

Estado de Derecho: significado, principios y tensiones

Alonso Rodríguez Moreno*

RESUMEN: En este ensayo nos proponemos definir (en sentido amplio) qué es el Estado de Derecho —y cuáles son los principios orgánicos más importantes que se derivan de él— (I), sus elementos constitutivos (II) y las tensiones o paradojas que han señalado algunos de sus teóricos más importantes (III). A fin de lograr satisfactoriamente el objetivo que nos hemos fijado, acudiremos a algunas de las obras clásicas sobre este tema. La intención de este breve trabajo nos es otra que hacer comprender de manera sencilla el significado de un término que está en boca de todos (juristas, filósofos, abogados) pero que muy pocos saben bien a bien cuál es su contenido.

ABSTRACT: *In this paper we propose to identify (broadly) what is the rule of law—and what are the most important organizing principles derived from them— (I), its constituent elements (II) and the tensions or paradoxes that have marked some of its most important theoretical (III). In order to successfully achieve the goal we have set, we will turn to some of the classics on this subject. The intent of this short paper is simply to make it easy to understand the meaning of a term that is on everyone's lips (lawyers, philosophers, political scientists) but very few know their content.*

SUMARIO: Introducción. I. Sobre el Estado de Derecho. 1. Breve desarrollo histórico. 2. ¿Qué es el Estado de Derecho? II. Principios del Estado de Derecho (distribución y organización). 1. El principio de distribución y los derechos fundamentales. 2. Principio de organización (la división de poderes). 3. La Constitución. III. Algunas tensiones o problemas del Estado de Derecho. IV. Conclusiones.

Introducción

En el primer apartado hablaremos someramente del origen de este concepto y las circunstancias históricas en el que se originó. Posteriormente, daremos una definición aproximativa de lo que significa Estado de Derecho y el lugar que ocupa en la Teoría de Estado.

En el segundo apartado expondremos los dos principios del Estado de Derecho: 1) El principio de *distribución* y 2) el principio de *organización*. El primero nos dará pie a hablar sobre el concepto de libertad moderna y los derechos hu-

* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

manos. El segundo lo abordaremos desde la necesidad de todo Estado de Derecho de una Constitución y de la división de poderes.

Por último, señalaremos algunos cuestionamientos o ataques que actualmente se hacen al concepto de Estado de Derecho y analizaremos si es posible superarlos.

Dos advertencias. Primera: por “Estado” entendemos “*la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio*”. O para decirlo de manera aún más resumida: “*la corporación territorial dotada de un poder de mando originario*”. Ésta es una definición jurídica tomada del estudio clásico de Georg Jellinek *Teoría general del Estado*.¹ Por la extensión y objetivo de esta investigación nos será imposible analizar el fondo de esta definición, así que la tomaremos de manera acrítica, confiados en el prestigio, la importancia histórica y la influencia de su autor. Segunda: en este trabajo nos referiremos a Estado de Derecho *en sentido estricto*, es decir, el que hunde sus raíces en el pensamiento liberal burgués de los siglos XVIII y XIX. El Estado de Derecho entendido así es el que hoy en día se encuentra consagrado, con sus distintos matices, en las constituciones de la gran mayoría de los países democráticos.

I. Sobre el Estado de Derecho

Sería un despropósito intentar dar una definición en sentido estricto del Estado de Derecho. Primero, tendríamos que definir “Estado”, cosa por lo demás imposible, y luego, tendríamos que definir “Derecho”, nudo gordiano que ni el propio Alejandro Magno podría cortar con su potente espada. Así que más que una definición, intentaremos aproximarnos al significado de este concepto y sus presupuestos. Primero expondremos las causas históricas que dieron paso a la formulación de este concepto, para después hablar de su significado y de algunos de los principios orgánicos que se derivan de él.

1. Breve desarrollo histórico

Históricamente, sólo fue posible hablar de Estado de Derecho cuando se consideró que la libertad personal era el fundamento de cualquier comunidad política. Desde el siglo XVI, la libertad se comenzó a considerar como una facultad subjetiva de hacer todo aquello que no estuviese prohibido por la ley natural.² Así considerado, el libre arbitrio representaba el primero de los derechos;³ en él se basaban todos los demás. Los hombres libres pactaban la creación de un poder político, por lo que la soberanía de dicho poder era derivada y tenía un

¹ Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*. Trad. de Fernando de los Ríos. México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 196.

² Para una visión en conjunto del cambio en el concepto libertad a partir de la edad moderna, *vid.* Francisco Carpintero, *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Madrid, Ediciones Encuentro, 2008.

³ *Vid.* Francisco Carpintero *et al.*, *El derecho subjetivo en su historia*. Cádiz, Universidad de Cádiz, 2003, especialmente el ensayo del autor principal, que versa sobre el derecho subjetivo en la Edad Media y Moderna.

único fin: el bien de los ciudadanos. El poder del gobernante se debía limitar, pues, a la protección de sus gobernados, quienes le habían comisionado tal mandato y le habían investido de una particular soberanía únicamente para ello. Ésta fue la posición (como es lógico, con sus bemoles) de algunos de los integrantes de la llamada Segunda Escolástica Española⁴ y de casi todos los autores que conforman la Escuela de Derecho Natural Racionalista⁵ (Grocio, Pufendorf, Wolff y Locke, por mencionar sólo algunos),⁶ cuyo origen se encuentra, según algunos teóricos, en Hugo Grocio y, según otros, en Fernando Vázquez de Menchaca.⁷ También los monarcómacos, es decir, aquellos que se oponían al poder despótico de los reyes, suscribían este modo de concebir el origen y finalidad del poder. Pensemos, por ejemplo, en Altusio.⁸

Es a partir de una visión de la libertad como el más originario de todos los derechos y como el fundamento de cualquier ley o autoridad que se puede hablar del *principio de distribución*.⁹ El contenido de este principio reza: el individuo tiene una libertad despótica, irrestricta (*potentia*), mientras que el Estado ha sido facultado con un poder limitado (*potestas*) por la ley. Dicho principio es uno de los dos torales del Estado de Derecho, el otro es el de *organización*, del que ya tendremos oportunidad de hablar.

Junto con el derecho a la *libertad*, el otro que también se consideró universal y originario, ya que se desprendía naturalmente del primero, era el de *igualdad*. Estos dos derechos fueron los que se calificaron como “fundamentales”, es decir, que pertenecen a todo hombre por el simple hecho de serlo. Tendremos que esperar hasta Locke para incluir la *propiedad privada*¹⁰ en el catálogo de los derechos humanos básicos.

Para poder explicar la génesis de la sociedad civil y del poder político, la mayoría de los teóricos iusracionalistas acudieron al concepto de “estado de naturaleza”, el cual hace referencia a una etapa de la humanidad (que ya fue superada) en la que ningún hombre estaba sometido a otro, cada cual ejercía su libertad sin restricción alguna y todos eran iguales entre sí. Salvo contados autores que la consideraron como una etapa histórica que realmente existió (como Grocio,¹¹ por ejemplo), el “estado de naturaleza” representó en la Escuela racionalista una licencia teórica, una forma “mítica” de fundar la sociedad y justificar los límites del poder político. Una forma mítica, sí, pero desde la que se desprendían una serie de consecuencias reales.

En este estado primigenio no había otra ley que no fuera la de la naturaleza. El contenido de esta ley eran los principios que el hombre puede conocer inmediatamente por su razón. Sin embargo, como tales principios son pocos y gené-

⁴ Para un resumen de las posturas filosófico-jurídicas de los pensadores que conformaron la Segunda Escolástica Española, *vid.* Gregorio Peces Barba *et al.*, *Historia de los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad, siglos XVI y XVII*. Madrid, Dykinson, 1999, t. I, cap. V.

⁵ Para una explicación de la filosofía de los límites del poder en los siglos XVI y XVII, *vid.* G. Peces Barba *et al.*, *op. cit.*, *supra*, nota 4, t. I, cap. III.

⁶ *Vid.* F. Carpintero, *op. cit.*, *supra*, nota 2, pp. 149-222.

⁷ Por ejemplo, Alfred Verdross, *La filosofía del derecho del mundo occidental*. 2a. ed. Trad. de Mario de la Cueva. México, UNAM, 1983, pp. 171 y ss.

⁸ *Vid.* José Luis Soberanes Fernández, *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*. México, UNAM, 2009, pp. 81 y ss.

⁹ G. Peces Barba *et al.*, *op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 65.

¹⁰ *Vid.* J. L. Soberanes Fernández, *op. cit.*, *supra*, nota 8, pp. 128-129.

¹¹ *Vid. ibid.*, pp. 101 y 102.

ricos, no eran suficientes para resolver los conflictos que se presentaban entre los hombres. Comenzaron los conflictos: cada individuo pensaba que sus pretensiones estaban justificadas, ya que provenían de su primer derecho: la libertad. Es común la tendencia al pesimismo antropológico entre los iusnaturalistas racionalistas, aquel *dictum* que se atribuye a Hobbes, pero cuya historia es mucho más antigua: *homo homini lupus* (“el hombre es el lobo del hombre”), es moneda corriente en sus construcciones teóricas.

Para evitar una guerra generalizada (la famosa “guerra de todos contra todos” de Hobbes) el hombre debió llegar a un acuerdo: cediendo parte de su libertad natural, constituyó un poder central y soberano que se dedicaría a administrar la justicia y a castigar al que rompiera con el orden establecido o, dicho en una palabra: conservar en lo posible y hacer compatibles los distintos derechos subjetivos de los ciudadanos. Este pacto fue llamado por los teóricos iusnaturalistas *contrato social*.¹² Ahora bien, para lograr esta administración de la justicia es necesario conceder un poder realmente grande al que gobierna. Y si bien es verdad que el poder soberano pertenece a los gobernados, pues llegado el caso podrían deponer a un príncipe que se ha convertido en tirano, su ejercicio sólo se da en conjunto, por lo que el ciudadano individual realmente tiene poco poder. En cambio, el gobernante tiene todo el poder a su disposición en su individualidad, pese a que tal poder es derivado. Esta desproporción y el continuo riesgo de que el gobernante se trocara en déspota fueron los motivos que hicieron que los teóricos del derecho y la política construyeran sistemas que regularan las relaciones entre el poder soberano y los gobernados. Así, ya en el siglo XVIII, se elevaron a rango de derechos fundamentales (esto es, anteriores al Estado, indisponibles, universales, imprescriptibles, inembargables) la libertad, la igualdad y la propiedad. Y, para resaltar su valor fundacional de cualquier sociedad política, se los consagró en las distintas constituciones. Además, se teorizó ya no sólo sobre los límites del poder del soberano, sino que también se crearon candados estructurales, como la división de poderes, para lograr pesos y contrapesos que obligaran al gobernante a utilizar su soberanía en favor de la población exclusivamente. Todo esto dio paso al moderno Estado de Derecho, en el que, precisamente, lo que se busca es despolitizar el poder del Estado, es decir, despersonificarlo y reducir al mínimo las decisiones discrecionales de los órganos administrativos, a través de su subsunción en el Derecho. Es más: el Estado tiene que llegar a identificarse con el orden jurídico o, dicho de manera más radical, *ser el orden jurídico*. De considerar que una persona sola es el Estado (*L'État, c'est moi*, “El Estado soy yo”, decía Luis XIV, y Luis XVI afirmaba: “es legal porque yo lo quiero”), se pasa a concebir el Estado como una *corporación constituida por un pueblo, un poder de mando originario (gobierno) y un territorio específico*. Sumado a lo anterior, este poder de mando originario no puede quedar al arbitrio de un solo individuo, sino que tiene que ser un poder compartido, contrapesado y regulado exhaustivamente por el Derecho. Lo que debe imperar entonces no es la voluntad (caprichosa) de la persona que representa el gobierno; antes bien, las personas que hacen cabeza en cada uno de

¹² Para un excelente estudio de las teorías contractualistas, *vid.* Gregorio Peces-Barba *et al.*, *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XVIII*. Vol. II: *La filosofía de los derechos humanos*. Madrid, Dykinson, 2001, cap. VI.

los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) han de tener por única misión hacer que se cumpla la ley que los ciudadanos (a través de sus representantes) han sancionado.

Uno de los autores más importantes para configurar el moderno Estado de Derecho fue Jean-Jacques Rousseau. Partiendo de la afirmación de que todo hombre es libre e igual, el *Ciudadano de Ginebra* propone un sistema de gobierno que se base en las leyes y no en las personas. Inicialmente, el Hombre (en el estado de naturaleza) vivía en paz y tenía virtudes morales naturales, pero con el paso del tiempo, al igual que la estatua de Glauco —ese pescador boecio convertido en dios de los mares— que se deformó por el agua salina y el aire, al punto de ya no tener rostro, se ha corrompido. Esta corrupción trajo como consecuencia la desigualdad social, que, a diferencia de la desigualdad física o intelectual natural (de la cual Rousseau no deriva ningún derecho humano), “depende de una especie de convención y está establecida o cuando menos autorizada, por el consentimiento de los hombres”.¹³

Si la desigualdad social es voluntaria, la única forma de erradicarla es a través del imperio de la ley. La propuesta de un Estado de Derecho, donde exista la democracia y se respeten los derechos humanos, está contenida en la obra más conocida del ginebrino: *El contrato social*,¹⁴ también conocido como el *Manuscrito de Ginebra*. Los dos grandes problemas con los que esta obra se enfrentaba eran el Estado absoluto y despótico de los reyes franceses y el elitismo de la primera opinión pública (aristócrata, clerical), que era la que marcaba las directrices para el gobierno del pueblo. Es necesario acabar con estos dos pilares de la política injusta; es necesario reformar las estructuras económicas, jurídicas, sociales del viejo Estado para recuperar, aunque sea parcialmente, la libertad, la igualdad, la paz y la seguridad perdidas.

Tres son las tesis políticas fundamentales de Rousseau.¹⁵ Para acabar con el despotismo de los reyes es necesario separar el gobierno y la soberanía; el imperio de la ley es la única forma de acabar con las injusticias sociales; y la voluntad general (*volonté générale*) como base de la ley y del gobierno. Como se puede ver, en estas tres tesis se contienen los elementos fundamentales del Estado de Derecho. De la última, el de Ginebra derivará la necesidad de la forma de gobierno republicana y democrática. Si las leyes y no los hombres son los que tienen que gobernar a la nación, entonces ésta será un República, “único gobierno legítimo”.¹⁶ Todos han de estar sometidos, pues, a la ley, mas esto no los esclaviza sino que los libera porque favorece a todos. Le ley es una racionalización de la voluntad general.

¿Qué es la voluntad general para Rousseau? Antes que nada tenemos que advertir que hay un sentido formal y un sentido material de este concepto. En el primer sentido la *volonté générale* ha de entenderse como el carácter universal que ésta tiene desde el punto de vista subjetivo. Son las ideas de soberanía popular, opinión pública democrática o *genuina* o sufragio universal (en contra de

¹³ Jean-Jacques Rousseau, “Segundo discurso: sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres”, en su *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*. Trad. de A. Pintor Ramos. Madrid, Tecnos, 1987, p. 126.

¹⁴ *Del contrato social*. Trad. de Mauro Armijo. Madrid, Alianza Editorial, 1998.

¹⁵ Vid. G. Peces-Barba *et al.*, *op. cit.*, *supra*, nota 12, t. II, vol. II, p. 268.

¹⁶ J.-J. Rousseau, *op. cit.*, *supra*, nota 14, p. 62.

la *primera opinión*, es decir, la de las elites), las que definen la voluntad general en esta primera acepción. Frente al gobierno absoluto, la voluntad de todos identificada, en un plano ideal, con el consenso voluntario, o en un plano menos ideal, mediante la regla de las mayoría, es la que debe convertirse en ley e imperar.¹⁷

En su sentido material, la voluntad general está limitada o restringida.¹⁸ Ya no es el sufragio universal que se trasforma inmediatamente en ley; ahora la voluntad de la mayoría, para tener un valor político real, necesita encaminarse o guiarse por las premisas mismas de la democracia y de la ley: buscar el bien de la mayoría (en un sentido utilitario), respetar siempre los derechos humanos y tomar decisiones basadas en la racionalidad —entre otras. Así, la voluntad general ya no es la mera suma de voluntades que autorizan a tomar, por principio, cualquier decisión. En suma: por encima del conjunto de libertades se deben respetar las tres grandes exigencias ético-políticas de la modernidad ilustrada: los derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia. La voluntad general, para serlo realmente, jamás se podrá oponer a cualquiera de estas exigencias, antes bien, ha de fomentarlas y resguardarlas. Escuchemos a Rousseau: La voluntad general tiene como único fin “asegurar los bienes, la vida y la libertad de cada miembro mediante la protección de todos. [...] Así, la primera y más importante máxima de gobierno legítimo y popular, es decir, del que tiene por objeto el bien del pueblo, es la de guiarse en todo por la voluntad popular”.¹⁹ Ésta —entendida así— es infalible.²⁰

¿Qué es, pues, lo que justifica la existencia del Estado? La defensa de las libertades o derechos subjetivos. Y eso es tan cierto hoy como lo fue para los teóricos del iusnaturalismo. Uno de los filósofos políticos más importantes de nuestra época sigue dando una justificación del Estado en términos de derechos subjetivos: “Los derechos subjetivos sólo pueden ser puestos en vigor y sólo pueden ser hechos cumplir por organizaciones que tomen decisiones colectivamente vinculantes a la forma jurídica que están revestidas. Esta interna conexión del derecho con el poder político se refleja en las implicaciones que, en punto a derecho objetivo, tienen los derechos subjetivos”.²¹

Los hombres aisladamente no pueden ser los propios garantes de sus derechos, pues estaríamos frente a la ley del más fuerte: los débiles siempre sufrirían injusticias, de ahí la necesidad de instaurar un orden estatal “como poder de sanción, como poder de organización y como poder de ejecución porque los derechos han de imponerse, porque la comunidad jurídica necesita tanto de una fuerza estabilizadora de su identidad como de una administración organizada de justicia”.²²

¹⁷ G. Peces-Barba *et al.*, *op. cit.*, *supra*, nota 12, t. II, vol. II, p. 272.

¹⁸ *Vid. ibid.*, p. 279.

¹⁹ J.-J. Rousseau, *Discurso sobre la economía política*. Trad. de J. E. Candela. Madrid, Tecnos, 1985, pp. 13-14.

²⁰ *Vid. J.-J. Rousseau, op. cit.*, *supra*, nota 14, pp. 52-57.

²¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*. 5a. ed. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid, Trotta, 2008, p. 200.

²² *Ibid.*, p. 201.

2. ¿Qué es el Estado de Derecho?

El actual concepto de Estado de Derecho tiene, como hemos dicho, su fundamento en la libertad moderna. Las dos características de esta libertad son la *autonomía* y el *individualismo*.²³ La primera de ellas se refiere a la capacidad de todo hombre de autogobernarse, es decir, dirigir su vida como mejor le plazca, siempre y cuando no vulnere las libertades de los demás. En este sentido, la libertad ha de considerarse como una *facultad* o *derecho* subjetivo oponible a terceros —como ya lo dijimos. O dicho en un palabra: en lo que respecta a su ser (tanto su cuerpo como su psique), todo individuo es su propio señor o dueño. La segunda indica que el titular del libre arbitrio siempre es una persona considerada aisladamente, como una *esfera de libertad*.

Según la acepción laxa, cabe caracterizar al Estado de Derecho como todo “Estado que respete sin condiciones el derecho objetivo vigente y los derechos subjetivos que existan”.²⁴ Esto significa legitimar y eternizar el estado de cosas vigente y tener por más importante la conservación de los derechos bien adquiridos que la existencia del propio Estado. Hay, como se echa de ver, una primacía de la persona y sus derechos sobre la existencia misma del Estado. Consecuentemente, los derechos bien adquiridos de un estamento o de un ciudadano son capaces de detener cualquier acción política. La Edad Media, vista desde esta noción general de Estado de Derecho, es un auténtico estado de derechos subjetivos, “un —según Max Weber— entresijo de derechos bien adquiridos, en oposición al moderno Estado de Derecho, en el cual lo que prima es la ordenación de reglas abstractas, esto es: la ordenación jurídica objetiva”.²⁵

La acepción de Estado de Derecho en el sentido liberal burgués sólo puede definirse a través de contraposiciones.²⁶ La primera, el contraste con el Estado de fuerza: el Estado de Derecho liberal es principalmente un Estado de leyes, y por tanto, toda fuerza debe estar justificada en ellas. La segunda, la diferencia que existe entre el Estado de Derecho y el Estado de “policía, de bienestar, o cualquier otra clase de Estado que no se proponga exclusivamente el mantenimiento del orden jurídico”.²⁷ Por orden jurídico hemos de entender *aquel que está basado en la propiedad privada y en la libertad personal*. Y el Estado tiene como principal función ser el garante armado de dicho orden, paz y seguridad.

Carl Schmitt, uno de los teóricos políticos más importantes del siglo XX, sostiene que el Estado de Derecho liberal sólo puede recibir un sentido preciso cuando, además de los principios generales de libertad y de la defensa del Derecho para proteger aquélla, se establecen ciertos *criterios orgánicos*. El más fundamental de estos criterios es el principio de la división de poderes. Su origen se remonta a la política clásica inglesa —que tiene uno de sus máximos representante en Blackstone—, la cual atribuye el poder supremo al parlamento, conformado por ambas cámaras y el rey. Sin embargo, su teórico más potente fue

²³ Para un análisis filosófico de la libertad moderna, *vid.* Dudley Knowles, *Introducción a la filosofía política*. Trad. de Feliz de la Uz Pérez. México, Océano, 2009, pp. 86-102.

²⁴ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*. Trad. de Francisco Ayala. Madrid, Alianza Editorial, 2009, p. 141.

²⁵ *Wirtschaft und Gesellschaft*, p. 745. Citado en *ibid.*

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem.*

Montesquieu, quien ya concibe claramente tres poderes independientes, iguales entre sí, que se equilibran mutuamente y que mantienen, no obstante, puntos de contacto entre sí.²⁸ En la obra de Kant la división de poderes recibe una justificación teórica rotunda, pues en ella se concibe a cada uno de los poderes como personas morales, la cuales deben completarse mutuamente y subordinarse unas a otras.²⁹

Junto con la división de poderes existen otros criterios orgánicos que permiten delimitar la definición de Estado de Derecho liberal, y que veremos a continuación.

a) Sólo se podrá calificar de Estado de Derecho a aquel Estado en el que las injerencias en la libertad individual *estén justificadas en una ley*.³⁰ Esto significa que toda la administración de un Estado que pretenda ser de Derecho debe estar dominada por la *reserva* y la *preeminencia* de la ley. O dicho en palabras de Habermas:

El proceso de juridificación no ha de limitarse a las libertades subjetivas de acción de las personas privadas y a las libertades comunicativas de los ciudadanos. Tiene que *extenderse asimismo* a ese poder político (el gobierno del Estado) que el propio medio que es el derecho presupone ya y al que tanto la producción del derecho como la imposición del derecho deben su fáctica capacidad de vincular.³¹

A este principio le podemos llamar de legalidad de la administración o principio de organización; sólo un Estado en el que la maquinaria estatal esté pormenorizadamente controlada por las leyes y que, por tanto, toda intromisión de su poder en la esfera individual esté justificada de forma legal, puede llamarse, pues, de Derecho.

b) Únicamente se considerará Estado de Derecho a aquél cuya actividad quede comprendida en un sistema de competencias rigurosamente circunscritas. Este criterio se desprende de la división y distinción de poderes, la cual contiene el principio de la *mensurabilidad de todas las manifestaciones del Estado*. Así, el Estado sólo puede, por principio, hacer aquello que le permite la ley, mientras que el ciudadano puede, por principio, hacer todo lo que no le prohíba el orden jurídico vigente (*principio de distribución*). Para garantizar esto es necesario cumplir con las exigencias de *legalidad, competencia, controlabilidad y forma judicial*.

c) Por último, hablemos de una de las características orgánicas de mayor relevancia para el Estado de Derecho liberal: la *independencia judicial*.³² Ésta se refiere a la independencia para los pleitos de derecho privado y los asuntos penales. Y para garantizarla es necesario el control judicial de la administración. Dicho control permite que los órganos de la jurisdicción administrativa no sólo estén constituidos exclusivamente de burocracia profesional, sino que su estructura orgánica también provenga del seno de la sociedad.

²⁸ G. Jellinek, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 452.

²⁹ *Rechtslehre*, §§ 45, 48. Tomado de *idem*.

³⁰ C. Schmitt, *op. cit.*, *supra*, nota 24, p. 142.

³¹ J. Habermas, *op. cit.*, *supra*, nota 21, p. 199.

³² C. Schmitt, *op. cit.*, *supra*, nota 24, pp. 142-143.

Como se echa de ver, el ideal del Estado de Derecho liberal es la conformación judicial general de toda la vida del Estado a través de tres criterios orgánicos: *el principio de distribución, el principio de organización y la independencia judicial*.

Hemos hablado de algunas formas de Estado antitéticas respecto del Estado de Derecho. Hemos mencionado alguno de los criterios orgánicos más importantes que se derivan de este concepto. Ahora, intentemos aproximarnos a su justificación y a su significado.

El teórico más importante del Estado de Derecho en el siglo XX es Hans Kelsen. Su *Teoría pura del derecho* no tiene más intención que eliminar todas las ideologías políticas, las cuales —según nuestro autor—, al suponer que Estado y Derecho son cosas distintas, justifican la existencia de actos (estatales) que se encuentran por encima del orden jurídico y que se justifican por las voluntades de quienes toman la decisión. Pero dichos actos sólo pueden responder a intereses subjetivos, sean éstos de un grupo grande o reducido. Para la *teoría pura del derecho*, el Estado no está por encima del orden jurídico, sino que él mismo es parte constituyente de ese orden: “La teoría pura del derecho muestra que el Estado, en tanto ordenación de la conducta humana, sólo puede ser un orden coactivo y por consiguiente un orden jurídico, que por lo tanto todo Estado es, en sentido amplio, Estado de Derecho”.³³ ¿Y cómo define el jurista austriaco dicho concepto? “Estado de Derecho, según el uso tradicional de la palabra, significa *un orden coactivo solo relativamente centralizado que prevé ciertas garantías típicas para la juridicidad de los actos de aplicación del derecho para la libertad individual de los sujetos sometidos al derecho*”.³⁴

En esta definición se contienen todos los elementos que nosotros hemos venido mencionando: la existencia orden coactivo que regula los actos de aplicación del derecho (principio de organización), los cuales son realizados por la administración del Estado (principio de distribución), para el cuidado de la libertad individual de los ciudadanos (que es la que justifica la existencia del Estado de Derecho). La teoría pura del derecho busca la eliminación de cualquier decisión arbitraria por parte de la autoridad, la cual sólo existe para la producción, garantía y aplicación del orden jurídico. Mas nos equivocáramos si creyéramos que estos tres deberes de la administración se encuentran fuera del orden jurídico. Escuchemos a Kelsen:

La teoría pura del derecho muestra además que cuando se afirma que el Estado produce y garantiza el derecho sólo se describe en forma figurada el hecho de que determinados hombres (determinados por el derecho, mediante un procedimiento reglado por el orden jurídico y por lo tanto, en el carácter otorgado por el orden jurídico de órganos de la comunidad constituida por el orden jurídico), creen normas jurídicas, las apliquen y las ejecuten con fuerza coactiva, que los actos del Estado en tanto persona jurídica [...] sólo pueden serle atribuidos sobre la base de un orden jurídico.³⁵

³³ Hans Kelsen, *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Trad. de Ernesto Garzón Valdés. México, Fontamara, 2009, p. 36.

³⁴ *Idem*. Las cursivas son nuestras.

³⁵ *Ibid.*, pp. 36 y 37.

Kelsen intenta por todos los medios eliminar la pretendida dualidad de Estado y Derecho, dualidad que —al decir del antiguo profesor de Harvard— no tiene ningún estatuto científico. La intención de aquellos que afirman la distinción entre estos dos conceptos no es otra que liberarse, según las necesidades políticas, de los lazos del orden jurídico.³⁶ ¿El Estado (o el gobierno, para ser más precisos) tiene un poder para realizar sus propias funciones —entre las que se encuentra la fuerza coactiva para hacer cumplir la ley—?, sí; pero esto no significa que dicho poder sea anómico, es decir, que esté fuera de la ley, pues la forma en cómo se debe usar viene dado y restringido por el derecho mismo y no por el arbitrio del soberano. Sostiene Habermas, en la misma línea que Kelsen: “La idea de Estado de Derecho exige que las decisiones colectivamente vinculantes del poder estatal organizado al que el poder ha de recurrir para el cumplimiento de sus propias funciones, no sólo se revistan de la forma del derecho, sino que a su vez se legitimen atendándose al derecho *legítimamente estatuido*”.³⁷

Lo primero que hay que dejar asentado con toda claridad es que el gobierno no se identifica con el Estado, sino que únicamente es un órgano de creación y aplicación del derecho instituido por el propio orden jurídico. En este sentido, no existen —o al menos en la *teoría pura del derecho* son inexistentes— los actos políticos extrajurídicos. El gobierno, en efecto, puede, en ejercicio de su actividad específica, crear nuevo derecho mediante actos válidos no anulables, es decir, actuando legalmente: de acuerdo con la Constitución válida. No se puede de ninguna forma sostener dos órdenes que existen independientes el uno del otro.

La existencia de dos órdenes autónomos se ha justificado por la supuesta existencia de dos tipos de derecho: el público (político) y el privado (jurídico). En su monumental *Teoría general del Estado*,³⁸ Kelsen dedica un capítulo a desmentir la pretendida distinción radical entre uno y otro.³⁹ Si bien acepta (con fuertes dudas) una diferencia en el objeto de cada uno de estos derechos, niega por completo que sean antitéticos, esto es, que tengan valores jurídicos distintos, como pretenden algunos teóricos que abogan por la existencia autónoma de estos dos derechos. Al derecho público —según las teorías jurídicas que justifican esta dualidad del derecho— le corresponderían todos los actos de autoridad que versan sobre la materia política, administrativa, penal, procesal e internacional, mientras que el privado, por su parte, se compondría por todo el derecho restante (el civil principalmente). Pero deducir de aquí la mayor jerarquía del derecho público sobre el privado es una total inconsecuencia. El orden jurídico es *uno* y puede enlazar tanto un deber a un acaecimiento como a una manifestación de la voluntad humana, por lo que sería un contrasentido reconocer mayor valor jurídico a tal acaecimiento.⁴⁰ En este orden de ideas, la soberanía no puede entenderse como un poder a mano de los representantes del gobierno, sino como la supremacía del orden estatal jurídico, el cual comprende a los demás órdenes parciales, “determinando el ámbito de validez de todos ellos, sin ser a su vez determinado por ningún orden superior: es un orden unitario y único, des-

³⁶ *Ibid.*, p. 38.

³⁷ J. Habermas, *op. cit.*, *supra*, nota 21, p. 202. Las cursivas son del autor.

³⁸ Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*. Trad. de Luis Legaz y Lacambra. México, Ediciones Co-
yoacán, 2008.

³⁹ *Ibid.*, pp. 105-119.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 112.

de el momento que excluye a los restantes órdenes”.⁴¹ Así, la soberanía no es otra cosa que un concepto formal, *un concepto jurídico fundamental*.

Se puede ver cómo Kelsen pretende con su *teoría pura del derecho* dar una primacía absoluta al orden jurídico vigente sobre cualquier manifestación particular o cualquier función administrativa estatal. El Derecho debe, pues, ser el presupuesto del Estado y no al revés. Eso, esencialmente, es el Estado de Derecho.

A tal punto hay una primacía absoluta de la ley en la obra de Kelsen que el concepto de *voluntad general*, en sentido formal (como lo expusimos al hablar del Estado de Derecho en Rousseau), no existe. La suma de los arbitrios de todos los miembros de un Estado no puede jamás oponerse al imperio de la ley. La racionalidad del derecho no puede ser cuestionada aún en el caso de que toda la población quisiera hacerlo. Será auténtica voluntad general sólo aquella que se apegue a los principio de legalidad consagrados en la norma fundamental. En este sentido —y en esto coincide Kelsen con Rousseau— la voluntad general es infalible. El jurista austriaco ve con claridad meridiana que los dos sentidos de *voluntad general* (formal y material) que Rousseau expone en su *Contrato social* son del todo incompatibles. La voluntad general (en sentido formal) es la base de la democracia, de la república y de cualquier ley; pero la voluntad general, para ser auténtica (en sentido material), necesita basarse en la racionalidad y exigencias de la ley, de la democracia y de la República. Este argumento circular no queda del todo resuelto en la obra del *Ciudadano de Ginebra*. Kelsen, por su parte, ve que el *sentido formal* de la *volonté générale* es meramente una artimaña política que no tiene validez para una teoría positiva y pura del derecho, y por tanto, decide prescindir de ella. Una vez que el poder constituyente se convierte en constituido (creando la Ley Fundamental o, con más precisión, la Constitución), ya no hay marcha atrás. Es curioso que dos autores como Kelsen y Hobbes, que se encuentran en las antípodas en todos los sentidos, coincidan al menos en lo puramente formal de esta aseveración. El segundo, como es lógico, no afirma que el poder constituido es la ley, sino el soberano, el que tiene decisión soberana.

Modernamente, otro autor que se ha ocupado del Estado de Derecho, siguiendo en los puntos esenciales a Kelsen, pero en otros separándose con una distancia clara y crítica, es Jürgen Habermas. Su libro *Facticidad y validez* representa uno de los intentos más serios para repensar el Estado de Derecho en un era pos-positivista.

En lo que respecta a la supuesta dualidad entre Estado y Derecho, Habermas asegura que no se relacionan contradictoriamente, sino que el Estado es el presupuesto del derecho, pero no en el sentido de que éste se subordine a aquél. El propio Estado, *basado en las formas jurídicas que lo constituyeron*, es capaz de garantizar y fomentar el Derecho. Escuchemos al pensador alemán:

El poder estatalmente organizado no entra, por así decir, desde fuera para colocarse al lado del derecho, sino que es *presupuesto* por el derecho mismo y se establece a sí mismo en formas jurídicas. El poder político sólo puede desplegarse a sí mismo a través de un código jurídico que haya sido institucionalizado a través

⁴¹ *Ibid.*, p. 142.

de un código jurídico que haya sido institucionalizado en forma de derechos fundamentales.⁴²

Además, las amplias posibilidades del poder estatal —poder que tiene la potestad para punir y sancionar (y, llegado el caso, matar) a cualquier gobernado que se haga acreedor a ello— tienen que estar siempre justificadas en la ley vigente: “La dominación política se apoya en un potencial de amenaza y sanción, que viene cubierto por medios de violencia acuartelados; pero simultáneamente, viene *autorizada* mediante derecho *legítimo*”.⁴³

II. Principios del Estado de Derecho (distribución y organización)

Antes de abordar los temas que nos hemos propuesto en este apartado, creemos conveniente explicar el concepto de ley en el Estado de Derecho liberal burgués. La ley ha tenido diversos significados a lo largo de la historia, dependiendo de las creencias y necesidades de cada época. La acepción de ley que corresponde al Estado de Derecho proviene del rompimiento con el antiguo orden monárquico absolutista de los siglos XVIII y XIX. ¿Qué fue lo que motivo a los hombres a levantarse en armas contra los monarcas? Pues, en resumidas cuentas, la creencia de que un régimen político en el que gobernara un solo hombre era injusto. La experiencia había llevado a los ciudadanos a abominar (especialmente la clase burguesa, que ha sido tradicionalmente la que ha liderado las grandes revoluciones) un sistema en donde los reyes poseían un poder irrestricto y tendían a corromperse, generando las peores injusticias: pobreza, analfabetismo, violación de los derechos fundamentales *et al.* El problema de fondo, entonces, es que la soberanía fuera ejercida por un solo hombre, porque éste podía fácilmente trocarse tirano y dirigir a su nación caprichosamente, a través de la Razón de Estado. ¿Cuál era el mejor sistema para reemplazar tal estado de cosas? El imperio de la ley. En vez de un gobierno personal, basado en la voluntad de un individuo, se instauraría un gobierno de la ley, basado en la voluntad de los gobernados, voluntad que será representada por el órgano legislativo. Por tanto, la ley sólo podrá tener un concepto formal para el Estado de Derecho.

¿Cómo se define el concepto formal de ley propio del Nuevo Régimen, esto es, del Estado de Derecho liberal? “Ley es lo acordado por los órganos legislativos competentes, dentro del procedimiento legislativo prescrito”.⁴⁴ Y esta ley obliga tanto a los gobernados, como al propio órgano que la haya legislado. Por “imperio de la ley”, entonces, hemos de entender el gobierno de la Representación popular. Detrás de la ley late el interés de los gobernados de que se respete su libertad personal. La intención más profunda de la burguesía al querer implantar el Estado de Derecho fue la protección de sus derechos particulares. El gobierno gobernaría, sí, pero a través de la ley, por lo que ninguna intervención estatal en la esfera del individuo podría estar por encima de ella. Precisa-

⁴² J. Habermas, *op. cit.*, *supra*, nota 21, p. 201.

⁴³ *Ibid.*, p. 203.

⁴⁴ C. Schmitt, *op. cit.*, *supra*, nota 24, p. 153.

mente ésta es la diferencia esencial entre ordenanza y ley: la primera venía dada por la voluntad de un rey; mientras que la segunda debe, para serlo realmente, provenir del interés popular.

Por tanto, el Estado de Derecho consagra como forma de gobierno a la democracia.⁴⁵ Si le ley representa la opinión popular, la democracia (indirecta o representativa) es necesaria.

Hasta aquí con el tema de la ley. Ahora analicemos el contenido del principio de distribución, principio que hemos explicado líneas arriba. Este contenido no es otro que los derechos humanos. Como éste es un tema amplísimo, lo que aquí haremos será dar un esquema muy general de su origen y la función que desempeñan en el Estado de Derecho.

1. El principio de distribución y los derechos fundamentales

Las primeras declaraciones de derechos fueron las que emitieron las colonias de Norteamérica.⁴⁶ Es sólo a partir de ese momento que podemos hablar de una era democrática o, más exactamente, liberal. La primera Declaración fue la de Virginia (12 de junio de 1776), modelo, según Georg Jellinek,⁴⁷ de todas las demás. La siguiente fue la de Pensylvania (11 de noviembre de 1776), y a ésta siguieron otros estados. Sin embargo, no toda las colonias hicieron este tipo de declaraciones.

Sostiene Carl Schmitt⁴⁸ que los más importantes derechos de estas declaraciones son la libertad, la propiedad privada, la seguridad personal, el derecho de resistencia y las libertades de conciencia y de religión. El Estado debe ser el garante de estas prerrogativas.

Todos estos derechos, afirma Jellynek,⁴⁹ se desprenden de uno fundamental: el del derecho a la libertad de conciencia o religión. Aquí no es lugar para discutir la precisión histórica de esto, así que remitimos a algunos trabajos especializados sobre el tema.⁵⁰

La Declaración [francesa] de Derechos del Hombre y del Ciudadano,⁵¹ por su parte, proclama como derechos fundamentales más importantes: la libertad, la propiedad, la seguridad y el derecho de resistencia, pero no la libertad de religión ni de asociación. Pese a las conexiones históricas con las declaraciones estadounidenses, la francesa tiene ciertas peculiaridades. La más importante es que con ella no se pretende fundar un Estado nuevo, como sí con la estado-

⁴⁵ Para las distintas formas que puede tomar la democracia, así como los distintos métodos de elección popular se puede ver: H. Kelsen, *op. cit.*, *supra*, nota 38, cap. IX del libro III.

⁴⁶ Para una historia detallada de las declaraciones norteamericanas se puede ver: Gregorio Peces-Barba *et al.*, *Historia de los derechos fundamentales*. T. II: *Siglo XVIII*, vol. III: *El derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema*. Madrid, Dykinson, 2001, cap. XV.

⁴⁷ *Vid. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Trad. de Adolfo Posada. México, UNAM, 2003.

⁴⁸ *Op. cit.*, *supra*, nota 24, pp. 164-165.

⁴⁹ *Op. cit.*, *supra*, nota, 47, p. 38.

⁵⁰ Una obra colectiva donde se aborda *in extenso* y desde diversos ángulos este tema es: G. Peces-Barba *et al.*, *op. cit.*, *supra*, nota 4.

⁵¹ Para una reflexión histórica y jurídica detallada de la Declaración francesa, *vid.* G. Peces-Barba *et al.*, *op. cit.*, *supra* nota 46, cap. XVI.

unidense. La francesa da por supuesto el concepto de ciudadano y conserva el estado de las cosas: el Estado nacional ya existente. Su finalidad es, en todo caso, recordar de forma solemne la existencia de unos derechos y unas obligaciones. El poder público será legítimo si se dirige a fomentarlos y protegerlos; de lo contrario corre el riesgo de la resistencia y, en última instancia, la destitución de los individuos que lo detentan. El principio de distribución, consagrado de forma incondicional en las declaraciones americanas, aparecer sólo como un momento de modificación en el marco de una unidad política existente.⁵²

¿Cuál es la significación histórica de las declaraciones de derechos humanos para la conformación del Estado de Derecho? En toda Declaración se establecen los principios sobre los cuales se *apoya y renueva* la unidad política de un pueblo. Cuando en virtud de un suceso político trascendente se funda un nuevo Estado o se cambian radicalmente las bases donde descansaba el orden estatal por medio de una revolución, “entonces una declaración solemne es la expresión natural de la conciencia de que, en un momento decisivo, se da una cierta dirección al propio destino político”.⁵³ Esto fue lo que ocurrió con las Declaraciones de los Estados Americanos de 1776, la francesa de 1789 y la rusa de 1918.

Los derechos humanos tienen un estatuto singular, por lo que no se les puede asimilar a otros derechos garantizados y protegidos por la Ley Fundamental. No todo derecho fundamental se encuentra garantizado en la Constitución de un Estado de Derecho y, a la inversa, no toda ley que defiende de una u otra forma el principio de distribución se refiere necesariamente a un derecho humano. Son derechos fundamentales aquellos que son anteriores y superiores al Estado, por lo que éste no los otorga, sino que los reconoce y protege. Por tanto, “estos derechos no son bienes jurídicos, sino esferas de la Libertad, de las que resultan los derechos, y precisamente derechos de defensa”.⁵⁴ Esta aseveración corresponde restrictivamente a los derechos que se han llamado de *primera generación*, esto es, aquellos que tienen a la libertad individual por esencia y fin. Más adelante hablaremos de los derechos sociales, en donde el Estado actúa activamente para garantizar una serie de prestaciones.

Los derechos humanos (en la primera etapa de su teorización) son, pues, derechos que tiene el hombre frente al Estado (específicamente, frente a los órganos que detentan el poder). Y tienen la nota de individualidad propia de libre arbitrio en sentido liberal. Los derechos concretos que se derivan de la consideración del individuo aislado y libre son: libertad de conciencia, libertad personal, inviolabilidad del domicilio, secreto de la correspondencia y propiedad privada, casi todos ellos consagrados en la declaración francesa.⁵⁵

Ahora bien, también la relación con otros individuos genera una serie de derechos fundamentales, sin dejar de estar basados en la libertad personal: libre manifestación del pensamiento, libertad de cultos, libertad de reunión y libertad de asociación y de sindicación. No obstante, hay que hacer una advertencia. Estos derechos se pueden considerar fundamentales mientras los individuos no salgan de la situación apolítica de lo social puro y el Estado reconozca tan

⁵² Vid. C. Schmitt, *op. cit.*, *supra*, nota 24, p. 166.

⁵³ *Ibid.*, p. 167.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 169.

⁵⁵ Vid. G. Peces-Barba *et al.*, *op. cit.*, *supra*, nota 12, pp. 269-293.

sólo la libre competencia y la libre discusión entre ellos,⁵⁶ pues una vez que estos derechos pierden su carácter individual, es decir, cuando ya no se basan en la libertad personal, y su contenido se compone de manifestaciones sociales, se vuelve necesario su regulación y normación. Y esto se debe a que han abandonado la esfera particular.

Estos dos grupos de derechos (*derechos de libertad del individuo aislado* y *derechos de libertad del individuo en relación con otros*) pueden calificarse de garantías individuales de la esfera de la libertad, de la libre competencia y de la libre discusión.

Existen otros derechos del individuo una vez que forma parte de un Estado con el estatuto de “ciudadano”. Son los llamados *derechos político-democráticos del ciudadano individual*. Entre ellos se cuentan: la igualdad ante la ley, el derecho de petición, igualdad en el sufragio e igualdad en el acceso a los cargos públicos, por mencionar los más importantes.

Desde la década de los ochentas del siglo fenecido, se habla de una tercera generación⁵⁷ de derechos (la primera se refiere a los derechos de libertad —civiles— y los derechos políticos, y la segunda a los derechos sociales y culturales): los *derechos de solidaridad* (o fraternidad). Derechos tales como el derecho a la paz, a la calidad de vida, al acceso a la tecnología, a la solución de problemas alimenticios y demográficos y al desarrollo pleno de la personalidad pueden incluirse en esta generación. Lo peculiar de estos derechos es que implican la cooperación entre los países, de ahí que se les califique “de solidaridad”.

Pasando a otro tema, los derechos humanos son absolutos, en el sentido de que no se garantizan con arreglo a las leyes, sino que la injerencia legal aparece como excepción, y, por cierto, como una excepción limitada en principio y mensurable, regulada en términos generales. Entiéndase bien esto último. Por absolutos no nos referimos a que bajo ninguna circunstancia puedan quebrantarse, porque esto nos llevaría al problema de la colisión y jerarquía entre los derechos, del todo irresoluble desde este punto de vista.

Hablemos un poco más sobre esto último para que no quede ninguna duda. El carácter absoluto de los derechos fundamentales no significa que no puedan, en determinadas circunstancias, ser limitados por el poder estatal. Ahora bien, lo que garantiza el Estado de Derecho es que estas limitaciones son la excepción y que han de estar siempre basadas en la ley, de suerte que sean controlables y mensurables. Pensemos en el derecho a la libertad personal. Una persona que comete un delito grave no puede apelar a este derecho para evitar ser encarcelado. Ha roto, por decirlo de una manera teórica, el contrato tácito por el que él se encuentra en la sociedad, a saber: que su libertad no puede afectar o vulnerar los derechos de las otras libertades injustamente (es decir, ilegalmente). Al violar la ley, símbolo del pacto social, ha perdido lo ilimitado, en principio, de su derecho a ser libre, y se le podrá castigar justamente con la privación de su libertad, pues eso es lo que la ley misma prevé. En suma: “las limitaciones de la libertad garantizada en los derechos fundamentales sólo pueden tener lugar *con*

⁵⁶ C. Schmitt, *op. cit.*, *supra*, nota 24, p. 170.

⁵⁷ El primer autor que dividió los derechos humanos en tres generaciones, basándose en las tres prerrogativas de la Revolución francesa (libertad, igualdad y fraternidad), fue Karel Vasak, en su libro *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*. París, UNESCO, 1977.

base en una ley, es decir, de una norma general, y mediante un acto de aplicación de la ley".⁵⁸

Como dijimos líneas arriba, junto con los *derechos de libertad* están los *derechos sociales*. Éstos se refieren a las prestaciones positivas del Estado. A diferencia de los de primera generación, los sociales no pueden ser ilimitados, pues todo derecho a prestaciones ajenas es limitado.⁵⁹ El aseguramiento de estos derechos es relativo, pues más que concederlos particularmente a todos los individuos que forman parte de la población, se crean estructuras idóneas para que los ciudadanos interesados puedan acceder a ellos. Por ejemplo, el derecho al trabajo sólo puede consistir en un sistema de organizaciones, inscripciones, certificados de trabajo, seguros de desempleo, etcétera; pero jamás podría indicar que el Estado tiene la obligación de conseguir trabajo a todos sus ciudadanos, cosa, por lo demás, absurda e imposible. Algunos de los derechos sociales son: el derecho a la asistencia y subsidio, derecho a la enseñanza e instrucción gratuita, el derecho a un seguro médico estatal, el derecho a una vivienda y el derecho al trabajo.

Por último, para el Estado de Derecho liberal la significación jurídica de los derechos fundamentales es tal que su aseguramiento no se agota en las leyes comunes. Antes bien, estos derechos tienen que ser reconocidos por la Ley Suprema, es decir la Constitución. Y aún más: son el contenido esencial de ésta. Esto significa que pertenecen a la sustancia de la Constitución, la configuran. Y si bien pueden ser modificados en situaciones especiales por la propia Constitución, los derechos humanos no pueden ser depuestos jamás en su totalidad. Una revisión constitucional no podrá tener por objeto suprimir la Constitución, sino revisar las leyes contenidas en ella.⁶⁰

2. Principio de organización (la división de poderes)

Hasta donde tenemos conocimiento, el *Instrument of Government* de Cromwell (1653) es el primer documento jurídico que intenta dividir el poder entre el Rey y el Parlamento. Al tiempo que esto ocurría, ya se pergeñaban teorías sobre la necesidad de la distinción y el control recíprocos de las diversas ramas de la actividad del Estado. En su *Tratado sobre el Gobierno civil*, Locke distingue entre el poder para crear las leyes (el Legislativo) y el poder encargado de ejecutarlas (Ejecutivo).⁶¹ No es bueno, según el pensador inglés, que los mismos hombres que crean las leyes las ejecuten. Esto se debe, como es lógico, a que quien tiene en sus manos las posibilidades legislativas y ejecutivas puede utilizar la forma de la ley para medidas y mandatos de su propia conveniencia.

En el célebre capítulo VI, del libro XI, de su libro titulado *El espíritu de las leyes* (1748), Montesquieu expone la división de poderes.

⁵⁸ C. Schmitt, *op. cit.*, *supra*, nota 24, p. 181. Las cursivas son del autor.

⁵⁹ *Vid. ibid.*, p. 174.

⁶⁰ *Vid. ibid.*, p. 181.

⁶¹ Para la comprensión de la filosofía política de Locke, *vid. G. Peces-Barba et al.*, *op. cit.*, *supra*, nota 4, cap. VII.

En todos los Estados hay tres clases de Poder público: el poder legislativo, el ejecutivo para asuntos exteriores y el ejecutivo para la política interna. Por el primero, el Príncipe o autoridad emite unas nuevas leyes para un cierto tiempo. Por el segundo declara la paz o la guerra, envía embajadas y las recibe, vela por la seguridad y previene de los ataques del enemigo. Por el tercero castiga los crímenes y dirime los pleitos civiles. El último es el Poder judicial.⁶²

Como se echa de ver, el Ejecutivo no consiste únicamente en el poder para ejecutar las leyes, sino que también es la actividad propia del Estado.⁶³ Por otro lado, sorprende que el propio Montesquieu afirme que el tercer poder, el Judicial, sea en cierta manera nulo.⁶⁴ Parecería, pues, que la esencia de la división de poderes sólo indica la distinción entre el Ejecutivo y el Legislativo.

En lo que respecta a Estados Unidos de Norteamérica, la división de poderes se consagra en la Constitución federal de 1787. Además de la distinción entre cada una de las autoridades superiores, que permite frenos y controles mutuos, existe una *efectiva separación* de los poderes: el Legislativo, compuesto por dos Cámaras (la de Representantes y la del Senado) que forman el Congreso, y el Ejecutivo, que está imposibilitado para dar iniciativas de ley, si bien puede oponer reparos a las leyes que provengan del Congreso, los cuales se podrán zanjar mediante la votación mayoritaria de las dos terceras partes de los integrantes de las cámaras. Tampoco tiene la capacidad de disolver el Congreso. En suma: la Constitución norteamericana impide que existe cualquier relación entre ambos poderes: los aísla.

La primera Constitución francesa que consagró la división de poderes fue la de 1791. En ella se habla de *separación de poderes* en vez de división. A diferencia de la de los Estados Unidos de Norteamérica, no establece una separación total entre los poderes, antes bien, establece un sistema de contrapesos recíprocos para lograr un equilibrio.⁶⁵ La división de poderes desvela dos cosas. En primer término, la separación entre las autoridades superiores del Estado y, por tanto, la delimitación de la competencia de cada una. En segundo término, el recíproco influjo y contrapeso de las facultades de estos poderes diferenciados.⁶⁶ Este esquema de separación lleva a considerar que el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial son tres organizaciones de la actividad estatal aisladas entre sí. De esta forma, es del todo incompatible la actuación de un funcionario de un poder en otro.

La división de poderes tiene por finalidad dividir el trabajo (legislar y ejecutar) que se asienta en lógicas argumentativas distintas y diferenciar institucionalmente cada poder a fin de ligar todo el funcionamiento administrativo del Estado al derecho establecido democráticamente, es decir, que el poder administrativo sólo pueda regenerarse y obrar a partir del conocimiento de la voluntad de los gobernados.⁶⁷ Al legislativo le corresponde, en efecto, recoger —a través de la

⁶² Montesquieu, *El espíritu de las leyes*. Trad. de Nicolás Estévez. Buenos Aires, Ediciones Libertad, 1944, p. 150.

⁶³ C. Schmitt, *op. cit.*, *supra*, nota 24, p. 188.

⁶⁴ Montesquieu, *op. cit.*, *supra*, 62, p. 156.

⁶⁵ C. Schmitt, *op. cit.*, *supra*, nota 24, p. 188.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 189.

⁶⁷ Vid. J. Habermas, *op. cit.*, *supra*, nota 21, p. 241.

creación de normas— el querer del pueblo (el elemento más importante del Estado) y acudir al Ejecutivo para que la ejecute (con la debida reserva de ley).

El principio orgánico de la división de poderes resulta fundamental para cualquier Constitución de un Estado de Derecho. De suerte que, a causa de su importancia, debe quedar por encima de toda reforma y revisión de la Ley Fundamental.

Ahora bien, para Hans Kelsen, fundador de la teoría positivista o teoría pura del derecho, la división de poderes —al menos tal y como la entendieron los iusnaturalistas racionalistas— contiene elementos políticos que no son deseables para un auténtico Estado de Derecho. Cuando hay una división en el poder unitario del Estado, es decir, en la soberanía, se corre el riesgo de que aparezcan elementos metajurídicos. Esto se debe a que como *la ejecución no es realmente nada sin la legislación y viceversa, los representantes de los cada uno de estos poderes tenderán a negociar el apoyo que necesitan el uno del otro*. La división de poderes surgió en el contexto de la monarquía absoluta, para oponérsele a través de la limitación del poder omnímodo del rey (poder de legislación y ejecución). Tal limitación, como hemos visto, sólo podría lograrse si se repartía dicho poder en dos órganos independientes. El motivo, pues, que llevó a los teóricos modernos a restringir el poder del monarca a través de la distinción de tres poderes es político: impedir la injerencia injustificada del poder estatal en la esfera de la libertad privada. No obstante, la idea de concebir la soberanía como una sustancia que se puede dividir cuantitativamente no tiene ningún sostén lógico, sino únicamente político.⁶⁸ Además, según Kelsen, tal división no garantiza en absoluto la protección de la libertad personal:

Aun suponiendo a los órganos de la legislación completamente distintos y separados de los ejecutivos, siempre queda *intacta* la posibilidad para aquéllos de penetrar a su arbitrio en la esfera de libertad individual, reduciéndola al mínimo, por medio de las normas generales creadas por ellos. Y si la ejecución ha de responder al principio de legalidad, no hay salvación para la libertad individual.⁶⁹

A nuestro modo de ver, la reticencia de Kelsen hacia la división de poderes se debe, en definitiva, a su visión del Estado: éste es una mera ficción; no existe como tal; lo único que es verdadero y actuante es el derecho. Si esto es así, distinguir “poderes” en el seno del Estado indicaría que en él existe algo más que el derecho (la legislación). Pero todo aquello que existe fuera del derecho no responde a una lógica jurídica positiva y, por tanto, resulta dañino para el auténtico Estado de Derecho. Cuando en el último apartado de este trabajo hablemos de algunas tensiones ínsitas del Estado de Derecho, volveremos sobre este tópico. Baste aquí con lo dicho.

Otro autor que ve en la división de poderes una mera ficción política es Jellinek. Su oposición, a diferencia de la de Kelsen, se debe no tanto al problema teórico de la división (cosa que se puede hacer muy bien en papel), cuanto a los problemas casi insalvables que surgen cuando se quiere instaurar en la rea-

⁶⁸ H. Kelsen, *op. cit.*, *supra*, nota 38, p. 335.

⁶⁹ *Idem*.

lidad.⁷⁰ Pone el ejemplo del constituyente francés, que si bien en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se apoyó fuertemente en esta doctrina, en la realidad no la llevó a sus últimas consecuencias, sino que más bien hizo del órgano legislativo uno al que vienen unirse los demás poderes.⁷¹

3. La Constitución

La Constitución de un Estado coincide con la forma en que los individuos y los grupos se organizan entre ellos.⁷² De ahí que sólo sea producida por la actividad humana consciente. En virtud de esta actividad concreta, el Estado se convierte en una unidad de acción y es entonces cuando cobra existencia (se *constituye*).⁷³ O dicho de otro modo: “Al adquirir la realidad social ordenación y forma de una especial manera, es cuando el Estado aparece en su existencia y modos concretos”.⁷⁴ Esta forma de concebir el Estado y su Constitución podemos llamarla “realista”. Según Lasalle, esta Constitución “real”, que no es la escrita, sino la que se refiere a las relaciones de poder que se dan entre los hombres, ha sido poseída por todos los países.

Sin embargo, estas relaciones de poder y las formas de organización humana mutan constantemente, por lo que se vuelve necesario fijar una Constitución escrita (ésta sí con mayúscula) que fije en el tiempo los elementos más importantes de esa constitución (o constituciones) real (reales). De suerte que se logre una relativa estabilidad y permanencia. La Constitución del Estado no es, por tanto, un proceso sino un producto; no una actividad sino forma de actividad: “es una forma abierta a través de la cual pasa la vida, vida en forma nacida de la vida”.⁷⁵ Toda asociación permanente, como la que se da en el concepto población, necesita pues un principio de ordenación conforme al cual se constituya y desarrolle su voluntad. Este principio será el que limite la situación y posición de los miembros que forman parte de una asociación y la relación entre ellos.⁷⁶

La Constitución entendida como norma fundamental que establece los principios básicos y permanentes de la organización de una sociedad es el elemento más importante para el Estado de Derecho. Elemento, además, donde se consagrarán y protegerán los principios orgánicos del Estado de Derecho (la división de poderes y los que se derivan de ella) y las garantías fundamentales que guían y dan sentido a la propia Constitución: los derechos humanos —o los más importantes, al menos.

Se llama Constitución organizada a la que ha sido normada por el derecho conscientemente establecido y asegurado con la fuerza soberana. En este sentido, es una estructura normativa de sentido. Hasta el día de hoy se discute si la constitución real debe ser recogida en todos sus puntos por la Constitución organizada (cosa del todo imposible por la “dinamicidad” de la realidad social y la

⁷⁰ G. Jellinek, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 452.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 452-453.

⁷² Hermann Heller, *Teoría del Estado*. Trad. de Luis Tobío. México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 267.

⁷³ *Ibid.*, p. 268.

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ G. Jellinek, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 457.

“estaticidad” que deben tener las normas) o una debe existir al lado de la otra o de plano negar la una y afirmar la otra. Esta última posibilidad tiene sus representantes más antitéticos en Kelsen y Carl Schmitt. El primero hace consistir todo el Estado en un simple deber ser; mientras que el segundo aboga por una Constitución carente de normatividad. Heller⁷⁷ suscribe una postura intermedia: toda Constitución organizada, para poder existir, debe recoger y actualizar los principios de la constitución real. Nos parece la postura más sensata.

De los derechos humanos y la división de poderes (los dos principios constitutivos del Estado de Derecho) no se puede derivar una particular forma de gobierno o forma política. Así, el Estado de Derecho puede tener cualquier forma política (monarquía, democracia o aristocracia), siempre y cuando el poder esté limitado por la libertad personal (los derechos humanos) y la división de poderes. Una monarquía que acepta los límites impuestos por una Constitución se convierte en una monarquía constitucional; asimismo, una democracia que acepte los principios liberales del Estado de Derecho se convertirá en una democracia moderada o constitucional. Las formas absolutas de gobierno son las únicas que repugnan al Estado de Derecho.

Según Carl Schmitt,⁷⁸ la Constitución burguesa del Estado de Derecho es mixta, en el sentido de que en ella existen tanto los elementos propios de la libertad individual, como unos elementos políticos formales. De hecho, sostiene el pensador renano,⁷⁹ el Estado siempre descansa en una vinculación y mixtura de los distintos principios políticos formales. Estos principios son dos: *identidad y representación*.

¿Identidad entre qué? En primer lugar, entre el *pueblo* y el *Pueblo*. Aquél se refiere a los hombres históricos y reales que se congregan en una plaza pública para dar su opinión (la democracia directa) o que acuden a las urnas a ejercer su voto (democracia indirecta). Éste, en cambio, se refiere a la “voluntad general” de Rousseau, la cual posee originariamente la autoridad para legislar y trasciende a los individuos concretos. El pueblo es cambiante (los hombres mueren); el Pueblo es permanente. El pueblo tiene siempre una minoría opositora; el Pueblo, al representar la voluntad general, posee la verdad (jurídica) en un solo sentido. En este último caso, aquellos que votaron en contra de la opinión de la mayoría desaparecen como fuerza política y quedan asumidos en el Pueblo.

Otra identidad que el Estado de Derecho presupone es la que se da entre *poder constituyente* y *poder constituido*. Antes de explicar esta identidad conviene establecer qué se entiende por el primero y qué se entiende por el segundo. “*Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política*, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”.⁸⁰ De esta definición se sigue que cualquier ley constitucional es, por su contenido, la normación que lleva a la práctica la voluntad constituyente.

En la Edad Media la *potestas constituens* se atribuía exclusivamente a Dios. “*Non est enim potestas nisi Deus*”, todo poder viene de Dios, dice la Carta a los Romanos (13, 1) de San Pablo. En cambio, durante la Revolución francesa, Sie-

⁷⁷ H. Heller, *op. cit.*, *supra*, nota 72, p. 278.

⁷⁸ C. Schmitt, *op. cit.*, *supra*, nota 24, p. 203.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 94. Las cursivas son del autor.

yès formuló la doctrina según la cual el poder constituyente pertenecía al Pueblo (o a la Nación, entendida como unidad política con capacidad de obrar).⁸¹

El pueblo constituye un poder al que le otorga soberanía para administrar la justicia, legislar y ejecutar las leyes. Este poder es, precisamente, el *constituido*. Ahora bien, tal soberanía pertenece originalmente al pueblo y sigue perteneciéndole pese a que lo ha delegado (así o afirman la mayoría de las constituciones democráticas modernas). Esto parecería ser una petición de principio: el pueblo delega el poder pero, al mismo tiempo, lo sigue poseyendo. Si ya no poseyera tal poder, no habría forma de destituir a los representantes de los órganos del Estado que se han corrompido, pues sólo ellos tendrían, paradójicamente, esa facultad. Asimismo, sería absurdo afirmar que el Gobierno tiene poder, pero ese poder no le corresponde actualmente o de manera propia: sería imposible que gobernara. Para zanjar esta dificultad se acude a la ficción de una identidad entre el poder constituyente y el constituido. Así, el poder constituido gobierna pero siempre bajo el imperio de la ley que se le ha dado con anterioridad, como si cumpliera únicamente con un mandato. A pesar de tal identificación, no deja de haber algunos problemas lógicos que no se superan del todo.

Por su parte, *la representación es necesaria para que la voluntad general tome forma de ley a través del poder legislativo*. Cuando la población de un Estado supera cierto número, la participación directa de la población se hace impracticable. Además, se necesita una permanencia en la toma de decisiones para legislar en tal o cual tema y para cumplir con los requisitos que la Constitución exige para la creación de las leyes. De suerte tal que la democracia indirecta, es decir, aquella en la que se eligen representantes para que ejerzan los distintos poderes estatales, ha sido la forma de gobierno más efectiva para el funcionamiento del Estado de Derecho. Desde antaño, se considera que el Parlamento o Poder Legislativo es el órgano que representa al Pueblo en la toma de decisiones y en la creación de leyes. Hoy por hoy, en todos los Estados de Derecho el ciudadano emite un voto (que tiene un valor cualitativo y cuantitativo) para elegir a las personas que representarán su voluntad durante un periodo estable de tiempo (entre cuatro y seis años, con posibilidad de reelección, en algunos países, por ejemplo, Estados Unidos de Norteamérica). Por último, apuntar que dentro de la democracia directa hay distintas formas de ejercer el voto.

III. Algunas tensiones o problemas del Estado de Derecho

Hay dos grupos de problemas que podemos encontrar en el Estado de Derecho. Uno es de orden teórico y el otro es de orden práctico. Hablemos del primero.

La mayoría de las objeciones teóricas que se le pueden oponer al concepto de Estado de Derecho se deben al origen o fundamentación que se le atribuya. Así, si el Estado de Derecho se justifica sobre las bases liberales iusnaturalistas de los siglos XVI y XVII, se le puede objetar inconsecuencias de tipo lógico, como las que esgrime Kelsen en su *Teoría general del Estado*, y desde una toma de postura de corte decisionista, como es la de Schmitt, se puede acusar de irreal e impracticable el sistema positivista kelseniano. Veamos algunas de estas críticas.

⁸¹ *Idem*.

Según Hans Kelsen, en el Estado de Derecho de corte iusnaturalista se dan una serie de identificaciones o distinciones de tipo práctico (o más exacto: político) que no tienen ningún sostén en el terreno lógico. Por ejemplo, dividir el poder unitario del Estado en tres es un sinsentido para una teoría pura (positivista) del Derecho: el poder no es una sustancia que se pueda dividir cuantitativamente,⁸² como ya lo mencionábamos arriba. Y el único poder que realmente existe y que se identifica con el Estado mismo es el Legislativo.⁸³ O, ahora refiriéndonos al problema de la identidad, presuponer que el poder constituyente y el constituido son lo mismo (o un paso antes: suponer que existe algo así como un poder constituyente y uno constituido) es una ficción política que nada tiene que ver con el orden jurídico auténtico, es decir, el lógico-positivo. Sólo existe la Ley Fundamental o Constitución en sentido jurídico-positivo; la que proviene, como afirman los iusnaturalistas racionalistas, del contrato social no tiene ningún valor para el Derecho, pues comete el error de derivar de un hecho especial (un contrato), al que la norma general enlaza un deber jurídico, la existencia de toda norma de Derecho; “he aquí un *pars pro toto*, un procedimiento razonador simplista, favorito del pensamiento primitivo”.⁸⁴ Podemos encontrar este tipo de críticas en toda la teoría del Estado de Kelsen.

Las críticas de pensador nacionalizado estadounidense hacia los principales conceptos del Estado de Derecho liberal burgués son válidas desde el sistema positivo que él adopta.

Ahora bien, otro autor que critica duramente no sólo el concepto de Estado de Derecho liberal, sino el sistema positivo kelseniano, es Carl Schmitt. Partiendo de lo que él considera el auténtico *nomos* de la tierra,⁸⁵ es decir, la originaria creación del derecho partiendo de la toma de tierra (asentamiento y ordenación), denuncia las contradicciones ínsitas en el concepto Estado de Derecho (tanto en la tradición iusnaturalista como en la positivista). Su crítica⁸⁶ se podría resumir de la siguiente manera: los elementos políticos en un Estado siempre han de existir; de hecho, son esenciales para su erección. Un Estado despolitizado del todo (como pretende Kelsen) es un *oxímoron*. ¿Por qué? Pensemos en la característica esencial que define al soberano: —según Schmitt— la posibilidad de declarar el Estado de excepción,⁸⁷ la cual no puede estar regulada exhaustivamente en una Constitución, pues llegado el caso, y gracias a esta posibilidad, las constituciones se pueden abrogar, derogar o suspender, para conservar o proteger derechos. Se podría argumentar que toda declaratoria de un estado de

⁸² “Lo que la teoría tradicional señala como tres poderes o funciones distintas del Estado, no son más que la forma jurídica positiva de ciertos relativos apoyos en el proceso de creación jurídica, particularmente importantes desde el punto de vista político. No existe pues una yuxtaposición de funciones más o menos inconexas y aún esencialmente distintas —como afirma la teoría tradicional, impulsada por ciertas tendencias políticas—, sino una jerarquía de los distintos grados del proceso creador del Derecho”. H. Kelsen, *op. cit.*, *supra*, nota 38, p. 325.

⁸³ “Toda función (o poder) del Estado es una función de creación jurídica: el proceso evolutivo o graduado de la creación normativa”. *Idem*.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 327.

⁸⁵ *Vid. El nomos de la tierra en el derecho de gentes del ius publicum europaeum*. Trad. de Dora Schilling Thou. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

⁸⁶ Para ver detenidamente las críticas de Carl Schmitt al concepto Estado de Derecho se pueden revisar los siguientes libros: *op. cit.*, *supra*, nota 24, y *Sobre el parlamentarismo*. Trad. de Thies Nelson y Rosa Grueso. Madrid, Tecnos, 1990.

⁸⁷ “Es soberano quien decide sobre el estado de excepción”. *Teología política*. Trad. de José Luis Vicañas. Madrid, Trotta, 1999, p. 10.

excepción debe seguir un procedimiento y unas reglas en las que se establecen los casos en la que dicha declaratoria se puede dar. Sí, pero no olvidemos, recuerda Schmitt, que la interpretación de la ley, es decir, su forma de ser aplicado en la realidad (*en el mundo del ser*) no se encuentra en el derecho mismo (*deber ser*), sino que siempre queda al arbitrio de alguien: pende de la decisión de aquellos que sustentan el poder soberano. Pongamos por caso la “seguridad nacional”, que es uno de los motivos por los que se permite declarar una excepción en la mayoría de las constituciones democráticas. “Seguridad nacional” se dice de muchas maneras. ¿Quién decide cuándo realmente estamos en una situación en donde se actualice este supuesto? Por mucho que se especifique qué significa “seguridad nacional”, siempre tiene que haber una interpretación o una decisión personal, prudencial (de muchas, de pocas o de una sola persona) y, en este caso concreto, urgente (no se puede prestar a un plebiscito), que no está ni puede estar previsto en la ley, por muy pormenorizada que ésta sea. O dicho en una palabra: toda situación excepcional se determina en el ámbito político, que es el de las decisiones personales.

Por otra parte, el Derecho presupone la existencia de un orden que no puede ser dado por él mismo, sino que tiene que ser establecido por la soberanía estatal. Por tanto, hablar de orden jurídico es un error, puesto que lo primero (el orden) es una condición de posibilidad del Derecho, que el Derecho no es capaz de darse a sí mismo. Retomando la famosa frase de Hobbes del Leviatán, Schmitt dirá: la autoridad (la soberanía) y no la verdad es la causa de la ley. En una palabra: hablar de Estado de Derecho es una *contradictio in terminis*. El Derecho siempre necesita una instancia ajena a él mismo —una instancia política— para conservarse, tener validez e insertar en la realidad; esa instancia es el Estado y, concretamente, las autoridades superiores del Estado (los soberanos o soberano). Esto es claro si pensamos en la aplicación del Derecho: el derecho tiene la vocación de actuar en la realidad; sin embargo, el derecho mismo no contiene la forma en cómo ha de ser aplicado, porque está formulado como un mero deber ser. Es necesario, pues, la decisión política (como interpretación y aplicación) para aplicar el derecho en la realidad.

Al igual que lo dicho con Kelsen: las críticas de Schmitt tienen valor desde su particular toma de postura (el *nomos* del derecho de gentes europeo, que hunde sus raíces en la Edad Media).

Habermas ha intentado superar las divergencias teóricas de estos autores reconstruyendo el origen y la evolución del Estado y del Derecho desde la sociología. Esto le permite mantenerse (relativamente) al margen de la toma de una postura ideológica y, por tanto, evitar muchos escollos insuperables. No es este lugar para explicar la rica y fructífera teoría del discurso del filósofo más importante de la segunda generación de la Escuela de Fráncfort aplicada al Derecho y el Estado democrático. Dejamos entonces la referencia.⁸⁸

Hemos hablado de algunos de los problemas teóricos (ideológicos) que se plantean al Estado de Derecho. Hemos visto que casi todos ellos dependen de una particular toma de postura, y esto los hace relativos. Ahora hablemos solamente de algunos problemas prácticos (históricos) del Estado de Derecho.

⁸⁸ J. Habermas, *op. cit.*, *supra*, nota 21.

Algunos autores afirman que el Estado de Derecho está en crisis. El eje de la crítica de esta afirmación es la decreciente eficacia vinculante de la ley parlamentaria y el riesgo que corre el principio de la división de poderes de venirse abajo en un Estado que se ve confrontado con tareas crecientes y cualitativamente nuevas. La estructura administrativa que actualmente tiene vigencia en los estados democráticos surgió en un contexto histórico del todo distinto. En el siglo XVIII la administración podía concentrarse en las tareas de orden que se necesitaban en una sociedad económica que se autorregulaba, por lo que el Estado sólo debía intervenir, en principio cuando el orden constitucional que garantizaba los derechos personales se veía perturbado. Ahora, sin embargo, el Estado ha asumido tareas sociales y, como consecuencia, su actividad ya no se reduce, como en la época clásica del Estado de Derecho, a la regla general de la pasividad y la regla excepcional de la actividad atómica y controlada, sino que ahora incluye la prestación de servicios, la creación de infraestructura, el aseguramiento y cumplimiento de prestaciones; en definitiva, la administración de nuestra época se dedica a tareas de regulación-control políticos que intentan planear y mejorar el futuro de los ciudadanos. Así, “la moderna práctica administrativa presenta un grado de complejidad, de dependencia de la situación y de incertidumbre tan alto, que no cabe nunca anticipársele de forma completa y, en consecuencia, *tampoco se la puede predeterminar normativamente*”.⁸⁹ En este sentido, parece que Schmitt tiene razón al invocar la decisión (y no el derecho) como la esencia del funcionamiento estatal.

Ante esta realidad que se puede comprobar fácticamente, los principios clásicos del Estado de Derecho (de distribución y de organización) pueden vulnerarse, al menos parcialmente. ¿Esto significa el fracaso definitivo del Estado de Derecho? Por supuesto que no. Significa, más bien, que es necesario repensarlo para actualizar sus estructuras y ponerlas a la altura de los tiempos. Es necesario, pues, pensar formas alternativas de estructuración del Estado de Derecho que den respuesta a las necesidades globales pero, que al mismo tiempo, respeten sus principios orgánicos.

IV. Conclusiones

Dar una definición estricta, es decir, válida temporal y universalmente del Estado de Derecho es imposible. En todo caso, podemos acercarnos a su significado estudiando sus principios. Éstos son dos: *el principio de distribución y el principio de organización*. Éste se refiere a que el individuo tiene una libertad, en principio, ilimitada, mientras que el Estado tiene, en principio, una libertad limitada. O dicho en otros términos: en el Estado de Derecho el individuo puede hacer todo aquello que no le prohíba la ley; en cambio, el Estado sólo puede hacer aquello que le permite la ley. Esto se debe a que el individuo es originalmente libre y posee una serie de derechos fundamentales que jamás deben ser vulnerados injustamente por el Estado. En este sentido (y en ningún otro), tales derechos tienen por característica esencial ser *absolutos*. El especial valor de estos derechos hace necesaria su inclusión en el orden constitucional de Esta-

⁸⁹ *Ibid.*, p. 516.

do. Y aún más: los derechos fundamentales configuran y dan existencia a la Constitución.

El principio de organización, por su parte, indica esencialmente el control (cualitativo y cuantitativo) que debe existir en un Estado de Derecho sobre todas las actividades estatales. Y este control viene dado por la LEY. El elemento orgánico del que se derivan todos los demás es *la división de poderes*. Un poder tan grande como el soberano en las solas manos de un solo órgano o una sola persona siempre corre el riesgo de volverse despótico. Para evitar que esto ocurra es necesario dividirlo: un poder Ejecutivo, un poder Legislativo y un poder Judicial. De esta forma, se crean una serie de frenos y limitaciones entre los distintos poderes, pues los unos no funcionan sin los otros y, por tanto, necesitan cooperar mutuamente.

Para que estos principios sean los que rijan las relaciones entre gobernantes y gobernados es necesario que se consagren en el orden constitucional. La Constitución normada es aquel documento positivo en el cual se encuentran protegidos de manera especial los elementos básicos del origen, objeto y fin de un determinado Estado. De ahí que también se le conozca con el nombre de Ley Fundamental. La Constitución genera un orden jurídico o imperio de la ley: el manejo y las decisiones estatales no se basan en las decisiones personales de aquellos que detentan el poder sino en el Derecho establecido por las leyes —empezando por la Constitución.

La Constitución del Estado de Derecho liberal, a su vez, tiene dos principios: el de identidad y el de representación. Por el primero el *pueblo* se convierte en el *Pueblo* y el *Poder constituyente* en el *Poder constituido*. Por el segundo, el Poder Legislativo, a través de sus titulares (o representantes) elegidos democráticamente por el pueblo, convierte en Ley la voluntad de los ciudadanos.

Con todos estos elementos podemos aproximarnos al significado de Estado de Derecho. Estado de Derecho es una comunidad organizada, asentada en un territorio delimitado y con un poder de mando originario que otorgará (o transferirá) a los representantes (sin perderlo) que elija democráticamente (por lo que su forma de gobierno es una República), que se ha constituido como tal a través de una Constitución normada que consagra los principios de distribución y de organización, y los que se derivan éstos: la división de poderes y los derechos humanos.

Por otra parte, es necesario repensar todos estos principios que constituyen el Estado de Derecho a fin de actualizarlos y ponerlos a la altura de los tiempos globales en que vivimos. Así se podrá evitar cualquier vulneración injusta de los derechos subjetivos por parte del poder estatal.