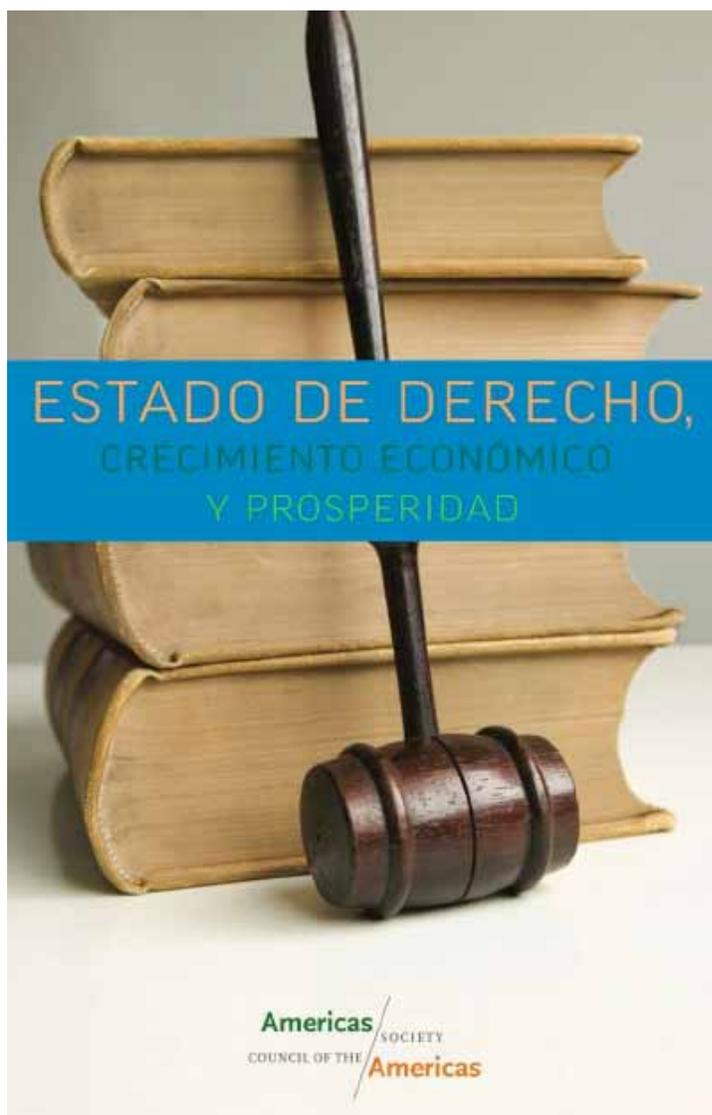


Proceso evolutivo del Estado de Derecho

Mario Antonio Solano Ramírez

Abogado y Notario. Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales (UES). Catedrático universitario de singular prestigio. Ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Un incesante modelo para las actuales y futuras generaciones del foro nacional. Constitucionalista de primer nivel.



Reflexión Inicial

Qué significa el estado de Derecho para un ciudadano del mundo desarrollado? Qué significa para un ciudadano salvadoreño? Qué significa para los ciudadanos de todo el mundo o al menos de los del mundo occidental?.- Qué ha significado para los ciudadanos alemanes al reunificarse Alemania? *“Queríamos justicia y nos entregaron el Estado de Derecho”, dijo Bärbel Bohley, activista alemana de derechos humanos; la frase citada, puede significar muchas cosas en la tarea de encontrar respuestas a la pregunta de qué es el Estado de Derecho; la misma reflexión podemos hacer entre los salvadoreños ya sea del estado de derecho o de la justicia; en ambos casos las respuestas, no serían satisfactorias.*

El cuestionamiento nos pone en la realidad preocupante de que cada vez sabemos menos de la **justicia y del Estado de Derecho**. Todo el pensamiento humano volcado a crear un concepto válido de justicia llega a la única conclusión conocida: Si la justicia existe, su medida es cada hombre: *“He empezado este ensayo, dice Kelsen, preguntándome qué es la justicia. Ahora al concluirlo, sé que no he respondido a la pregunta. Hubiera sido en vano por mi parte pretender que yo iba a triunfar allí donde los más ilustres pensadores habían fracasado; verdaderamente, no sé ni puedo afirmar qué es la Justicia, la justicia que la humanidad desea alcanzar. Sólo puedo afirmar qué es la justicia para mí”*. (Hans Kelsen: ¿Qué es la Justicia?). De igual modo ocurre con la verdad, y ocurrió en uno de los momentos más dramáticos de la pasión de Cristo: **“Dice Pilato: Tú eres Rey; Jesús, contestó: Dices esto por ti mismo u otros te lo han dicho de mí; soy Rey; pero mi reino no es de este mundo; yo he venido a dar testimonio de la verdad; dice Pilato, Qué es la verdad?”**. El Santo, no contestó.- **Juan, Cap. XVIII, 33-38, (abreviado)**.- La pregunta sin respuesta, sigue conmoviendo a la humanidad entera.

En cuanto a la justicia, la conclusión pesimista de Kelsen, ha impregnado importantes corrientes jurídicas, pues tal como él lo afirma, un concepto universal de justicia difícilmente pueda elaborarse o se haya elaborado y como lo es en general con todos los valores, por lo que esto ya es un problema más deontológico que jurídico; sin embargo, conviene adelantar desde estas líneas, que lo anterior no significa, según nuestra opinión, que no existan los

valores, principios, pautas culturales o hábitos sociales, tenidos como válidos en todas las sociedades y en todos los tiempos, que puedan ayudarnos a forjar al menos un ideal de justicia, independientemente de las definiciones con pretensión universal casi como una búsqueda de la utopía; **es lo mismo con la verdad?; es lo mismo con el Estado de Derecho?**

La posición kelseniana, nos recuerda el relativismo de Protágoras, de que *“el hombre es la medida de todas las cosas de las que son en cuanto son y de las que no son en cuanto no son”* y que en esa idea tendría cabida la justicia; creo en que la justicia es un valor y como tal es una cualidad irreal que acompaña siempre un acto, un hecho, una ley, una sentencia, A partir de estas elaboraciones podría tenerse una base para explorar sobre este importante asunto; cobra explicación en cuanto es una relación de personas y sus actos.

Del mismo modo ocurre si nos preguntamos qué es el Estado de Derecho, pues surgirán tantas definiciones, e interpretaciones que pueden confundir o negar la verdadera esencia de este importante instrumento político que en materia de libertad ha logrado avances importantes, significativos e innegables; no así en el campo de la justicia donde las desorientaciones ideológicas, los modelos económicos, los proyectos políticos o los planes de los gobiernos, no logran reducir los altos niveles de pobreza extrema, y los crecidos estados de injusticia (desigualdad) para millones de seres humanos; sin embargo, hay algunos elementos que conforman esta noción que nos permiten construir una idea, un concept y luego pasar a la estructuración

de este instrumento histórico que le da organicidad y legitimidad a la forma de estado que el mundo ha adoptado. Veamos en qué consiste.

Introducción

El tema del Estado de Derecho es un reto para los salvadoreños, pues se trata de conformar y desarrollar el estado salvadoreño en el marco de la Constitución y de la ley, superando el esquema autoritario prevaleciente antes y durante el conflicto armado y con algunas -pero sólo con algunas expectativas de cambio- a partir de los Acuerdos de Paz. No es que antes no haya habido Constitución y ley, pues en efecto las ha habido, sin embargo, durante nuestra vida post independencia y salvo durante muy cortos períodos, Constitución y ley han sido instrumentos al servicio de centros específicos de poder y no el marco jurídico protector de la libertad y los derechos fundamentales. El destino del Estado de Derecho es conformar y limitar el poder, procurar la libertad y la justicia como presupuestos axiológicos del Estado Constitucional y desarrollar la sociedad democrática para la sustentación legítima del poder. La libertad hace referencia a cómo se ejerce el poder y la democracia por quienes se ejerce el poder.

I: Sociedad Feudal y Estado Nacional

1) La Sociedad Feudal:

Para comprender el significado y características del Estado de Derecho, en sus diferentes etapas, es conveniente hacer una breve referencia a su origen y a la época en que surge como formación política. El carácter filosófico formal

del Estado de Derecho, *tiene como estructura un estado centralizado que se desarrolla a partir del Estado nacional y éste, emerge de las ruinas de la sociedad feudal. Estos dos conceptos constituyen un punto de partida básico para comprender la categoría jurídico política del estado de Derecho, por ello aunque sea muy brevemente nos referiremos a ellas.*

Definir la sociedad feudal es de hecho imposible por la diferencia de épocas, la gran variedad de grupos sociales, su desarrollo desigual en tiempos y lugares, en consecuencia no cabe apoyarse únicamente en las fechas ni en la geografía. “En algunos sitios ya existe (el feudalismo) en el siglo V, con instituciones características como la servidumbre; en otros, alcanza su mayor desarrollo en los siglos XI y XII”. *“No obstante y superando importantes períodos de distancia que hay entre diferentes sociedades feudales occidentales, se pueden ir agrupando algunas semejanzas que caracterizan la época, la sociedad y el sistema político feudal”.*

“En la organización feudal eran imposibles grandes unidades políticas y económicas; en consecuencia los gobiernos tendían a ser de tamaño reducido que comparados al imperio



romano y a los estados modernos, eran muy pequeños, aunque eran viables; la agricultura sustentada en unidades productivas (aldeas) casi autárquicas, fue el hecho económico esencial, o sea la comunidad aldeana y las tierras eran un binomio insuperable, que además de la función económica ejercían funciones de policía, donde era imposible hablar de un gobierno central”.

En tales circunstancias para algunos hombres era necesario recurrir a un protector suficientemente fuerte, en una relación personal y de propiedad, por lo que el hombre de poco poder (siervo) se sometía al señor a quien “pagaba”, a cambio de protección. La propiedad total era del Rey; los barones eran vasallos que a su vez tendrían otros vasallos. Tres grandes instrumentos de poder político se formaron; el ejército, los ingresos y los tribunales de justicia. Las relaciones entre señor y vasallos eran siempre mutua: ambos se debían algo entre sí: pero nunca llegó a existir la relación de soberano a súbdito, como ahora. Todos dependían de lo que la tierra produce y los vasallos se sometían a la protección del señor feudal y le pagaban con bienes y servicios era una relación personal y de propiedad; de este modo los señores llegaron a ser grandes propietarios y con mucho poder.

La desintegración del feudalismo y la acumulación primitiva de capital serán las bases para el nacimiento y desarrollo del estado nacional; el tránsito, de la sociedad feudal al estado centralizado, es clave para explicar el estado liberal ya que al ocaso del feudalismo sigue el estado nacional: La fuerza de la evolución de las cosas, impulsa al estado nacional al poder absoluto, o como afirma Martín Kriele

“la figura política del estado territorial, fue en sus orígenes, tradicionalmente absolutista. En efecto el Príncipe era la fuente de todo derecho: él podía codificar el derecho, dictar y reformar las leyes, derogarlas y aún quebrarlas. Gobernaba “legibus absolutus” (más correctamente “dominus ab legibus solutus) es decir en forma independiente del derecho. El soberano no necesitaba ceñirse en sus actos al derecho y por el contrario estaba por encima del mismo. El príncipe es dueño y libre de la ley pero es libre de cumplirla”.

2) El Estado Nacional.

2.1.- Carácter Político

Es la estructura política que se organiza y define a partir de las ruinas de la sociedad feudal y su vinculación con la estructura y ejercicio del poder en forma absoluta son los componentes básicos de esta forma de estado; el poder político tendrá importantes transformaciones es un nuevo modo de organización, un dispositivo distinto para la organización del poder político. El Estado tomará características nuevas, muy diferentes a las que tuvo durante el predominio de la sociedad feudal.

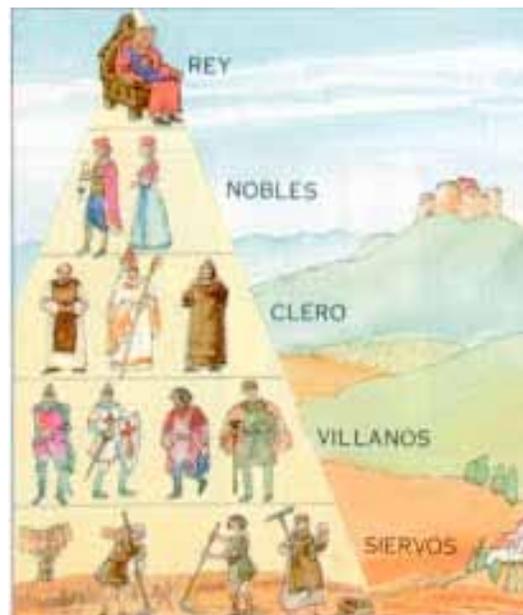
Un elemento característico de la llamada Edad Moderna, es el Estado nacional que surge, se organiza y conforma *“por una parte, absorbiendo la soberanía de los feudos que los integran y, por otra, independizándose del gobierno imperial y papal.”* Esto se expresa en la teoría del “derecho divino” de los reyes, según el cual los soberanos responden directamente ante Dios y no están sujetos ni al papa, ni al emperador, ni tampoco saben rendir cuentas a sus

propios vasallos. **La frase atribuida a Luis XIV, “el Estado soy yo”, simboliza perfectamente la concentración del poder en el monarca.**

La sociedad está estructurada en varias capas. **La nobleza**, a pesar de haber perdido su poderío político, conserva gran parte de sus privilegios económicos. De sus filas proviene la mayor parte de los altos funcionarios de la monarquía absoluta. **El clero**, estrechamente relacionado con la nobleza, tiene una organización semejante a la de esta. Después de la moralización parcial provocada por la Reforma, había vuelto a introducirse una gran dispersión y se iba debilitando nuevamente el espíritu religioso entre los propios eclesiásticos católicos. **El “Tercer Estado”** o “Estado Llano” estaba integrado por toda la población que no gozaba de privilegios. Su clase más importante era la **burguesía, comercial e incipientemente industrial**. La alianza entre esta y la monarquía era la base fundamental del régimen absolutista. Sin embargo, su desarrollo chocaba con el régimen de servidumbre y con los numerosos privilegios feudales que subsistían.

2.2 Carácter Social

El progreso del Estado moderno no consistió solamente en un desplazamiento de las viejas instituciones, sino su completa renovación, su predominio con las nuevas autoridades de la nación, creando **un orden social nuevo (liberal, burgués y capitalista)**, al eliminarse las viejas formas estamentales de origen feudal del Antiguo Régimen mediante un triple proceso revolucionario: Revolución liberal, Revolución burguesa y Revolución industrial.



Sin embargo, el proceso distó de ser una revolución instantánea, pues a pesar de que se produjeron periódicamente estallidos revolucionarios (Revuelta de Flandes, Revolución inglesa, Revolución estadounidense, Revolución francesa, Revolución de 1820, Revolución de 1830, Revolución de 1848), como proceso de larga duración, lo que tuvo lugar fue una lenta evolución y transformación de las monarquías feudales. Primero se transformaron en monarquías autoritarias y luego en monarquías absolutas, que durante el Antiguo Régimen fueron conformando la personalidad de naciones y Estados con base en alianzas territoriales y sociales cambiantes de la monarquía; tanto de unas monarquías con otras como de cada monarquía en su interior: en lo social con la ascendente burguesía y con los estamentos privilegiados, y en lo espacial con el mantenimiento o vulneración de los privilegios territoriales y locales (fueros).

El racionalismo creó la idea del “ciudadano”, el individuo que reconoce

al Estado como su ámbito legal. Creó un sistema de derecho uniforme en todo el territorio y la idea de “igualdad legal”. Las distintas escuelas de ciencia política definen de diversas maneras el concepto del Estado-nación. Sin embargo, en la mayoría de los casos se reconoce que las naciones, grupos humanos identificados por características culturales, tienden a formar Estados con base en esas similitudes. Cabe anotar que bajo esta misma óptica la nación es un agrupamiento humano, delimitado por las similitudes culturales (lengua, religión) y físicas (tipología). Un Estado puede albergar a varias naciones en su espacio territorial y una nación puede estar dispersa a través de varios Estados.

“Si bien el Estado-nación surge hacia el año 1648 (Tratado de Westfalia), las instituciones políticas de esta entidad tienen un desarrollo que se puede rastrear hasta una maduración en 1789 (Revolución francesa). Los modelos de agrupación en torno a una autoridad central siguen dos visiones contrapuestas, pesimista y optimista, acerca del hombre en estado de naturaleza, marcadas por los trabajos filosófico-políticos de Hobbes y Rousseau, sin excluir otras tradiciones del pensamiento político: el concepto platónico de *República* o la *Política* de Aristóteles, y el funcionamiento y las políticas de la democracia ateniense y la República romana en la Edad Antigua; los debates de la Edad Media entre los poderes universales y el intento fallido del conciliarismo (concilio de Constanza de 1413, concilio de Florencia o concilio de Basilea de 1431); o en la Edad Moderna el establecimiento del *ius gentium*, los justos títulos y el tiranicidio por los españoles de la Escuela de Salamanca

-Bartolomé de las Casas, padre Mariana o el holandés Grotius, el humanismo de Nicolás de Cusa, el racionalismo de Leibniz o el empirismo de Locke; y otros.”

3.) *Evolución del Estado Nacional*

Las grandes Monarquías que habían conseguido la unidad nacional, Francia, Inglaterra y España, capaces de organizar una burocracia, una ordenación jurídica, amén de sólidas bases financieras y ejércitos potentes, constituirían poderosos Estados. “El poder político que había estado disperso entre feudatarios y corporaciones, se condensó rápidamente en manos del monarca que, por el momento, fue el principal beneficiario de la creciente unidad nacional. La concepción de un soberano que es fuente de todo poder político pasó a ser en el siglo XVI una forma común de pensamiento político”. Téngase presente esta característica y compárese con la del sistema feudal que nos permite ver el paso de una organización (feudo) a otra, estado nacional.

Una vez establecido el Estado nacional, faltaba el nombre adecuado, la expresión que no se limitara a indicar la tierra o el pueblo o el soberano, elevándose a una abstracción perfecta, conforme a las varias fases del desarrollo institucional. Corresponde al merito de introducir el termino adecuado a Nicolás Maquiavelo, quien en su famosa obra, *El Príncipe*. El termino Estado, lo *Stato*, tiene un enlace técnico preciso, es un término neutro anterior a su clasificación monárquica o republicana. “Todos los Estados, todos los dominios que han tenido y tienen soberanía sobre los hombres, han sido

y son repúblicas o principados. Los principados o son hereditarios o son nuevos. Se adquieren por las armas, por herencia o por virtud. (El Príncipe).”

Maquiavelo no se ocupa de definir lo que debe considerarse como Estado, sin embargo, es el primero en usar el término para referirse a las organizaciones políticas del bajo medievo, cuyo poder era ejercido en parte por los reyes y príncipes y otra facción por los grandes terratenientes.

Los pensadores ilustrados se ocuparon posteriormente en precisar el fenómeno que ya Maquiavelo había vislumbrado y que llamó Estado. Esta forma política, revela una organización jurídica, una estabilidad y exigencias de continuidad basada en el ejercicio del poder; en resumen, se apoya en las leyes en las armas propias, como quería Maquiavelo para Florencia e incluso para Italia. Si de una parte el establecimiento de Estado se debe, en gran medida, al proceso de secularización y, sobre todo, al resultado de la lucha victoriosa contra el Imperio y el Papado, no debe desdeñarse el influjo que el Derecho canónico ha ejercido en la configuración burocrática del Estado; resultaría indispensable para la nueva forma de unidad política, encontrar otros elementos que le favorecieran en su proceso de cohesión y de consolidación; además de los factores materiales, se requerirían los factores culturales y jurídicos, sin los que ninguna organización es posible.

“Establecida la unidad del Estado mediante la monarquía absoluta en Inglaterra, Francia y España, proceso lento pero seguro, se realiza la reunificación de territorios, la permanencia de los ejércitos, la

burocracia y la configuración de la justicia en todo el reino contribuyen al derrumbamiento de los poderes feudales. Las doctrinas de Maquiavelo, de Hobbes, de Bodino y otros constituyen la base jurídica e ideológica del absolutismo, de la “razón de estado” superior a cualquier otra instancia individual, doméstica o moral que contradiga la suprema voluntad estatal, sea dentro del Estado, sea en el concierto internacional.”

Las vicisitudes que arrastra el Estado para consolidarse como instancia política única y suprema son sumamente interesantes, por varias razones, a saber: Demuestran las enormes posibilidades de la nueva estructura política, capaz de dominación, en virtud de su potencia económica, administrativa y militar dentro y fuera de su territorio. En este sentido, la nueva estructura política, ya Estado moderno absolutista, tiende a monopolizar el derecho, las formas de cultura, las manifestaciones económicas y el sistema de vida dentro de sus confines y en el tráfico internacional.

Dada la importancia de este hecho que llega acrecentando y perfeccionado al siglo XIX, no es extraño que los hombres de Estado, los filósofos, propendan a exaltar al Estado como forma de vida y se llegue, con Hegel, a considerarle como encarnación del espíritu objetivo, y en nuestro siglo, a su deificación en los movimientos totalitarios de derecha (fascismo y nacional socialismo).

4.) El Poder y el Derecho en el Estado absolutista.

“Las teorías medievales del derecho divino suponían el poder dividido, por la voluntad de Dios, en dos grandes

brazos; espiritual y temporal. La iglesia, y a su cabeza el pontífice de Roma, se reservaba la potestad sobre los asuntos espirituales, mientras que el poder temporal era ejercido por otras instituciones, encabezadas por el rey. Aun cuando los conflictos entre ambas autoridades fueron continuos, a fines de la edad media el origen divino del poder real era comúnmente admitido por los tratadistas y el pueblo. Sin embargo, la potestad real estaba limitada por fueros, leyes y privilegios de muy variado signo.”

“Los inicios de la Edad Moderna coincidieron con la creciente consolidación de los Estados nacionales. La poliarquía medieval resulta paulatinamente reemplazada por comunidades centralizadas en las que los intereses nacionales prevalecen sobre las particularidades locales”. “Entre la frase atribuida tradicionalmente a Luis XIV, *“L’ Etat c’ est moi”*, y la de Federico el Grande, *“El príncipe es el primer servidor del Estado”*, media un cambio ideológico significativo. Como escribe Radbruch, una vez reconocido en el príncipe el carácter del órgano, la teoría política individualista tuvo que preguntarse inmediatamente porque razón aquel había de conocer y gestionar los intereses individuales, a cuyo servicio estaba, mejor que los sujetos mismos de estos intereses; porque aquello debía hacerse para el pueblo; y así empezó, consiguientemente, a reclamar la participación de la representación popular en la formación de la voluntad del Estado.”

“El absolutismo es una expresión política monárquica caracterizada por el poder omnímodo del rey. Este poder es distinto

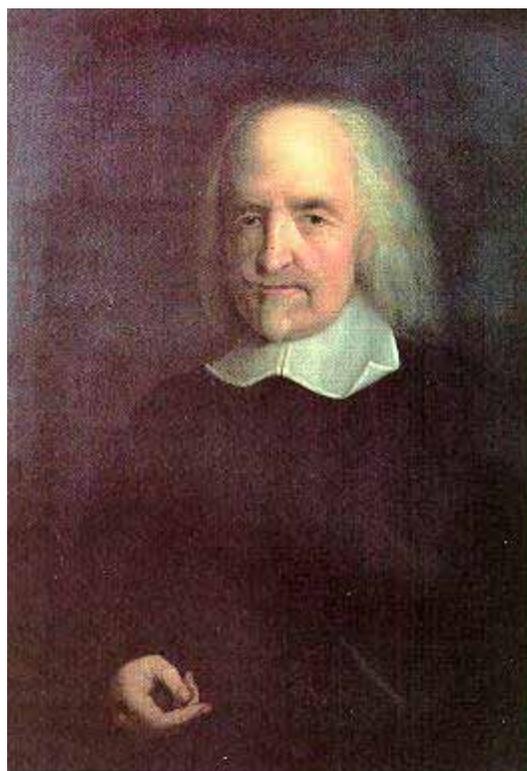
de la tiranía clásica y posterior, del poder personal y de las formas totalitarias contemporáneas, en la medida que estas últimas son manifestaciones posdemocráticas, nacidas en el periodo de entreguerras. Como sostiene Emile Lousse, (citado por Lucas Verdú.), el absolutismo es una forma de monarquía estamental en la cual las diferencias sociales no se han derogado y tampoco se consulta a sus representados. Tratase de la monarquía estamental.

El estado absoluto, teorizado por Hobbes y Bodino, descansaba en la omnipotencia del soberano real, sin frenos jurídicos relevantes, puesto que las limitaciones del derecho divino y natural y aun de las leyes fundamentales del reino, “que el rey era feliz por mantener”, fueron simbólicas. Solo las grandes distancias, las malas comunicaciones, la estructura social estamental y las bases económicas no desarrolladas, constituyeron obstáculos técnicos que mitigaron el despotismo. Las teorías del derecho natural individualista, que en el caso de Hobbes, significa renuncia del hombre a sus principales deseos y su interés de establecer un contrato social, con poder soberano, el cual debe recaer en una sola persona. Esto es el antecedente de una monarquía absoluta., donde el rey adquiere sus poderes no de dios, sino del contrato, contrato social, sin embargo, instrumentado por Hobbes para fundamentar el absolutismo.

Thomas Hobbes, de origen inglés, vivió entre 1588 y 1679. La principal de sus obras de teoría política fue intitulada como *Leviathan* o, que se traduce como la materia forma y poder de una comunidad. En ella supuso como propósito de los gobernantes lograr el

orden social a partir del caos que provoca la vida comunal en una situación que favorecía la lucha de todos contra todos en un mundo carente de moral.

Para Hobbes el hombre es malo por naturaleza y con él se inicia el pensamiento contractualista que influyó el pensamiento del siglo XVIII. Hobbes explica que los hombres, ante las injusticias que sucedían durante la convivencia en el Estado Natural, se reunieron para convenir en un pacto social una serie de principios que la generalidad aceptó y en consecuencia sirvió para regir a la universalidad de la población y subsecuentemente, esos mismos hombres eligieron a un representante común que velara e hiciera respetar dichos convencionalismos, el cual se personificó con el monarca, una vez firmado el contrato, los seres humanos se abandonaron al impulso de sus pasiones, volvieron a cometer las injusticias que



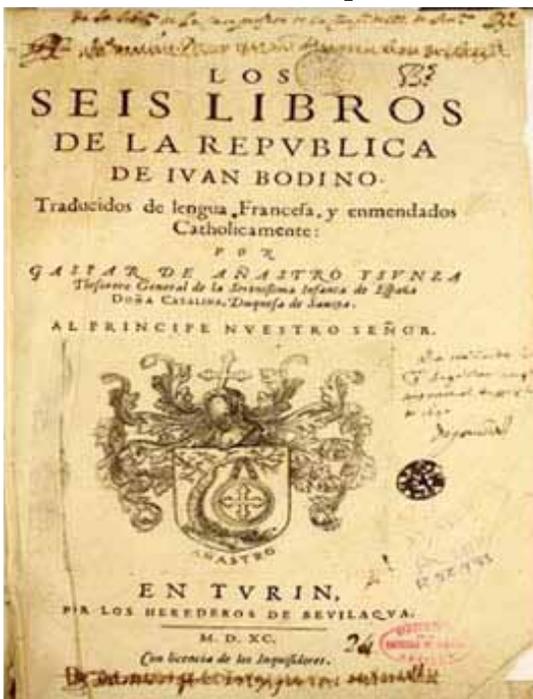
habían caracterizado a la sociedad. Los reyes, se dedicaron entonces a la tarea que les había encomendado, controlar y gobernar a los seres humanos para darle un orden al caos en el cual subsistía la sociedad de su nación.

Para Hobbes el pacto social es irreversible, y al igual que Maquiavelo, no concebía aún la distinción entre Estado y gobernante, por el contrario, para él, el monarca es la síntesis de ambos elementos y esto a su vez, es el producto del estado natural de las cosas, en el que el deber básico de los ciudadanos es la obediencia y el resultado de la obediencia es la protección. Con Hobbes apreciamos que al Estado se le deja de dar una explicación desde el ámbito teológico y se concibe a la población como un elemento que en un primer momento tiene la posibilidad de determinar e imponer al gobernante que dirija la nación, una serie de normas generales a las cuales debe someterse.

Sin embargo, este filósofo explicaba que el pacto es irreversible, y por lo tanto se manifiesta abiertamente en contra de la imposición del parlamento al rey, pues considera que tal instrumento es ajeno a la naturaleza del Estado y que sólo tiende a favorecer a sectores aislados de la población.

Los derechos del hombre y la tesis de la separación de poderes tendría que esperar para su aplicación en Europa continental a 1789. No obstante a partir de entonces, las teorías de Hobbes, en cuanto al egoísmo individualista, la guerra de todos contra todos y la posibilidad de que cada hombre sea capaz de hacer daño a otro, en lo que hacía consistir la igualdad, siguen discutiéndose y generando controversias, en la época actual.

Algunos autores consideran que el Estado Nacional, así entendido, no es una formación política de tiempos inmemoriales, sino que tiene un espacio y tiempo reconocibles. **“Su marco es occidental, europeo, nace a fines de la Edad Media, se afianza en el Renacimiento y adquiere plena forma en el Siglo XIX. Si queremos precisar más, diremos que la praxis de estos primeros Estados está íntimamente ligada con la aparición de las primeras monarquías absolutas en Inglaterra (Enrique VII Tudor) y España (Reyes Católicos) que consiguen la unión de sus respectivos territorios, mientras que en el plano teórico podemos personificar su nacimiento con las figuras de Maquiavelo y Bodino, el primero por su contribución en “El Príncipe”, al nacimiento de la razón de Estado o “Stato”, al centralizar en este Príncipe gran número de atribuciones políticas, y el segundo al delimitar el concepto de “soberanía”, en su obra, “Los Seis Libros de la República”.**



Esta forma de Estado por lo general es de tipo monárquico y aparece en la historia, inmediatamente después de la quiebra del estado feudal. Estos presupuestos también definen el desarrollo del Estado nacional, o sea que entre el Absolutismo y Estado nacional hay identidad histórica.

Los presupuestos son: “a) Se produce un tránsito de las economías cerradas, autárquicas, hacia economías abiertas basadas en el comercio. b) Se altera el sistema de sociedad estratificada del feudalismo y aparece una clase social emergente, la burguesía y la base poblacional se amplía conformándose las naciones. c) Nuevos descubrimientos: pólvora, brújula, etc. d) Nuevas creencias sobre nuevas concepciones del hombre y la libertad y una nueva concepción del trabajo. Herman Heller, además agrega: “los ejércitos permanentes, administración financiera, conformación de una burocracia, al servicio de esa administración financiera (división del trabajo), un nuevo orden jurídico que proporcione mayor certeza y seguridad jurídica”.

“El rey era absoluto en el sentido que no se somete a controles ni comparte la soberanía con nadie”, es decir en lo que al ejército del poder se refiere, ya que puede declarar la guerra, legislar, acuñar moneda; pero no puede ir en contra de las leyes de su propio pueblo sin el riesgo de ser asesinado (tiranicidio). Recordemos que entonces ya existían los estados generales, en Francia, el parlamento en Inglaterra y las cortes en España. El monarca nunca pudo disponer libremente de las propiedades de la nobleza y de la burguesía”.

Karl Loewenstein, categóricamente, afirma: “La monarquía absoluta en el sistema de los estados nacionales europeos, es el ejemplo clásico de la autocracia no totalitaria; su legitimación yacía en el derecho hereditario al trono de una determinada dinastía, que era reconocido sin resistencia por los destinatarios del poder. A este tipo de monarquía absoluta se le otorgaba una santificación sobrenatural que quedaba reflejada en la fórmula típica de la realeza: “Por la gracia de Dios”.

II. Paso del absolutismo al estado de Derecho

1.) El Estado Liberal. Los Movimientos Revolucionarios

“En la historia de la Europa moderna se da toda una serie de fenómenos culturales y sociales que rompen el orden en que se apoyaba el mundo medieval y disgregan la sociedad. Por un lado, tenemos la reforma protestante y la aparición de una pluralidad



de iglesias; por el otro, tenemos la consolidación de un mercado abierto en que surgen nuevos grupos sociales, que empiezan a darse cuenta de sí mismos y a contraponerse. 2.- “El acto de nacimiento del liberalismo consiste, precisamente, en darse cuenta de que esta diversidad no es un mal sino un bien, y que, por consiguiente, es necesario encontrar las soluciones institucionales para que esta sociedad ‘diversa’ pueda manifestarse. Las dos grandes etapas a través de las cuales madura el liberalismo son el debate sobre la libertad religiosa (Milton, Locke), y la defensa de los partidos políticos como canales de expresión de los diversos grupos sociales”. 3. En Europa, el liberalismo tuvo consecuencias en todas las esferas: en la vida económica fue la ruptura de los lazos corporativos y de los privilegios feudales; en el campo político, fue la formación de una opinión pública informada que controla al gobierno a través de un debate libre; en el campo de la vida social y cultural fue la lucha contra el clericalismo por la secularización del Estado y la enseñanza laica.

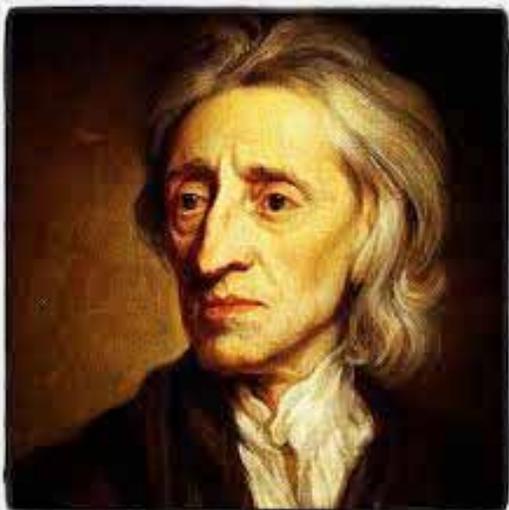
En Inglaterra y Francia se producen movimientos revolucionarios orientados a sustituir el “ancien régime”; luego en América se produce la independencia de los Estados Unidos. Los tres acontecimientos determinaron un cambio social, político, económico y jurídico. La revolución inglesa, proceso bélico y político que enfrentó a los Estuardo, defensores del absolutismo divino, con el Parlamento inglés, la muerte de Carlos I (1648), la instauración de Cromwell (1635-58), la restauración de los Estuardo (1660), la sustitución de Jacobo II por Guillermo de Orange

(Guillermo II), en 1688 la Declaración, Bill of Rights 1689, tuvo como resultado el predominio del parlamento sobre la corona, este período es el de la revolución inglesa, conocido como la revolución sin sangre (bloodless).

Esto produce, en Inglaterra, las contradicciones entre los parlamentaristas y los populistas: entre estos, los Niveladores (Levellers), cuyo núcleo doctrinario es la teoría de los derechos del hombre, conferidos por la ley natural y que las instituciones políticas deben protegerlos, quienes además propugnaron por la separación de poderes. Además de estos aparecen los Cavadores (Diggers), con un programa de tipo colectivista y religioso, que rechazaban el abuso de la fuerza y condenan la propiedad privada.

En 1632, nace **John Locke**; en 1690 escribe su obra "Dos Tratados sobre el Gobierno Civil", en el segundo refuta a Hobbes, en cuanto a su posición absolutista:

"En el estado de naturaleza los hombres poseen derechos, como el derecho a la vida, el derecho a la propiedad, el



derecho a la libertad, y la facultad de castigar cualquier ofensa, derechos que le son innatos y consustanciales. La garantía del cumplimiento de estos derechos aparecen cuando se produce el contrato social por el cual se organiza la sociedad civil. El hombre no pierde sus derechos, sino limita sus alcances en beneficio de la colectividad."

John Locke, de origen inglés vivió de 1623 a 1704, sus obras importantes son El Ensayo sobre el Entendimiento Humano y el Ensayo sobre el gobierno Civil. Locke se refiere a la naturaleza del hombre de forma distinta a Hobbes, lo define siguiendo a Aristóteles, como un animal político, cuya esencia lo ha conducido a estatuir la sociedad. El pacto social implica una relación mutua. Si en Hobbes, el contrato llevaba a abdicar los derechos individuales para ponerlos en manos de una persona, Locke afirma por su cuenta que el pacto es bilateral y se aplica tanto a los ciudadanos como a los legisladores y al rey, que es ciudadano como los demás. El poder del rey tiene bases legales, y el rey no puede actuar en contra de las bases que han servido para establecerlo en el poder.

III.- Características Del Estado Liberal De Derecho

Los textos traen muchas referencias y conceptualizaciones sobre el liberalismo, estado liberal, filosofía liberal, etc., a veces pretendiendo dar una sola conceptualización para términos, procesos, fenómenos históricos, que aun con sus elementos que son comunes, puede ser que al intentarlo no se alcance a dar definiciones precisas, porque entre uno y otro término existen diferencias que no permiten identificarlos o considerarlos

como sinónimos, que a veces pueden estar muy distantes, aunque en algunos casos haya semejanza en sus contenidos y formas; ocurre con otros términos, tales como el socialismo, la democracia, el poder, el gobierno, etc. Precisamente existe una relación de dependencia entre liberalismo y democracia y se suele identificarlos, pero los autores creen que es más exacto hablar de democracia liberal que en las otras expresiones de la democracia; siempre es buena idea que ante términos polisémicos, es preferible consultar un buen diccionario, en este caso de temas políticos, para el caso **Bobbio-Mateucci. (Ediciones siglo XXI, México D.F).**

Sin entrar en las discusiones filosóficas (Kant) sociológicas o históricas, sobre el término liberalismo o su sustantivo, libertad, tendríamos que acercarnos al origen del estado y recurrir a que el hombre libre se encuentra de la el estado de naturaleza donde puede hacer lo que le plazca y en tanto más poder tiene, más libertad tiene; sin embargo Hobbes, se encarga de sustentar que tal fenómeno es contrario a la vida y a la libertad y que los hombres deciden sacrificar esa libertad por su propia supervivencia y construyen el Estado, el cual termina por reconocer derechos o libertades que son anteriores y que deben de controlarse para asegurar la libertad misma.

No obstante y teniendo el concepto de libertad como el ejercicio de la voluntad consciente del hombre para alcanzar sus fines y propósitos, inmerso en una sociedad concreta, es necesario advertir que la libertad en el sentido político y jurídico sólo es posible en el marco de un régimen jurídico político, es decir en el Estado y en la amplia esfera que

la constitución de ese Estado sea capaz de definir. De tal manera que sobre el liberalismo, se puede señalar que en ese concepto cabe el estado que proteja el libre ejercicio de la acción humana en el marco del derecho y en el límite de la libertad de sus congéneres, un Estado liberal presenta las siguientes características.

a) El Estado y la sociedad se conciben como sistemas autónomos y claramente discernibles entre sí, dotados ambas de su propia racionalidad, con límites

b) El Estado no se concibe como el responsable de la prosperidad y el bienestar, ellos se revelan como consecuencia automática de la libre competencia de las fuerzas societales.

c) el aporte más positivo del Estado Liberal de Derecho en el avance de la humanidad. El establecimiento del principio que sostiene que “la soberanía reside en el pueblo”, el derecho al voto, la democracia representativa, la división de poderes, la creación un Estado de Derecho, es decir de un Estado no arbitrario ni absolutista que respete los derechos humanos individuales y la ley misma, son aportes significativos en el proceso histórico de que los seres humanos y los pueblos vayan tomando en sus manos su propio destino.

d) La visión del “Estado Gendarme”, del Estado Policía que solo se dedica a vigilar pero que no interviene activa ni positivamente. En otros términos, y como afirma Conbellas, “El Estado Liberal de Derecho construyó una concepción negativa del Estado que en la esfera económica significó el principio de que en tanto menos frecuentes fueran

las intervenciones del Estado tanto mejor para el desarrollo de la sociedad económica. Estos derechos, considerados como inalienables y anteriores al Estado, conforman una especie de barrera fortificada frente a las eventuales arbitrariedades del poder. La libertad, la propiedad y la seguridad del individuo.

e) la división de poderes Ante el poder absoluto y total del soberano, con Montesquieu como vocero, sostiene que la única forma de controlar el poder es con otro poder de igual dimensión y naturaleza: **"Solo el poder detiene al poder"** A ello se agregan los valores jurídicos como la seguridad jurídica, la paz, la justicia, el bien común la dignidad humana; los principios de no retroactividad de la ley, la jerarquía de las normas, el principio de legalidad, la no arbitrariedad, la publicidad de las normas, etc.

El Estado burgués.

El nuevo Estado con las características anotadas, adopta una nueva constitución conforme al individualismo burgués, que corresponde al Estado constitucional o Estado burgués de derecho, la cual contiene "una decisión en el sentido de la libertad burguesa, libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, libertad de industria y de comercio. El estado aparece como el servido rigurosamente controlado de la sociedad; queda sometido a un sistema cerrado de normas jurídicas, o sencillamente, identificado con este sistema de normas, así que se convierte en sólo norma o procedimiento".

La nueva conformación estatal y constitucional, se caracteriza por el

reconocimiento de la libertad como presupuesto de las nuevas relaciones políticas, logradas por el ascenso de la burguesía al poder; pero esta libertad en el marco de un sistema de normas jurídicas, es decir que tanto el poder del Estado como la libertad de los individuos tiene un marco de normas que debe de respetarse, en una interacción, que trae dos consecuencias, las cuales Schmitt, define como: 1.- principio de distribución y 2.- el principio de organización; por el principio de distribución, el poder del Estado limitado en principio, se encierra en una serie de competencias, que se expresa en la división de poderes, como mecanismo para el ejercicio del poder público".

El principio de organización, trae como consecuencia algo esencial en esta materia como es el principio de legalidad que es uno de los rasgos básicos del Estado de derecho, ya no la legalidad del estado, por el hecho de tener una norma que regula las actividades del estado, como en efecto ocurrió también en el período absolutista o ansien régimen, sino el marco de normas distribuidas en tres direcciones o competencias, separación de poderes, con el propósito de proteger la libertad del individuos y de los derechos fundamentales derivados. El neoliberalismo de Von Hayek, Nozick y otros retoman, a favor de su ideología, los principios anteriores y reivindican la no intervención del estado especialmente en el tema económico, posición respaldada por los organismos financieros internacionales, para quienes el mercado es la única opción para la resolución de los problemas sociales.

El Estado de Derecho, no es el Estado sometido al derecho, únicamente por

tener unas reglas que se aplican en su ámbito espacial, sino porque sus normas tienen como finalidad garantizar los derechos del individuo, que como datos anteriores al estado, son protegidos por medio de la ley; esto es lo que constituye esencialmente el Estado de derecho, la existencia de normas, generalmente escritas, promulgadas por el poder público, en un proceso en el que se deben garantizar que los derechos fundamentales de los ciudadanos no serán lesionados, y que su promulgación se dará en el marco de unos principios, tales son el de publicidad y el de irretroactividad, mediante un proceso que reúne los requisitos establecidos en la Constitución. En nuestra Constitución, el principio de legalidad cobra relevancia en tres momentos esenciales:

- 1.- Principio de legalidad penal, (art.15) por el cual "nadie puede ser sancionado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad y por tribunales que previamente haya establecido la ley";
- 2.- art. 86. "Todo poder público emana del pueblo, los funcionarios son sus delegados y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley";
- art.8.- Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe".-

IV.- ¿Qué es el Estado de Derecho conforme sus transformaciones?

Introducción

El presupuesto de libertad del Estado de derecho, requiere el acompañamiento de otro presupuesto como es el de igualdad, el cual tiene mucho que ver con la justicia y del cual se hará referencia oportunamente. El principio

se ha definido así: "Todos las personas son iguales ante la ley; para el goce de los derechos civiles, no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión." (Art. 3 Cn.); el valor dignidad no ha sido reconocido expresamente en la Constitución, como valor supremo del Estado, pero hace alguna referencia cuando se refiere a los pactos o contratos y al hábeas corpus; más adelante volveremos sobre este punto que es fundamental al tema y a los fines de este trabajo.

Hasta ahora hemos descrito la constitución, conforme las enseñanzas de la doctrina que la sustenta en la época actual, pero toda esta teoría debe encajar en un orden real, concreto que sea capaz de ejecutarla, de llevarla a la realidad, de distribuirla y compartirla con los ciudadanos, ese orden es el Estado de Derecho, garante de la normatividad y de la supremacía constitucional. Estado de derecho, en cualquiera de sus manifestaciones que se han conocido a través de la historia, es aquél en donde sus autoridades se rigen y están sometidas al Derecho, y que se aplica tanto en lo formal como en lo material. Se fundamenta en los principio de legalidad, de seguridad jurídica y debido proceso; está comprometido con la teoría y praxis de los derechos fundamentales y en el marco de una división de poderes, sus tres componentes básicos: "El poder bajo el imperio de la ley, al servicio de los derechos fundamentales con separación de poderes. En la división de poderes está la garantía de una organización del poder que actúa, en un marco de límites y competencias, con funcionarios responsables constitucionalmente".

El término Estado de Derecho tiene su origen en la doctrina alemana (Rechtsstaat); el primero que lo utilizó como tal fue Robert von Mohl; en la tradición anglosajona el término más equivalente en términos conceptuales es el Rule of law, (resoluciones de los tribunales) o como lo afirma Ulrich Karpen, de la Universidad de Hamburgo: “su objetivo es la limitación y la calculabilidad de la dominación, la fijación de principios y legitimidad de las leyes, división de poderes y los principios de distribución y organización”, estos dos últimos son temas que desarrolla Carl Shmitt, en su Teoría de la constitución.

En forma precisa, Wolfgang Horn manifiesta que desde que la ciencia jurídica alemana incorporó este enunciado: (segunda mitad del siglo XIX), “la idea esencial en este concepto se traduce en la demanda de control jurídico y moderación política para el poder público, además del reclamo de garantías para la libertad personal” Idea que inmediatamente nos recuerda

el determinante Art.16 de la Declaración de los Derechos del Hombre de la revolución francesa.

Sobre este tema, García Pelayo, afirma: “La noción del Estado de Derecho tiene cerca de dos siglos de existencia desde que surgiera como fruto tardío de la Ilustración. Una vida tan larga implica que ha pasado por distintas etapas en función de modalidades del pensamiento jurídico y político de cada tiempo, si bien siempre ha considerado como uno de sus supuestos la existencia de una Constitución que incluya unos derechos fundamentales y la división de poderes”.

1. Estado de Derecho

Según esta primera formulación de Kant y Humboldt, “es aquel Estado que no sólo actúa con sujeción al Derecho, sino que limita su ámbito al establecimiento de un orden jurídico destinado a asegurar las condiciones exteriores para la vigencia de la libertad, la igualdad y la participación la formación de la ley,



excluyendo por lo tanto, de su ámbito de acción toda actividad administrativa, salvo la beneficencia.”

2. La segunda etapa del desarrollo del Estado de Derecho

Se inicia en el segundo tercio del siglo XIX, mantiene la idea de que tanto el Estado como el Derecho se legitiman, por referencia a unos valores que los trascienden. **Pero a diferencia de la etapa anterior, entiende que la actividad administrativa del estado, “no sólo es un hecho que se impone por sí mismo, sino también una exigencia axiológica que debe satisfacer el Estado, puesto que es una obligación de éste promover la realización de los fines humanos racionales”. (Prestaciones sociales).**

3 La tercera etapa del desarrollo de la idea del Estado de Derecho y que se corresponde con su “identificación plena con el Estado legal de Derecho, tiene lugar a partir del XIX y constituye una proyección sobre nuestro tema del positivismo como un acto de voluntad del Parlamento”.

Es lógica la posición de Kelsen en cuanto al Estado de Derecho?

Kelsen, sin embargo, considera que estado de derecho es una contradicción lógica, es impensable que pueda haber estado fuera del derecho: “Sólo la unidad del orden Totalitario, la persona del Estado Soberano, puede constituir el punto final de la imputación, (El Estado es el centro de imputación del orden jurídico) en función de la cual 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”.

Kelsen, el ilustre jurista austríaco, en una posición que para algunos podría estar fuera de su teoría general, 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, ante esta similitud de conceptos estamos en posibilidad de fundamentar que en sí, el orden jurídico de un Estado lo identifica con el mismo, como una cualidad intrínseca del Estado”.

Por lo tanto, 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. El Derecho positivo; (no la Justicia) es precisamente ese orden coactivo que es el Estado, no acepta la teoría de que “un estado despótico no está gobernado

por el derecho, sino por la voluntad arbitraria del déspota” reafirmando que “Negar el carácter jurídico de un régimen despótico no es sino una ingenuidad o una presunción iusnaturalista”. Así lo expresa Kelsen, de un modo sorprendente y contrario a la inmensa cantidad de autores, que sostienen que el Estado de Derecho es una categoría jurídica, contraria al Estado autoritario.

V.- El Aporte de la Cultura jurídica al Estado de Derecho

Introducción:

Lo que ahora conocemos como Estado de Derecho, es decir, el Estado que proclama la libertad humana como valor esencial, fundamentado en el principio de legalidad, respetuoso de los derechos fundamentales y en el marco de la división de poderes, que en mi opinión es el núcleo conceptual, para definir esta forma de Estado, no se origina ni en fecha única ni en lugar único; ni es un hecho espontáneo o el producto de un decreto. Es un proceso histórico, es un logro humano, más allá de las abstracciones y construcciones teóricas.

Se tuvo especialmente en el derecho anglosajón, la idea de que el rey o el monarca, (primeras referencias con valoraciones políticas) deben respetar y reconocer algunos derechos de los súbditos; hay algo que está en su calidad humana que debe ser resguardado y protegido. La Carta Magna del Rey Juan, (apodado Juan sin tierra), otorgada en 1215, probablemente sea el documento que expresa inicialmente la necesidad de establecer documentalmente una suerte de compromisos entre el Estado y el súbdito, término este, usado durante

parte de Edad Media que corresponde al segundo milenio y durante el período del Estado Nacional Absolutista, que se inicia, en el Siglo XVI. *

Tanto el sistema de derechos estamentales (edad media) y de los “derechos reconocidos” u “otorgados” en el período absolutista, de algún modo, ciertos derechos se proclamaron y reconocieron como garantías ciudadanas a cargo del Estado.

1.- Inglaterra:

Uno de los documentos que se cita como principio del cambio en las concepciones jurídico sociales y de los estatutos de los derechos del hombre, es la Magna Carta Libertatum (**concedida por “Juan Sin Tierra”, a sus barones, en Runnymede, junto a Windsor, Inglaterra en 1215**), considerada como el primer documento que afirma algunos derechos públicos de los ciudadanos británicos. El carácter genérico de sus términos permitió a las generaciones posteriores encontrar en sus artículos principios de alcance mucho más vastos que el simple reconocimiento solemne de los propios privilegios antiguos impuesto por sus signatarios al reacio monarca.

En el siglo XVII, durante el período de los Estuardo, se desarrolla una serie de eventos protagonizados por la Corona y el Parlamento, que traen como consecuencia la proclama de algunas (concesiones) derechos a favor de los (súbditos) ciudadanos. “La Petición de Derechos (petition of rights) de 1623, presentada por el Parlamento y acogida, después de muchas resistencias, por Carlos I: en la cual se reafirman las limitaciones tradicionales impuestas a la autoridad



real, impidiendo, al mismo tiempo, al rey mantener un ejército sustraído al control parlamentario, negándole la posibilidad de alojarse coactivamente en las casas de los particulares e imponiéndole una disciplina especial; ***

“La ley relativa al “Habeas Corpus”, emanada en forma definitiva en 1679, bajo Carlos II, con la cual se impedía toda detención arbitraria, (Garantía de la vida, la integridad física y moral) autorizando al mismo arrestado (o a su representante) para requerir al juez competente la expedición de un decreto mandando el traslado a juicio del imputado dentro de un término máximo de veinte días (dirigido a sus guardianes, que están obligados a plegarse bajo amenazas de graves sanciones). Procedimiento en claro contraste con el vigente entonces en Francia, las llamadas “lettres de cachet”: órdenes de encarcelación”. ***

“Y, en fin, la Declaración de Derechos (Bill of Rights) formulada en 1689 por la Cámara y sancionada, luego por Guillermo y María de Orange, asumiendo la Corona Británica. En tal documento, después de haber enumerado todos los actos arbitrarios de Jacobo II, se reafirmaba también el soberano estaba sometido a las leyes fundamentales del reino y que precisamente, para asegurar, concretamente, tal principio del Parlamento votaría sólo año tras año los impuestos solicitados por el Gobierno real.-

Todo esto refleja un intento de arrancar al rey algunas concesiones, que operan como regulaciones contractuales o legales a favor de los barones o burgueses ingleses, con un mismo carácter que los derechos actuales pero no tuvieron

el sentido de derechos fundamentales. Con algunos agregados en la época contemporánea como la ley del parlamento y otros, estos documentos conforman el derecho constitucional inglés, aunque formalmente no exista Constitución en virtud de la naturaleza consuetudinaria de su derecho.”

2.- Francia:

La conocidísima Declaración francesa de 1789 fue, promulgada teniendo presente las norteamericanas, poco anteriores; pero es indudable que fue resultado directo del movimiento filosófico-político determinado por el iusnaturalismo europeo (que ya había actuado, por otro lado, sobre los mismos constituyentes estadounidenses). Sus 17 artículos, (de la Declaración) que sirvieron casi de preámbulo a la Constitución monárquica de 1791, afirmaron, en efecto, los derechos naturales “del hombre y del ciudadano”, con fórmulas de valor absoluto y universal (si bien, en la realidad concreta, fueron elaborados con la mira específica de asegurar para el futuro las conquistas realizadas por las clases burguesas con la revolución victoriosa, tutelando el nuevo orden social contra ulteriores movimientos subversivos). El derecho de propiedad y el de libertad eran la base del programa revolucionario. Ambos constituyen la base para destruir el sistema absolutista y la reivindicación de los derechos individuales.

Con la **Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre, se pone fin a los gobiernos absolutistas y se instauran los regímenes liberales; de una sociedad estamental se pasa a una sociedad clasista, la burguesía;** después vendrá el Estado Burgués de Derecho,

expresión racionalizada de la clase social triunfante. En la Constitución de 1958 se reconoce e incorpora como norma constitucional esta Declaración, además del preámbulo de la Constitución de 1946. Francia, lo mismo que los otros Estados constitucionales del siglo XIX crea, da vida y protege la nueva concepción del hombre que resulta del rescate de la libertad del hombre frente al poder, tal ser humano es un “individuo calculador, egoísta, en definitiva la imagen teórica del burgués”.

Este es el desarrollo histórico abreviado que nos expone Carl Smith, en su Teoría de la Constitución, afirmando que el desarrollo histórico de los que él llama derechos fundamentales, comienza con la Magna Carta del Rey Juan, en 1215 y que culmina con la Constitución alemana de Weimar en 1919 y que los más importantes de tales derechos son: libertad, propiedad privada, seguridad, derecho de resistencia y libertades de conciencia y religión. Sobre esto quizá lo más valioso en aporte que tiene Smith es que: “un derecho es fundamental, cuando existe por sí, sin requerir leyes ulteriores que lo confirmen y/o desarrollen, tal es el caso de la libertad; la otra idea es que en esta materia, la esfera de las libertades del individuo, son ilimitadas en principio y que las facultades del estado son limitadas en principio.



3.- Alemania:

“Tiene el privilegio de haber utilizado el término de derechos fundamentales en la Constitución de 1849 y señaló la libertad de residencia, de cultos, de reunión y asociación y otros, sin embargo, dice Carl Schmitt, la Asamblea Nacional de Francfort de 1851 la declaró nula; La Constitución prusiana de 1850, validó algunos de estos derechos, hasta desaparecer en la Constitución de Bismarck de 1871.

La Constitución de Weimar de 1919, rescata el principio de los derechos y deberes fundamentales, que sentarían las bases para el Estado Social que no sería capitalista burgués, ni socialista bolchevista. Al respecto dice Smend, que si esto “significa o implica un sistema político de corte burgués, o por el contrario de corte socialista, o si se trata de un mosaico de los más variados colores políticos.”

4.- Estados Unidos de América:

En Virginia, se proclama una Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano (1776), le sigue la de Pennsylvania en ese mismo año. La Constitución federal de 1787 no contenía declaración de derechos fundamentales; **pero las precedentes declaraciones aseguran los derechos de libertad, propiedad privada, seguridad, derechos de resistencia, etc., y posteriormente las enmiendas constitucionales, fundadas en el particular acento republicano y presidencial y el desarrollo de los partidos políticos configuraron una nación que ha privilegiado el respeto de los derechos fundamentales, especialmente la propiedad, que ha**



marcado un significado propio a la libertad del ciudadano norteamericano que se ha desarrollado en un marco jurídico político en términos económicos individualistas.

5.- Unión Soviética:

La extinta Unión Soviética, por medio del Congreso panruso de los Soviets, proclamó que la declaración de los derechos burgueses, no son más que medios de la dominación capitalista especialmente para favorecer la propiedad privada, que luego fue abolida por ellos, quedando separada la iglesia del Estado y la escuela de la iglesia a quienes se les reconoce la libertad de propaganda religiosa y antirreligiosa.

“Es importante destacar la posición socialista que representa la interpretación materialista de la historia y con ello el escepticismo en relación a las libertades burguesas que solo favorecieron un segmento de la población y que configuran de acuerdo a esa misma idea, de que el estado y el derecho son instrumento de dominación que la burguesía utiliza en contra del proletariado. Históricamente se ha demostrado que el desarrollo del estado burgués de derecho, la interpretación y ejecución abusiva del liberalismo y su expresión económica, el capitalismo, hicieron durante la primera mitad del siglo XIX. La historia tiene muchos testimonios de estos hechos. Por otra parte la teoría del derecho subjetivo público, que había sido necesaria para explicar el tránsito del derecho natural al derecho positivo, resultó insuficiente para dar respuesta convincente a las necesidades reales de la sociedad. Esto se orienta a otra etapa.

VI.- Estado Social de Derecho

1.-Evolución del Estado Social

Introducción.

El pensamiento social de la Edad Moderna, ha tenido muchos exponentes que han abordado la problemática social desde distintos ángulos y sus aportes han determinado mucho en las soluciones que el constitucionalismo contemporáneo incorpora en los instrumentos constitucionales, como una forma de encarar los desafíos que los sistemas políticos enfrentan a partir de la desaparición del estado absolutista (Ansién régimen) Después del triunfo de las revoluciones liberales una nueva clase social asume el poder y la conducción del Estado, proclamando la libertad como el presupuesto indispensable para el desarrollo del nuevo estado, dejando para la posteridad la primera carta de derechos fundamentales, sustentados en ese esencial principio de la libertad, eje alrededor del cual giran todos los derechos que suponen al hombre como principio y fin de la actividad del Estado, como acertadamente lo reconoce la Constitución de El Salvador

El don de la libertad, sirvió y sirve para reconocer que el hombre posee una serie de derechos que le son propios por su propia naturaleza y dignidad y que al realizarse el pacto social, el Estado se obliga a proteger y a respetar: la vida, la libertad, la propiedad, el honor, el domicilio, la asociación, el libre tránsito, y otros, son reconocidos por el estado, que se compromete a no entorpecer el ejercicio legítimo de los mismos, limitándose a vigilar que al ejercerlos, el ciudadano, no perjudicará los mismos



derechos de los, otros, con el propósito de lograr el necesario equilibrio que se requiere para salvaguardar otro de los valores propios del régimen de libertades como es la paz.

Con mucha precisión, Carl Schmitt, afirma que tales derechos corresponden a la amplia esfera de libertad de los individuos y que “esa esfera de libertad es ilimitada en principio y que el Estado tiene sobre ellos una injerencia limitada en principio, mensurable y controlable”:

Principio de Distribución.

“El iusnaturalismo es la doctrina según la cual existen leyes que no han sido puestas por la voluntad humana y en cuanto tales son anteriores a cualquier grupo social, reconocibles mediante la búsqueda racional de las que derivan como toda ley moral o jurídica, derechos y deberes que son, por el hecho de derivar de una ley natural derechos y deberes naturales”.

“El Estado liberal es justificado como el acuerdo entre individuos en principio libres que conviene establecer vínculos estrictamente necesarios para una convivencia duradera y pacífica. La libertad, se concibe ilimitada en principio, y sólo el acuerdo de hombres libres es el que permite su limitación, mediante el contrato social, tanto para su reconocimiento como para su limitación, para que la convivencia, sea posible”, esta idea es contrario a toda concepción organicista de que primero es la sociedad o el todo y que las partes deben estar subordinadas a aquel.

Los presupuestos anteriormente descritos y que se han desarrollado

ampliamente, en párrafos, anteriores, identifican una de las facetas del Estado de Derecho, que como todas las soluciones políticas, son soluciones temporales, parciales y controvertibles, de tal modo que principios y doctrina tan importante, poco a poco fueron siendo usurpados por los nuevos detentadores del poder, hasta convertirla en una fórmula que favorecía únicamente los intereses económicos de minorías, y que les permitió maquillar un régimen económico y político, tan nefasto como el que se había derribado (el absolutismo).

2.- IMPACTO DEL LIBERALISMO EN LA SOCIEDAD

El signo del liberalismo se propaga por toda Europa. Es la doctrina del progreso en todos sus órdenes; progreso indivisible e irreversible. En lo técnico, en lo moral, en lo económico, en todo. La burguesía, la adopta como filosofía propia, bajo el principio de que el Estado, no debe intervenir, especialmente, en las relaciones económicas, Pero en el siglo XIX, empieza el liberalismo, a mostrar las fisuras que la excesiva defensa de la propiedad privada, necesariamente tendrían que producir en las relaciones sociales, especialmente en las diferencias marcadas que se daban entre burguesía y proletariado, entre patronos y trabajadores. Según Benjamín Constan, el liberalismo es uno: El económico, que se opone al intervencionismo y descansa sobre los principios de riqueza y propiedad; el liberalismo político, que se opone al despotismo; el liberalismo intelectual, caracterizado por la tolerancia y la conciliación;

“El liberalismo tiene un socio: El capitalismo, que se había manifestado



anteriormente, pero su versión más próxima es el capitalismo mercantilista, previo a las revoluciones liberales, era un capitalismo dependiente del estado, bajo los controles de éste que propugnaba por el enriquecimiento del ente político como punto de partida para el enriquecimiento de los individuos, para lo cual eran necesarios los controles del Estado, que terminan con la aparición del liberalismo que se sustenta en el principio de *Laissez Faire, Laissez Passer*.”

“El capitalismo lleva a la economía a fuente del poder político y social. Es, pues, una categoría fundamentalmente económica que se convierte en fuente de poder, y que en cierto momento llega a constituir la única fuente auténtica de poder la medida del éxito y del prestigio social y el instrumento para el ejercicio del poder político y social”

El capitalismo no es la mera apropiación de los instrumentos de producción y de los bienes de consumo, sino el proemio de la economía privada o pública en los asuntos comunitarios y políticos. Hay capitalismo privado, capitalismo de Estado y capitalismo comunitario...”

3.-Los movimientos sociales

Las clases trabajadoras, impulsadas por las doctrinas socialistas que empiezan a difundirse, doctrinas que van desde los planteamientos moderados hasta el socialismo marxista que proclama la lucha de clases como el motor de la historia y la necesidad de que el poder del estado es controlado por la clase social que triunfa en esa lucha, siendo el control

la única forma en que el proletariado, tendría el mínimo de satisfacciones, que la burguesía le había negado.

Según Löewenstein, “las clases laborales atacaron al liberalismo por dos frentes: El proletariado industrial luchó –finalmente con éxito- por la igualdad de los derechos políticos al alcanzar el sufragio igualitario, considerado como el medio para satisfacer su legítima aspiración de participar en el proceso político... Por otro lado –y este es el mérito duradero del marxismo- las masas sometidas social y económicamente no se contentaron con la mera teoría de la libertad y de la igualdad ofrecidas por las constituciones burguesas y por el catálogo de los derechos fundamentales”.

“Para las masas estas garantías no eran más que abstracciones sin valor porque en realidad las clases plutocráticas dominaban el proceso del poder. Las vacías fórmulas de libertad e igualdad, debían ser rellenas con el contenido material de unos servicios públicos que garantizasen a las clases bajas un mínimo de seguridad económica y justicia social... Las masas trabajadoras del orden social capitalista, sometidas a las fluctuaciones de las coyunturas ocasionadas por un sistema de demanda y oferta con sus inevitables crisis, exigieron la seguridad económica, para poder usar eficazmente sus derechos políticos.

“Los económicamente débiles exigieron protección contra los económicamente poderosos; necesitaban servicios públicos y medidas legislativas político sociales para protegerse del hambre y de la miseria, de la enfermedad y de la incapacidad para el trabajo por la edad.



El azote del paro laboral tenía que ser eliminado. A esto hay que añadir que los grupos pluralista organizados –sindicatos y asociaciones profesionales– habían exigidos ser reconocidos como partes en el proceso económico; esto es particularmente significativo si se toma en cuenta que estos grupos pluralistas habían sido desconocidos por la teoría liberal, que consecuentemente, no les había asignado ningún lugar en su esquema racional del proceso del poder”.

VII.-El Estado Social y Democrático de Derecho

Introducción

Las Constituciones europeas y algunas Constituciones latinoamericanas, adoptan esa denominación; otras, aunque no lo definan expresamente, del contexto de sus disposiciones, se puede advertir esa tendencia. La Constitución de El Salvador, no hace esa distinción y lo que hace es calificar al gobierno y no al Estado, diciendo de éste, que es un gobierno democrático, republicano y representativo, evidenciando la identidad entre Estado y Gobierno, es decir confundiendo el Estado con uno de sus elementos, un error conceptual que ha sido señalado por varios autores, entre ellos George Jellineck.

Las Constituciones, si no definen en una sola norma tal carácter como lo hace la Constitución española, lo hacen mediante normas diversas pero que se orientan a la conformación de esta clase de Estado, tal como lo veremos en el desarrollo de este capítulo. Es importante la definición, pero lo es más, si en el contexto de sus disposiciones aparecen los signos característicos de esta forma de estado y

especialmente si el poder, está sometido a un control que legitime su ejercicio y si su origen está en la voluntad popular.

1-) Origen y conceptualización

Lo que las Constituciones quieren decir con estas tres características podemos sintetizarlo así: El Estado es de derecho, cuando reconoce y practica el principio de legalidad, la división de poderes y el respeto a los derechos fundamentales; el carácter democrático, viene de la participación de los ciudadanos en condiciones de universalidad, igualdad y libertad en la elección de sus representantes y la posibilidad de ser también electos como tales y su carácter social viene dado por el hecho que hay un reconocimiento del ser social del hombre.

La primera vez que se utilizó la expresión “Estado democrático y social” fue durante la revolución de París de 1848. Las demandas del reconocimiento del derecho al trabajo planteadas por los socialistas, encabezados por Louis Blanc y secundadas por el constitucionalista Cormenin, encontraron una fuerte resistencia en los argumentos de Tocqueville y de Thiers. En el proceso de acuerdos previos a la elaboración de un nuevo texto constitucional, los socialistas y los conservadores acordaron impulsar un modelo de “Estado democrático y social”, como resultado del cual fue aprobada la Constitución presidencialista de ese año.

En el Estado social y democrático de Derecho se incluyen la tutela del individuo y de sus derechos de participación política y las relaciones de clase, instituyendo mecanismos de distribución de riqueza

a través del salario, del ejercicio de derechos colectivos y de un conjunto de prestaciones que atienden al bienestar.

Lo característico de esta forma de Estado es la vinculación entre los contenidos sociales y los concernientes al pluralismo. La participación ciudadana es indispensable, tanto para ampliar los derechos que corresponden al cuerpo social, cuanto para ejercer un efectivo control vertical sobre los órganos del poder. Un Estado que prescinde del pluralismo tiende aceleradamente al paternalismo, y de ahí a la adopción de formas dogmáticas de ejercicio de la autoridad.

El jurista chileno, Francisco Zúñiga Urbina, en un excelente trabajo suyo, afirma que *“El Estado Social y Democrático de Derecho tiene una genealogía específica: es pergeñado por juristas de formación socialista en el período de entreguerras (H. Heller, L.*

Jiménez de Asúa, L. Duguit) y por los constituyentes de Querétaro en México en 1917 y de Weimar en 1919, no sin un fuerte nominalismo. Mirkin Guetzevitch situó en el período de entreguerras el tránsito del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social, que en una obra de 1928 explicaba en clave de “nuevas tendencias”: poder ejecutivo fuerte y racionalización, soberanía popular, gobierno parlamentario racionalizado, federalismo racionalizado, recomposición de la Cámara Alta, sufragio universal y sistema de partidos, referéndum e iniciativa popular, legislación provisional, Jurisdicción Constitucional, derechos sociales, entre otras. La racionalización del poder es idéntica “al principio de la democracia, al principio del Estado de Derecho” y al tránsito de la libertad individual a la libertad social.

“En este orden de ideas, los derechos humanos y fundamentales, no pueden ser concebidos sólo como derechos de



negación, sino también como derechos de participación (derechos políticos) y de prestación (derechos económicos, sociales y culturales), en que su eje ya no es el hombre abstracto, aislado (monada) del liberalismo, sino el hombre concreto con sus carencias y potencias, que en cuanto miembro de la comunidad política obtiene del Estado, un conjunto de bienes y servicios públicos y comunitarios mínimos, que bajo la denominación de “derechos sociales”, dan cuenta de un Estado y sociedad y economía distintas a las del siglo XIX. De este modo, en la sociedad organizacional propia del capitalismo tardío (J. Habermas), ya no es sólo el Estado el agente por excelencia de lesión de los derechos subjetivos públicos, sino también los entes privados, como las mega corporaciones, frente a la cual el Estado democrático está llamado a otorgar tutela, especialmente en el plano judicial y cobertura efectiva en el plano de los bienes y servicios a las necesidades vitales del individuo”.

2.-) *El Estado Social y Democrático en el derecho comparado.*

Dado que nuestro desarrollo constitucional, es todavía incipiente, lo que se demuestra en nuestro texto constitucional, en las relaciones de poder, en la división de poderes y otras instituciones, debe aceptarse que no se ha alcanzado el grado de evolución suficiente como para ser merecedores de aplicar en esta categoría de Estado. No se trata de hacer una crítica destructiva y despiadada de lo que somos y de lo que hemos logrado; quizá lo más importante es trazar una línea de objetividad y anotar aquellas cosas que pueden considerarse como avances, como estancamientos y retrocesos, con el propósito de que

un estudio se mantenga en el mínimo de objetividad requerido, para evitar las adelantadas suspicacias que pueda generar; sin embargo ese cuidado no debe ser motivo para dejar de formular los señalamientos a las prácticas institucionales en que se ha incurrido.

Explicación analítica del Concepto

“Así el postulado del Estado de Derecho, se despliega en ciertos preceptos o conjuntos de preceptos que establecen la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y que garantizan los principios configuradores del Estado de Derecho (principio de legalidad, jerarquía normativa, etc.). Se establece y garantiza un sistema de derechos fundamentales y libertades públicas que constituyen simultáneamente a unos derechos públicos subjetivos, la línea que delimita la *Grundkompetenz* del Estado frente a la libre esfera de acción de la sociedad, de los grupos de los individuos, es decir, la línea que delimita el ámbito del poder del Estado y, con ello, determina los confines dentro de los cuales puede actuar la organización y atribución de competencias específicas en el seno del Estado, bien entendido que tanto la enumeración de los derechos fundamentales como la delimitación de la competencia básica del Estado son componentes necesarios del Estado de Derecho; se establecen distintos tipos de reserva de ley y se configura al Estado de autonomías en las líneas del Estado de Derecho.”

“Pero, sin duda, lo más importante en este respecto es la sumisión de los órganos constitucionales y en general de los poderes públicos a una jurisdicción



constitucional, con lo cual el Estado español no es solamente un Estado legal de Derecho, sino también y esencialmente un Estado constitucional de Derecho, no es solamente el Estado de Derecho administrativo bien ordenado, sino el Estado del Derecho constitucionalmente bien ordenado.”

“*El postulado democrático*, por su parte, genera un conjunto de normas constitucionales, entre las que podemos considerar como mar relevantes el principio de la soberanía nacional y el del pluralismo político; el derecho a la igualdad ante la ley, así como el de igual acceso a la representatividad y a los cargos públicos; la constitucionalización de los partidos políticos -pues sabido es que en nuestro tiempo todo Estado democrático es un Estado de partidos- así como de las organizaciones sindicales y empresariales, pues también el Estado democrático de nuestra época se caracteriza por ser un *Verbondertaat*, un Estado en cuyas decisiones toman parte las organizaciones sociales afectadas.

“*Pasemos ahora al postulado del Estado social*. Este tipo de Estado se caracteriza por varias notas, entre las que destacamos las siguientes: i) por la superación de las posibles contradicciones entre la titularidad formal de unos derechos públicos subjetivos y su ejercicio efectivo; ii) por la prosecución de la procura existencial, es decir, por la acción estatal destinada a crear las condiciones para la satisfacción de aquellas necesidades vitales que, en las complejas condiciones de la sociedad de nuestro tiempo,

no pueden ser satisfechas ni por los individuos ni por los grupos; iii) por la concepción del status de ciudadanía no sólo como una común participación en valores y en derechos políticos, sino también en los bienes económicos y culturales, y, consecuentemente, iv) por ser un Estado de prestaciones, de modo que a los preceptos constitucionales que limitan su actividad añade otros que le fijan objetivos.

No se trata de la figura hobbessiana, de que es el hombre individual el que cuenta y que la sociedad es el resultado necesario del egoísmo, del cálculo, de la necesidad de seguridad y que no hay una base racional de obediencia y respeto a la autoridad; al contrario, el carácter social del Estado contemporáneo, es el que nace del compromiso de todos para lograr la convivencia, en el sentido que lo propone John Locke, es decir de que los poderes sociales surgen de los poderes individuales que cada hombre, entrega para la formación del poder común necesario para la convivencia.

En esta dimensión y con la evolución que el constitucionalismo adquiere a partir de la primera forma de Estado constitucional, como Estado Liberal de Derecho, y las adaptaciones que se han venido dando, es que se llega a considerar el Estado de Derecho como Social y además Democrático; esto es la esencia del estado contemporáneo y el que debe sugerirse, plantearse, reclamarse, en los momentos que un país como El Salvador, requiere en este momento.

