hacen difícil establecer un dialogo en el que exista asimilación y entendimiento, por ejemplo, no es lo mismo dignidad humana para un musulmán, que para un francés por ejemplo.

En otras palabras, la fórmula del objeto se convierte en formula del sujeto; el Estado Constitucional realiza la dignidad humana haciendo a los ciudadanos sujetos de su actuación. En este sentido, la dignidad humana es la biografía desarrollada y en desarrollo de la relación entre el ciudadano y el Estado.

En la dignidad humana se concibe de entrada también la relación con el tú, el reconocimiento de la igual dignidad humana del otro constituye el puente dogmático hacia la adecuación relativa al tú de la dignidad humana del uno.

Las cláusulas sobre la dignidad humana se encuentran se encuentran en el contexto de la cultura constitucional, la cual apunta más allá de lo jurídico en la Constitución, hacia lo cultural, hacia los textos clásicos.

Por otra parte los derechos fundamentales, constituyen hoy en día el concepto que engloba a los derechos humanos universales y los derechos ciudadanos nacionales, ambas clases de derechos fundamentales, son, aunque con diversa

¹⁸ HABERLE, Peter, op. cit., p. 298.

intensidad, parte integrante necesaria de la cultura jurídica de todo Estado Constitucional que merezca tal nombre¹⁹.

El marco teórico de los derechos fundamentales, fundado en la doctrina del contrato social y que hoy ha de entenderse como “contrato constitucional” debe extenderse del nivel nacional al universal: al lado de la sociedad particular de cada Estado y su status civiles, los contratantes son todos los seres humanos, todos los Estados Constitucionales y todos los pueblos, incluso hasta llegar a la perspectiva de las generaciones futuras, todos ellos se garantizan mutuamente los derechos humanos de cada uno, sin duda, el ser humano posee ciertos derechos por naturaleza, y al mismo tiempo es precisamente el Estado Constitucional (como cultura) el que le asegura como tal, estos derechos humanos y ciudadanos.

Un ejemplo de importancia que representan los derechos fundamentales en las corrientes ideológicas constitucionales más recientes, es la “Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea” aprobada en la cumbre de Niza en diciembre de 2000, la Unión consciente de su patrimonio espiritual y moral, funda su carta sobre valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho, al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación, el respeto de tales derechos origina responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las futuras generaciones.

Los derechos, libertades y principios que reconoce el documento en cuestión son los siguientes: dignidad humana, derecho a la vida, derecho a la integridad de la persona, prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, derecho a la libertad y a la seguridad, respeto a la vida privada y familiar, protección de datos personales, libertad de pensamiento, conciencia y religión, derecho a la educación, libertad de prensa, derecho a la propiedad, libertad profesional, libertad de reunión y asociación, derecho de asilo, protección en caso de devolución, expulsión y extradición, igualdad ante la ley, seguridad social y ayuda social, entre otras.

Esta carta y el proceso constituyente por ella encaminado son importantes no solamente porque son necesarios para la creación de una esfera pública europea, sino también porque sirven para colmar un déficit de principios constitucionales que ya no es sostenibles sino al precio de gravísimas aporías.

¹⁹ibidem, p. 183.

Sin duda, el tema de los derechos fundamentales conforma la directriz de los principales juristas y politólogos a nivel mundial. Analicemos algunas ideas de 2 de los más sobresalientes, Ermanno Vitale y Luigi Ferrajoli.

Ermanno Vitale es uno de los es uno de los prometedores filósofos políticos italianos que ha continuado las reflexiones Bobbianas sobre la paz, la democracia y los derechos fundamentales, el pensamiento de Vitale esta marcado por un liberalismo ilustrado (o como el mismo suele decir, iluminista) que encuentra en los individuos y en sus derechos fundamentales el eje central de la justificación y del objetivo legitimo de cualquier organización política²⁰.

Vitale promueve un individualismo ético: cada individuo, titular de derechos fundamentales, es el puerto de arranque y, sin contradicciones, la finalidad de toda forma de organización humana, Vitales es determinante, ninguna entidad colectiva, tiene prioridad axiológica sobre cada uno de los individuos (titulares de derechos fundamentales) que la integran, es más solo existen derechos individuales y no es (lógica y moralmente) sostenible la idea de los derechos colectivos: dichos derechos además de absurdos, son peligrosos porque son incompatibles con los derechos fundamentales de las personas²¹.

Con referencia a la Unión Europea, uno de los procesos inacabados del Estado Constitucional más avanzados, Vitale, asegura que la futura ciudadanía europea debe desvincularse de cualquier sentimiento nacionalista o "geográfico" culturalmente referenciado, su apuesta inmediata es por la construcción institucional europea que permita ampliar la esfera de protección de los derechos fundamentales, pero al mismo tiempo, visualiza la reproducción planetaria de este proyecto, para él, Europa no debe encerrarse en las fronteras de su bienestar sino que debe explotarlo a todo el mundo.

De ninguna manera la visión de Vitale esta desconectada de la realidad europea, abordemos dos ejemplos, los casos Francés y Alemán, ambos con nacionalismo ultranzas y profundamente arraigados, Francia se resiste de distintas formas a una integración total europea, muestra de ello es su negativa expresa a la Constitución Europea conjuntamente con Holanda, con argumentos poco convincentes y razonables, el nacionalismo es un fuerte lastre que no permite una apertura a las nuevas formas de soberanías.

Por otro lado, Alemania ha dejado atrás aquel nacionalismo desacerbado de los años 30's y 40's, pues en buena medida esta condición les condujo a ser

²⁰ HABERLE, Peter, La Constitucionalización de Europa, et al, op. cit, p. 17.

²¹ VITALE, Ermanno, Derechos y paz, Destinos Individuales y colectivos, Fontamara, México, 2004.

protagonistas y uno de los grandes perdedores de la Segunda Guerra Mundial, y después de la caída del muro de Berlín en 1989, es uno de los grandes impulsores de la Unión Europea, tan es así que Frankfurt es la sede financiera de la Unión.

Otros de los autores italianos de gran influencia en la ideología política actual es Luigi Ferrajoli, este autor construye un modelo jurídico que denomina garantismo, el garantismo está basado en una concepción del derecho y del Estado que pretende reducir el papel punitivo y coercitivo del Estado y, al mismo tiempo, propende maximizar la igualdad, la libertad y en general los derechos fundamentales²².

Para Ferrajoli, una constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y no pasa de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas, que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo, no puede entenderse el Estado de Derecho como aquel que tiene exclusivamente una forma legal, sólo los Estados Constitucionales, que en los niveles normativos superiores incorporan límites formales y sustanciales, pueden ser Estados de Derecho.

En la teoría garantista se hace un repaso sobre los derechos de libertad y sobre los derechos sociales, Ferrajoli considera que ambos (libertad e igualdad) poseen las características definitorias de todo derecho fundamental, es decir, su carácter inviolable, inderogable, indisponible, inalienable y universal.

En su obra denominada “*Los fundamentos de los derechos fundamentales*”, Ferrajoli desarrolla cuatro tesis esenciales para una teoría de la democracia constitucional, la primera señala la diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales: la propiedad como derecho patrimonial es disponible, nace de actos o de hechos jurídicos y no tiene las notas definitorias de un derecho fundamental, la segunda indica que los derechos fundamentales son el fundamento y parámetro de la igualdad jurídica, la tercera se refiere a la naturaleza supranacional de los derechos fundamentales que pueden ser invocados ante instancias internacionales de protección, la cuarta tesis insiste en la separación entre derechos y garantías, pues los derechos no dependen de las garantías para que existan²³.

El garantismo sería una teoría heteropoyética en donde el Estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si él mismo los

²² FERROJOLI, Luigi, op. cit., pp.851-903.

²³ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 25.

viola, las teorías heteropoyéticas conciben a la sociedad a la sociedad y a los individuos como fines en sí mismos con respecto a los cuales el Estado y el derecho son medios institucionales para su tutela.

El garantismo consiste, como teoría heteropoyética, en la negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder sólo por ser efectivo; en el galantismo tiene prioridad el punto de vista ético-político que conforma los derechos fundamentales, en la concepción heteropoyética, por el contrario, los poderes públicos y privados están instrumentalizados para la tutela de los derechos fundamentales²⁴.

En resumen, para los autores citados, los derechos fundamentales son inmunidades o facultades reconocidas a todos con independencia de títulos y no interfieren jurídicamente en la esfera de otros sujetos, poseen como características esenciales la universalidad y su carácter personalísimo, indivisible, inviolable, indisponible e inalienable.

La teoría garantista concluye con una dosis de realismo que establece que más allá de la elaboración teórica y normativa de los principios, los derechos y sus garantías jurídicas, lo difícil es defender, actuar y desarrollar en la práctica un sistema de garantías²⁵, no existe ninguna duda que la principal dificultad que se presenta para una protección válida de los derechos fundamentales es un sistema jurídico eficaz y adecuado, pero sobre todo conformado por entes comprometido, que tengan como máxima la guarda de los mismos, es en esta parte donde otros elementos del Estado Constitucional como la cultura y la educación (que analizaremos más adelante) adquieren un papel trascendente.

La misión unificadora en Europa y un papel preponderante de los derechos fundamentales no se vislumbra nada fácil, pues estamos ante la presencia de un escepticismo, no existe una lengua europea, no existe tampoco una esfera pública europea, al no existir sendos elementos, ni un sentido de pertinencia a Europa similar al sentido de pertenencia de los Estados Nacionales, los procesos unificadores anhelados se dificultan, prevalecen naturalmente las diferencias y desconfianzas entre pueblos, que tienen a sus espaldas, además de una larga historia de guerras, tradiciones religiosas y culturales diversas, diferentes condiciones económicas y diferentes intereses nacionales.

Antes como ahora subsisten grandes diferencias entre los distintos pueblos, de acuerdo con su propia cultura constitucional, pero tendencialmente puede

²⁴ CARDENAS, Jaime, op. cit., p.90.

²⁵ ibidem, p.93.

observarse un fuerte incremento y refinamiento de los contenidos de los derechos fundamentales.

En la “hora mundial” del Estado Constitucional, surge la tarea de que las teorías de los derechos fundamentales desarrolladas en el marco nacional se continúen desarrollando en los mismos términos de la teoría de los derechos humanos, y viceversa, que los derechos humanos universales se incorporen a las teorías nacionales de los derechos fundamentales, resulta evidente que esto sólo es posible en forma de un “concierto” multinacional y multicultural de muchas, incluso todas las culturas y dogmáticas nacionales de los derechos fundamentales.

IV.3.2. La cultura

Para el Estado Constitucional, la cultura es expresión de los rasgos más heterogéneos de una sociedad, la cual tiene que ser plasmada en los textos constitucionales actuales a manera de una comunión común de la misma.

Entre los capítulos tradicionales de la Teoría General del Estado consideran como elementos esenciales del mismo, el pueblo, el poder y el territorio, típicamente, en esta clasificación no tiene lugar la Constitución situación que ha caracterizado a las teorías generales del Estado pero que el mismo tiempo las hace cuestionables.

Actualmente, el entorno de las realidades estatales, requieren incorporar a la Constitución, en el sentido de que esta sea, sino el primer elemento del Estado, al menos un elemento esencial, dicho en términos más concretos, la teoría de los elementos del Estado tiene que ser plenamente declinada a partir del elemento de la cultura, la Constitución es una parte de la cultura, forma, si se quiere (o más bien debe formar) un cuarto elemento²⁶, pues el territorio del Estado es territorio culturalmente formado, un espacio cultural, no únicamente un *factum brutum*, en este sentido puede sernos de ayuda la noción de Herder sobre la historia como “geografía en movimiento”, el poder del Estado está, por su parte, culturalmente determinado, sin que se pueda concebir de manera natural: se fundamenta normativamente en el Estado Constitucional que lo limita, y está al servicio de la libertad cultural.

Hoy, aunque parezca tarde, debe darse este paso en la teoría de la Constitución, esto significa a su vez, que los restantes elementos del Estado, debe ser llenados por la ciencia de la cultura, comenzando con el pueblo como un conjunto de personas sometidas al derecho, pero igualmente en el *status culturales*, la diversa identidad de los pueblos europeos es de tipo cultural y conforman la pluralidad.

²⁶ HABERLE, Peter, op. cit., p. 21.

La Constitución es cultura, esto significa que no está hecha sólo de materiales jurídicos, La Constitución no es un ordenamiento dirigido a los juristas y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino que también sirve esencialmente, como guía par los no juristas, para los ciudadanos.

La Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas, las constituciones vivas, como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, son la forma y la materia que constituye la mejor expresión y mediación de la cultura, el marco para la reproducción y la recepción cultural, así como el almacén de las informaciones culturales, las experiencias, las vivencias y la sobrevenidas²⁷.

Este proceso de culturización comienza con los fines educativos como la tolerancia, la responsabilidad y, algo novedoso como la protección ambiental (tema que ya habíamos abordado con anterioridad), y termina o comienza a si mismo con la educación en materia de derechos humanos, como exigen ya las nuevas constituciones, la conjugación de todos estos elementos conducen a la plenitud de libertades culturales específicas como las libertades ideológica, científica y artística.

Complementan este proceso, la comprensión de los artículos referentes a la lengua y a las fiestas nacionales, los símbolos estatales (como los himnos), así como la protección intensiva de los bienes culturales, que puede documentarse, tanto a nivel interno como supranacional.

El Estado Constitucional crea el marco o condiciones propicias en forma de garantías para los derechos fundamentales que permite a cualquiera el gozo de las tres libertades fundamentales, esto es lo que significa entender la Constitución como cultura y la doctrina constitucional como ciencia de la cultura²⁸.

La libertad cultural es considerada en el eje del tiempo, una conquista de muchas generaciones, podemos decir que es el producto de diversos círculos y grupos de un pueblo o de los interpretes constitucionales, a partir de la estatura individual de un pueblo, se garantiza esencialmente la libertad en función de sus objetivaciones y materializaciones, en esta forma la cultura es objeto tanto de la libertad del

²⁷ HABERLE, Peter, La Constitucionalización de Europa, et al. op. cit., 25.

²⁸ HABERLE, Peter, Verdad y Estado Constitucional, Trad. Guillermo José Mañon Garibay, UNAM, 2006, p.122.

individuo y en lo particular como también de la libertad como “situación global” de un pueblo.

La nueva libertad individual: la libertad de opinión y de prensa conducen a opiniones y obras impresas que benefician al proceso cultural y político, la libertad del arte y de la ciencia conducen a obras científicas y artísticas, incluyendo a la teoría del derecho constitucional como ciencia y como literatura, las cuales pueden ser de auxilio en futuros procesos interpretativos.

Los derechos fundamentales son normados, configurados y desarrollados en beneficio resultados globales individuales y colectivos, y lo que su ejercicio produce en lo político, lo económico y lo cultural influye también a largo plazo en los derechos fundamentales, en su configuración normativa y en las vías de su realización.

En resumen, la Constitución debe considerarse como un elemento esencial de los Estados modernos, la Constitución debe entenderse como un pacto, un contrato entre todos los ciudadanos, la Constitución debe visualizarse como una expresión de cultura del propio pueblo, debe englobar y procurar las manifestaciones de la nación, ya no considerarse únicamente como un pedazo de papel ajeno a todos los ciudadanos y comprensible exclusivamente para los juristas, en el Estado Constitucional, la Constitución es un producto de todos.

IV.3.3. El pluralismo

Uno de los elementos que caracterizan al Estado Constitucional es el pluralismo, que representa una apertura y tolerancia de los distintos matices e ideologías que tiene cabida en una sociedad heterogénea, pero que a la vez debe encontrar un punto de acuerdo común en beneficio colectivo.

El Estado Constitucional moderno impulsado y respaldado por corrientes ideológicas progresistas, ambicionan sociedades abiertas, los ejemplos de la Alemania Nazi y la Italia fascista y la idea de una superioridad de razas son un paradigmas político-sociales que en ninguna parte del mundo y bajo ninguna circunstancia puede repetirse.

Los artículos del pluralismo, formulados recientemente en forma general o especial (por ejemplo respecto a la plena libertad de los medios de comunicación), pero también respecto de respeto de la protección de minorías, cumple con la función de apertura de la Constitución, y con ello implícitamente, es una clara muestra de la evolución de los textos constitucionales.

A su vez, es muy probable que las tensiones entre consenso básico y pluralidad varíen en el tiempo y el espacio, es por ello, que el tipo de Estado Constitucional moderno requiere de una pluralidad de textos, que garantice la plena convivencia entre ambos, como una referencia obligada y real de la avenencia y tolerancia renovada para los ciudadanos.

El pluralismo significa diversidad de intereses e ideas, se trata de un dato en el Estado Constitucional, existe previamente, su historia constitucional la ha generado, pero también le plantea tareas, una forma de expresión el pluralismo es también la tolerancia como principio constitucional. El Estado Constitucional desarrolla sus propias fuerzas a partir del paralelogramo de las fuerzas que son el resultado obvio de una diversidad de ideas y de intereses, la consecuencia lógica es una “teoría pluralista del bien común”, así como el reconocimiento y al mismo tiempo respaldo de los grupos de interés y las asociaciones, religiosas, iglesias y partidos pluralistas.

La idea del pluralismo ha de recordarnos que el Estado Constitucional no es una asociación de dominación” que flota y esta por encima de los ciudadanos, sino que se constituye una y otra vez a partir se loa ciudadanos y los grupos que se encuentran a su servicio.

La diversidad de ideas e intereses en lugar de la unidad “por decreto” es lo que hace al Estado Constitucional superior frente a todas la formas y paradigmas de dominio totalitario, el pluralismo es expresión y condición de la libertad tanto individual como colectiva de los cuídanos y seres humanos.

En su actual nivel de desarrollo, todos los Estados Constitucionales, ya sean mono o multiculturales, tienen que se concebidos de manera pluralista, un claro ejemplo de ello es Francia, que halla su identidad cultural y política en la Republica, tiene y debe de demostrar tolerancia con el Islam, que ya es la segunda religión del país, Alemania por su parte lucha dolorosamente por la protección expresa de las minorías culturales, y digo dolorosamente pues si ha existido en Europa un modelo nacionalista ultranza a lo largo de la historia es precisamente el alemán.

Aquí y ahora puede aventurarse la afirmación de que la plena protección étnica, cultural, religiosa, de las minorías pertenece, al nivel de crecimiento actual del Estado Constitucional y que tiene que reflejarse en un desarrollo más maduro de los textos²⁹.

²⁹ HABERLE, Peter, et al, La Constitucionalización de Europa, op. cit., p. 31.

La protección de las minorías es un elemento estructural naciente del Estado Constitucional, sobre todo en el ámbito europeo, por lo que la Teoría Constitucional tiene que hacer todo lo posible para promoverlo, por ejemplo, el desarrollo más avanzado se da en Hungría, que considera a las minorías como “factores de integración del Estado”.

Desde un punto de vista teórico-constitucional la protección de las minorías se manifiesta como una forma de diferenciación interna del Estado Constitucional, como relativización y refrenamiento normativo de lo nacional, en el estadio de desarrollo del estado Constitucional, debemos enfocarnos y hacer referencia hacia una “Constitución del pluralismo”, pues si existe una protección suficiente de las minorías, la que comienza con la tolerancia y respeto a la dignidad de los otros, como fines de la educación, prevalecerá la convivencia armoniosa y duradera.

IV.3.4. La democracia

Otro de los elementos que conforman parte esencial del Estado Constitucional Moderno es la democracia (alrededor de la democracia hay una infinidad de ideas que no es precisamente el punto a desarrollar en este punto), la cual podemos considerar como resultado de todo el proceso cultural y educativo necesario en una sociedad plural, pero que es importante establecer claramente cuales son sus fines y objetivos actualmente, y al mismo tiempo proporciona evidentes signos de la civilización tan ansiada en estos momentos de renovación moral de la humanidad.

La democracia es la consecuencia organizativa de la dignidad del hombre, no es más, pero tampoco es menos. Sin embargo, las encuestas de opinión expresan altos niveles de insatisfacción respecto al funcionamiento democrático y políticos profesionales aparecen desacreditados ante los ojos de sus electores, algunos autores hablan de un cierto “cansancio de la democracia” en referencia a países, como España, por poner un ejemplo, que no llevan ni siquiera medio siglo de vida democrática.

Los Estados Constitucionales exigen una rendición de cuentas a sus representantes, al mismo tiempo una formula para lograr tener un mayor tiempo en los modelos representativos es a través de la multiplicación de los canales deliberativos, pues una democracia de calidad exige que al deliberación pública tenga vías y canales que la hagan práctica y que la doten de significados sustantivos.

Una forma de incentivar la deliberación y la participación públicas y, en esta medida, de manera indirecta, la representación se da a través de figuras como el

amicus curiae, que permite que personas ajenas a las partes que participan en un proceso judicial cuya materia es de interés público (como son lo juicios de constitucionalidad de leyes o los que se promueven en contra de la presunta violación de derechos fundamentales), puedan hacer llegar ante el órgano jurisdiccional argumentos para decidir el caso, se trata de una institución que ha dado muy buenos resultados tanto en tribunales de constitucionalidad de distintos países como en tribunales internacionales³⁰.

Los *amicus curiae* pueden constituir herramientas válidas para funcionar en la resolución de casos controversiales y que presenten significativos dilemas éticos o de otra índole, por ejemplo, de análisis constitucional de una normativa de importancia o sensibilidad públicas, en la que la decisión por recaer sea susceptible de marcar una guía jurisprudencial para otros casos pendientes, es decir, asuntos en los que esté en juego un interés público relevante cuya dilucidación judicial ostente una fuerte proyección o trascendencia colectiva³¹.

Si tomamos en cuenta el hecho de que, en las democracias constitucionales las instancias jurisdiccionales se han vuelto en centros importantes de decisiones políticas, tenemos que tener por un hecho que esta figuras contribuyen a enriquecer la deliberación democrática de forma paralela a las instancias de representación.

Uno de los autores que más luces nos han dado con respecto a los nuevos enfoques de la democracia en un Estado Constitucional, es Ferrajoli, para él la democracia comprende dos tipos de reglas, las primeras son reglas sobre quién puede y sobre cómo se debe decidir, esto es, la clásicas reglas del sistema democrático liberal que se apoya en un sistema electoral que permite la competencia en una igualdad aproximada entre distintas fuerzas políticas, la democracia no es sólo reglas electorales, implica a los derechos humanos³².

Las segundas son las reglas sobre que se debe y no se debe decidir, reglas que definen el carácter del derecho o del sistema jurídico en función de la garantía de los derechos fundamentales, estas últimas reglas sobre la democracia no se entienden como presupuestos de la democracia sino como elementos centrales del concepto de la misma³³, por ello Ferrajoli ha sido cuestionado por algunos autores como Bovero, quien considera que algunos derechos fundamentales como

³⁰ CARBONELL, Miguel, División de poderes y régimen presidencial en México, UNAM, México, 2006, p.86.

³¹ BAZAN, Victor, *El amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino, Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, 2005, p.38.

³² FERRAJOLI, Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, op. cit., pp. 903.

³³ Idem.

la libertad reexpresión, de reunión o manifestación no son componentes de la democracia sino presupuesto de la misma³⁴.

Por otra parte para Dworkin, la comunidad debe ser gobernada por personas electas por la mayoría y responsables ante ella, y los jueces no son responsables ante las mayorías por no ser electos popularmente, las decisiones deberán tomarse a favor de las mayorías por jueces electos por las mayorías, sin embargo, esta posición de Dworkin, es una situación incompatible con el Estado Constitucional de derecho, en el cuál existe una reformulación de la idea de control de poder.

Bobbio sintetizaba en seis reglas concretas (“universales procedimentales”) los elementos necesarios para decretar la vigencia de un sistema democrático, es conveniente recuperar ese conjunto de reglas democráticas con la finalidad de delinear someramente los rasgos característicos de esta forma de gobierno:

1).-Todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad sin distinción de raza, religión, condición económica, sexo, etc, deben de gozar de los derechos políticos, o sea, del derecho de manifestar a través del voto su opinión y/o elegir quien la exprese por ellos;2).-el sufragio de cada ciudadano debe tener un peso igual al de los demás (debe contar por uno); 3).-Todos los ciudadanos que gocen de los derechos políticos deben ser libres de votar de acuerdo con su propia opinión formada libremente, es decir, en el contexto de una competencia libre entre grupos políticos organizados; 4).-los ciudadanos deben ser también en el sentido de que han de ser puestos en condición de seleccionar entre opciones diferentes; 5).-tanto para las decisiones colectivas como para las elecciones de representantes vale la regla de la mayoría numérica; 6).-ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría (en particular el derecho de convertirse, en paridad de circunstancias, en mayoría)³⁵.

En la actualidad, la democracia ha logrado ocupar un lugar estelar para el régimen constitucional, de hecho aunque democracia y constitucionalismo son dos cosas diferentes, cada vez hay menos discrepancias sobre el hecho de que toda Constitución, para serlo de verdad debe ser democrática: la democracia legitima a la Constitución y le permite obtener su cualidad normativa³⁶.

³⁴ BOVERO, Michelangelo, “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli, un acuerdo global y una discrepancia concreta”, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 2002, pp.21-242.

³⁵ BOBBIO, Norberto, Il futuro della democrazia, Turín, Einaudi, 1984, p.4.

³⁶ ARAGÓN, Manuel, Constitución y democracia, Tecnos, Madrid, 1989, p.27.

Dicha legitimación, que es un presupuesto teórico no siempre verificado en la práctica, puede producirse en dos momentos: a).-cuando se crea la Constitución, porque se asume que la democracia legitima a las Constituciones creadas por el pueblo soberano; y b).-en la organización del Estado, al asegurar conductos democráticos de expresión de la voluntad popular y otra serie de condiciones necesarias para la realización de la libertad y de la igualdad de las personas. En la actualidad el paradigma constitucional se ha venido acompañando del ideal democrático para dar un lugar a un modelo: “la democracia constitucional”; en el que el poder se encuentra, simultáneamente, limitado y distribuido, es muy cierto que dicho modelo no se encuentra exento de tensiones en su interior, constituye el paradigma distintivo del occidente.

Un paradigma que, como todo prototipo, sirve como referente teórico o como marco ideal, y que difícilmente corresponde a la realidad concreta, de hecho el reto en los inicios del siglo XXI es, como siempre pero quizá también como nunca, evitar que la distancia entre el ideal y la realidad siga aumentando porque, de lo contrario, ambas dimensiones no podrán seguir ostentando la misma denominación³⁷.

La Democracia Constitucional es quizá la forma de gobierno en la que los vínculos entre la política y el derecho son más estrechos: las normas jurídicas son producto de un poder político que, a su vez, deriva y se encuentra limitado por el derecho, por lo mismo, su estudio (y el de los elementos que lo componen) exige consideraciones jurídicas y políticas simultaneas, basta con pensar en los dos grandes sistemas o “bloques conceptuales” que integran al modelo, la democracia y el constitucionalismo, para evocar ambos campos del conocimiento.

Los defensores del sistema democrático no deben olvidar que, para la enorme mayoría de la gente, la justificación del propio sistema está basada en razones también utilitarias; es decir, la democracia se aprecia cuando se notan sus beneficios en cuestiones tan concretas como el empleo, la seguridad pública, el disfrute de los derechos fundamentales, la dignidad del salario, el acceso a los bienes culturales comunes, etc. En esta medida, la democracia es un régimen político siempre en construcción, pues sus objetivos nunca pueden considerarse del todo cumplidos de una vez y para siempre³⁸.

IV.3.5. La verdad como principio rector

³⁷ CARBONELL, Miguel, op. cit., p.89.

³⁸ ibidem, p.94.

La verdad para los Estados Constitucionales es uno de los principales anhelos a seguir, todos los demás elementos que hemos descritos con anterioridad sino no se dan en un ámbito de total transparencia y honestidad llevan a la ruina al edificio conceptual que hemos planteado, es importante recordar una vez más que el Estado Constitucional se contrapone a cualquier ambición de verdad absoluta y a cualquier monopolio de información e ideología totalitaria, su característica más peculiar reside en no dar cabida a la verdad absoluta, sino en encontrarse en permanente búsqueda de la misma, pero de ninguna manera esto da pie a ningún relativismo.

La búsqueda de la verdad hace posible que las distintas disciplinas científicas y artísticas se conecten recíprocamente, la renuncia a la búsqueda de la verdad representa la renuncia a la cultura, los objetivos de la educación en los Estados Constitucionales, como la obligación de verdad del testimonio o la forma de los juramentos de los funcionarios públicos, presentan estrecha conexión con la búsqueda de la verdad en la forma que requiere el Estado Constitucional.

El intento de concebir el Estado Constitucional a la manera de un foro para la búsqueda de la verdad será complementado desde dos versiones fundamentales: primero, la vertiente subjetiva constituida por las tres libertades fundamentales (religión, arte y ciencia; segundo, la vertiente objetiva que supone una clasificación de la cláusula del pluralismo, creada recientemente en Europa oriental³⁹. Esta segunda vertiente esta relacionada con dos de los principios en donde descansa el Estado Constitucional: el principio de responsabilidad y el de la esfera pública, este último trata del antiguo ideal ilustrado de convertir a la verdad en objeto de dominio público, sin reparar en las desventajas y peligros que esto pueda conllevar para la propia persona.

En el ámbito de la vida económica no tiene cabida el problema de la verdad (de la manera como se da dentro de la religión, arte y ciencia) debido a que el economicismo y materialismo, tan arraigado y extendido entre nosotros, posee únicamente un carácter instrumental.

La búsqueda de la verdad no se realiza exclusivamente ni en un espacio primigenio de lo “natural” ni en un espacio culturalmente desarrollado, creado por los hombres, las aspiraciones de las verdades que se objetivizan en las obras de la religión, arte y ciencia alcanzan a ser sólo verdades fragmentarias.

³⁹ HABERLE, Peter, Verdad y Estado Constitucional, op. cit, p.119.

Las cláusulas de pluralismo contenidas en la Constitución, que rigen la vida política, social y económica, y que actualmente han sido actualizadas en los textos constitucionales de Europa oriental, garantizan desde el punto de vista objetivo que el Estado no puede anquilosarse en verdades preestablecidas, descartando tajantemente que el Estado sea una verdad revelada y acabada, es decir, que tenga dominio absoluto y monopolio de la información con el fin de disponer de ella arbitrariamente⁴⁰.

El principio de responsabilidad y el de la esfera pública, procura la franqueza y acercamiento a la verdad, lo que excluye la “verdad única” y la imagen total y fundamental del Estado. Efectivamente existen límites en la búsqueda de la verdad por parte del estado, verbigracia, la prohibición de la tortura, una prohibición que se deduce directamente del principio de la dignidad humana, que es a su vez garantía en la búsqueda de la verdad.

Verdad como “proceso”, así como justicia y bienestar común, son una noción básica de la democracia plural y el Estado Constitucional, que confrontan el problema de la verdad a través de tres ámbitos distintos: en la discusión sobre la relación entre verdad y mayoría, en la comprensión de la formación social de la opinión pública y, como una parte de esto, en la limitación de la libertad de prensa e interés de la protección de otros valores y para dirigir sus informes a “conformarse a la verdad”, el postulado de la búsqueda de la verdad debe anteceder a todos los deseos de la mayoría, tanto como sea esto posible en procesos abiertos (públicos).

Por otra parte, la competencia de los medios de comunicación entre sí coadyuva también al descubrimiento de mentiras, por lo que es misión del Estado Constitucional velar por el principio de pluralismo, un medio para lograrlo podría ser limitando el poder ilimitado que posee en el mercado la televisión privada, lo que exige un modelo de “pluralidad abierta”.

El Estado Constitucional presupone que los ciudadanos, tienen un “interés” en la “búsqueda de la verdad”, donde el interés por la verdad es ya la meta a alcanzar, el Estado puede encomendar a funcionarios la búsqueda de la verdad, también crear comisiones parlamentarias o “comités particulares”.

El principio del Estado de Derecho en todas sus variantes, tiende “puentes” para que el eterno proceso de búsqueda de la verdad se cumpla en el Estado constitucional. “El derecho a errar” constituye sin duda, el testimonio más fino en el que se funda el Estado Constitucional en la búsqueda de la verdad.

⁴⁰ ibidem, p.124.

Los servidores públicos y mandatarios no tendrán nunca permitido mentir, la mentira de quienes ejercen la política permanece en la mayoría de los casos desconocida porque logra ocultarse, sin embargo, cuando la verdad es conocida por la opinión pública, tendrán un castigo según la ética política.

De lo anterior podemos deducir que los políticos no tienen derecho a mentir, esto es válido en democracias plurales o Estados Constitucionales, en regimenes totalitarios, el ciudadano oprimido si tiene permitido mentir en situación de peligro, con el fin de librarse a sí mismo o a otros de la persecución (la mentira en los tiempos del nacional socialismo podía ayudar a salvar a una de sus victimas).

La multiplicidad de las verdades, conjuntamente con lo inalcanzable de la verdad, más los errores humanos y la experiencia de que toda búsqueda de la verdad finaliza siendo sólo búsqueda, en conjunto puede inducir a pensar que el concepto de la verdad es irrelevante para el derecho por su carácter "platónico" o por ser simplemente una formula vacía, y que debe ser desechada para siempre.

Sin embargo, la verdad es un valor cultural del Estado Constitucional y precisamente por todas las experiencias tenidas con los modelos de Estado totalitario es un valor irrenunciable, pues la verdad es un concepto conexo con la libertad, la conexión entre verdad y justicia, como en otro lugar verdad y *salus pública* (actualmente caracterizada como pública y plural), es un lugar común ya sea que se presente en forma de "valores humanos", también en la forma de "lo bueno y lo justo" o también en formas de objetivos educacionales.

El estadio Constitucional forma un foro incomparable para la cuestión de la verdad, no porque conozca "verdades absolutas, acabadas", proclamadas e impuestas a través de los juristas, sino porque gracias a los derechos fundamentales como libertades culturales, y gracias a la democracia como "gobierno temporal", en el sentido de Popper, permite derribar a los gobiernos sin derramar sangre y dejar morir a las teorías en lugar de las personas, el "racionalismo critico de Popper, conectado con el consenso cultural fundamental, que se presenta en el eje del tiempo, como "contrato cultural entre generaciones" , es la filosofía más convincente del Estado Constitucional, esto significa que la verdad existe, aun que nosotros no podemos saber si la hemos reconocido⁴¹.

⁴¹ HABERLE, Peter, et al., La Constitucionalidad de Europa, op. cit., pp. 41-42.

IV.4. La Función del Derecho Internacional

Como hemos mencionado con anterioridad, el término de la Segunda Guerra Mundial marca un antes y un después en la historia contemporánea de la humanidad, sin embargo, ya en los Estatutos de la Sociedad de Naciones de 1919, la Constitución de la primera organización política amplia de la comunidad de los Estados, se habla de la “promoción de la cooperación entre las naciones”, objetivo de la Sociedad de Naciones junto con la “garantía de la paz y la seguridad internacionales”.

La creación de las Naciones Unidas en 1945, al igual que la de la Sociedad de Naciones, fue una reacción a los sacudimientos y sufrimientos de la guerra anterior, 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 motivos de raza, sexo, idioma o religión” (artículo 1, inciso 3, de la Carta de Naciones Unidas).

La constitucionalización de la comunidad jurídica de las naciones han avanzado más en el plano regional que en el universal, así como de las organizaciones y sistemas regionales de seguridad colectiva, establecidos conforme al capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas, como la OEA, la UEO, la OTAN.

Por ejemplo, el dogma de la soberanía nacional a favor de una distribución de funciones, justificada materialmente, entre el Estado y la organización supranacional da cuenta de la cooperación en busca de la armonía y bienestar de los sujetos de derecho internacional, la adopción de una nueva identidad europea (en el caso europeo) 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.

Por otra parte, la llamada “globalización”, culminación de la internacionalización como tendencia histórica universal, resulta y es constituida por la convergencia, el entrelazamiento, el mutuo refuerzo y la acumulación de fuerzas, actores (sujetos y objetos), caracteres, procesos y efectos, unas y otras existen y actúan ante todo como coproductores y coorganizadores de la globalización, pero deben ser retomados y tenidos en cuenta en tanto contribuyen al desarrollo e intervención del Estado y su soberanía, y como sus limitantes de la soberanía del Estado⁴²,

⁴² KAPLAN, Marcos, op. cit., p.307.

este proceso ha servido también como un fuerte impulso y ha entrelazado Estados como fines comunes de cooperación, aunque ha tenido que sortear distintos obstáculos.

La globalización, ese fenómeno complejo y muchas veces poco entendido, tiene un impacto indudable en las funciones que desarrolla el Estado Constitucional, pues no tiene significados meramente mercantiles o comerciales, por el contrario, contiene implicaciones y consecuencias de primera magnitud para el Derecho en general⁴³ y para el Estado Constitucional en concreto: para la división de poderes, para la forma de ejercer el control de constitucionalidad, con respecto a la concepción y protección de los derechos fundamentales, sobre la distribución territorial del poder, sobre los emergentes poderes privados carentes hasta ahora de regulación, etc.⁴⁴.

Por otra parte, la integración como forma más elevada de la cooperación puede ser vista, por tanto, como perspectiva de los esfuerzos internacionales de apoyo. El “sistema de Estados” de la Unión Europea, o mejor dicho, el “sistema constitucional” de la misma, han llevado hoy la cooperación a una integración más estrecha⁴⁵, la integración europea se inició con la creación del Consejo de Europa en 1949, en cuyos estatutos se adoptaron la convicción de que “la consolidación de la paz sobre la base de la justicia y la cooperación internacional es de interés vital para la conservación de la sociedad humana y de la civilización”.

De ahí se derivan puntos de partida para un derecho internacional “humanitario” y “social” y a escala universal, para el sistema comercial mundial internacionalizado desde 1994 en la Organización Mundial de Comercio (OMC), el desplazamiento del centro de gravedad de la labor de la ONU, desde el mantenimiento de una paz simplemente negativa (en el sentido de ausencia de violencia militar) hacia la creación de la infraestructura económica, social y cultural de una “paz positiva” a través de una mayor justicia social, conduce la evolución del derecho internacional hacia un derecho cooperativo en sentido material.

Los Estados, en teoría, deben estar obligados a la cooperación en los diversos planos de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacional, la estabilidad y el progreso económico, así como el bienestar general de los Estados y la colaboración internacional, libres de toda discriminación que pueda basarse en tales diferencias, estos en teoría son los objetivos primordiales del Derecho Internacional, podemos referirnos en concreto

⁴³ FARIA, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001.

⁴⁴ Veáse CARBONELL, Miguel y Vázquez, Rodolfo, *Estado Constitucional y globalización*, 2da. Ed., UNAM, México, 2003.

⁴⁵ HABERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, op. cit., p.73.

a la ONU, que en nuestro días ha sido rebasada por completo en sus funciones y sus fines, ha perdido credibilidad y sobre todo confiabilidad entre las mismas naciones que la integran, el empuje que está teniendo actualmente la Unión Europea, busca de alguna manera representar un contrapeso verdaderamente significativo al poderío y hegemonía que hasta ahora detenta los Estados Unidos.

VI.5. El Estado Constitucional Cooperativo

La naturaleza abierta del “Estado Constitucional Cooperativo” marca un nuevo indicador del nivel de desarrollo actual en nuestra materia. Los pactos internacionales de derechos humanos, pero también sus equivalentes regionales, como la Convención Europea de Derechos Humanos, constituyen un elemento de tal apertura del Estado Constitucional hacia el exterior, hoy se anuncia como una “comunidad universal de los Estados Constitucionales”.

Pensamos que con una intención cosmopolita, en el sentido de Kant, a pesar de todos los retrocesos y las recaídas en la era nacional, resulta tan perceptible el condicionamiento supranacional del Estado, como el condicionamiento estatal de lo supranacional.

Las causas y el trasfondo de la evolución hacia el Estado Constitucional cooperativo son complejas, dos factores ocupan particularmente el primer plano: el lado sociológico-económico, y el lado ideal-moral, se puede decir que el “Estado Europeo” viene de la economía, con mayor razón es esto válido para el Estado Constitucional Cooperativo, que es efecto de las interrelaciones económicas y es causa de estas mismas, la actual globalización intensifica estos procesos⁴⁶.

El reconocimiento de las formas de cooperación económica y su conversión en conceptos, procedimientos y competencias jurídicos adecuados, requiere vincularse a los métodos y al objeto de las “ciencias del Estado”; el trasfondo ideal-moral de la evolución hacia el Estado Constitucional Cooperativo solamente puede ser esbozado: es por un lado, resultado del estar constituido a través de los derechos fundamentales y humanos.

Los derechos fundamentales y humanos nos remiten al Estado y a sus ciudadanos también hacia lo “otro”, lo “extraño”, es decir, a otros Estados con sus sociedades y a los ciudadanos “extranjeros”, 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

⁴⁶ ibidem, p.68

con temas de política exterior, de la legitimación proveniente del exterior; regionalmente: el espacio público europeo)⁴⁷.

La “fuerza de atracción” (y el tesoro de experiencias) del Estado Constitucional (occidental) 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 del Estado Constitucional, pero sin pasar por alto que también con ello debe ser posible una cooperación limitada.

El Estado Constitucional como tipo, en lo que concierne a sus elementos dogmáticos como Estado de derecho, corre el riesgo de caer en zonas que peligran su identidad, aunque abierta al cambio, por ejemplo, en cuestiones monetarias: la interrelación con Estados que no son Constitucionales (todavía), como lo son algunos países en desarrollo, pero también con organizaciones no gubernamentales multinacionales o privadas, puede conducir a un efecto negativo de atracción, puede producirse así roces entre el Estado Constitucional y el concepto de Estado que postula el Derecho Internacional.

En la razón en que la cooperación entre los Estados ocupe el lugar de la mera coordinación y del simple ordenamiento de la coexistencia pacífica, 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.

Un aspecto importante es la cuestión de la apertura de los textos constitucionales hacia el derecho internacional, los nuevos artículos y tendencias Constitucionales, al permitir la transmisión de poderes soberanos a organizaciones e instituciones supraestatales o internacionales, documentan una disposición a renunciar a la soberanía que era ajena al derecho internacional tradicional.

El reconocimiento de la cooperación internacional amistosa se encuentra predominantemente en las Constituciones recientes, por ejemplo, en Irlanda se afirma, conforme al artículo 29 de su Constitución de 1937, “su entrega al ideal de la Paz y de la cooperación amistosa entre las naciones sobre la base de la justicia y la moral internacionales”. El pueblo japonés se declara decidido, según el

⁴⁷ ibidem, p.69.

preámbulo de su Constitución de 1946, a “conservar los frutos de la cooperación pacífica de todos los pueblos”⁴⁸.

Este breve paseo por las Constituciones europeas y algunas fuera de Europa permite reconocer el giro en la tendencia de muchos Estados Constitucionales, en busca de un fin común, “la cooperación internacional”. El análisis de las Constituciones vigentes hoy en día de los países en desarrollo debería de confirmar esta tendencia.

La imagen de la “comunidad universal de los Estados Constitucionales” constituye sin lugar a dudas una primera clave, a partir de aquí podemos afirmar que los diversos Estados Constitucionales no existen más para ellos mismos, sino que de inicio constituyen una comunidad universal abierta, la correspondiente referencia al mundo y a sus semejantes en dicho mundo (la humanidad) es un pedazo de su noción de sí mismos, ya sea que se manifieste en forma de referencia a principios generales del derecho o a la internalización de derechos humanos universales (incluso en forma de una política exterior a favor de los derechos humanos), en forma de objetivos educacionales equivalentes, en la formación de valores fundamentales como la política por la paz mundial, la amistad y la cooperación internacionales, o en la obligación de proporcionar ayuda al desarrollo y ayuda humanitaria.

En los principios del siglo XXI, este modelo de Estado Constitucional cooperativo representa la aspiración ideal de muchos teóricos europeos, aspiran a dar por hecho en primera, que la Constitución es un pacto no de los legisladores, sino de todos los ciudadanos que se encuentran identificados, representados y sobre todo protegidos por la Constitución, que la misma es cultura y forma parte de un estilo de vida de cada uno, que los Estados Constitucionales están conformados por diversas corrientes ideológicas, que se respetan entre sí y que llegan a un punto común de convivencia.

Presuponen la verdad como un elemento esencial sin el cual el elemento conceptual de nuestro estudio sería inútil, dan por hecho también que la democracia es un elemento inseparable de las formas de organizaciones políticas en los Estados Constitucionales modernos, pero sobre todo, que los textos constitucionales más recientes han de privilegiar la universalización del cooperativismo, que las soberanías ya no han de guardarse para sí, si no que estamos en los umbrales de un sistema constitucional universal.

Sin embargo, esa “atracción” a la que hemos hecho alusión en esta oportunidad, no vislumbra una integración al menos mediata de América Latina, tenemos que

⁴⁸ ibidem, p.74.

reconocer que la brecha cultura entre la mayoría de las naciones latinoamericanas y europeas (con excepciones, por ejemplo Italia) es considerable, los casos de caudillismos (Hugo Chávez en Venezuela por ejemplo), no permiten un desarrollo fluido, funcional y global de los nuevos paradigmas constitucionales de derecho, México no es la excepción, aunque hemos logrado importantes avances, el acaparamiento de la opinión pública a través de los medios visuales de comunicación están aún monopolizados, hecho contra el que se lucha arduamente en Alemania por ejemplo, pues lo que se busca es una infraestructura comunicacional independiente y plural que permita y privilegie la libertad de prensa y opinión.

Al menos en el plano teórico, se ha diseñado un objeto conceptual propiamente delimitado, no exento de peligros y obstáculos, que dista mucho ser un fenómeno mundial, ya que podemos considerarlo de inicio como una propuesta occidental, más específicamente europea, pero los enormes lazos de comunicación y cultural que nos unen a ellos, paulatinamente pueden lograr que este anhelo sea posible.

V. La Constitucionalización del Derecho

V.1. Fuentes del Derecho en el Estado Constitucional

La Constitucionalización del derecho tiene sus orígenes, así como la reformulación del Estado en el proceso de reconstrucción europea con posterioridad a la segunda guerra mundial y el termino de los regimenes autoritarios en ese Continente, lo que se traduce, en el ámbito jurídico, en la promulgación de nuevos textos constitucionales, en algunos países europeos, principalmente Alemania e Italia, estableciendo un entramado de valores y principios materiales de profundo contenido humanista y un sistema de garantías a los derechos y libertades del hombre que influirá sobre todo el ordenamiento jurídico¹.

La corriente neoconstitucionalista exige un nuevo modelo de teoría de Derecho, que podemos resumir en cinco puntos: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos minimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, algunas veces con tendencias contradictorias, en lugar de homogeneidad ideológica en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

Se busca una Constitución más flexible pero mejor garantizada, así como una supremacía que tiene como corolario indispensable la garantía judicial, que la misma sea respaldada por los jueces en los procesos ordinarios para la defensa de los derechos, pues esta llamado a ser cada día más el garante natural de las libertades en concreto, lo cual reclama una dosis de legitimidad que sólo puede proporcionar un esfuerzo creciente de argumentación racional.

En la actualidad se está viviendo, como nunca antes, el fenómeno de la Constitucionalización del derecho, que es una consecuencia directa del pleno vigor en el mundo occidental de los Estados Constitucionales y democráticos, de ahí que la perspectiva constitucional sea la base o fundamento central de la legitimidad de los otros sistemas jurídicos que, precisamente, encuentran en ella su motivo originario.

Estamos ante un panorama que parece inmejorable, en las corrientes jurídicas actuales, al menos en occidente, la visión de derecho ya no es más aquella que nos remitía a un ejercicio mecanicista de aplicación de leyes mediante la subsunción, ahora es necesaria e imprescindible la función que desempeñan los

¹ FERRADA Borquez, Juan Carlos, coord, La constitucionalización del derecho chileno, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 2003, p.7.

principios, así como el respaldo y justificación que las decisiones judiciales han de requerir, el derecho es cada vez más argumentación, entendida desde la perspectiva de ofrecer razones coherentes y sólidas que acompañen una decisión, los derechos fundamentales son cada vez y en mayor número de textos constitucionales la tarea a cumplir y procurar.

La Constitución, que ya no es un solo un documento político, además de norma primaria, presenta la característica de ser una norma inmediatamente vinculante para todos los órganos del Estado los cuales necesariamente deben someter su acción a ella, de la misma forma, reconoce derechos que son inmediatamente operativos, de eficacia plena, aun cuando el legislador no los haya regulado, este deberá siempre respetar el contenido esencial de los derechos de las personas, las leyes que las regulen o complementen las garantías constitucionales o que las limiten no pueden afectar los derechos en su esencia².

Con base en lo anterior, en este capítulo analizaremos los elementos que puedan hacer posible que el Derecho no sea más una simple norma desprovista de esencia y de contenido, sino que establecer que en los Estados Constitucionales modernos el derecho deba poseer ciertas directrices que hagan posible su convivencia dentro de un nuevo paradigma de Estado, por lo cual es necesario remitirnos irremediamente al análisis de las llamadas “fuentes de derecho” y la existencia o no de estas.

Existe un fuerte cuestionamiento relativo a la metáfora de la doctrina de la “fuente” del Derecho, debido a que los textos constitucionales modernos deben constituir un capítulo central de toda teoría constitucional comparada, siguiendo la misma tónica igualmente cuestionable parece 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*” y que deviene derecho apenas en y a través de la interpretación.

Así como no puede haber duda de que los Estados miembros de la Unión Europea deseen dotar de un Tribunal a la Comunidad, ante el cuál estarán abiertas las vías jurisdiccionales tal y como han surgido a través de la centurias en la tradición y la cultura jurídicas europeas comunes, el juez nunca fue en Europa simplemente “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”; -la boca que pronuncia las palabras de la ley- el derecho romano, el common law inglés, el derecho común, eran en buena medida una creación judicial, los tratados comunitarios deben entenderse también a la luz de la tradición y la cultura jurídica común europea.

En un sentido técnico la expresión designa los eventos (hechos o actos) cuya realización es condición para que surja una norma en un determinado orden

² ibidem, p.59.

jurídico, en otros términos: “fuentes del derecho” son los hechos o actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas.

En diferentes momentos de la historia los sistemas jurídicos han conocido de la preponderancia de una u otra fuente (formal), en muchos sistemas jurídicos el derecho consuetudinario fue preponderante, han existido órdenes jurídicos donde la doctrina tuvo importancia en la evolución del derecho, en otras ocasiones el derecho creado por el juez ha sido el rasgo distintivo de ciertos sistemas jurídicos (el derecho honorario, la formación del *Common law*), en otros momentos la legislación ha sido la fuente (formal) predominante (en Bizancio las *constituciones princeps* eran prácticamente la única “fuente” del derecho del imperio), sobre este particular cabe señalar que las sentencias judiciales, aun en los momentos de preponderancia de otra “fuente” (costumbre o doctrina), guarda una importancia considerable, toda vez que constituye el vehículo que recoge o estabiliza la costumbre y la *opinio iuris*³.

Los órdenes jurídicos modernos se caracterizan por tener una pluralidad de “fuentes”, la Constitución (en sentido material, escrita o no escrita), las disposiciones constitucionales (en sentido formal); leyes reglamentarias (o leyes constitucionales), leyes ordinarias; tratados internacionales; prácticas y decisiones judiciales; decretos-ley; decretos y reglamentos; prácticas gubernamentales, contratos-ley, contratos colectivos, usos y costumbres, entre otros, de ahí que se requiere de criterios ordenadores para evitar conflictos⁴.

En la actualidad sólo es posible utilizar el concepto de “fuente del derecho”, si acaso, con muchos signos de interrogación y entre comillas, tan productivos son los interpretes, tan plurívocos son los conceptos jurídicos que han de interpretarse, y tan abierto es el canon de posibles “fuentes del derecho” en el Estado Constitucional⁵.

Lo anterior no puede ni pretende poner en cuestión la apertura y pluralidad de las fuentes del derecho en el Estado Constitucional, en el que no existe un *numerus clausus* de “fuentes del derecho” sino que su listado solamente puede ser ejemplificativo, en el tipo de Estado Constitucional la antigua alternativa entre derecho legislado y derecho de creación jurídica se convierte en “tanto esto como lo otro” en las fuentes del derecho. J. Esser se adelantó a esto cuando hablaba del carácter “pluralista” (no de una mera construcción arbitraria y escalonada) de nuestras “fuentes del derecho” y cuando buscaba una doctrina “realista” de las fuentes del derecho que superara el estatismo.

³ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, Elementos para una teoría general del Derecho, Themis, México, 2003, p. 134.

⁴ Idem.

⁵ HABERLE, Peter., El Estado Constitucional, op. cit., p. 125.

Sin duda en la actualidad los textos constitucionales nombran crecientemente determinadas fuentes del derecho, pero de ninguna manera fijan un orden cerrado, sino que esta presente la incorporación de fuentes abiertas, como los derechos humanos internacionales, los principios generales del derecho, incluso las referencias generales al “derecho”, esto no es sólo un diagnóstico, sino que puede justificarse filosóficamente, el termino clave “tiempo y Constitución” o “tiempo y cultura constitucional” apunta al trasfondo: la apertura y la pluralidad de las fuentes del derecho es un instrumento y un procedimiento.

Estos dos elementos al Estado Constitucional mantener el equilibrio, en el tiempo, entre continuidad y cambio, entre estabilidad y flexibilidad, precisamente las “mezclas” flexibles tanto de los métodos de interpretación como de las “fuentes del derecho” permiten la conservación del Estado Constitucional en el curso del tiempo.

Los nuevos constituyentes se caracterizan, entre otras cosas, porque se muestran, literalmente “abiertos” hacia las nuevas fuentes del derecho, en parte lo que hacen esa dar forma nueva a las “viejas” fuentes, en parte nombran con mayor precisión a las antiguas o a las nuevas fuentes del derecho: a saber, principios generales del derecho, derechos humanos reconocidos internacionalmente, otros derechos fundamentales distintos de los existentes por escrito (cláusulas de desarrollo de los derechos fundamentales), ocasionalmente el derecho natural.

Hacia fuera, acomodan al Estado Constitucional en contextos regionales o universales de una “sociedad mundial” o de la humanidad, y hacia el interior permiten un refinamiento de los procesos de creación de derecho y así también una mayor medida de justicia, además permiten utilizar las experiencias jurídicas de otras comunidades, en particular de otros Estados Constitucionales (vecinos) del mismo modo como puede ser una ganancia la comparación jurídica⁶.

Es muy frecuente que los constituyentes más recientes, como se ha mostrado normen la “supremacía Constitucional”, pero con ello no pretende, ni pueden impedir, que la multicitada “construcción escalonada del orden jurídico” no sea sino sólo un aspecto de la acción de las “fuentes del derecho”, así los principios constitucionales y las normas legislativas interactúan de múltiples formas en el ámbito de los derechos fundamentales, de modo que se produce no sólo la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, sino también la “interpretación de la Constitución conforme a las leyes”.

Por lo expuesto hasta al momento, la tendencia de elementos constitutivos de una renovación de las “Fuentes del derecho” proponen despedirse declaradamente del estatismo nacional de las doctrinas tradicionales, esta idea aborda la obra pionera

⁶ ibidem, p. 126.

de J. Esser, “*Grundsatz und norm*” (principio y norma), en el campo del derecho civil, pero puede adaptarse a la teoría constitucional.

La penetración de 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 más o menos claras, a los principios del derecho “preestatales” o prepositivos”, en la forma que sea: como “derechos humanos universales”, como “derecho” por la vía de las “cláusulas de realización de los derechos fundamentales” etc.

La Constitución se presenta como el centro, base y el fundamento de todo el jurídico, pero es una Constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho, el neoconstitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley⁷, la Constitución no es sólo un documento normativo en el que se apoyan las autoridades sino el centro en lo que todo debe converger⁸.

Recapitulando, las tendencias actuales en las ideologías jurídico-constitucionales respecto a las fuentes del derecho se muestran plurales y abiertas, no desestiman de ninguna manera las tradicionales “fuentes del derecho”, pero si reformulan y rematerializan las existentes y las nuevas poseen un contenido *sine qua non* podrían convivir y armonizar con los demás elementos jurídico del Estado Constitucional de derecho: “los derechos fundamentales”.

Se establece una reconstrucción de todo el sistema jurídico, en el que los derechos fundamentales, especialmente, se transforman en el eje central del sistema, volviendo a si a la formulación clásica del valor de la Constitución que hiciera la declaración francesa de los derechos humanos y del Ciudadano, irradiando sus efectos sobre todas las demás normas e instituciones jurídicas.

En las tendencias jurídicas modernas, ya no debe de existir el imperio sublime e impositivo de una ley sin contenido, ahora los principios y las reglas conviven y pueden armonizarse eficientemente, la interpretación y la argumentación son un campo extenso que privilegia la razonabilidad en función de la constitucionalidad, teniendo como fin primero y último esta.

Finalmente, no podemos pasa por alto la aseveración de Alexy, cuando habla que una Constitución que ha incorporado como principios los de dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de derecho y Estado social, permite tenerla

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., pp.131-156.

⁸ CARDENAS, Jaime, op. cit., p.41.

por asimilada al “derecho racional de la modernidad”⁹, estas son los elementos de fondo que deben contener las Constituciones modernas que den soporte total a los nuevos Estados constitucionales.

El mundo del derecho empieza en la Constitución y no en la ley, particularmente frente a las garantías constitucionales, es decir, las garantías de la soberanía popular frente a la soberanía parlamentaria, las garantías de la Constitución frente a la ley, en la actualidad la Constitución, además de norma primaria, presenta la característica de ser una norma inmediatamente vinculante para todos los órganos del Estado, los cuáles necesariamente deben someter su acción a ella, de la misma forma, reconoce derechos que son inmediatamente operativos, de eficacia plena, aun cuando el legislador no los haya regulado, preeminencia constitucional que en ningún caso se traduce en la abolición de la capacidad reguladora de la ley en el ámbito de los derechos de las personas, poniéndose en evidencia, con ello, la insoslayable interacción que se produce entre Constitución, ley y derechos fundamentales¹⁰.

Ronald Dworkin, en su obra los “*derechos en serio*”¹¹, señaló que los derechos humanos eran verdaderas cartas de triunfo que el ser humano esgrimía en contra del Estado, y que éste no podía restringirlos por ninguna causa de utilidad pública, no puede hablarse de un estado Constitucional de derecho, ni de democracia, en la medida en que no se respeten los derechos fundamentales y los derechos fundamentales no pueden ser tutelados si dejamos a un lado los derechos políticos, este es el tiempo de los derechos políticos, y su adecuada tutela y protección deben ser prioridades del momento histórico actual.

Finalmente, es importante señalar que la teoría del Derecho positivista ya no puede ser por tanto legalista porque la ley ya no es la única ni la suprema fuente del Derecho, conserva sin dudarle una gran importancia que no es preciso subrayar en este momento, pero ahora su función no es “crear” el sistema, sino “integrarse” en un sistema ya dado y en permanente renovación donde su palabra es sólo una de las que pueden pronunciarse, no la única, ni la última.

V.1.1. Hermenéutica e interpretación constitucional

Con relación al objeto de estudio que nos ocupa en esta ocasión, es fundamental establecer un mecanismo adecuado que permite una adecuada y ordenada Constitucionalización del derecho, de manera tal que las razones que lo sustenten sean lo suficientemente sólidas y argumentativamente razonables.

⁹ ALEXY, Robert, “Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Alicante, 1988, p.90.

¹⁰ FERRADA, Borquez, Juan Carlos, op. cit., p. 43.

¹¹ Véase DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Argentina, 1993.

Partimos de la premisa de que en el derecho actual ha de privilegiarse los derechos fundamentales, pero no sólo es una mera cuestión de este tipo, sino sobre todo el derecho debe ofrecer razones y mecanismos que permitan asegurar cierta racionalidad, justicia u objetividad en el resultado interpretativo, que es lo que finalmente se anhela en todo actuar jurídico moderno.

Comencemos por establecer que un elemento como la interpretación y no sólo la jurídica, es parte de lo que se conoce en la filosofía como hermenéutica, aunque existen otras posturas provenientes de la escuela analítica, la cuál establece una conexión entre filosofía y lenguaje; la crítica a todo tipo de metafísica; la actitud positiva hacia el saber científico, y el reconocimiento de que el análisis constituye una condición necesaria del filosofar.

La hermenéutica, se caracteriza por los siguientes aspectos: a).-su antipositividad, en cuanto considera que el derecho no son sólo reglas dictadas por el legislador, el derecho es sobre todo práctica social que se entiende necesariamente desde su interpretación y aplicación; b).- la precomprensión, esto es, que la relación con un texto jurídico depende del contexto en que se inscribe, necesita de experiencias previas, de “prejuicios”; c).-la interpretación no puede verse en forma atomista y lineal, sino que es una actividad circular entre normativo, el caso, el ordenamiento y el contexto y d).- el sujeto de la interpretación siempre está situado en una determinada perspectiva; el conocimiento jurídico es al mismo tiempo comprensión y praxis¹².

La coherencia o consistencia de una decisión depende de la interpretación con el “todo”, interprete y texto forman una misma comunidad, la “construcción” hermenéutica es el establecimiento de un puente entre tradición y presente, existe así, un “circulo hermenéutico” que se constituye en el ámbito de la relación entre texto e interprete por un lado, y entre intérprete y el “todo”. El hermeneuta busca la compatibilidad del significado transmitido con el “todo”, en el caso del derecho, el “todo” se compone no sólo por la totalidad de disposiciones que forman el orden jurídico en cuestión, el interprete dispone, así, de una “anticipación de sentido”, la cuál guía nuestra comprensión, esta la estructura anticipante que está presente en toda comprensión¹³.

Los textos normativos exigen algo más que el análisis lingüístico, exigen un círculo hermenéutico establecido entre el interprete, las formulaciones normativas y los hechos para enlazar la operación semántica con la operativa y provocar la conversión de la norma al hecho.

¹² ATIENZA, Manuel, Cuestiones judiciales, Fontamara, México, 2001, pp.105-107.

¹³ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, op. cit., p. 334.

Linares Quintana afirma que es un error sustituir e intercambiar los términos interpretación y hermenéutica, dado que la interpretación es aplicación de la hermenéutica, y por lo tanto la interpretación no sería más que la concreción a los casos de los principios y bases del planteamiento hermenéutico¹⁴, lo que tiene base de razón, en tanto que el objetivo fundamental de toda hermenéutica es la comprensión de estructuras de sentido, es el acercamiento a través del contexto, pues ningún marco interpretativo es arbitrario ni tampoco objetivo si se entiende por ello algo perfecta y absolutamente lógico.

Por otra parte, podemos decir inicialmente que interpretar, en general, consiste en reconocer o atribuir un significado o un sentido a ciertos signos o símbolos (por ejemplo, conductas, palabras, cosas naturales, etc), el interprete es una especie de mediador¹⁵ (*interpres-etis*, a su vez de *Inter* y *pars*: entre pares) entre aquello que requiere ser interpretado.

El concepto “interpretación” no es tampoco fácilmente asible, existen por lo menos dos ambigüedades, la primera relativa a cuál es el objeto de la interpretación: para algunos puede ser objeto de la interpretación cualquier entidad capaz de transmitir un sentido; para otros solo se interpretarían entidades lingüísticas. La segunda ambigüedad confunde el proceso y el producto; en ocasiones se habla de interpretación para referirse a un proceso, a la actividad interpretativa, y en otros al producto, al resultado de esa actividad.

Al establecer la interpretación de un lenguaje empleamos un metalenguaje, las reglas semánticas encuadradas en él y enuncian específicamente que las expresiones apropiadas del sistema lingüístico dado designan a ciertos objetos. Entendiendo el metalenguaje, entendemos, también, el lenguaje objeto, y, así, el procedimiento de interpretación se hace explícito.

En otras opiniones, como para Gadamer¹⁶ la interpretación no es un acto complementario a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar y, en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión. Atienza propone, siguiendo a Guastini, tres formas de entender la interpretación: a).- como adscripción o detección de un significado, entendiendo que la actividad interpretativa es cognoscitiva, y potencialmente científica; b).- como la decisión o propuesta de un significado entre los diversos posibles, aquí cabría distinguir entre

¹⁴ LINARES Quintana, Segundo V., Tratado de interpretación constitucional, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp.41-43.

¹⁵TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México, 1975, p.125.

¹⁶ GADAMER H.G, Verdad y método, ed. Sígueme, Salamanca, 1984, p. 383.

una fase cognoscitiva y otra volutiva, y c).-como la creación de un significado generando una nueva norma¹⁷.

Wroblesky¹⁸ menciona que la interpretación en sentido amplio es la comprensión de una expresión cualquiera formulada en una lengua, significa que todo signo lingüístico debe ser interpretado para su comprensión, en sentido estricto significa que de existir duda sobre una determinada concepción en un caso concreto, la determinación del sentido correcto es la interpretación.

Rodolfo Luís Vigo¹⁹, refiere como paradigmas de la interpretación los siguientes:

Paradigma dogmatico o racionalista. En este paradigma, se concibe al juez como un simple aplicador mecánico (la boca que pronuncia las palabras del legislador) y la interpretación como un procedimiento silogístico, el derecho carece de fuerza innovadora y creadora.

Paradigma irracionalista. Reconoce que sobre la decisión judicial operan factores extrarracionales, las resoluciones responden a prejuicios, intuiciones, emociones, ideologías de los juzgadores.

Paradigma politico o negativista. La función judicial cumple con la finalidad de hacer prevalecer los intereses de un grupo social determinado.

Paradigma herculeano. Derivado del juez Hércules de Dworkin, la idea es que el juzgador debe buscar la respuesta correcta a cada controversia a través de la valoración del caso y de los principios del ordenamiento jurídico.

Paradigma funcionalista. El derecho es considerado como un instrumento útil a la sociedad, debe servir eficazmente a las exigencias sociales ponderando la estabilidad y la transformación social y beneficiando al mayor número de integrantes.

Paradigma procedimentalista. Se fundamenta en el método planeado para llegar a las conclusiones, una decisión judicial será correcta si y sólo si reúne una serie de requisitos previos.

¹⁷ ATIENZA Manuel, Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, Cuestiones judiciales, Fontamara, México, 2001, p. 80.

¹⁸ WROBLEWSKY, Jerzy, Sentido y hecho en el derecho, Fontamara, México, 2001, p.52.

¹⁹ VIGO, Rodolfo Luis, Interpretación Constitucional, Abeledo-Perrot, Argentina, 1993, pp. 205-229.

Paradigma dialéctico. La decisión judicial y la interpretación jurídica se encuentran en la dialéctica, esto es, en la confrontación de ideas entre los juristas.

Paradigma hermenéutico. Concibe la interpretación como un proceso de esclarecimiento entre el ser y el deber ser.

Paradigma analítico. Parte de una concepción del lenguaje como sistema de símbolos de comunicación entre los seres humanos. En ese orden de ideas, la interpretación es un acto de comprensión del significado de los vocablos.

Paradigma prudencial retórico. La interpretación tiene como finalidad dirigir la conducta humana bajo los parámetros de la razón.

Para que pueda cumplirse la tarea interpretativa se requiere que el interprete, como aquellos a los que se dirige la interpretación, pertenezcan a una misma comunidad lingüística, pues el interprete tiene la responsabilidad de identificar la pregunta implicada en el texto, y procura responderla atribuyendo el significado que posibilitará su comprensión.

El conocimiento jurídico en general tiene por objeto final principal, el justificar, valorar o dirigir con mayor o menor precisión y rectitud a la conducta humana en la que debe aparecer comprendida la justicia, es decir, cuando exista alguien que reclama que se le devuelve o se le respete lo que le corresponde, dicho saber, posee distintos grados: el filosófico, el científico y el prudencial.

Además de la prudencia el método interpretativo debe ser retórico, pues el interprete no solo procura dilucidar la respuesta justa o correcta, sino que además tiene que mostrar las razones y argumentos que permitan sostenerla exitosamente en la controversia, procurando por esa vía, persuadir a los destinatarios del resultado interpretativo que el mismo es el más racional, razonable y justo.

De lo anterior y sin establecer conclusiones, podemos decir que, la interpretación jurídica puede entenderse en un sentido amplio y en uno restringido. En un sentido amplio se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, tomando en cuenta el contexto cultural jurídico del interprete y en su caso las circunstancias de los hechos, con independencia de dudas o controversias, por lo que cualquier texto en cualquier situación requiere interpretación, en un sentido restringido, "interpretación " se emplea para referirse a la atribución de un significado, tomando en cuenta el contexto y los hechos, a

una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación²⁰.

Abordando más a fondo nuestra materia es de cuestión medular tener en cuenta que en toda interpretación jurídica, está presente de manera más o menos directa la totalidad del sistema jurídico, incluida su norma superior (la Constitución), pero además aparece implicada la jerarquía de las diversas fuentes del derecho con sus límites y exigencias de validez, por ello, puede concluir que la teoría de la interpretación jurídica operativa tiene intrínseca vinculación con el ámbito del derecho constitucional, pues si el Estado contemporáneo es fundamentalmente Estado de Derecho o Estado Constitucional en tanto se adopte una caracterización integral de la Constitución, la teoría de la interpretación jurídica aparece como una dimensión inescindible y principal de la teoría del Estado y del derecho constitucional²¹.

Una forma más obvia de entender la interpretación constitucional, es definirla a través del propio objeto interpretado, o sea el texto constitucional y así puede ampliarse el campo subjetivo dado que se abarca a aquellos que tienen por misión específica ser los guardianes o interpretes máximos de la ley fundamental, y también incluso a los que carecen de toda autoridad para imponer u oficializar el resultado de su esfuerzo interpretativo.

Para otros autores, estudian ya no la interpretación de la Constitución sino “desde” la misma, y la cuestión es trasladada al ordenamiento jurídico, más concretamente se le visualiza como un orden jerárquico presidido por la Constitución e importa señalar la función que cumple esta última como criterio hermenéutico fundamental de todo el ordenamiento jurídico²².

Otro distinguido autor, Igartúa Salaverría, aclara que emplea la expresión “interpretación constitucional” como: a).-sentencias del tribunal constitucional; b).-sentencias que tengan como parámetro una Constitución rígida; c).- sólo las sentencias relativas al control de constitucionalidad de las leyes y actos normativos con fuerza de ley; d).-en un sistema jurídico en el que tal control está concentrado²³.

La interpretación constitucional tiene en principio, un doble objeto posible: o bien se procura con ella fijar el sentido de una norma constitucional; o bien se interesa para fijar el sentido de una norma o de un comportamiento en relación a la

²⁰ CARDENAS, Jaime, op. cit., p. 13.

²¹ VIGO, Rodolfo Luis, Interpretación Constitucional, op. cit., p. 79.

²² PEREZ LUÑO, Antonio Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, tecnos, 1986, p. 268.

²³ IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, “La Interpretación de la Constitución: demarcación de perspectivas”, Universidad del País Vasco, 1984, p.7.

Constitución, ha de optarse por hablar de la interpretación “de” la Constitución y de la interpretación “desde” la Constitución respectivamente.

En el primer caso, se busca proporcionar un significado jurídico al texto de la misma, de modo de reconocer cuál es la conducta a la que está obligando, prohibiendo o permitiendo; esa versión tiene relativa importancia, pues no cabe duda que lo habitual y donde se desenvuelve toda la importancia de la “interpretación constitucional” no es en el supuesto “de” sino “desde”, es decir, cuando mediante ella se busca analizar el grado de coherencia entre la norma constitucional y otra norma no constitucional, o entre aquella y un determinado comportamiento o una cierta omisión, la interpretación “de” la Constitución es una operación es una operación de mediación imprescindible para inducir dicha norma en el mundo real.

Para llevar a cabo una interpretación jurídica cabal es imprescindible afrontar la resolución de un caso y, en materia constitucional, esta práctica esta íntimamente relacionada con el “desde” la Constitución, comprobando su armonía con otra norma o hecho jurídico positivo o negativo.

Además de los rasgos racionales, en la interpretación jurídico-constitucional se debe proporcionar una posición central a la teoría de los valores, especialmente a la teoría de la justicia, es cierto que predominan posiciones que sólo admiten una racionalidad que se mueve en el plano formal o procedimental, sin asumir compromisos axiológicos sustanciales o de contenido.

La interpretación también tiene límites, fijados por el propio sistema. Por un lado los límites formales tienen que ver con la idea de las normas que regulan el procedimiento de interpretación, en tanto que los materiales tienen que ver con el resultado, con el contenido de la misma.

Las nuevas corrientes interpretativas no son más literales apegadas al texto de la ley, ausentes de razonabilidad y justicia, pues ya no deben aceptarse que los contenidos de las leyes estén desprovistas de esencia y de contenidos, el legislador moderno no es un simple autómatas destinado a la aceptación de iniciativas vacías y perennes.

La interpretación requerida para una verdadera democracia reúne varios factores: es una interpretación abierta del texto constitucional, en el ámbito procedimental deja de lado el silogismo y la subsunción y utiliza otro tipo de herramientas jurídicas: la ponderación, la tópica, la saturación.

En el ámbito sustancial es una interpretación que permite el desarrollo a partir de la ductibilidad, que permite moldear el derecho para que este cumpla con su función de mediación social, es una interpretación que opera con un control difuso

de la constitucionalidad, que reclama y urge una actividad vanguardista por parte de los aplicadores jurídicos y ante todo, estamos ante un modelo de interpretación que maximice el ejercicio de los derechos fundamentales.

La interpretación también debe permitir el desarrollo del derecho, en un Estado Constitucional de derecho, la interpretación se convierte en la posibilidad de lograr la ductibilidad constitucional, la Constitución deja de marcar con rigidez la forma de ser, es decir, permite que existan varias posibilidades; por eso es dúctil, la interpretación es el elemento que hace maleable el, en otro tiempo, texto inmutable²⁴.

Para continuar con el desarrollo del presente capítulo, consideramos pertinente hacer referencia a Luis Prieto Sanchis²⁵, para quien en el derecho se ha desplazado la ley a favor de la interpretación: primero, el derecho legal envejece y es incapaz de ofrecer respuestas a los nuevos conflictos, lo que provoca tanto la aparición de lagunas como el mantenimiento de soluciones obsoletas e insatisfactorias.

Segundo, el derecho no tiene, como pretende, un carácter sistemático o coherente, lo que de nuevo deja en manos del juez la respuesta ante el caso concreto. Tercero, el derecho no puede quedar encorsetado en la ley del Estado, pues existen fuentes sociales que compiten con ella y que han de ser también ponderadas por el interprete, cuarto, la letra de la ley se muestra necesariamente insuficiente, en el sentido de que tras los enunciados late un fin o interés social que remite a una constelación de valores que asimismo han de pesar en la decisión judicial, por último, la comprensión de los enunciados jurídicos no es, en ningún caso, una tarea simple receptiva, pasiva o mecánica, sino que requiere una especial actitud hermenéutica donde la sociedad y cultura recrean o renuevan el texto mudo de la ley.

V.1.2. La argumentación

Las exigencias actuales del mundo jurídico nos inducen a ofrecer sentencias suficientemente respaldadas y convincentes, con contenido pero sobre todo que guarden una racionalidad y lógica tal que las mismas puedan someterse a constantes cuestionamientos y debido a sus sólidos elementos y razones permanezca firme, estamos en una etapa en la cual los jueces no son más simple aplicadores de leyes y de sentencias vacías, el derecho es, ante todo “argumentación”.

²⁴ NIETO, Santiago, op. cit., p. 322.

²⁵ PRIETO Sanchis, Luis, Ley, Principios, derechos, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 7, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998, p.20.

Este movimiento comenzó en la década de los cincuentas, después de la segunda guerra mundial, lo que lo originó es el proceso de constitucionalización de los derechos humanos, el surgimiento de los tribunales constitucionales, las nuevas formas de interpretación, integrada también por principios constitucionales, a la crisis del principio de legalidad tradicional, al nacimiento de la lógica deóntica, y en general a una rebelión contra el formalismo jurídico y una aplicabilidad mecánica del derecho.

Para algunos argumentar es únicamente una actividad lingüística, y un argumento es el producto de esa actividad, para otros es una relación entre las premisas y la conclusión. Para Atienza²⁶ existen tres concepciones sobre argumentación: la lógica formal, la material y la pragmática o dialéctica. La concepción formal define al argumento y a la argumentación como una inferencia, un encadenamiento de proposiciones.

Lo que caracteriza a esta posición es el elemento formal, esto es, la corrección de las conclusiones no depende del contenido de verdad de las premisas sino del cumplimiento de ciertas reglas formales como en el silogismo tradicional aunque no exclusivamente, a los lógicos formales les interesan, sobre todo, los esquemas de argumentos que se expresan en un lenguaje artificial.

La concepción material, propia de la tópica, se preocupa no de la técnica para inferir unas proposiciones de otras con criterios de corrección formal, sino de descubrir y examinar las premisas, se trata de justificar las premisas no ya mediante el silogismo o formas lógicas divergentes, la justificación de las conclusiones o de las decisiones tiene que hacerse a través de buenas razones que permitan determinar la corrección del razonamiento, en la concepción material interesa el proceso de argumentación, el balance de razones, sin prescindir del punto de vista interno del intérprete. La concepción pragmática o dialéctica, considera a la argumentación como interacción lingüística, la argumentación es un proceso dialógico cuyo desarrollo está regido por reglas de comportamiento lingüístico.

Las teorías de la argumentación constituyen un nuevo paradigma porque no sólo se preocupan por la decisión jurídica de las autoridades, sino que traspasan el edificio jurídico y entienden el razonamiento jurídico como esencialmente dialógico, es decir, la práctica decisoria no está presidida por un razonar subjetivo sino por uno intersubjetivo.

Para las teorías de la argumentación importa como se argumenta, como se motive, como se descubren los argumentos, cuáles son sus tipos y como se puede evitar la manipulación de los instrumentos retóricos, en otras palabras, teniendo en

²⁶ ATIENZA. Manuel, "El derecho como argumentación", Isegoría, revista de Filosofía Moral y Política, Madrid, 1999, pp.37-48.

cuenta el componente de irracionalidad que puede existir en cualquier decisión, se debe intentar darle un carácter de racionalidad a la argumentación²⁷.

La retórica en el campo de la argumentación es esencial, pues exige el argumentar con eficacia para convencer o persuadir, refutando las razones que se invocan para respalda los otros medios posibles de ser escogidos, lo retórico ha de suponer la necesidad y la posibilidad de mostrar eficazmente la razonabilidad y justicia de la determinación jurídica contenida en la conclusión del silogismo prudencial, exige justificar en términos axiológico-jurídicos lo que se manda, prohíbe o permite.

Analicemos brevemente a los principales exponentes de las teorías de la argumentación, En orden cronológico, la obra de Viehweg analiza históricamente el nacimiento, la evolución y el desarrollo de la tópica (técnica del pensamiento problemático utilizando los *topoi* o lugares comunes), para él, la tópica surge con Aristóteles, se perfecciona con Cicerón, además explica como los juristas romanos planteaban sus argumentos utilizándola, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la tópica resurge como técnica de pensamiento, y se destaca por su principal característica, que es el procedimiento de búsqueda de premisas o *ars inveniendi*.

A partir de la década de los cincuenta aparecen las primeras teorías en torno a la argumentación jurídica. En 1953, Theodor Viehweg publica *Tópica y jurisprudencia*, obra en la que plantea la reivindicación de la tópica en la teoría y la práctica del derecho, la idea de fortalecer los lugares comunes como punto de partida de los razonamientos jurídicos, en razón de la imposibilidad fáctica de lograr el cometido de la cultura jurídica occidental moderna de utilizar argumentos lógico-deductivos en todo el contexto jurídico.

En la obra de Viehweg, los tópicos no están jerarquizados, considera que la tópica puede llevar a resultados diferentes, Viehweg fue en precursor de la argumentación jurídica que rechazó como único camino de la interpretación a la lógica formal, y al hacerlo descubrió un campo promisorio para la investigación.

Por otra parte, para Perelman²⁸, la teoría de la argumentación se entiende como una teoría del discurso persuasivo-convinciente, que no podía descuidar las relaciones entre el orador y el auditorio, un buen razonamiento para serlo, tenía que dirigirse a un hipotético al que se debía convencer sin manipulación o coerción alguna.

²⁷ CARDENAS, Jaime. op. cit., p. 24.

²⁸ Véase PERELMAN, Chaim, Tratado de la argumentación, La nueva retórica, Gredos, Madrid, 1989.

Las ideas de Perelman son fundamentales para entender la estructura de la argumentación, por ejemplo: su insistencia en que el análisis de los razonamientos de los políticos, jueces y abogados debe ser el punto de partida para la construcción de la argumentación; su idea de la lógica deductiva se mueve en el terreno de la necesidad, y la argumentación retórica en el terreno de lo plausible; la posición de que los argumentos retóricos no tratan de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino demostrar el carácter razonable de una decisión, y su concepción sobre la estructura argumentativa que no la considera una cadena lineal sino que la observa como un tejido, en donde la solidez del tejido es superior a la de sus hilos.

Para este autor, argumentar es la acción con la que se pretende obtener un resultado: obtener la adhesión del auditorio por medio del lenguaje, es decir, evitando cualquier uso de la violencia, es el objetivo central de Perelman: lograr la adhesión de un auditorio, de las personas a las que va orientada la argumentación, cuando la adhesión se logra frente a un auditorio particular (un núcleo de personas determinadas) estamos en presencia de un acto de persuasión; por el contrario, estaremos en presencia de un convencimiento cuando el argumento esgrimido sea válido para todo ente de razón (auditorio universal)²⁹.

No se trata de buscar verdades evidentes, como en la lógica formal, sino de demostrar el carácter razonable de las decisiones, por eso, lo más importante es distinguir entre un argumento eficaz (que determina la adhesión del auditorio) y un argumento válido (argumento que debería determinar la adhesión), para Perelman un argumento débil será aquél que logre convencer al auditorio, el objeto de la retórica son los medios y técnicas propias del debate, de la argumentación, de la persuasión o del convencimiento, donde hay debate, deliberación o controversia resulta útil la retórica para provocar la elección de una de las opciones, haciendo triunfar a una de las posiciones en pugna, de ahí que los medios propios del retor a tales fines resulten ser las pruebas, los argumentos y los tópicos.

La obra de Perelman descuida temas importantes de la argumentación como la distinción entre argumentos fuertes y débiles, y su concepción del auditorio universal más que un concepto elaborado debe verse como una intuición feliz, también es débil por la noción de positivismo jurídico con la que trabaja, para muchos esta concepción es más propia del positivismo decimonónico que de un modelo positivista contemporáneo como el de Hart³⁰.

Después de Perelman, aparece en escena del estudio de la argumentación Stephen Toulmin, su teoría de la argumentación se basa en la idea de que la

²⁹ NIETO, Santiago, op. cit., p. 89.

³⁰ CARDENAS, Jaime, op. cit., p. 27.

lógica es algo que tiene que ver con la manera como los hombres piensan y argumentan en la práctica, la argumentación para Toulmin es la actividad completa de plantear pretensiones, ponerlas en duda, probarlas y respaldarlas mediante razones, consecuentemente, el concepto de argumento tiene dos acepciones: es un tramo de la argumentación y es una interacción humana por medio de la cual se formulan y debaten los referidos tramos de razonamiento.³¹

Toulmin, analizó la estructura de los argumentos, los principales tipos de argumentos y el uso de las falacias en el razonamiento jurídico, Toulmin señala como elementos de todo argumento los siguientes: la pretensión, las razones, la garantía, el respaldo, además de los cualificadotes modales y las condiciones de refutación.

La pretensión es el punto de partida y de llegada de todo argumento, es la posición de una manifestación inicial, las razones, son las pruebas y los hechos que justifican la pretensión, la garantía implica el uso de una regla o principio, o de ambos que sirve para fundamentar la pretensión, el respaldo, es la ley, precedente, la norma constitucional que contiene la garantía.

La argumentación correcta se presenta con los elementos mencionados, sin embargo, la actividad de argumentar adquiere características especiales dependiendo del campo racional específico. Así para Toulmin es dable distinguir cinco empresas racionales: el derecho, la ciencia, el arte, los negocios, la ética.

Seguidamente, el último de los exponentes de las teorías modernas de la argumentación al que haremos referencia es Neil Mc Cormick, para él es posible la existencia de razonamiento deductivo, en ese sentido, la teoría integradora lo es en la medida en que considera factible resolver las controversias tanto por el aspecto de lógica formal como de la lógica argumentativa, sin embargo, existen ciertos límites a la justificación deductiva, toda vez que ésta no sirve para resolver los denominados casos difíciles, estos últimos son aquellos que presentan algún tipo de problema, ya sea de interpretación, de relevancia de prueba o de calificación.

Para Mc Cormick, una decisión justificada en un caso difícil implica cumplir con el requisito de universalidad, así como con los requisitos de consistencia y coherencia relacionados con el sistema jurídico y, finalmente, y finalmente con el principio consecuencialista que significa que tenga relación con el mundo.

Desde la teoría pura de Kelsen con su irracionalismo en la elección interpretativa, hasta la teoría herculeana de Dworkin descubridora de la solución correcta para los casos planteados, pasando por el discrecionalismo judicial de Hart, la nueva

³¹ NIETO, Santiago, op. cit. p. 91.

retórica de Perelman, la tónica de Wiehweg, el arte dialéctico de Willey, el logos de lo razonable de Recasens Fiches, la dialéctica existencial de Gadamer, la prudencia o razón práctica de Kriele, la teoría de la controversia de Giuliani, la teoría de la convergencia de Kaufmann, las reglas del discurso práctico de Alexy, la aceptabilidad racional de Aarnio o la tónica hermenéutica de Muller, cada uno, a su modo rechaza tajantemente la ingenuidad de suponer que el interprete cuando aplica la norma jurídica, la repite sin aportar nada innovador o novedoso para el ordenamiento jurídico, y a su vez, procuran establecer mecanismos que permitan asegurar cierta racionalidad, razonabilidad, justicia u objetividad en el resultado interpretativo³².

En la actualidad, el derecho no debe concebirse ya, como una mera operación de subsunción desprovista de valores, pero sobre todo de argumentación, es necesario proporcionar razones, que justifiquen adecuadamente determinada resolución, en un Estado Constitucional como al que pretendemos llegar, ya no ha de tener cabida la concepción del Derecho como un mero conjunto de normas a la manera de Kelsen, el Derecho ya no es sólo responsabilidad de jueces, sino de todos los interpretes jurídicos, el Derecho posee ahora contenido y carga axiológica, y ya no pura formalidad.

La argumentación es precisamente una de las herramientas más valiosas que contribuye enormemente a un cambio gradual de la forma de concebir el Derecho, como mencionamos anteriormente, cada uno de los distintos autores la concibe de distinta manera, pero al final, le dan un papel relevante a la teoría de la justicia y de los valores, relación que tantas veces había sido negada.

V.1.3. Las reglas y los principios

En el nuevo paradigma de Derecho en el Estado Constitucional, es necesario la convivencia de distintos elementos, entre ellos las reglas y los principios. Por una parte, la inserción de los principios ha sido criticada por muchos, para Kelsen era indeseables porque abrían la puerta la discrecionalidad.

Los principios son clave para entender, por una parte, el paso del Estado de derecho al Estado Constitucional, por un lado la transformación de la argumentación jurídica con la incorporación del silogismo práctico, la renovación sobre otras bases del carácter sistemático del derecho, la asunción de una textura siempre abierta en el derecho, la aparición del modelo argumentativo en el derecho en adición al normativo, realista o puramente axiológico; y una aproximación al entendimiento de los nexos entre derecho y moral, el concepto de principios puede significar cosas tan diferentes como: pautas metodológicas para conducir a la argumentación judicial hacia la solución correcta, Fuentes jurídicas

³² VIGO, Luis, op. cit., p.27.

para colmar lagunas, y postulados morales que inspiran el orden jurídico y permiten expulsar de su ámbito las normas incompatibles con ellos.

El Estado ya no es o más bien dicho ya no debe ser exclusivamente en estado de derecho, hoy es, ante todo un Estado Constitucional, la Constitución no sólo es la norma superior que contiene un material jurídico sustantivo que obliga a todos, La Constitución determina no solo “quien” y “como” se manda, sino también “que” puede y no puede mandarse, la Constitución limita la ley, y por tanto, a las mayorías legislativas y sociales, el Estado Constitucional alude a la prevalencia de la Constitución y sus normas pro encima de cualquier otra norma secundaria³³.

Para efectos de nuestro trabajo, hemos de profundizar especialmente en las características de los principios, por ser uno de los elementos que mayor número de críticas y desacuerdos ha despertado entre los juristas más renombrados en la actualidad, tema que abordaremos con posterioridad.

La distinción entre reglas y principios puede ser entendida de dos formas distintas, en un sentido fuerte y en uno débil³⁴. En un sentido fuerte se dice que los principios no son normas, pues son distintos a las reglas, la tesis se explicó para negar que los principios fuesen eficaces, es decir, inmediatamente productores de efectos jurídicos, los principios son valores prejurídicos, y, por tanto, metajurídicos subyacentes al ordenamiento positivo.

En un sentido débil, los principios son normas, pero una especie particular de normas, en este sentido, la cuestión consiste en distinguir los rasgos característicos de los principios, algunos sostienen que los principios se caracterizan por su formulación, su estructura lógica o su contenido, otros sostienen que los principios se destacan por la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico o por la función que cumplen en él.

La distinción entre reglas y principios³⁵ se ha intentado aclarar a partir de cinco variables distintas:

Las disposiciones que expresan principios son formuladas en un lenguaje extremadamente fluido, vago, indeterminado.

Una segunda tesis pretende caracterizar a los principios por su contenido normativo. Son más generales, y más que dirigirse a los comportamientos se dirigen a las actitudes.

³³ CARDENAS, Jaime, op. cit., p.119.

³⁴ GUASTINI, Ricardo, Distinguiendo entre Estudios de teoría y metateoría del derecho, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 143-171.

³⁵ CARDENAS, Jaime, op. cit., pp. 111-112.

La tercera señala que los principios no tienen la estructura lógica de las reglas, son normas categóricas (no están ligadas a una condición) que están privadas de un ámbito específico de aplicación.

Se distinguen a los principios en virtud de su carácter de normas fundamentales (fundamento de otras normas) y porque dan identidad material al ordenamiento en su conjunto.

En una quinta aproximación se indica que los principios no admiten la interpretación literal; tienen un carácter meramente orientador respecto a las reglas; no es posible la aplicación por subsunción en los principios, y los conflictos entre principios se resuelven con la técnica de la ponderación.

El contenido normativo de los principios se caracteriza por los siguientes elementos:

Son normas teleológicas (no prescriben un comportamiento preciso sino que encomiendan la obtención de un fin que puede ser logrado usando más de un medio).

Muchas son metanormas o normas de segundo grado que se dirigen a los jueces y funcionarios para la aplicación de reglas.

Los principios poseen (cuando son formulados) una formulación categórica.

Retomando a Guastini³⁶, los principios tienen distintos usos en la producción, en la interpretación y en la integración del derecho. En la producción, porque circunscriben materialmente al legislador, sobre todo cuando se trata de normas de desarrollo o subordinadas, el legislador no puede producir normas incompatibles con los principios constitucionales, so pena de invalidez de sus productos.

En la interpretación, los principios expresos de rango constitucional son empleados para justificar las llamadas interpretaciones conformes, o sea, aquellas que adaptan el significado de una disposición al de un principio previamente identificado, las interpretaciones conformes, su propósito es establecer el sentido o significado compatible entre ellas y con el ordenamiento constitucional.

Los principios se usan, sobre todo en la tesis tradicional, en la integración del derecho para colmar lagunas, el juez y el funcionario están obligados a recurrir a los principios después de haber intentado el argumento analógico, esta forma de argumentar es la que conforma el llamado razonamiento práctico, no silogístico,

³⁶ GUASTINI, Ricardo, op. cit., p. 162-167.

en donde los principios son utilizados para determinar o encontrar la premisa base del razonamiento, es necesario justificar la elección de la premisa normativa y que esa premisa reúna a la vez las condiciones de validez suficientes para considerar parte del sistema jurídico.

Para evitar confusiones y malas atribuciones, con los principios se trata no de poner fin a la seguridad jurídica, sino de asegurarla de manera más realista y profunda, se busca hasta donde sea posible, una certeza que sea producto no de una mera operación mecánica deductiva, sino el resultado de un proceso más complejo que asume reglas de racionalidad práctica, por ejemplo universalidad o abstracción, o presuponiendo un auditorio universal de personas inteligentes, responsables y desinteresadas, que permita justificar las decisiones no sólo en relación al ordenamiento, sino en relación con los hechos o consecuencias finalistas de las decisiones³⁷.

La presencia de los principios hace que el derecho posea una clara textura abierta (recordemos el apartado anterior relacionado con las fuentes del Derecho en el Estado constitucional), los principios no son cerrados, sino indeterminados, necesitados de significados que no están definidos a priori, que sólo se pueden precisar a la luz de las exigencias del caso particular.

Con los principios la argumentación jurídica se transforma porque las normas constitucionales son prevalentemente principios, las argumentación por principios se propone abandonar la subsunción y la aplicación mecánica, exige la sustitución de la interpretación literal, exige el abandono del silogismo judicial formal, y se aproxima a los antiquísimos métodos de la interpretación retórica, basada en la ponderación y razonabilidad.

La crítica más fuerte a los principios no está tanto en su vagueada o en la multiplicidad de tipologías que sobre los principios existen, crítica más fuerte tiene que ver con un aspecto central de la teoría del derecho, esto es, con el problema de la conexión entre derecho y moral y su impacto en la producción, interpretación y aplicación del derecho.

V.1.4. Principio de ponderación

Como mencionamos anteriormente, uno de los elementos que forman parte de la ideología del neoconstitucionalismo son los principios³⁸, que han sido criticados por muchos por ser indeterminados y vagos, como mencionamos anteriormente,

³⁷ VELASCO Arroyo, Juan Carlos, "El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas", Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política, Madrid, 1999, pp.49-68.

³⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., p. 111. los principios son valores prejurídicos, y por tanto, metajurídicos subyacentes al ordenamiento positivo.

para Kelsen, por ejemplo, resultaban indeseables, pues abren las puertas al decisionismo judicial.

La ponderación no es un criterio propiamente dicho, sino un método para resolver controversias; es la respuesta al formalismo clásico, a la idea de que todas las controversias pueden resolver a partir de la subsunción de los casos al mandato de la norma, esta operación no es automática, ni puede ser tomada como la única solución posible de controversias.

El modo de resolver la colisión o conflicto entre principios, recibe el nombre de ponderación, aunque también podemos hablar de razonabilidad, proporcionalidad, concordancia práctica, sin embargo, a groso modo, la forma de resolver las antinomias entre principios se llama ponderación, el cuál por ser especialmente importante para nuestro autor por ser uno de los puntos de crítica más recurridos hacia el modelo neoconstitucionalista de Derecho.

En la ponderación, los principios deben optimizarse perviviendo entre ellos, no eliminándose mutuamente, por eso el resultado de la interpretación entre principios opuestos no es el triunfo aplastante de uno de ellos, si no su armonización, la búsqueda de una solución intermedia que procure la menor lesión entre los principios contradictorios.

En la ponderación, existen siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión, han de ser todos los principios del mismo valor, pues de otra manera no habría nada que ponderar, pues en caso de conflicto se impondría el de más valor, la ponderación parte de la igualdad de normas en conflicto, sino fuera de esta manera existiría un orden jerárquico que se pudiera deducir del propio normativo.

No se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias, *a priori*, sino conjugar desde la situación jurídica creada, ambos derechos y libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, se trata de una actitud de preferencia en el caso concreto, se busca la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.

La ponderación opera a la luz de los casos concretos no significa o no debe significar, que suministre respuestas irrepetibles para casos también singulares, sino que ofrece respuestas por casos genéricos y con vocación de permanencia y universalización, la ponderación no elimina la subsunción, sino que contribuye a construir la regla o premisa mayor que la hace posible³⁹.

³⁹ PRIETO, Sanchis, Luis, Justicia Constitucional y Derechos fundamentales, op. cit., p.195.

La ponderación proporcionará entonces una declaración de validez cuando se estime que en todas las hipótesis de aplicación posibles, resulta injustificadamente lesivo para uno de los principios en juego, la ponderación constituye una tarea eminentemente judicial, aunque ello no significa que el legislador no pueda hacerlo, lo que sería un caso de idoneidad plausible.

La máxima de la ponderación requiere acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada, la actuación que afecte a un principio o derecho constitucional ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece.

Finalmente, la ponderación se completa con el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto que, en cierto modo, condensa todas las exigencias anteriores y encierra el núcleo de la ponderación, aplicable esta vez tanto a las interferencias públicas como a las conductas de los particulares, consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o la consecución de un bien legítimo, se trata de valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, por último, a la luz de todo ello, de valorar la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión⁴⁰.

V. 2 Máximas de justicia en el Estado Constitucional

Si hemos de referirnos a la justicia constitucional, nos es indispensable en primer termino resaltar las características del Tribunal Constitucional del Positivismo, el Tribunal Kelseniano, Kelsen configura un Tribunal que expresamente forma parte del poder legislativo y que, sobre todo, ha de actuar de manera tal que reduzca al mínimo la irremediable dimensión subjetiva o creativa que tiene todo órgano, sea legislativo o judicial, en el Tribunal esta ausente casi por completo la libre creación que caracteriza a la legislación, mientras que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes, la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución, se trata principalmente de aplicación y sólo en una débil medida de creación de derecho⁴¹.

⁴⁰ *ibidem*, 202.

⁴¹ KELSEN, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, ed. De J. Ruiz Manero, debate, Madrid, 1988, p.131.

Como mencionamos anteriormente, este tribunal Kelseniano podemos considerarlo como un primer intento de sentar un antecedente de justicia constitucional, no podemos negar su influencia e importancia que es un punto de referencia que no puede ser ignorado, sin embargo, las exigencias constitucionales actuales son en buena opuestas a las posturas legalistas así como con la desbordada discrecionalidad del parlamento inspirado de este modelo.

Ahora bien, en la actualidad las directrices constitucionales se encuentran fuertemente influenciadas por un ideal de justicia y razonabilidad, basados en la convivencia de reglas, principios y valores, respaldadas por una plausible y congruente teoría de la argumentación e interpretación.

Por una parte, mientras las cláusulas sobre el bien común y los artículos sobre las tareas del Estado saltan a la vista en los textos constitucionales modernos, y además son suficientemente tratados en las teorías del Estado y en el resto de la doctrina, ocurre algo diferente con lo concerniente a la idea de “justicia”, pues es tratado sobre todo desde la perspectiva de la filosofía del derecho, pero no es verdaderamente tomada en cuenta y ni elaborada cuando aparece en los textos constitucionales positivos.

Consideramos necesario realizar un análisis topológico de etapas textuales, el cual se integre después de una manera muy esquemática, en la teoría de la Constitución, todo ello no puede ser sino un primer paso para conjuntar la filosofía del derecho y del Estado con la teoría constitucional, del mismo modo como hoy en día no es posible practicar la filosofía del derecho sin una filosofía de la Constitución, no porque las Constituciones sean la “última palabra de la sabiduría” sino porque dichas Constituciones fijan, de acuerdo con el principio de “supremacía de la Constitución”, el marco para todas las ramas del derecho, sin que puedan desatender sus caracteres propios, razón por la cual, por ejemplo, el derecho privado posee “su” justicia específica⁴².

Un primer paso se refiere a los principios escritos sobre la justicia en la Constitución o a la “justicia de la Constitución”, la justicia se encuentra en los preámbulos, como objetivo o deber del Estado, en el contexto de la cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales, junto a los derechos humanos como fundamento de la paz y la justicia en el mundo, en el contexto del orden económico y social, en el contexto de los fines de la educación⁴³, etc.

Llama la atención que el principio “justicia” se encuentra consagrado de manera especialmente frecuente en los preámbulos, en el contexto de otros valores

⁴² HABERLE, Peter, El Estado Constitucional, op. cit., p.271.

⁴³ ibidem, pp. 272-273.

fundamentales del Estado Constitucional anteriormente mencionados, la máxima de la justicia se encuentra en los contextos más diversos: desde los objetivos del Estado hasta los derechos fundamentales, pasando por el orden económico y social, así como por los fines educativos y las formulas de juramento, se podría hablar entonces de la justicia como “elemento vagabundo” en la estructura del Estado Constitucional.

El ideal de la justicia no debería ser “textualizado” con demasiada frecuencia, sino que basta una cláusula general de reserva en el preámbulo, ya que son precisamente los principios y procedimientos concretos los que el Estado Constitucional ha desarrollado durante largos periodos para crear justicia, podemos pensar por ejemplo en las garantías constitucionales del debido proceso (justicia procesal) o en la libertad contractual como pilar del ordenamiento jurídico privado, en la libertad de coalición, así como también en los procedimientos parlamentarios.

La dignidad humana es un elemento de justicia material, los derechos humanos lo son bajo la figura de la fórmula de Radbruch; “el derecho de audiencia” remite a la formula clásica del *“audiatur et altera pars”* como parte de la cultura jurídica europea, y también la equidad hace su contribución a la justicia de la Constitución, el tipo de Estado Constitucional es, en la actualidad, el foro en el cual se puede transitar el camino hacia la justicia.

Desde esta perspectiva podemos abordar distintas opiniones relacionadas con un modelo de justicia constitucional y sus máximas, ya no exclusivamente a la manera kelseniana avanzada y aceptable en su tiempo, sino ahora desde una óptica reformulada e integral en cuanto a los elementos implicados.

Prieto Sanchis siguiendo a Comanducci⁴⁴, establece cuatro acepciones principales: en primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política, en segundo término, el constitucionalismo es también una Teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para describir o explicar las características de dicho modelo, en tercer termino, por constitucionalismo cabe entender la ideología o filosofía política que justifica o defiende la formula así designada, finalmente, el constitucionalismo se proyecta en ocasiones sobre un amplio capítulo que en sentido lato pudiéramos llamar de filosofía jurídica y que afecta a cuestiones metodológicas sobre la definición del Derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista.

⁴⁴COMANDUCCI, P., “Formas de neoconstitucionalismo: un reconocimiento metateórico”: Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, no. 16, 2002, p.89.

Para este autor, el constitucionalismo hace insostenible la teoría del derecho positivista principalmente en tres aspectos: la teoría de las fuentes, que obviamente ya no pueden seguir en torno a la hegemonía absoluta de la ley; la teoría de la norma, que ha de dar cuenta de la existencia de nuevas “piezas del derecho”, en particular de los principios; y la teoría de la interpretación, que en puridad ya no puede seguir defendiendo ni la tesis mecanicista ni tampoco la tesis de la discrecionalidad, al menos tal y como fueron planteadas por el positivismo, en resumen ninguna Constitución sin teoría ética que la sustente, ninguna interpretación constitucional sin argumentación moral.

Es fundamental la trascendencia que para la justicia constitucional posee la incorporación de principios, derechos y directivas a un texto que se quiere con fuerza normativa. En resumidas cuentas, los elementos que han de caracterizar este Constitucionalismo fuerte, para Prieto Sanchis⁴⁵ son: primero, carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución, segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes, tercero, eficacia o aplicación directa, cuarto, garantía judicial, quinto, presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y sexto, la rigidez constitucional.

La corriente neoconstitucionalista exige un nuevo modelo de teoría de Derecho, que podemos resumir en cinco puntos: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos minimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, algunas veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

En la actualidad lo decisivo no es la mera existencia de una Constitución, sino sus cualidades materiales o sustanciales, es decir, la tipología de normas, que hace de ella un texto casi omnipresente en toda operación de creación y aplicación del derecho, pues, al ofrecer un denso contenido material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos, etc.

Para Zagrebelsky, ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo deriva por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro en que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir, la “política constitucional” mediante la cual se consigue ese centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de

⁴⁵ PRIETO SANCHIS, Luis, Justicia Constitucional y Derechos fundamentales, op. cit., pp. 116-117.

la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva”⁴⁶.

En el Estado Constitucional, las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional de principios que efectúa este último, la jurisprudencia ya no bebe en las fuentes constitucionales a través de la ley, sino que lo hace directamente, sobre todo aquellas fuentes que incorporan los principios sustantivos y derechos fundamentales.

Se ha identificado una superioridad con la justicia constitucional: la existencia de una Constitución como norma suprema reclama como corolario indispensable la presencia de una garantía jurisdiccional, pero ésta dista mucho de ser una opinión pacífica y algunos sugieren que es perfectamente viable una Constitución sin justicia constitucional.

La aplicación judicial de la Constitución debe dejar de ser un monopolio del Tribunal Constitucional para abrirse al conjunto de los jueces, pues la justicia constitucional verdaderamente indispensable no es la del Tribunal Constitucional, sino la de la jurisdicción ordinaria, teoría pretenciosa y discutida por su difícil o complicada viabilidad, desde una postura eminentemente partidaria de un control difuso de constitucionalidad.

Una Constitución con un denso contenido material que impregna todo el orden jurídico y que además se pretende garantizada, sólo puede ser hechas valer a través de los procedimientos ordinarios para la defensa de los derechos e intereses; y los jueces necesariamente han de tomarla en consideración en todos los procesos, junto a la ley, pero con preferencia a la ley, lo primero que han de hacer es comprobar si la solución legal se adecua a la constitucional⁴⁷.

Una constitución que se concibe como norma material y garantizada aún puede renunciar a la depuración del sistema jurídico, que es lo que hace el control abstracto; a lo que no puede renunciar es a la concreta protección de los derechos fundamentales, unos derechos que se encuentran en la Constitución, que sólo a partir de ella pueden interpretarse y cuya tutela corresponde al conjunto de los jueces.

Se busca una Constitución más flexible pero mejor garantizada, así como una supremacía que tiene como corolario indispensable la garantía judicial, que la misma sea respaldada por los jueces en los procesos ordinarios para la defensa de los derechos, pues esta llamado a ser cada día más el garante natural de las

⁴⁶ ZAGREVELSKY, Gustavo, op. cit., p.51.

⁴⁷ PRIETO SANCHIS, Justicia Constitucional y derechos fundamentales, op. cit., p.70.

libertades en concreto, lo cual reclama una dosis de legitimidad que sólo puede proporcionar un esfuerzo creciente de argumentación racional.

Donde antes existía discrecionalidad política ahora se alzan los principios y, consiguientemente la ponderación, y sus cultivadores los jueces, porque donde antes existía indeterminación ahora pretende existir determinación, aunque sea lo que modestamente ofrecen los principios, en lugar de decidir el legislador “lo que quiere” ahora decide el juez “lo que debe” es algo que depende fuertemente en las posibilidades y alcance de la argumentación jurídica.

- VI. Es la justicia constitucional firmemente asentada en una depurada argumentación normativa la que viene a representar el eslabón de cierre del sistema en su conjunto, aquel que nos invita a abandonar definitivamente las premisas positivistas que ya conocemos: es en la aplicación del derecho y especialmente en la interpretación constitucional, guiadas por una teoría plausible de la argumentación, donde al parecer culmina la reconciliación de la razón práctica, del orden jurídico y de la moralidad⁴⁸.

Por otra parte, para efectos de esta investigación consideramos idóneo referirnos a las directivas de la interpretación constitucional establecidas por Luis Vigo⁴⁹, pues engloban a detalle el entorno constitucional y sus implicaciones, que son las siguientes:

Optimizar la fuerza normativa de la Constitución.

Considerar la Constitución como sistema.

La unidad del ordenamiento jurídico.

La máxima funcionalidad del régimen político.

Consolidación de los valores constitucionales.

Atender a las consecuencias sociales.

Fidelidad no estática al poder constituyente.

Estabilidad relativa de las decisiones interpretativas.

La fundamentación apropiada de las decisiones.

⁴⁸ *ibidem*, p.98.

⁴⁹ VIGO, Luis, *op. cit.*, pp. 104-181.

Esfuerzo coordinador del derecho constitucional interno con el derecho comunitario.

En todas o casi en todas las orientaciones constitucionales encontramos la fuerza vinculante y normativa de la Constitución, no podemos pasar por alto el referente norteamericano y el constitucionalismo fuerte que el mismo implica, la fuerza de la Constitución en dicho sistema es un claro ejemplo de una Constitución viva y dinámica, producto no solo de una acción política, sino también social, pero sobre todo el papel activo y autónomo de los jueces y su compromiso para con la misma, pues al fin y al cabo retomando a Haberle, la Constitución también es cultura, visión casi inexistente en Latinoamérica.

Es necesario la existencia de una armonía entre todos los elementos que hacen posible el desarrollo viable de una nación, sin embargo, esta visión no puede ni debe ser única y estrictamente circunscrita al entorno nacional, lo importante es abrir las puertas a la comparación con otros derechos, en este caso, canalizar apropiadamente la influencia positiva del proceso del Estado Constitucional Europeo en latinoamericana y acuerpar lo mejor del paradigma Constitucional Estadounidense es de vital importancia para el mejoramiento de nuestros Estados Constitucionales.

El Neoconstitucionalismo en sus muy variadas posiciones y a pesar de las críticas, impone una revisión a todo el modelo tradicional del derecho. A la teoría de las fuentes para que ésta sea menos estatista y legalista, a la clasificación de las normas jurídicas⁵⁰, para las que aclare que no todas son reglas, y de manera obvia a la interpretación, que no puede concebirse sin una teoría de la argumentación.

En este sentido, el neoconstitucionalismo es más que una corrección del Estado de Derecho Liberal, es una concepción que recobra para la Constitución toda su fuerza normativa, y que hasta desde el punto de vista de la democracia, entiende que ésta no es sólo la expresión de la regla de las mayorías, sino también es, y de manera preponderante, la garantía más plena para los derechos fundamentales tanto los de libertad como los económicos, sociales y culturales.

La ciencia jurídica del neoconstitucionalismo toma en cuenta la posición del participante para explicar el funcionamiento del derecho, y rompe como ya se ha indicado, con la idea de neutralidad y avoloratividad del derecho, lo que por otra parte no es posible, pues ninguna ciencia social puede tener la pretensión de un

⁵⁰ ATIENZA, Manuel y Ruiz Manero, Juan, Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 1-25.

conocimiento sin ningún tipo de intervención y condicionamiento social o político.

Tampoco pretendemos caer en un constitucionalismo iusnaturalista o ético, lo que debe buscarse es un equilibrio entre el carácter ético del derecho y su práctica institucional y social, teorías como la de Ferrajoli o Zagrebelsky son reveladoras de esta tensión, y también son expresión de cómo se puede hacer crítica interna y externa al derecho sin asumir ni la neutralidad del positivismo ni la visión eticista fuerte de algunas versiones neoiusnaturalista.

Sin duda, el proceso de neoconstitucionalización es aun inacabado y perfectible, las orientaciones son claras pero aun deben ser revitalizadas y redefinidas, esta evaluación es dable y posible, como en algún momento mencionamos el elemento cultural ha de jugar un papel determinante como un primer factor a tomar en cuenta, las definiciones de las máximas constitucionales en los nuevos textos son un comienzo prometedor del desarrollo de una nueva visión constitucional más plural y más abierta, pero al mismo tiempo comprometida.

La Constitución, que ya no es un simple documento político, además de norma primaria, presenta la característica de ser una norma inmediatamente vinculante para todos los órganos del Estado, los cuáles necesariamente deben someter su acción a ella, de la misma forma reconoce derechos que son inmediatamente operativos, de eficacia plena, aun cuando el legislador no los haya regulado⁵¹.

La preeminencia constitucional que en ningún caso se traduce en la abolición de la capacidad reguladora de la ley en el ámbito de los derechos de las personas, pone en evidencia con ello la insoslayable interacción que se produce entre Constitución, ley y derechos fundamentales, por eso, el mundo del derecho, particularmente en lo referente a los derechos esenciales, empieza en la Constitución y no en la ley, ya que su papel es constitucionalizar y expresar como ha de ser el resto de la juridicidad.

La interacción reciproca que se produce entre los derechos definidos en sede constitucional y las leyes llamadas a desarrollarlos trae como consecuencia que la vulneración de algún derecho fundamental, inmediatamente, convierte en materia constitucional un asunto, razón por la cuál la unidad que sustenta a todo ordenamiento jurídico, especialmente en materia de estos derechos, cuestiona severamente efectuar un corte radical entre problemas de constitucionalidad y de legalidad.

⁵¹ FERRADA, Juan carlos, op. cit., p. 59.

V.3. Defensa y control de la constitucionalidad

Existen dentro de las distintas corrientes constitucionales modernas diferentes formas de concebir o formular medios de defensa de la Constitución, en primer lugar para uno de los autores más brillantes y progresistas en cuanto a la conformación y desarrollo del Estado Constitucional moderno principalmente en Europa Peter Haberle propone que en una democracia cívica pluralista, todos los ciudadanos son llamados a ser “guardianes de la Constitución”, mas bien un acto de conciencia y compromiso y no un mero acto jurisdiccional y político.

Lo que las antiguas teorías del Estado concedían solamente como privilegio y predicado a un presidente, o las más recientes a un tribunal constitucional, ya no resulta ser, desde la perspectiva de la teoría constitucional de la actual etapa evolutiva, el monopolio de un solo poder o persona, sino asunto de todos: todos los ciudadanos y grupos, que por ejemplo interponen recursos constitucionales, todos los órganos estatales, que están sujetos a la Constitución, tienen que defender a la Constitución en el marco de sus competencias, y no sólo eso sino también continuar desarrollándola.

De acuerdo con las diversas experiencias e incluso “temores” históricos, una Constitución nacional regula el ámbito problemático de la “defensa de la Constitución” de manera especialmente intensiva y extensiva, por ejemplo, la ley fundamental alemana es especialmente inventiva cuando se trata de la defensa de la Constitución, incluso podría decirse que dispone, de manera potencial y actual, de casi todos los instrumentos imaginables para proteger a la Constitución⁵².

No obstante el perfeccionamiento de estas buenas intenciones, es preciso recordar que “en última instancia”, una Constitución solamente puede ser protegida políticamente o en la profundidad cultural; si bien los instrumentos jurídicos son importantes, solamente son eficaces cuando todos poseen una “voluntad de Constitución” y ésta desenvuelve duraderamente su fuerza normativa.

Bajo esta reserva cada constituyente nacional puede y debe hacer una selección entre la plenitud de posibles regulaciones que constituyan la mejor solución relativa para la cultura política de un pueblo, sus experiencias y esperanzas, se pueden proponer los siguientes⁵³:

- La protección del contenido esencial o el núcleo de los derechos fundamentales;
- La prohibición de rupturas o quebrantamientos constitucionales;

⁵² HABERLE, Peter, El Estado Constitucional, op. cit., p.287.

⁵³ ibidem, pp.287-290.

- La limitación de las modificaciones constitucionales: las denominadas “cláusulas de eternidad” como garantías de identidad del Estado Constitucional;
- Las limitaciones al proceso constituyente (en la teoría del Estado Constitucional, en la cual hay límites que se derivan de su tipo: dignidad humana, derechos humanos, democracia y división de poderes);
- Las garantías del “orden fundamental de libertad y democracia”;
- La finalidad del “estado de excepción” o la llamada “emergencia de Estado” es también la protección de la Constitución. (se trata de todos los peligros graves para la permanencia del Estado o de la seguridad y el orden públicos, lo que no puede resolver mediante las vías normales previstas por la Constitución, sino que su defensa y medidas solamente son posibles con medios excepcionales);
- El derecho de resistencia es el “ultimo recurso del ciudadano” para la defensa de la Constitución, las constituciones más recientes integran la discusión política y científica más reciente alrededor de la “desobediencia civil” que se debe al norteamericano Thoreau en 1848;

Por otra parte, la polémica en torno a la conveniencia o no de la existencia de un Tribunal Constitucional es basta, los resultados son muy distintos y se encuentra íntimamente relacionados con la tradición jurídica donde se desarrolla, por ejemplo, el caso alemán es un vivo ejemplo de la probable conveniencia de la adopción de este modelo, el caso español presenta algunos problemas, no podemos pasar por alto que España esta apenas desarrollando un modelo jurídico y constitucional novedoso, el caso colombiano es un buen referente en Latinoamérica por ejemplo, así como el proceso de constitucionalización en Chile.

Ahora bien, desde otro punto de vista, el asunto de la acción de protección se traduce en un problema de vinculación de los jueces con el ordenamiento jurídico. En este sentido, dado el especial *telos* de tutela de los derechos fundamentales de esta acción constitucional, se estima que dos serían los puntos sobre los cuales se debería prestar una especial atención.

Con relación al parámetro jurídico verificable que debe poseer la acción de protección, éste ha de comprender, dentro de la tutela judicial efectiva que encarna, la correspondencia del acto o norma con la totalidad de la juridicidad establecida por la Carta Fundamental, es importante decir, que lo que se pretende es que el juez en esta operación verificadora nunca pierda de vista el parámetro de la perspectiva constitucional, lo que incluye el conocimiento tanto de las

cuestiones de mera legalidad como las cuestiones de trascendencia constitucional⁵⁴.

En otra perspectiva, el razonamiento judicial empleado por los jueces de protección se debe traducir en una decisión jurídica consistente, esto es, aquella decisión jurídica susceptible de ser justificada razonable y coherentemente con el ordenamiento jurídico general, especialmente constitucional.

Es necesario también, un abandono en este razonamiento de cualquier atabismo de positivismo legalista, en resumidas cuentas, lo que se busca es lograr el necesario, y no fácil equilibrio entre Constitución, ley y juez en la tutela de los derechos fundamentales.

Por otra parte, una fuerte tendencia jurisdiccional ocupa un lugar predominante dentro de las directrices de defensa constitucional reformuladas, algunos conciben la defensa constitucional este es el caso de Prieto Sanchis, a manera de una irradiación de la Constitución a todo los ordenamientos jurídicos, no privilegia la existencia propiamente dicha de un Tribunal Constitucional creado exclusivamente para la guarda de la Constitución, sino que propone la regulación de la constitucionalidad como tarea de los jueces ordinarios, en todos los juicios ha de preservarse y procurarse la supremacía constitucional, se trata de un control difuso de la Constitución, tratado a detalle en ocasión posterior.

Sin embargo, a pesar de ciertas tendencias, se impone la necesidad de una distinción clara entre los ámbitos de administración de justicia ordinaria y de control de constitucionalidad, pues ha sido demostrada la prevalencia y practica de estos dos.

Es importante establecer la superioridad del “sistema de control “concentrado” o “europeo” sobre el “difuso” o “americano”, para obviar esta revisión y tomando en cuenta a Europa y a América, los sistemas políticos mejor estructurados y más funcionales desde el punto de vista democrático son los europeos parlamentarios, que han adoptado el sistema de control “concentrado”⁵⁵.

El primer tipo de control judicial de la Constitucionalidad de las leyes, es decir, el control “difuso”, ha sido también llamado americano, en virtud, en virtud de que surgió por vez primera y todavía en la actualidad se realiza, en los Estados Unidos de América, de cuyo sistema jurídico constituye, como se menciona en aquel país: “The most unique and most characteristic institution”.

⁵⁴ FERRADA, Juan Carlos, op. cit., p.59.

⁵⁵ COVIAN, Miguel, La Constitución política Mexicana del siglo XXI, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A. C, México, 2006, p.275.

El denominado control “difuso” de la Constitucionalidad, es aquél en el cual no tan sólo un Tribunal Especial, o un general, son los únicos que pueden reflexionar y concluir sobre la constitucionalidad de una ley, contraria al Texto Supremo, pues esta tareas es encomendada a varios órganos judiciales ordinarios.

El segundo de los mencionados, “el concentrado”, se puede denominar también austriaco porque es un arquetipo más interesante ha sido configurado por la Constitución Federal (bundesverfassung) austriaca de 1 de octubre de 1920, y que habiendo sido suprimida durante la ocupación nacional socialista fue puesta de nuevo en vigor en la última guerra, según el texto de la reforma de 1929, en este modelo la tarea de la defensa de la constitucionalidad se concentra en un solo órgano, generalmente un Tribunal constitucional, del cual el paradigma Kelseniano es referente necesario.

Por otra parte los sistemas políticos y constitucionales como son los americanos presidencialistas, incluido el de Estados Unidos y Canadá que es parlamentario, en materia de control de constitucionalidad ha tomado la opción del sistema “difuso”, por lo que de ninguna manera podemos negar la importancia que ha tenido este último, sin ser de ninguna manera conclusivos la tendencia es que cada vez es más frecuente la existencia de cortes o tribunales de control “concentrado” en Latinoamericana (Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador, Chile, Costa Rica, Venezuela, etc), con resultados especialmente alentadores en Colombia.

V.4 Particularidades del caso mexicano

Hasta el momento hemos analizado el desarrollo de determinados mecanismos de defensa constitucional en otras latitudes, especialmente en Europa y en menor medida en Estados Unidos, sin embargo, consideramos particularmente importante hacer una revisión del impacto, si lo ha habido, de dichos mecanismos en México.

Uno de los casos más *sui generis* con relación a la defensa y protección de la Constitución es el caso mexicano, haciendo un poco de historia una de nuestras instituciones más emblemáticas como es el juicio de amparo, regulado por los artículos 103 y 107 constitucional, fue en su tiempo un ejemplo a seguir por distintos modelos constitucionales por considerarse un juicio viable para la protección de las garantías individuales, o en su casos derechos fundamentales que para términos de comprensión son lo mismo.

Particularmente en nuestro país el control de la constitucionalidad es generalmente asociado al amparo, el cuál por sus características especiales se configura como un medio jurídico que simultáneamente limita o impide los abusos del poder y preserva el ordenamiento jurídico, realizar algunas consideraciones

sobre el control de la constitucionalidad en México, implica retomar algunos conceptos básicos relativos a la Constitución y al significado de la defensa de la Constitución. Sin embargo, actualmente nuestro más añejo medio de control constitucional se presenta atrasado, legalista, letrista y lo que es aun peor, con la firme conciencia de muchos juristas de considerar innecesarias determinadas reformas como podrían ser las relativas al ámbito de protección, concepto de autoridad, interés legítimo, suspensión, entre otras.

Con la reforma del 31 de diciembre de 1994, el sistema jurídico mexicano da un gran paso en cuanto a control de constitucionalidad se refiere, el juicio de amparo sin temor a equivocarnos resultaba insuficiente y era necesario la implementación o replanteamiento de mecanismos de defensa y control de constitucionalidad, sin embargo, lo verdaderamente sobresaliente de dicha reforma es la implantación de las acciones de inconstitucionalidad y la reformulación de las controversias constitucionales.

Las controversias constitucionales y las acciones de constitucionalidad, reguladas en el artículo 105 constitucional en sus fracciones I y II, producto de las reformas de diciembre de 1994 (las primeras ya existían en la Constitución mexicana, por lo que podemos hablar de las nuevas controversias constitucionales) complementan los medios de control constitucional en México.

Ahora bien, para Juventino V. Castro⁵⁶, considerando aspectos históricos, y ante la ausencia de una clarificación auténtica, nos proporciona la siguiente definición: *“las controversias constitucionales son procedimientos de única instancia planteados en forma de juicio ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, accionables por la Federación, los estados, el distrito Federal o los cuerpos de carácter municipal, o por sus respectivos órganos legitimados y que tienen por objeto solicitar la invalidación de normas generales o de actos no legislativos de otros entes oficiales similares, alegándose que tales normas o actos no se ajustan a lo constitucionalmente ordenado; o bien reclamándose la resolución de diferencias contenciosas sobre límites de los Estados, con el objeto de que se decrete legal vigencia o la invalidez de las normas o actos impugnados, o el arreglo de límites entre Estado que disienten, todo ello para preservar el sistema y la estructura de la Constitución Política”*.

Por otra parte, Las acciones de inconstitucionalidad *son procedimientos de única instancia planteados en formas de juicio ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por órganos legislativos minoritarios, por los partidos políticos con registro federal o estadual, o por el Procurador general de la República, en los cuales se controvierte la posible contradicción entre una norma de carácter general o un tratado internacional por una parte, y la Constitución, por la otra exigiéndose en el*

⁵⁶ CASTRO, Juventino. El artículo 105 Constitucional, Porrúa, México, 2004, p. 60.

*juicio respectivo la invalidación de la norma o del tratado impugnado, para así hacer prevalecer los mandatos constitucionales*⁵⁷, a esta definición es dable agregar la figura de la Comisión Nacional de los humanos, facultada para interponer acción de inconstitucionalidad⁵⁸.

Mediante dicha se reforma, para Jorge Carpizo⁵⁹ se puede aseverar lo siguiente:

“Revive a uno de los procesos integrantes de nuestra jurisdicción constitucional, la controversia constitucional que desde 1917 se encuentra en el artículo 105, pero que ha sido muy poco utilizada porque nuestra ley fundamental se refería a ella en términos generales que nunca fueron reglamentados a través de la ley respectiva que no llegó a expedirse.

Crea una nueva garantía procesal de defensa constitucional: el recurso de inconstitucionalidad, y

Reglamenta aspectos diversos de nuestro más efectivo medio para controlar la constitucionalidad de leyes y actos: el juicio de amparo (que tratamos en el apartado precedente”.

Nuestra Constitución contiene diversos medios jurídicos de control de constitucionalidad, desde las formas de autocontrol previstas en los artículos 128 y 133 constitucional, hasta las formas más elaboradas de control jurisdiccional como son el amparo, las controversias constitucionales y la acción de inconstitucionalidad, detalladas con antelación.

Encontramos en ellos, rasgos del control concentrado y difuso, concreto o abstracto, con efectos generales o particulares, que como procedimientos son excluyentes, pero complementarios ya que permiten una protección total de la Constitución, sin embargo, a lo largo de la historia podemos darnos cuenta de que el remedio a la constante trasgresión de las disposiciones constitucionales no se debe a una falta de medios de control, sino a la ineficacia de las resoluciones que los órganos competentes emiten en cada caso, no se trata de únicamente seguir reformando la Constitución para precisar sus supuestos o adicionar nuevas formas de control, sino de encontrar la manera en que la autoridad cumpla con sus deberes constitucionales, que conozca y comprenda a la Constitución como lo que es, la norma suprema del ordenamiento jurídico.

⁵⁷ *ibidem*, op. cit., p. 123.

⁵⁸ Adicionada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de septiembre de 2006.

⁵⁹ CARPIZO, Jorge, “Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional, del 31 de diciembre de 1994” en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, num. 83, UNAM, México, 1995, p.22.

Es evidente el atraso del sistema de control de la constitucionalidad mexicano así mismo como la gran cantidad de incongruencias y despropósitos teóricos y prácticos que lo caracterizan desde que en 1995 y 1996 fue reformado, para decirlo brevemente, antes de esos años el sistema de control de la constitucionalidad en México vivía un estado de subdesarrollo y arcaísmo, caracterizado por la existencia prácticamente de un solo medio de control, el amparo, y por la consiguiente imposibilidad de controlar eficientemente una gran cantidad de decisiones y resoluciones de los poderes públicos claramente contrarias a la esencia y a las normas constitucionales.

La forma de planteamiento y algunas inconsistencias tanto en las acciones de inconstitucionalidad así como en las nuevas controversias constitucionales no permiten hablar de un control de constitucionalidad mexicano en toda la extensión de la palabra, sin embargo, son al menos un comienzo, en el proceso de control constitucional en nuestro país.

V.5 Legitimación del juez constitucional

Hemos hablado ampliamente de las características del derecho en un Estado Constitucional, si la argumentación es derecho y junto con la interpretación son la base en la aspiración de un sólido paradigma de justicia constitucional, en esta lógica es fundamental establecer como han de ser los aplicadores del derecho, como han de formar sus criterios, el papel a desempeñar y el compromiso a adquirir como una parte trascendental en determinado ámbito constitucional y sobre todo como han de obtener legitimación y respaldo ante las sociedad.

En el desarrollo de nuestro objeto de estudio es necesario tomar en cuenta algunas consideraciones con relación a la naturaleza y características de la jurisdicción constitucional; es finalidad específica realizar algunas propuestas modernas en torno al papel y función a desarrollar por el juez constitucional de nuestros tiempos, sin omitir las principales corrientes clásicas en torno al tema.

Ahora bien, a lo largo de esta investigación hemos mencionado la importancia e influencia del modelo constitucional norteamericano, uno de sus pilares Hamilton, en *el federalista*, desarrolla una importante justificación al considerar que la independencia judicial era necesaria para proteger la Constitución y los derechos individuales de los efectos de los malos humores de hombres intrigantes o de la influencia de coyunturas especiales que se esparcen entre el pueblo⁶⁰.

Donde se consolida la justificación del poder Judicial en esta etapa es en la sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803 de la Suprema Corte de Estados Unidos,

⁶⁰ HAMILTON, Alexander, et al., *El federalista*, fondo de Cultura Económica, México, 1987, pp.330-336
224

en la cual se expresa la doctrina de la Supremacía Constitucional como el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo, en ese entonces el juez Marshall argumentó:

“...hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentran al mismo nivel que las leyes, y por lo pronto, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza”⁶¹.

Tal importancia e influencia representaba el paradigma de jurisdicción Constitucional norteamericano pues Alexis de Tocqueville, ilustre pensador francés, hace un viaje a nuestro Continente, específicamente a Estados Unidos de América y es sorprendido por los nuevos derroteros sociales, políticos y jurídicos con los que se encuentra; los contrasta con la situación en Francia, y escribe en 1834 la obra denominada “*la democracia en América*”, en la introducción del mismo manifiesta:

“...hay un país en el mundo, en el cual la gran revolución social de que vengo hablando, parece haber alcanzado casi por completo su natural extensión; allí se ha realizado de una manera sencilla y fácil, y más bien se podría decir que tal país goza de los resultados de la revolución democrática que se realiza entre nosotros, sin haber experimentado la revolución en si misma, los emigrantes que fueron a establecerse en América al comienzo el siglo XVII, separaron en cierto modo la democracia de todo aquello contra lo cuál luchaban en el seno de las viejas sociedades de Europa, y la trasplantaron sola a las costas del Nuevo Mundo, allí ha podido la democracia fomentar su libertad y, marchando con las costumbres, desenvolver pacíficamente en las leyes”⁶².

Por otra parte, el originalismo norteamericano demanda una restricción a la interpretación constitucional para evitar la fuerte discrecionalidad del juez estadounidense, pero también para enfrentar la crítica por su ilegitimidad democrática cuando desborda los contornos del texto constitucional, el originalismo es insostenible dadas las dificultades de hermenéutica histórica: como leer casos actuales a partir de las convicciones más o menos generales del pasado.

⁶¹ referencia obtenida de la sentencia Marbury vs. Madison que data de 1803.

⁶² Esta referencia se obtiene de CASTRO, Juventino, op. cit., p.2.

En otra etapa de la historia jurídica contemporánea, en el contexto europeo la aparición de las normas de principio en el Constitucionalismo generó desde los inicios del siglo XX una fuerte polémica, se dudó que los principios fuesen auténticas normas jurídicas, y el debate teórico más importante que tuvo lugar en Europa cuando se crearon los Tribunales constitucionales versó sobre la legitimidad democrática de estos tribunales, las atribuciones del juez constitucional y si los principios eran sujetos de aplicación constitucional⁶³.

El debate Kelsen-Schmitt, considerado uno de los más importantes en la primera mitad del siglo XX, se expone entre otras, la obra de Schmitt, *la defensa de la Constitución* y la de Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, no es sólo una polémica surgida a propósito de la aparición de los tribunales constitucionales en el periodo de la decadencia de la República de Weimar, sino que representa dicho debate la definición del papel del intérprete constitucional.

La posición de Ulises Schmitt es clara: existe una desconfianza en su obra tanto al Parlamento como a los tribunales constitucionales, en el caso del primero por su capacidad de representación y su débil legitimidad democrática, en cuanto a los tribunales constitucionales, su ilegitimidad sería aún más palmaria que los cuerpos legislativos⁶⁴.

Para Schmitt, el juego institucional de la Constitución de Weimar figura dos posibles titulares del poder político: el Presidente del *reich* y el canciller del *reich*; pero mientras el último apoya su autoridad en la confianza del Parlamento, el primero es el hombre de confianza de todo el pueblo alemán. El Presidente cuenta con legitimidad de todo el pueblo, afirma que la Constitución de Weimar dotó al Presidente del Reich de una suma de atribuciones que lo colocan como un auténtico poder neutral, mediador, regulador y titular de la Constitución⁶⁵.

Kelsen esta a favor del control jurisdiccional de la Constitución que nadie puede ser juez de su propia causa, por lo que es esencial que el control constitucional sea efectuado por un tribunal independiente de las otras funciones del Estado, sobre todo del gobierno y del Parlamento.

Es impropio concebir al Parlamento como el único órgano político creador del derecho: la diferencia entre el carácter normativo de una ley parlamentaria y una sentencia judicial es sólo cuantitativa. En esta parte de la argumentación, Kelsen reclama un Tribunal Constitucional ceñido, se opone a la interpretación de cláusulas y principios abstractos, manifiesta que: "la Constitución debe, especialmente si crea un Tribunal Constitucional, abstenerse de todo tipo de

⁶³ ZAGREBLESKY, Gustavo, op. cit., p. 111.

⁶⁴ CARDENAS, Jaime op. cit., 164.

⁶⁵ SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1998, p.p. 213-251.

fraseología, y si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible...”⁶⁶.

En este último punto, Kelsen desconfía de la interpretación constitucional abierta, propone constituciones de detalle y regresa al automatismo interpretativo, la posición del Maestro austriaco es hija de una concepción del derecho basada exclusivamente en reglas y no en principios.

El Tribunal Constitucional sí es legítimo, pero sus jueces no poseen una amplia discrecionalidad judicial, si tuvieran esta última perdería justificación su función, y se acercarían peligrosamente a las atribuciones propias del Parlamento, los Tribunales Constitucionales en la noción Kelseniana tienen un carácter político por la naturaleza de política jurídica de cualquier decisión jurisdiccional, el Parlamento no es el único órgano creador de derecho, y todo conflicto jurídico es un conflicto de intereses, es decir, un conflicto de poder; toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política, y todo conflicto que sea caracterizado como conflicto político, de intereses o de poder puede ser resuelto como controversia jurídica⁶⁷, la importancia representada por el paradigma Kelseniano es innegable, sin embargo, las circunstancias propias de mediados del siglo XX exigirían un replanteamiento en cuanto al contenido del derecho y a la función ha desarrollar por sus aplicadores.

Actualmente, desde la óptica de la teoría política estadounidense con relación al tema que nos ocupa se han enfrentado a distintos problemas: 1).-al consistente en darle relevancia a la Constitución sin obstaculizar las posibilidades de autogobierno de cada generación; dicha cuestión tiene antecedentes en Jefferson y Paine; y 2).-al referido en conciliar la regla de las mayorías con el texto constitucional y el papel del poder judicial.

Para John Ely, la finalidad de la interpretación constitucional es la protección del proceso democrático en la sociedad y en las instituciones y no la preservación de ideologías o valores, la Constitución sólo protege una forma democrática de gobernar y no una ideología sustantiva⁶⁸.

La posición de Ely es que la Constitución es un documento dirigido, fundamentalmente, a la definición de cuestiones procedimentales, lo que no significa que deje de ocuparse de los asuntos sustantivos, pero éstos deben quedar sujetos a las decisiones democráticas mayoritarias, a fin de que a nadie se

⁶⁶ KELSEN, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia Constitucional), Escritos sobre la democracia y el socialismo, Debate, Madrid, 1988, pp. 142-143.

⁶⁷ VITURRO, Paula, “El carácter político del control de constitucionalidad”, Desde otra mirada, textos de teoría crítica del derecho, Eudeba, Buenos Aires, 2001, p.105.

⁶⁸ véase ELY, John, Democracy and Distrust, A theory of Judicial Review, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1980.

discrimine en la aplicación de los valores colectivos definidos por los procesos democráticos.

La crítica a Ely señala que no es posible analizar los procesos de discriminación en la ley sin tomar en cuenta elementos sustantivos, consideraciones políticas y morales, en síntesis axiológicas, la protección de la democracia no consiste solamente en la preservación de procedimientos; también es parte de la democracia la defensa de principios y derechos sustantivos.

Desde otra óptica, para Nino, con relación a la legitimidad democrática del Poder Judicial, señala: “debe evitarse la oscilación entre una actitud de deferencia hacia el poder político, aun autoritario, y un elitismo epistémico que lleva a los jueces, a veces, a sustituir al proceso político democrático en la determinación de soluciones sustantivas, la contribución de orientar nuestra práctica constitucional hacia los ideales de una democracia liberal debe hacerse en su papel de triple custodio de las reglas del proceso democrático (entendidas no en sentido meramente formal sino sustantivo), de la autonomía personal, que implica rechazar normas con fundamentos perfeccionistas, y de la continuidad de la propia práctica constitucional. En este rol de triple custodio, los jueces deben ejercer una independencia entendida no como aislamiento, sino como participación vigorosa en un diálogo interactivo con los poderes políticos”⁶⁹.

Esta postura le otorga a Nino la oportunidad para desarrollar un triple papel del juez Constitucional que posibilita su legitimidad democrática: controlador del proceso democrático, protección de la autonomía individual, y continuidad de la práctica constitucional.

Controlador del proceso democrático significa que el juez constitucional en sus decisiones en sus decisiones debe analizar si se garantizan en la ley objeto de debate constitucional: la existencia de un procedimiento de discusión amplio en el que debieron participar los interesados en relativa igualdad de condiciones, que el debate legal se haya concentrado en valores y principios sociales intersubjetivos y no en la mera exposición de intereses crudos; que el debate haya reflejado los intereses e ideologías de los individuos representados; que la ley sea el producto de la regla de la mayoría, etc; el proceso democrático debe desarrollarse en forma deliberativa, y no hay deliberación si las decisiones no están acompañadas de razones, propone un mecanismo de reenvío del juez constitucional al legislador para señalarle a éste que el proceso político en la elaboración de la ley fue deficiente, el juez interactuaría con el legislador en la búsqueda de razones o en el mejoramiento de las mismas⁷⁰, el método del reenvío promovería el diálogo

⁶⁹ NINO, Carlos, Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 712.

⁷⁰ ibidem, p. 692.

institucional; la protección ante una general falibilidad en la toma de decisiones imparciales; la defensa del principio mayoritario, y la disminución de la actual rigidez del sistema constitucional.

En cuanto a la protección de la autonomía personal, Nino considera que los jueces no son los últimos custodios de los derechos individuales, sino que es el propio proceso democrático el que debe ofrecer el escudo de protección final frente a tales derechos, los órganos políticos democráticos son la custodia final del principio de autonomía, y si estos órganos imponen un ideal de excelencia humana vía la regla de las mayorías, el juez debe descalificar la pieza legislativa perfeccionista, el juez tiene un amplio y efectivo papel en defensa de la autonomía de los ciudadanos⁷¹.

El tercer aspecto es el de la continuidad de la práctica constitucional, en donde el juez constitucional debe revisar si la actuación de los órganos políticos observa la continuidad constitucional, para este objetivo, el juez toma en cuenta varias consideraciones:

-Que el peligro de debilitamiento de la continuidad de la práctica sea realmente serio, aunque no sea inherente a la misma desviación que está evaluando, sino a su conjunción con otras o los efectos causales que previsiblemente tendrá, generalmente de carácter demostrativo;

.-Que se trate de una verdadera desviación de esta continuidad, tomando en cuenta los márgenes laxos que suelen dejar las convenciones interpretativas, y

.-Que la necesidad de continuidad de la práctica constitucional debe ponerse en balance con la necesidad de su perfeccionamiento según principios justificatorios de moralidad social, respecto de los cuales el proceso democrático tiene prioridad⁷².

En síntesis, Nino opina que el control de constitucionalidad por parte del juez constitucional no está justificado salvo en tres casos, a saber: la revisión del procedimiento democrático para ampliarlo y perfeccionarlo, la descalificación de leyes fundadas en razones perfeccionistas y el cuidado de una práctica constitucional moralmente aceptable.

Una posición habitual y fuerte entre los teóricos argumentativos insiste en la legitimidad del juez constitucional a través de sus decisiones, íntimamente relacionado con la racionalidad de la decisión jurídica, la observación de reglas de coherencia, consistencia, de principios de universalización y consecuencialistas,

⁷¹ Ibidem, pp.697-699.

⁷² ibidem, p. 702.

para esta perspectiva la interpretación judicial es legítima si se encuentra sustentada en criterios jurídicos, el carácter jurídico de una interpretación se deriva de su racionalidad en términos comunicativos.

Un principio orgánico de legitimidad democrática es el respeto a los principios de unidad y exclusividad, ambos implican que el poder judicial tiene el monopolio de la jurisdicción y que ningún otro poder u órgano puede imponer o exigir coactivamente el cumplimiento de lo previamente decidido en los procesos, pues esa potestad corresponde al poder judicial, el principio de exclusividad constriñe la actividad del poder judicial para que éste no tenga la pretensión de usurpar funciones administrativas o legislativas.

El estatuto judicial comporta también una serie de garantías judiciales que abonan a favor de la legitimidad democrática del juez, los principales son: selección justa, transparente e imparcial; inamovilidad; remuneración suficiente y no reducción de percepciones durante el encargo, la existencia de una carrera judicial; inmunidades, y el derecho a procedimientos imparciales, orales y públicos en caso de la pretensión de imposición de sanciones⁷³.

El autogobierno del Poder Judicial constituye un elemento institucional para reforzar la independencia y el estatuto de los jueces, el autogobierno implica que un órgano autónomo del Poder Judicial, pero compuesto principalmente por miembros judiciales, se encarga de la administración de los órganos jurisdiccionales así como de la carrera judicial para evitar no sólo la dominación administrativa del Ejecutivo, sino también de los tribunales de mayor jerarquía de cada país.

Ahora bien, para que los órganos de autogobierno del Poder Judicial o consejos de la judicatura garanticen la independencia, el estatuto de los jueces, y con ellos la legitimidad democrática del Poder Judicial, es fundamental lo siguiente:

- Su integración sea preponderantemente del Poder Judicial y se realice por métodos de selección interna democrática, transparente y abierta a la sociedad.

- Que la duración en el cargo de sus miembros titulares no se vea afectada por los condicionamientos, términos y plazos de duración de los otros poderes, principalmente el ejecutivo.

⁷³ CARDENAS, Jaime, Una Constitución para la democracia, propuestas para un nuevo orden constitucional, UNAM, México, 2000, pp. 165-166.

-Que los elementos del Consejo posean casi todas las garantías de los miembros del Poder Judicial, con excepción de algunas, como la inamovilidad absoluta para evitar mandarinatos a su interior.

-Que para ser miembro no proveniente del Poder Judicial se acredite efectivamente una gran solvencia jurídica y de conocimiento de los problemas del Poder Judicial.

-Es conveniente que la duración en el encargo de consejero no sea demasiado corta para evitar la irresponsabilidad de sus miembros.

-El presupuesto del órgano debe estar señalado por la Constitución según la regla de un porcentaje del presupuesto nacional.

-Es fundamental que el Consejo se entienda como órgano constitucional autónomo, no limitado tampoco por las directivas de los tribunales supremos de cada país, con la finalidad de democratizar el Poder Judicial.

-El Consejo debe funcionar y organizarse con reglas internas democráticas y transparentes en la selección de su presidente, en la continua rotación de cargos y funciones y en la adopción de decisiones.

-El trabajo del Consejo y sus decisiones no deben interferir en la independencia jurisdiccional de los jueces. Por eso, en los procedimientos disciplinarios, de traslado, designación y ascenso, deben guardarse absolutamente todas las garantías procesales y constitucionales.

-Las atribuciones del Consejo de la judicatura por ningún motivo deben ser jurisdiccionales. Primero, porque los consejos no forman parte del Poder Judicial en sentido estricto, y en segundo, porque el único que tiene la atribución jurisdiccional es el Poder judicial.

-Los consejos deben adoptar sus decisiones en público y, como cualquier otro órgano constitucional, además de estar sometidos a la crítica ciudadana, deben ser controlables por el Tribunal Constitucional por ser éste el órgano de defensa de la Constitucionalidad y del Estado de Derecho⁷⁴.

La autonomía financiera es una vertiente de la independencia económica del Poder Judicial que le daría a éste capacidad de gestión administrativa e impediría que vía la negociación o manipulación del presupuesto se constriña su independencia.

⁷⁴ Ibidem, pp. 167-168.

La legitimidad, en términos de filosofía política, es algo más que la mera aquiescencia a las autoridades y a las normas; implica la corrección de la actuación de la autoridad pero en función del respeto a los derechos fundamentales y al procedimiento democrático, la legitimidad del Poder Judicial y en concreto del juez constitucional, no solo depende del mecanismo de elección, nombramiento y designación; tiene que ver con el funcionamiento, el ejercicio de la actuación de este poder.

A la manera de Perelman, el Poder Judicial es legítimo cuando se dirige a un auditorio universal, se actualiza cuando a través de sus decisiones promueve los canales de la democracia participativa y deliberativa, establece las condiciones para generar las bases comunicativas en la sociedad y desarrolla la sociedad abierta y tolerante; cuando es un instrumento de control del poder, cuando se coloca en el plano de la defensa de las minorías a fin de darles voz y participación en el debate público; cuando hace posible que las precondiciones de la democracia :libertad de expresión, derecho a la información, reunión y manifestación, se expandan e irradian en los ámbitos públicos y privados de la sociedad y en el Estado; cuando realiza con eficacia la tutela judicial, la protección judicial y permite el acceso real a la justicia, sin que los obstáculos procesales o materiales impidan que marginados, minorías o sectores sociales relevantes acudan a las instancias judiciales en demanda de justicia; y cuando se orienta a la protección de los derechos humanos en el sentido de consolidar una Constitución normativa⁷⁵.

Para que el juez constitucional y el poder judicial se dirijan a un auditorio universal resulta necesario y urgente establecer cambios institucionales y de cultura jurídica. La Doctrina ha señalado algunos cambios, a saber:

- vinculación con el legislador democrático y con el ejecutivo;
- racionalidad y justificación de las decisiones;
- garantías orgánicas;
- garantías procesales y
- vinculación con la sociedad.

La vinculación con el legislador democrático y el Ejecutivo se daría en ejercer el control constitucional con anterioridad a la promulgación de una ley o reglamento,

⁷⁵ CARDENAS, Jaime, La argumentación como derecho, op. cit., p. 195.

con el firme propósito de abrir una discusión interinstitucional sobre la constitucionalidad.

La finalidad es impedir la aprobación de leyes y reglamentos sin la existencia de la deficiente deliberación constitucional de temas fundamentales para la sociedad, y por otro lado, no violar el principio de división de poderes, no vulnerando de entrada la legitimidad democrática del legislativo y del Ejecutivo, se trata un control obligatorio previo de constitucionalidad abstracto.

En cuanto a la racionalidad y justificación de las decisiones judiciales, el parámetro más adecuado para medir la legitimidad democrática del Poder Judicial y del juez de Constitucionalidad, viene específicamente determinada por la calidad justificatoria de las decisiones, en donde la coherencia, la consistencia, el respaldo y el uso de la razonabilidad apegadas a la teoría de la justicia son elementos suficiente tendientes a legitimar las decisiones.

Las garantías orgánicas implican la independencia plena del poder Judicial y del juez constitucional, así como la garantía del estatuto personal del juez o la garantía de unidad y la exclusividad de la organización del Poder Judicial entre otras, esto implica un pleno respeto a la división de poderes, engloba así mismo la necesidad de una independencia económica que evite el sometimiento o condicionamiento del presupuesto asignado a las funciones judiciales, tal y como mencionamos en su oportuno momento.

Las garantías procesales van en el sentido de preservar la legitimidad judicial a través de los principios procesales clásicos: adaptación del proceso, adquisición procesal, concentración, congruencia, eficacia procesal, igualdad, impulsión procesal, oralidad, publicidad, etc.

Pero, sin duda una de las más importantes es la vinculación con la sociedad, hoy contamos con sociedades más plurales y abiertas, pero al mismo tiempo conscientes y exigentes de cuentas claras, los jueces, al menos en la teoría son llamados a jugar un papel determinante en el desarrollo del Estado Constitucional, pues debido a su falta de legitimidad democrática directa u originaria, el Poder Judicial debe ampliar la transparencia, deliberación y participación en sus decisiones, procedimientos y funcionamiento.

El Poder Judicial ha de privilegiar la defensa de la Constitución y de los derechos humanos, incorporar al mismo tiempo nuevas instituciones procesales para garantizar la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, incorporar sectores marginados o minorías al proceso, un Poder Judicial incluyente y sobre todo respaldado por la sociedad a través de la credibilidad.

Finalmente, el nuevo Estado Constitucional, en oposición al estado de Derecho, permite una rectificación al concepto de democracia basado en el poder de las mayorías, porque en este nuevo Estado la democracia implica también el respeto a los derechos humanos de todos, incluyendo a las minorías.

En otras palabras, la democracia no sólo son reglas sobre quién y como se decide, también entraña reglas sobre qué se debe y que no se debe decidir; los derechos humanos son parte de la democracia, la superación de la falacia electoralista como equivalente a democracia, trae a colación la naturaleza y alcance de los derechos humanos y la expresión de los mismos a través de los principios constitucionales, así como la manera en que son argumentados y concebidos por los tribunales⁷⁶.

La dificultad contramayoritaria que significa la interpretación de Constituciones conformadas preponderantemente por principios, se han intentado afrontar acudiendo a múltiples teorías. En algunas de ellas existe un pesimismo evidente, en otras se intenta conciliar a la democracia con el papel que en ella juegan los jueces.

Algunas de las soluciones proponen una interpretación que asuma los presupuestos democráticos, otras aluden a la soberanía constitucional, otras plantean la reducción de los papeles interpretativos del juez, como Kelsen y los originalistas estadounidenses; otras sostienen la legitimidad judicial a partir de las garantías orgánicas y funcionales de independencia e imparcialidad judicial, algunas hacen consistir la legitimidad del juez en la calidad de su argumentación para vislumbrar la única respuesta correcta en los casos difíciles⁷⁷, otras proponen nuevos diseños institucionales en el poder judicial que propendan a una democracia más deliberativa y participativa⁷⁸.

En sí, es fundamental establecer todos los mecanismos posibles destinados a la consolidación del Poder Judicial como uno de los canales idóneos tendientes al desarrollo del Estado Constitucional, pero lo más importante establecer una identificación con los ciudadanos por ser los destinatarios y beneficiarios últimos de las decisiones de este.

El Poder Judicial ha de encontrar su legitimación a través del correcto actuar en la aplicación y administración de justicia, en la veracidad de sus decisiones, así como también en la independencia y exclusividad de su actuar, en el diseño del neoconstitucionalismo el rol a desempeñar por el juez juega un papel determinante, los esfuerzos teóricos y prácticos realizados a favor de un nuevo

⁷⁶ Ibidem, p.155.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald, El imperio de la justicia, Gedisa, Barcelona, 1988, pp. 44-71.

⁷⁸ NINO, Carlos, Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 657.

constitucionalismo han de verse cristalizados a través del ejercicio jurisdiccional, de ahí la relevancia y compromiso por proporcionar los mecanismos suficientes y necesarios en la obtención de resultados idóneos.

Ciudad de México, otoño 2007

CONCLUSIONES

El Estado como objeto de estudio

El Estado, como construcción humana, es un hecho real y por lo tanto adquiere la categoría de objeto de estudio. Es la forma de organización del poder político de una sociedad en un espacio y tiempo determinados. Es en este concepto donde confluyen y se reúnen la Ciencias Política y Jurídica. El Derecho es la expresión del Estado.

El Estado es una forma determinada de poder político, que nos demuestra que estamos frente a un fenómeno histórico relativo, ya que no se trata de una categoría permanente y universal, cada sociedad ha tenido y tiene sus propias características de organización.

El Estado y su manifestación

El Estado no es visible, ni tangible; se manifiesta a través del poder que ejerce y éste se aplica a su nombre y representación; es la vía de institucionalización del poder político, cuyo propósito esencial es el de racionalizar su ejercicio y acatamiento, en tanto que éste no se impondrá por la voluntad unipersonal, sino a nombre de una institución (Estado), diferente al detentador del poder; es una nueva mitificación del poder político, es una abstracción.

La idea de Estado se crea para concretarse en la realidad, para cumplir con determinados fines que imaginan sus creadores y admiten los destinatarios de este poder; el Estado explica y justifica el poder político, que en lo social se presenta como una necesidad ineludible regulada y controlada normativamente; es un medio conceptual y empírico a la vez; es la institucionalización del poder que trae consigo su propia limitación; representa el orden jurídico; y, en cuanto a sus fines, están incluidos, a su vez, en una idea específica de Derecho; y, una forma de socializar el poder.

La dinámica del Estado

Los problemas para determinar al Estado, como objeto de estudio de la Ciencia Política y del Derecho, se deben a que éste modifica permanentemente los caracteres concretos histórico-sociológicos que plantea la misma acción de cada sociedad. Así mismo, la ciencia política, en el estudio del Estado, sólo se ocupa, en principio, de aquellas actividades políticas y formas institucionalizadas del poder.

La expresión jurídica del Estado

Los problemas jurídicos sólo son de interés de la ciencia política en cuanto a derecho; es decir, como orden social escrito o no escrito, que legitima, fundamenta o limita, de modo efectivo, el poder político, y en cuanto ordena, de manera real, las relaciones de poder de los órganos estatales entre sí y con los habitantes del territorio u otros Estados.

Para fijar el objeto de estudio de la ciencia política y, en particular de la teoría del Estado, debemos admitir que la realidad social está compuesta por una serie de hechos desarticulados que sólo pueden ser ordenados a partir de los puntos valorativos del observador-investigador.

El método de estudio del Estado

Otro de los problemas del conocimiento del Estado, se refiere concretamente al método con el cual se aborda. El problema fundamental del método para conocer el fenómeno estatal reside en la confusión en las premisas sobre la noción de Estado y Derecho. Para comprender al Estado se parte del hecho de que estamos frente a una construcción humana que se expresa mediante cierta cultura, se rechaza la consideración de su clasificación dentro de las ciencias naturales.

La actual teoría del Estado ha incorporado a su examen importantes temas teóricos y prácticos, como son: la naturaleza, función y unidad del Estado; el de sus relaciones con la sociedad, la economía y el derecho; las posiciones adoptadas por la opinión pública, de los partidos políticos y de otros factores reales de poder.

Concepto y nombre

Por lo que se refiere al concepto y nombre de Estado, tanto los griegos, como los romanos definieron con una palabra su forma y esencia; en la edad media, de igual manera, se acuñaron nuevas palabras para designar la forma de organización política de la sociedad y se adopta el concepto de “estado” el cual es traducido y adaptado a otras lenguas.

El estudio del fenómeno político

En cuanto a las teorías que se han construido acerca del Estado, éstas han sido producto del estudio de una de las disciplinas más antiguas, el estudio del fenómeno político, particularmente por los griegos. Los romanos pusieron mayor atención en la expresión jurídica del poder que en sus orígenes y formación. Posteriormente, la edad media y el renacimiento, también, cada uno

a su forma se ocupó del tema. No es sino hasta la época moderna en que se formaliza el estudio del Estado.

Ya en la época moderna, mejor dicho en la contemporánea se construyen teorías más acabadas sobre el Estado, las cuales reconocen que esta forma de organización requiere de elementos esenciales para ser considerado como tal. Así es como se determina que: territorio, población, gobierno, soberanía y orden jurídico son elementos esenciales para reconocer a una organización política como Estado.

La vinculación entre el Estado y el Derecho no ha estado exenta de obstáculos originados desde la propia concepción de ambos elementos; sin embargo, podemos afirmar que el Estado encuentra su expresión normativa en el Derecho. Todo Estado tiene su expresión jurídica –escrita o no-, es indispensable para ser Estado. Estamos frente a una relación dialéctica entre ambos elementos, como consecuencia de la formación del poder por el derecho y la del derecho por el poder político.

Evolución de la organización política

La evolución del Estado se refiere al camino que han seguido las sociedades para llegar hasta el momento actual. Se han determinado teóricamente, tipos de Estado y formas de gobierno. Al conjunto de los elementos ya descritos, se le ha denominado “Estado”, en el sentido que hoy se interpreta el término. Esta situación ha causado confusión, ya que se ha definido al Estado por alguno de sus elementos; otro aspecto que ha contribuido a la poca claridad en el manejo de los conceptos Estado y gobierno, consiste en afirmar la existencia de “Estados” integrantes de una federación, los cuales carecen de un atributo fundamental: la soberanía, que se reserva el Estado Federal. Como podemos ver se llama “Estado” a entes que no lo son, precisamente porque el término en sí mismo es abstracto y susceptible de usarse en forma arbitraria.

El Estado democrático

De lo anterior podemos concluir que el tipo de Estado Democrático, tiene dos tipos de gobierno fundamentales, que pueden ser presidencialistas o parlamentarios, que obedecen al mismo origen y fines, pero que difieren en las formas de justificarlos y alcanzarlos. Con ello queda de manifiesto que a un mismo tipo de Estado pueden corresponder diversas formas de gobierno, sin que las diferencias entre unas y otras afecten o alteren esencialmente el tipo de Estado que sustentan; esto quiere decir, en el campo de la práctica que para alcanzar un mismo fin se pueden elegir diversos caminos y medios. Esto implica que entre el tipo de Estado y forma de gobierno existen relaciones directas de “fin” y “medios” con la forma y estructuras de gobierno.

La expresión jurídica del Estado

Por lo general un Estado, cualquiera que sea este se manifiesta a través de una Constitución. Debemos establecer que la Constitución es el conjunto de decisiones políticas fundamentales que definen el ser o la forma de ser de un Estado, que contiene la definición abstracta de principios, programas y fines de la sociedad políticamente organizada. Así mismo, el tipo de Estado es como la materia definitoria de su ser o forma de ser, con relación a la cual la forma de gobierno representa su estructura y forma concreta de organización.

Tipo de Estado y forma de gobierno

La clasificación que hemos adoptado para definir el tipo de Estado y la forma de gobierno ha sido en función de su elemento sustancial: el poder y su ejercicio; no obstante esta definición para establecer su tipología, a lo largo de la historia se han desarrollado diversas formas de Estado que se han tomado como modelos, no sólo para su estudio, sino también para su aplicación de orden práctico

Es con esta base que podemos reconocer la formación y funcionamiento de distintos modelos históricos de Estado: el oriental, helénico, romano el medieval y el moderno, el cual es resultado de las revoluciones inglesa, francesa y norteamericana.

Estado de Derecho

Dentro de lo que llamamos "Estado moderno" surgió un término "Estado de Derecho" para denominar un Estado con ciertas características en su funcionamiento. El concepto más común y más usado en nuestra disciplina es el que define al Derecho como un conjunto sistemático de normas, cuya misión esencial es la de regular la convivencia humana y resolver los posibles conflictos que surgen en una determinada comunidad, al la que el propio Derecho va dirigido, con el fin de excluir la fuerza individual o la violencia colectiva. Este conjunto de de normas que un lugar y en un momento determinado rige la vida de los hombres, también es conocido como: orden jurídico.

Por "Estado de derecho" **Rule of law** se entiende, básicamente, aquel Estado cuyos diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el derecho y sometidos al mismo; esto es, Estado de derecho alude a aquel Estado cuyo poder y actividad están regulados y controlados por el derecho. En este sentido, el Estado de derecho contrasta con todo poder arbitrario y se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario.

De este modo se reservó el calificativo de Estado de derecho al sistema que contempla determinadas instituciones jurídicas acordes con el ideal liberal burgués: la distribución y control del ejercicio de poder entre varios detentadores; la supremacía de la Constitución, que preferentemente, habría de ser escrita y rígida, además de establecer las competencias exclusivas y limitadas de los diversos órganos titulares del poder estatal; el sometimiento de administración a la ley, la cual debía ser creada y derogada por un órgano popular representativo, siguiendo principios y procedimientos previstos por otras normas jurídicas; la vigencia de un control judicial adecuado, el establecimiento de ciertos derechos y libertades fundamentales y la instrumentación de las garantías constitucionales correspondientes para conseguir la regularidad de los actos estatales con las propias normas jurídicas, así como todas aquellas medidas encaminadas a la limitación y "racionalización" del poder y sobre todo, a garantizar la sujeción de los órganos estatales al derecho.

Principios del Estado de Derecho

Derivado del concepto Estado de Derecho han surgido ideas que complementan el principio de "que todo y todos sometidos a la ley", entre otros, estos son los de legitimidad y legalidad. Los usos dogmáticos de "legitimidad" y "legalidad" se han visto fuertemente afectados por los usos que estos términos tuvieron en el campo de las ideas políticas. En un principio, como se sigue de su etimología y de su significado originario, quien dice "legitimidad" quiere decir "conforme a derecho" y éste es el significado primordial y persistente de 'legalidad'. De esta forma tenemos que ambos términos son, en principio, equivalentes o sinónimos. No obstante cabe señalar que, en la literatura jurídica, hace tiempo se aprecian ciertos matices.

El Estado Constitucional

Por lo que se refiere al término "Estado Constitucional" –acuñado en la segunda mitad del siglo XX- podemos concluir que es un concepto que se refiere a los fines del Derecho y no a una determinada forma de Estado, en este orden de ideas sólo podemos hablar de que existen Estados autocráticos o democráticos; todas las denominaciones que se le otorgan al Estado se refieren características del mismo o a formas de gobierno.

El concepto de Estado Constitucional ha planteado una "rematerialización" de los documentos constitucionales que consiste en un orden de valores; que supone que la constitución ya no tiene por objeto sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales, sino que está dotada de un contenido material, singularmente principios y derechos fundamentales, que

condicionan la validez de las normas inferiores: la Constitución en términos rigurosos se considera fuente del Derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediato e inmediato de derecho y obligaciones.

Las nuevas constituciones

Las Constituciones contemporáneas han incorporado un buen número de valores morales que representan el núcleo de lo que suele llamarse la “ética de la modernidad”: democracia y soberanía popular, igualdad y derechos fundamentales; la “rematerialización” de los textos constitucionales de la que antes se habló supone precisamente la juridificación o positivización de una ética que se erige así en criterio de validez, las normas del sistema ya no sólo deberán respetar determinados requisitos formales y procedimentales, sino que habrán de ser congruentes con principios y valores que son morales y jurídicos a un tiempo.

La idea de la efectivización de los derechos fundamentales ha desplegado una dinámica tal que se han desarrollado prácticamente todas las dimensiones y estratos imaginables. La Constitución se presenta como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico, pero es una constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho, sino mediante la ponderación; la constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso, la ley pasa a segundo plano, es más, la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución, y algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad, sino heterogéneo y plural, en muchas ocasiones expresión de valores con tendencias opuestas.

La tendencia constitucional actual, al menos en occidente, es dejar atrás los modelos devastadores y totalitarios como los fascistas y nacistas que tantas vidas cobraron, otorgar al ciudadano la categoría de ser humano y hacer valer sus derechos fundamentales. Las corrientes constitucionales de las últimas dos décadas del siglo XX, han privilegiado la posición central que el hombre debe tener en las Constituciones. Desde el punto de vista filosófico, jurídico y argumentativo, la dignidad del ser humano ha retomado un papel fundamental como punto de partida que sustenta a todos los ordenamientos.

La constitución convergente

El Estado Constitucional de Derecho parte del concepto de pluralidad de métodos y de la crisis de los conceptos de seguridad y certeza jurídica, la Constitución emerge como centro de unificación de todo el ordenamiento

jurídico, pero ya no refleja un solo proyecto de país, sino un conjunto de proyectos que reflejan la pluralidad social.

Valores y principios

Las manifestaciones esenciales del Estado Constitucional son: la dignidad humana y derechos fundamentales; la cultura; el pluralismo; la democracia; la verdad como principio rector; entre otros.

Adicionalmente, dentro de la teoría del Estado Constitucional. los Estados, deben estar obligados a la cooperación en los diversos planos de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacional, la estabilidad y el progreso económico, así como el bienestar general y la colaboración internacional, libres de toda discriminación que pueda basarse en tales diferencias. Estos son, en teoría, los objetivos primordiales del Derecho Internacional.

La naturaleza abierta del “Estado Constitucional Cooperativo” marca un nuevo indicador del nivel de desarrollo actual en nuestra materia. El reconocimiento de las formas de cooperación económica y su conversión en conceptos, procedimientos y competencias jurídicos adecuados, requiere vincularse a los métodos y al objeto de las “ciencias del Estado”; el trasfondo ideal-moral de la evolución hacia el Estado Constitucional Cooperativo solamente puede ser esbozado: es por un lado, resultado del estar constituido a través de los derechos fundamentales y humanos.

Como ya se señaló, la Constitucionalización del derecho tiene sus orígenes, así como la reformulación del Estado en el proceso de reconstrucción europea con posterioridad a la segunda guerra mundial y el termino de los regimenes autoritarios en ese continente, lo que se traduce, en el ámbito jurídico, en la promulgación de nuevos textos constitucionales, en algunos países europeos, principalmente Alemania e Italia, estableciendo un entramado de valores y principios materiales de profundo contenido humanista y un sistema de garantías a los derechos y libertades del hombre que influirá sobre todo el ordenamiento jurídico.

Nueva teoría de interpretación y argumentación

La corriente neoconstitucionalista exige un nuevo modelo de teoría de Derecho, que podemos resumir en cinco puntos: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas

las áreas jurídicas y en todos los conflictos minimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, algunas veces con tendencias contradictorias, en lugar de homogeneidad ideológica en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

Se está viviendo el fenómeno de la Constitucionalización del derecho, que es una consecuencia directa del pleno vigor en el mundo occidental de los Estados Constitucionales y democráticos, de ahí que la perspectiva constitucional sea la base o fundamento central de la legitimidad de los otros sistemas jurídicos que, precisamente, encuentran en ella su motivo originario.

La Constitución, que ya no es un solo un documento político, además de norma primaria, presenta la característica de ser una norma inmediatamente vinculante para todos los órganos del Estado los cuales necesariamente deben someter su acción a ella, de la misma forma, reconoce derechos que son inmediatamente operativos, de eficacia plena, aun cuando el legislador no los haya regulado, este deberá siempre respetar el contenido esencial de los derechos de las personas, las leyes que las regulen o complementen las garantías constitucionales o que las limiten no pueden afectar los derechos en su esencia.

Bajo estas premisas de la Constitucionalización del Derecho, la interpretación jurídica, la argumentación, la consideración de las reglas y los principios se convierten en fuentes del mismo. De igual manera aparecen las máximas de la justicia constitucional, como son: optimizar la fuerza normativa de la Constitución; considerar la Constitución como sistema; la unidad del ordenamiento jurídico; la máxima funcionalidad del régimen político; consolidación de los valores constitucionales; atender a las consecuencias sociales; fidelidad no estática al poder constituyente; estabilidad relativa de las decisiones interpretativas; la fundamentación apropiada de las decisiones; y esfuerzo coordinador del derecho constitucional interno con el derecho internacional.

Control de la constitucionalidad

En relación con la defensa y el control de la constitucionalidad, es importante establecer la superioridad del “sistema de control “concentrado” o “europeo” sobre el “difuso” o “americano”, para obviar esta revisión y tomando en cuenta a Europa y a América, los sistemas políticos mejor estructurados y más

funcionales desde el punto de vista democrático son los europeos parlamentarios, que han adoptado el sistema de control “concentrado”

En el caso de nuestro país, encontramos rasgos del control concentrado y difuso, concreto o abstracto, con efectos generales o particulares, que como procedimientos son excluyentes, pero complementarios ya que permiten una protección total de la Constitución, sin embargo, a lo largo de la historia podemos darnos cuenta de que el remedio a la constante trasgresión de las disposiciones constitucionales no se debe a una falta de medios de control, sino a la ineficacia de las resoluciones que los órganos competentes emiten en cada caso, no se trata de únicamente seguir reformando la Constitución para precisar sus supuestos o adicionar nuevas formas de control, sino de encontrar la manera en que la autoridad cumpla con sus deberes constitucionales, que conozca y comprenda a la Constitución como lo que es, la norma suprema del ordenamiento jurídico.

El Estado Constitucional: una idea del Derecho

Para finalizar, el concepto “Estado Constitucional” es una forma de interpretar, argumentar y aplicar el Derecho; de ninguna manera este concepto se refiere a la forma de organización del poder político de una sociedad, esta categoría teórica se relaciona con los fines del Derecho y no con el ejercicio del poder.

Ciudad de México, otoño de 2007.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert, “Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Alicante, 1988.

ARAGÓN, Manuel, Constitución y democracia, Tecnos, Madrid, 1989.

ARISTOTELES, Política, Gredos, Madrid, 1999.

ATIENZA, Manuel, Cuestiones judiciales, Fontamara, México, 2001.

-----Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, Cuestiones judiciales, Fontamara, México, 2001.

----- “El derecho como argumentación”, Isegoría, revista de Filosofía Moral y Política, Madrid, 1999.

-----Manuel y Ruiz Manero, Juan, Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos, Barcelona, Ariel, 1996.

BAZAN, Victor, *El amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino, Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, 2005.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico, Madrid, Tecnos, 1997.

BOVERO, Michelangelo, “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli, un acuerdo global y una discrepancia concreta”, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 2002.

CARBONELL, Miguel, División de poderes y régimen presidencial en México, UNAM, México, 2006.

----- Vázquez, Rodolfo, Estado Constitucional y globalización, 2da. Ed., UNAM, México, 2003.

CARDENAS, Jaime, Una Constitución para la democracia, propuestas para un nuevo orden constitucional, UNAM, México, 2000.

-----La argumentación como Derecho, UNAM, México, 2005

CARPISO, Jorge, “Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional, del 31 de diciembre de 1994” en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, num. 83, UNAM, México, 1995.

CASTRO, Juventino. El artículo 105 Constitucional, Porrúa, México, 2004.

COVIAN Andrade, Miguel, *Teoría Constitucional*, Vol. I., CEDAPIC, México, 2004.

-----La Constitución política Mexicana del siglo XXI, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A. C, México, 2006.

COMANDUCCI, P., "Formas de neoconstitucionalismo: un reconocimiento metateórico": Isonomía, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, no. 16, 2002

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Argentina, 1993.

----- *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.

ELY, John, *Democracy and Distrust, A theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1980.

FARIA, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001.

FERRADA Borquez, Juan Carlos, coord, *La constitucionalización del derecho chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 2003.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho Y Razón, Teoría del Galantismo Penal*, Madrid, 1989.

----- *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

GADAMER H.G, *Verdad y método*, ed. Sígueme, Salamanca, 1984.

GUASTINI, Ricaro, *Distinguiendo entre Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999.

HABERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, trad. Héctor Fix Fierro, UNAM, México, 2001.

-----, *Verdad y estado Constitucional*, Trad. Guillermo José Mañón Garibay, UNAM, 2006.

-----, et al. *La Constitucionalización de Europa*, UNAM, México, 2004,

HAMILTON, Alexander, et. Al., *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

HART, H.L.A, *El concepto de Derecho*, Trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Argentina.

HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, FCE, México, 2002.
----- *Teoría del Estado*, trad. De Luis Tobio, FCE, 1987.

IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, “La Interpretación de la Constitución: demarcación de perspectivas”, Universidad del País Vasco, 1984.

JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, FCE, México, 2000.

KAPLAN, Marcos, *Estado y Globalización*, UNAM, México, 2002.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 13ª. Ed, Porrúa, México, 2003.
----- “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia Constitucional), Escritos sobre la democracia y el socialismo, Debate, Madrid, 1988.
----- *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maníes, México, 1979.

LINARES Quintana, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Porrúa, 1971.

NIETO Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral*, UNAM, México, 2003.

NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

PERELMAN, Chaim, *Tratado de la argumentación, La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1989.

PEREZ LUÑO, Antonio *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, tecnos, 1986.

PLATON, *Diálogos*, Porrúa, México, 1991.

PRIETO, Sanchis, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
----- *Ley, Principios, derechos*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 7, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998
----- *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1999.

ROUSSEAU, Juan Jacobo, El Contrato Social, Porrúa, México, 1974.

SCHMITT, Carl, La defensa de la Constitución, Tecnos, Madrid, 1998.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, "Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional", Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México, 1975.

-----Elementos para una teoría general del Derecho, Themis, México, 2003.

VELASCO Arroyo, Juan Carlos, "El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas", Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Poética, Madrid.

VIGO, Rodolfo Luis, Interpretación Constitucional, Abeledo-Perrot, Argentina, 1993.

VITALE, Ermanno, Derechos y paz, Destinos Individuales y colectivos, Fontamara, México, 2004.

VITURRO, Paula, "El carácter político del control de constitucionalidad", Desde otra mirada, textos de teoría crítica del derecho, Eudeba, Buenos Aires, 2000.

WEBER, Max, Economía y sociedad, 2ª. Ed., 2vols. FCE, México, 1964.

WROBLEWSKY, Jerzy, Sentido y hecho en el derecho, Fontamara, México, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil, ley, derechos, justicia, Trotta, Madrid, 1995.