

III. Dimensiones políticas del Estado de derecho 39

- 7. Fundamentos liberales y democráticos del Estado
de derecho 39
- 8. Estado de derecho y Constitución 42
- 9. Política y ley: el dilema de la legalidad
y la legitimidad 45

III. Dimensiones políticas del Estado de derecho

7. FUNDAMENTOS LIBERALES Y DEMOCRÁTICOS DEL ESTADO DE DERECHO

El liberalismo ofrece los criterios mínimos para la existencia de un Estado de derecho, es decir, los que organizan la estructura básica de un régimen político orientado a la protección de los derechos individuales elementales. Sin embargo, como se ha visto en el caso de Locke, el liberalismo no implica necesariamente que el principio de soberanía ciudadana pueda ser ejercido por *todos* los ciudadanos; además, este autor considera que los únicos derechos que deben ser garantizados son los de tipo “negativo” (de protección de la persona y la propiedad) y no los positivos (de promoción del desarrollo de las personas y reducción de la desigualdad económica).²⁰

²⁰ Esto, por supuesto, es una simplificación. Existe una corriente liberal heterodoxa que considera

El liberalismo cumple las condiciones de un Estado de derecho pleno, pero probablemente estas condiciones no sean suficientes (aunque sí son *necesarias*) para alcanzar un modelo de Estado democrático de derecho.

Las características generales del Estado de derecho han sido enlistadas del siguiente modo por un destacado jurista:

- a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general.
- b) Separación de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.

compatible una defensa de los valores liberales negativos con principios de intervención estatal para reducir la desigualdad y promover políticas sociales como educación y salud. Véanse, a este respecto, C. B. Macpherson, *La democracia liberal y su época*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, y John Rawls, *Teoría de la justicia*, FCE, México, 1985. Sin embargo, en favor de la claridad de la exposición, aquí ofrecemos una definición esquemática de la doctrina liberal.

- c) Legalidad del gobierno: su regulación por la ley y el control judicial.
- d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y realización material.²¹

Si se considera, según el criterio liberal, que el punto *d*), relativo a los derechos y libertades fundamentales, es satisfactoriamente cubierto con la protección de la libertad individual (que incluye libertad de conciencia, de movimiento, de opinión, de contratación, etc.), de la igualdad ante la ley y de la propiedad, se acepta en consecuencia que el Estado carece de toda legitimidad para intervenir en la distribución de la riqueza social y en el apoyo a los sectores más desprotegidos de la sociedad. En efecto, el modelo de Estado de derecho no es por sí mismo un modelo de distribución de riqueza (no contempla la llamada “justicia distributiva”) ni de compensación de las desventajas de las clases bajas.

Históricamente, han existido distintos intentos por superar el modelo liberal y las instituciones, como su particular Estado de derecho, a que ha dado lugar. Todos estos intentos coincidirían en que los principios liberales son insuficientes para atender las necesidades sociales. Algunos le opondrían las demandas de igualdad real y justicia distributiva que las sociedades contemporáneas plantean con gran urgencia. Otros le reclamarían el abandono de los valores comunitarios como la patria y la raza. Otros más le reprocharían la defensa del egoísmo y el olvido de las jerarquías de un supuesto orden social natural. Sin embargo, el modo de resolver aquello que se detecta como insuficiencia es lo que define a las otras opciones políticas. Si se considera que las libertades y los derechos defendidos por el liberalismo son sólo “ficciones” o formalidades que esconden un sistema de dominación que requiere ser destruido, entonces se le podrá contraponer un modelo “revolucionario” que pretenda establecer una verdadera igualdad material entre todos los hombres. La consideración de la omisión liberal de los

²¹ Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966, p. 18.

principios comunitarios de nación y raza ha podido dar lugar a respuestas totalitarias como el nazi-fascismo. La crítica al egoísmo liberal y la defensa de las jerarquías ha sido una señal de identidad del conservadurismo. El siglo XX ha contemplado cómo estas críticas políticas se convirtieron en movimientos sociales que consideraron necesario el sacrificio de, entre otras instituciones, el Estado liberal de derecho. Sin embargo, en nuestra época los principios liberales han sido reivindicados por prácticamente todos los movimientos políticos razonables como el marco de acción necesario para el planteamiento de sus demandas y el desarrollo de sus estrategias. Esto ha requerido, sin embargo, la combinación del liberalismo con el método democrático.

La historia del liberalismo en los siglos XIX y XX ha quedado marcada por su encuentro e integración — muchas veces conflictiva — con los principios y valores de la democracia. A diferencia del liberalismo clásico, la democracia supone el principio de “gobierno del pueblo” en el sentido de la participación “universal” de los ciudadanos en la conducción de las cues-

tiones públicas. Como sabemos, en su origen el liberalismo concebía como sujetos políticos de pleno derecho sólo a los propietarios. Las luchas obreras y sociales opuestas al individualismo liberal y la creación de grandes partidos y movimientos contrarios a la gran desigualdad reinante en los países liberales, entre otros elementos, dieron lugar a la demanda de que los derechos asegurados por el gobierno no debían ser sólo los propios de la tradición liberal, sino verdaderos derechos sociales que garantizaran la mejoría en la calidad de vida de los grupos menos favorecidos.

Los movimientos y partidos políticos que abandonaron la idea de destruir las instituciones liberales, o los que con compromisos populares nunca optaron por ella, pudieron encontrar en tales instituciones — y al hacerlo lograron ampliarlas y democratizarlas — el medio para acceder al poder político sin necesidad de la violencia o la supresión de las libertades individuales, pero, sobre todo, lograron que las demandas de igualdad social pudieran convertirse en estrategias e instituciones distributivas que potenciaron el desarrollo social de los países

donde empezaron a funcionar. Así, el marco institucional liberal empezó a ser superado sin necesidad de renunciar a la defensa de los derechos individuales y la equidad de las leyes.

La democracia liberal es, teóricamente, un método pacífico para elegir gobiernos por el principio de mayoría (principio que garantiza que la soberanía popular pueda convertirse en leyes generales, al tiempo que garantiza los derechos de las minorías). Este método reposa en una serie de valores socialmente compartidos como la primacía de las soluciones pacíficas, la tolerancia y el respeto a la legalidad. La democracia supone la existencia de una pluralidad de formas de vida y opiniones en la sociedad, la cual no sólo debe ser mantenida, sino fortalecida como el signo más evidente de la salud política de una sociedad. Las instituciones democráticas, por tanto, no pueden renunciar a su componente liberal, toda vez que éste asegura que los objetivos de justicia social no sean perseguidos a costa del sacrificio de los derechos básicos de algunos ciudadanos. Por ello, el núcleo de la democracia liberal reside en la existencia de instituciones legales que

permiten la expresión de la voluntad popular por medio de canales formales y regulados.

8. ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN

El marco legal de este sistema liberal-democrático de instituciones es la Constitución. Las Constituciones se han convertido en la ley suprema de las sociedades modernas. Pero esta supremacía sólo puede ser legítima si expresa los principios fundamentales del Estado de derecho. Como ha señalado Hayek, es

seguramente más oportuno considerar las Constituciones como superestructuras levantadas al objeto de garantizar el mantenimiento del Estado de derecho que, como suele hacerse, atribuirles la categoría de fuente de todas las demás leyes.²²

Sin embargo, no es necesario rechazar que las Constituciones sean fuente de las demás leyes, sino sólo

²² Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1985, p. 259.

recordar que son, en sí mismas, el elemento de vinculación de la experiencia moral y política de las sociedades con su experiencia de codificación racional de las leyes. En consecuencia, las Constituciones no pueden ser vistas (como lo ha hecho la tradición jurídica denominada “positivista”)²³ como ordenamientos finales que definen por sí mismos los principios de justicia que rigen socialmente. Por el contrario, las Constituciones expresan una serie de valores socialmente compartidos que, aunque han encontrado esa forma de manifestarse, existen fundamentalmente como patrimonio moral y político de una comunidad específica. Uno de los críticos más lúcidos del positivismo jurídico, Ronald Dworkin, ha mostrado cómo los jueces, al interpretar las normas constitucionales, tienen que recurrir a principios de justicia, tradiciones y razonamientos cuyo

espacio natural es la moral y la cultura política de una sociedad.²⁴

De esta forma, las Constituciones no originan el Estado de derecho, sino que son más bien su expresión y plasmación codificada. La legalidad a la que sus principios dan lugar es una legalidad que ha sido aceptada como valor compartido de la ciudadanía y cuyos principios provienen de las luchas, acuerdos y equilibrios resultantes de la interacción de los sujetos políticos. No obstante, una vez que una Constitución ha sido establecida y su aceptación se ha generalizado, sus ordenamientos tienen una obligatoriedad que no posee ninguna norma moral o práctica política.

La doctrina del Estado de derecho exige que el principio que inspire toda acción estatal consista en la subordinación de todo poder al derecho. Pero esta subordinación sólo es posible gracias al proceso histórico de “constitucionalización” de las normas limitantes del poder político. Por ello, el

²³ Las tesis positivistas clásicas están planteadas por juristas como Austin, Kelsen y Hart. Ellos coincidirían en que sólo tienen sentido jurídico (es decir, son principios generales y obligatorios) las normas explícitas del derecho codificado y negarían la dependencia *intrínseca* del derecho respecto de la moral, la ideología o la política.

²⁴ Cfr. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989.

llamado “constitucionalismo” moderno es inseparable de los fundamentos ético-políticos del Estado de derecho. Los principios constitucionales desempeñan funciones distintas según la perspectiva con que se les contemple. Cuando un juez imparte justicia recurriendo a las normas vigentes en la sociedad, se dice que actúa *sub lege* (según leyes establecidas); éste es el aspecto funcional del Estado de derecho y, por cierto, el que tomado de manera aislada conduce a la ilusión positivista de la plena autonomía de las leyes. Pero cuando un legislador participa en la definición de los principios constitucionales que habrán de valer como normas generales de justicia para la sociedad, se dice que actúa *per lege* (promulgando leyes).²⁵ En el primer sentido, una Constitución se opone a la costumbre y la arbitrariedad como normas colectivas y establece principios generales y abstractos; en el segundo, una Constitución expresa el principio de soberanía ciudadana como fuente del derecho en oposición al despotismo.

Históricamente, las Constituciones pueden, también, ser legítimas o ilegítimas, pero la corriente llamada “constitucionalismo” sólo acepta como legítimas aquellas vinculadas a un proceso democrático. En efecto,

[...] la democracia es el principio legitimador de la Constitución, entendida ésta no sólo como forma política histórica [...] sino, sobre todo, como forma jurídica específica, de tal manera que sólo a través de ese principio legitimador la Constitución adquiere su singular condición normativa, ya que es la democracia la que presta a la Constitución una determinada cualidad jurídica, en la que validez y legitimidad resultan enlazadas.²⁶

La democracia como método de elección de gobernantes no se limita, entonces, a regular el cambio sistemático y pacífico de quienes ejercen el gobierno representativo, sino que, entre otros resultados, permite la institucionalización jurídica de los principios y valores políticos democráticos. Las normas constitucionales derivan por

²⁵ Cfr. N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, ed. cit., pp. 203-204.

²⁶ Manuel Aragón, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 27.

ello su justicia del método que las ha hecho posibles: la decisión o soberanía ciudadana expresada por medio del principio de mayoría. Si se olvida esta conexión fundamental, se olvida también que la democracia es el único recurso que permite la reforma y el perfeccionamiento de las normas jurídicas por una vía pacífica y racional.

No debería, por ello, asombrar que sostengamos que el derecho es un fenómeno politizado, es decir, que pese a su autonomía y capacidad de transformación interna, es alimentado y reformado por los procesos políticos. Pero esta relación con la política no reside sólo en su origen, sino también en las consecuencias que genera. En palabras de Carlos Santiago Nino,

El derecho aparece, así, como un fenómeno politizado, ya que su incidencia en las razones de conducta y en la transformación de materiales jurídicos en proposiciones normativas depende del consenso alcanzado a través del proceso democrático.²⁷

En efecto, si bien las Constituciones son un resultado de debates, luchas y cambios sociales, han podido en nuestra época convertirse también en recursos para plantear demandas políticas y definir las estrategias de los grupos políticos bajo un horizonte democrático.

9. POLÍTICA Y LEY: EL DILEMA DE LA LEGALIDAD Y LA LEGITIMIDAD

Una muestra clara de la vinculación entre la experiencia política de las sociedades y la definición de los sistemas jurídicos que las rigen está en las distintas declaraciones de derechos que el pensamiento liberal-democrático ha generado. Consideremos brevemente las más importantes.

En 1776, la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América*, resultado de la Guerra de Independencia de las colonias inglesas de Norteamérica, establecía como verdades evidentes que “todos los hombres nacen iguales y que su creador los ha dotado de ciertos derechos inalienables entre los que se encuentran la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad”.

²⁷ Carlos Santiago Nino, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994, p. 188.

Continuaba afirmando que “Los gobiernos son instituidos para asegurar estos derechos, [que] su poder deriva del consentimiento del gobernado, [y que] un gobierno que pretenda destruir estos derechos puede ser abolido por el pueblo”. La *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* de 1789, que expresaba las convicciones políticas que guiaron la primera etapa de la Revolución francesa, defendía la soberanía popular y garantizaba los derechos individuales de libertad, igualdad y propiedad. Ambas fueron, en ese sentido, aspiraciones colectivas encauzadas por un movimiento político y plasmadas en manifiestos de claro tono liberal. Ciertamente, estas declaraciones no fueron un sustituto de las Constituciones que habrían de dictarse en sus respectivos países, pero sí definieron los ideales colectivos y las exigencias de los grupos políticos en ascenso, los que habrían de convertirse en leyes fundamentales.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de las Naciones Unidas,²⁸ de 1948, incluye principios

como los contenidos en el artículo 3o. (“Todo individuo tiene derecho a la vida, libertad y seguridad de su persona”) o el 5o. (“Nadie estará sujeto a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes”), que revalidan la larga tradición de los derechos liberales concebidos ahora como derechos humanos; sin embargo, artículos como el 22 (derecho a la seguridad social) o el 23 (que establece el principio de igual salario por igual trabajo), incorporan demandas sociales que sólo pueden ser concebidas como una superación de los principios liberales y como un reconocimiento del estatuto de derechos humanos a demandas de justicia social. Si revisamos los artículos fundamentales de las Constituciones de países como Alemania o España, encontraremos que algunos derechos sociales han sido incorporados a los fundamentos del orden estatal mismo y garantizados por la acción gubernamental. El modelo expresado por esta declaración de la ONU y recogido constitucionalmente por distintas legislaturas se define bajo la forma de Estado social de derecho.

Es difícil, si no imposible, establecer un patrón que describa el modo en que las demandas políticas y sociales

²⁸ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, ONU, 1948.

adquieren estatuto constitucional y, en un momento dado, redefinen la idea de estructura legal básica de una sociedad, pues no se trata de un movimiento mecánico, sino de un complejo proceso político que incluye presiones, movilizaciones, debates, tácticas de desobediencia civil, movimientos de huelga, acuerdos, renuncia a demandas originales y aceptación de nuevas metas, redefinición de las identidades políticas, etc. Sin embargo, el elemento constante de este proceso es la vigencia de un espacio legal común que permite que los disensos y las oposiciones al orden establecido se transformen, a la postre, en elementos de fortalecimiento y cambio regulado del sistema social, e incluso del propio Estado de derecho. En suma, la continuidad del orden legal democrático depende de su capacidad para encauzar la oposición y el disenso razonable de sus detractores y, con ello, fortalecerse como principio racional de convivencia.

El Estado de derecho es, así, la forma privilegiada en que se expresa la legitimidad de las sociedades modernas. Según el sociólogo alemán de principios de este siglo Max Weber, las sociedades

premodernas se caracterizaban por que el consenso formado alrededor de sus gobernantes no podría haber sido calificado de racional. El poder tradicional era legitimado por el respeto a las costumbres de un orden establecido o por el carisma del líder en una relación personal con los gobernados. Por el contrario, la legitimidad del Estado moderno reposa exclusivamente en un ejercicio del poder de acuerdo con normas generales y abstractas.²⁹ Esta forma de Estado posee, a diferencia de sus antecesoras, una definición racional y legal. Pero debe recordarse que la legitimidad es la expresión política de la aceptación ciudadana de las instituciones públicas. En este sentido, la legitimidad del Estado de derecho depende, en última instancia, de la voluntad de los ciudadanos de mantener y utilizar sus instituciones legales. Como dice un agudo comentarista de Weber:

La legitimidad del Estado moderno se basa en su legalidad. Sin embargo, la legalidad implica algo más que la concordancia del poder estatal con un orden jurídico vigente. La legalidad sólo

²⁹ Cfr. Max Weber, *Economía y sociedad*, FCE, México, 1988.

puede generar legitimidad si se supone ya la legitimidad del orden jurídico. La noción de *legitimidad* implica que ese orden jurídico es reconocido como válido y que, de hecho, es utilizado por los miembros de la sociedad para coordinar sus acciones.³⁰

Por ello, el Estado de derecho no es una estructura legal inmutable. Depende, para su conservación y reforzamiento, de la acción ciudadana. En ello radica su fuerza y también su debilidad. En ello reposa su pasado y su vulnerabilidad a los desafíos del futuro.

³⁰ Enrique Serrano Gómez, *Legitimidad y racionalización*, Anthropos-UAM, Barcelona, 1994, p. 277.