

EL ESTADO DE DERECHO COMO MODELO POLITICO-JURIDICO

Tulio El Chinchilla
Profesor Universitario
Universidades: UPB y
U. de A.

“No corras tanto. Ignoro a qué pueda deberse, pero nunca he visto una máquina que, perfecta en la descripción de los filósofos, resulte igual de perfecta en su funcionamiento mecánico” (El Nombre de la Rosa, Umberto Eco).

1. SIGNIFICADO DE LA EXPRESION “ESTADO DE DERECHO”

En la teoría política y en el Derecho Político, “Estado de Derecho” significa un modelo o tipo de organización del aparato de poder público soberano, una determinada manera de estructurar jurídica y políticamente la maquinaria institucional del Estado de acuerdo con unos valores, unos principios e instrumentos técnicos a los cuales se pretende dar realidad en la mayor medida posible.

Se trata del Estado de Derecho democrático-liberal; se trata de la democracia liberal de originaria inspiración burguesa cuyos fundamentos ideológicos y elementos esenciales fueron elaborados o construidos al calor de las grandes revoluciones liberales de Inglaterra, Estados Unidos y Francia durante los siglos XVII, XVIII y XIX (1).

No es una estructura neutra o despolitizada cuya presencia pueda ser registrada en todo poder estatal jurídicamente organizado y eficaz que asegure un orden social. No basta con que el Estado chileno cree y aplique un orden jurídico racionalizado (con constitución, legislación, reglamentos, sentencias, etc.) para predicarse allí la existencia de un Estado de Derecho (2). Este modelo jurídico-político traduce a veces una concepción ideológica y política. No obstante, poco a poco, tal concepción ha devenido en valor universal por haber aportado a la humanidad ciertos principios y axiomas considerados hoy insoslayables por nuestra Cultura Occidental (3).

2. APROXIMACION AL CONCEPTO

En líneas generales podría decirse que el Estado de Derecho es el modelo o tipo de organización estatal en la cual el poder de los gobernantes se halla sometido a un manojito de controles, límites y cortapisas, articulados coherentemente en aras de lograr un gran objetivo: Poner a salvo las libertades, derechos y la seguridad individuales frente al poder soberano mismo y, sobre todo, frente a él. Esta es la quinta esencia de la utopía demoliberal ("utopía" en sentido descriptivo no peyorativo).

Dicho de otra forma, es un conjunto articulado de dispositivos institucionales, políticos y de opinión, del cual se pretende sirva o funcione como coraza protectora del individuo contra el poder público. Ello está ligado a una serie de técnicas que buscan limitar, controlar, airear (hacer lo más público posible) el ejercicio del poder aún hasta en los móviles subjetivos de quien toma la decisión obligatoria; que buscan minimizar el enrarecimiento, el desbordamiento y el abuso de la autoridad pública.

Con el Estado de Derecho se espera -ingenuamente o no- poner un bozal al poder para que éste no muerda o no muerda tan fuerte a sus dueños o beneficiarios los ciudadanos (sobre todo los contribuyentes y los propietarios) (4). Así, entonces, el poder político debe quedar encerrado en unas exclusas que lo contengan: derecho positivo; y el individuo con unas garantías o resguardos a su disposición ("safeguards") para ser accionados contra el poder, en forma legitimada; por todo lo cual, se supone, se sentirá ese individuo bastante seguro (él y sus bienes).

Es, pues, el Estado Garante, en cuyo contexto la misión, fin y justificación del aparato gubernamental es la protección de derechos y bienes de los sujetos miembros del grupo social. El Estado no es un fin en sí mismo (esencia de cualquier totalitarismo) sino un medio o instrumento para unos fines (5). El Estado como representante del todo colectivo debe cuidar eficazmente de la comunidad pero

simultáneamente debe ser garante de derechos particulares, y, aún en ciertos casos límites, tiene que sacrificar la eficacia para sacar adelante la garantía (6).

Como se ve, el Estado de Derecho alude a una forma específica ideal de relacionarse el Estado, como organización soberana de control social, con la sociedad civil, sin que ésta se diluya en aquel, conservando estas prerrogativas frente a aquel, aseguradas por ciertos mecanismos jurídicos-fácticos. Pero no puede confundirse el Estado de Derecho con la sociedad perfecta soñada por muchos como fórmula para satisfacer todas las necesidades humanas y establecer así el reinado de la felicidad total. Antes y con posterioridad a él, la mente humana a construido modelos de organización social, con otros y, tal vez más profundos ideales de justicia, igualdad, etc.

Como modelo ideal que es, el Estado de Derecho se da en grados, se realiza más o menos dentro de cada régimen socio-político concreto así, funciona en grado aceptable y bastante cercano al modelo ideal en los países industrializados occidentales que vienen a ser el punto de referencia. Probablemente, como lo plantea Duverger, la democracia liberal supone para su auténtico funcionamiento de unas premisas socio-económicas y culturales, es decir, un alto grado de desarrollo que hoy solo ha sido logrado en un número reducido de países (7).

Por obra y gracia de tal condicionamiento de las premisas socio-económicas sobre las formas políticas, el Estado de Derecho tiene muy poco significado para una población depauperada y marginada del Tercer Mundo o, aún, para la de los "guethos" de Harlem. Dicho de otra manera: Se exige que en el seno de la sociedad los fuertes choques entre las clases o sectores sociales hayan sido suavizados o postergados mediante una cualitativa elevación de los niveles de consumo y confort de las clases sociales no poseedoras de los medios de producción, y cuyos más destacados elementos individuales encuentren posibilidades reales de movilidad social. En las sociedades tradicionales de estructura patriarcal, por el contrario, el poder económico y político (y aún las habilidades y profesiones) se transmite por herencia a través de la familia, de tal manera que la movilidad social es bajísima o nula.

3. PRINCIPIOS IDEOLOGICOS Y POLITICOS QUE SIRVEN DE BASE AL ESTADO DE DERECHO.

Son los principios filosófico-políticos de la concepción liberal del Estado, elaborados al fragor de las luchas contra las formas de monarquía absoluta. Este contexto histórico enmarca los siguientes principios:

3.1 EL INDIVIDUO como valor central a desarrollar, piedra angular de la sociedad. El individuo-persona humana individual-constituye un valor en sí mismo, el más alto de la jerarquía ética. El individuo

es el centro, lo explica todo: La sociedad es un agregado de individuos, ellos la crean. Tal es el concepto y visión de la sociedad civil propuestos en Locke y Rousseau. Así, el Estado nace y se justifica para la protección del individuo, para proteger y salvaguardar los derechos y libertades naturales e inalienables de la persona humana individual (8).

3.2 La libertad y la igualdad naturales son el axioma básico: "Los hombres nacen libres e iguales..." es la frase con que empiezan el CONTRATO SOCIAL de Rosseau y la Declaración Universal de Derechos de 1789 en su Art. 1; frase que hoy suena a lugar común pero que en su época significaba dejar sin piso teórico y ético al sistema de privilegios monárquicos y aristocráticos del Antiguo Régimen.

La libertad individual es la regla general, toda restricción de esa libertad es una excepción a esa regla, que sólo la Ley del Estado en aras a la garantía de la de todos puede establecer. Lo normal es que el hombre "ande" suelto y sin muchas trabas a su libertad natural (tal como vivía en "Estado de naturaleza", pensaba Rousseau). De allí que para los particulares rija el adagio según el cual: Todo lo que se halle expresamente prohibido se entiende permitido (tal como se puede inferir del Art. 20 de la Constitución de Colombia en su primera parte). (9).

3.3 La soberanía del Pueblo-Nación. Como derivación inmediata del principio anterior (3.2) de la igualdad natural y ética de todos los hombres dejaba desjustificado el andamiaje de la sociedad aristocrático-monárquica, herencia del feudalismo, cuya estructura estamental compuesta por estratos superiores e inferiores según la sangre o la cuna, validaba que unos mandaran y otros obedecieran.

Los revolucionarios liberales hubieron de construir un nuevo sistema de legitimidad política y social que validará el hecho social de que alguien se imponga sobre los demás y pueda mandarlos. ¿Cuál es el fundamento para que -si todos somos iguales- unos gobiernen sobre los demás? Porque -si soy libre- estoy encadenado a los mandatos de la autoridad?

¿Cual es el criterio diferenciador entre quien ostenta legítimo derecho o justo título para gobernar e imponer un orden legal, y el simple usurpador del poder que sólo se sustenta en la fuerza? La respuesta es todo un discurso racionalizado, como racionalista era la estirpe intelectual de sus autores; y tal respuesta es la siguiente: Sólo el consentimiento expreso y claro de los gobernados como pueblo (inicialmente) o como Nación (después) puede legitimar la autoridad pública. Si el soberano es la masa de ciudadanos que integran un grupo o comunidad: Pueblo; si el soberano es ese conglomerado de personas integradas orgánicamente en un todo colectivo e histórico: La Nación, sólo la norma que directamente o indirectamente de tal

soberano brote, y solo el gobernante que del soberano haya recibido su investidura, pueden legítimamente imponer deberes y prohibir conductas en el interior de una comunidad. Solo desde tal instancia es válido restringir la libertad, solo desde ella se crea el derecho obligatorio, la Ley.

El problema siguiente es el de saber cómo se verifica la expresión de esa voluntad del Soberano Pueblo o Nación, y aquí es donde se bifurca el discurso en dos interpretaciones distintas:

3.3.1 La voluntad soberana es la voluntad general surgida a través del sufragio universal de todos los ciudadanos. Cuando la unanimidad no es posible, la fórmula aritmética de la mitad más uno o mayoría absoluta resuelve el problema político (lo cual le parecía horroroso al poeta Borges, pues, entonces "la democracia no es más que un abuso de la estadística").

Además, la decisión soberana en manos del pueblo como conjunto de ciudadanos no podía ser delegada. Y si por razones prácticas (excesivo número de ciudadanos) no fuera posible tal democracia directa, la única posibilidad alterna aceptable sería la elección de mandatarios sobre los cuales los electores mantuvieran un permanente y estricto control, dándoles instrucciones, pudiendo revocar el mandato y exigiendo rendición de cuentas al término del mismo. En todo caso el Pueblo se reservaba la toma directa de las grandes decisiones comunitarias a través de mecanismos de consulta popular (referendos). De esta guisa, el Pueblo no delegaba la Soberanía.

3.3.2 La voluntad soberana de la Nación es expresada por los representantes auténticos de ella, como quiera que ella es una persona colectiva o moral y no puede manifestarse directamente. Porque si la Nación, como soberano, es ese todo colectivo-ente abstracto distinto a los ciudadanos sumados y en ese todo se sintetizan los intereses y aspiraciones de todos, tanto de mayorías como minorías, entonces debe ser un selecto cuerpo lúcido, representativo de esa colectividad, quien tome las decisiones interpretando fielmente a la Nación. El electorado, compuesto por los ciudadanos útiles y hábiles para mejor pulsar las conveniencias nacionales, cumplirán, a través del sufragio, **la función de legitimar** esos individuos elegidos cada cierto período de tiempo, pero sin que haya ningún otro tipo de vínculo entre el elector y el elegido. Así se justificó el sufragio restringido (sólo para alfabetas o boyantes propietarios), y la delegación de la soberanía hacia los cuerpos representativos electivos del Estado (10).

La ideología de la legitimidad codificada en la Constitución de Colombia viene a ser una mezcla ecléctica de esas dos interpretaciones, tal como se observa en los Artículos 2, 105, 171, 179 y 201, con predominio de la segunda sobre la primera. Esta mejor, apenas matiza a aquella.

3.4 **La desconfianza frente al poder.** Por el prepotente y, al tiempo, decadente enemigo inicial al que se enfrentaron, los liberales asimilaron una actitud de recelo respecto al poder en general. "El poder corrompe, y el poder absoluto corrompe absolutamente" es el apotegma de Lord Acton que comprime elocuentemente la actitud de quienes suspicazmente creen que "nadie gobierna inocentemente". El poder tiene un sello demoníaco que se traduce en una inevitable proclividad morbosa hacia el abuso, todo ello con menoscabo de la libertad y los derechos individuales.

3.5 **El pluralismo relativista:** El principio filosófico-racionalista del relativismo y el principio de tolerancia en materia religiosa confluyeron en el PLURALISMO POLITICO, pieza clave de la doctrina. El pensamiento liberal debe bastante al Protestantismo en este punto. En efecto, cuando Martín Lutero se atreve a cuestionar y desconocer la hasta entonces infalible autoridad papal de pronunciar dogmas irrefutables en materia de fe (pronunciamientos ex-cátedra), se ha roto la dogmática unidad del cristianismo europeo y se ha abierto el camino para una nueva filosofía para la cual no existen verdades absolutas e indiscutibles y, menos aún, pueden existir autoridades terrenales para dictarles. Pero, al mismo tiempo, se erige una nueva autoridad: LA RAZON y su instrumento: EL LIBRE EXAMEN RACIONAL como único criterio de verdad para hallar lo válido en sus diferentes versiones de lo correcto, lo bueno, lo justo, etc.

En el escenario histórico de las más crudas persecuciones y guerras religiosas, el racionalismo aportó una propuesta: El principio de la TOLERANCIA. Y lo que inicialmente se predicó para los asuntos religiosos, fue trasladado al campo de las luchas por el poder, a la política, surgiendo de ese modo el axial principio del PLURALISMO POLITICO (11). Así entonces, se torna no sólo deseable sino necesaria la libre confrontación de ideas opuestas, el debate y la crítica entre concepciones antagónicas, entre opciones políticas diversas, como la gran regla de oro para la aireación y la desintoxicación permanente del sistema de poder establecido. Aparece indispensable la competencia partidista en las elecciones, en el órgano legislativo para que haya garantía de buenas leyes, en el esquema gobierno-oposición. Todo lo cual exige como marco indispensable un gran espacio para la opinión divergente, una garantía de respeto por el contrario, es decir, una auténtica LIBERTAD DE OPINION Y EXPRESION garantizada desde y por el poder estatal.

4. ELEMENTOS INTEGRANTES DEL MODELO POLITICO-JURIDICO DEL ESTADO DE DERECHO

Con la intención de enumerarlos exhaustivamente, podemos decir que los siguientes son los elementos que conforman el modelo político-jurídico de una Democracia Liberal, tal como fué concebido en su más acabada elaboración entre 1870 y 1918 (12). Se insiste

en su naturaleza de MODELO cuya vigencia real varía según la realidad político-institucional. En algunas de ellas no será más que una máscara que escamotea otra estructura de poder no tan presentable, un valor de referencia teórico, un discurso justificativo.

- Constitucional formal, normativa y limitativa
- "Principio de legalidad"
- Separación de poderes o sistema de controles interorgánicos.
- Recursos y Acciones de los particulares como medios para corregir los actos gubernamentales desviados.
- Consagración solemne de los derechos y libertades fundamentales y su garantía mediante mecanismos legislativos, administrativos y judiciales.
- Procedimientos electorales competitivos y confiables para proveer principales autoridades.
- Opinión Pública activa y fuerte.

De estos elementos la mayoría son de naturaleza institucional, estructuras predominantes jurídicas. La opinión pública, en cambio, acusa una existencia fáctica en lo fundamental, aunque algunos de sus niveles pueden estar jurídicamente encuadrados. Todos ellos constituyen un sistema de medios de control y limitación del aparato del poder público. ¿En qué medida lo son eficazmente? ¿En qué medida el poder se somete a la camisa de fuerza que el modelo en descripción lo pretende? Estos son interrogantes que la ciencia política empírica debe abordar y resolver. De los siete elementos estructurales del modelo debemos advertir su indisoluble interdependencia. Ellos se articulan coherentemente buscando formar un todo armónico, de tal manera que la ausencia de uno de ellos incide directamente de los demás. Así, por ejemplo, la Constitución formal es fundamento del principio de legalidad; la vigencia plena de ambos está ligada a la existencia y funcionamiento de acciones y recursos en manos de los particulares para impugnar y corregir los actos torcidos del gobernante; de igual manera, sin derechos y libertades civiles no se concibe la opinión pública; como también ésta última juega el papel de garante y esfuerzo para el funcionamiento de todos los demás; el derecho positivo puede frenar al gobernante sólo si la opinión pública está vigilante y activa.

4.1 La Constitución. El vocablo "constitución" en las ciencias sociales de hoy -y el derecho es una ciencia social- admite varios significados según el papel o la función que el concepto esté llamado a cumplir en cada discurso, el cual, a su vez, se vincula a una práctica social determinada (13).

Al interior del saber o saberes de los juristas se maneja un concepto racional-normativo del término "Constitución". El concepto jurídico de constitución responde a la necesidad de los abogados-jueces y litigantes- de encontrar la norma válida para justificar la solución a un caso concreto. Por ello, dentro del discurso jurídico, "Constitución" significa un conjunto de normas fundamentales que hacen las veces de reglas básicas de un orden jurídico, norma o normas límites donde terminan las cadenas normativas de un sistema de derecho positivo (14).

Sin embargo dentro del concepto jurídico (Constitución como norma), los juristas distinguen la Constitución en sentido material de la Constitución en sentido formal según se haga énfasis en su contenido o en su forma externa. Cuando hablamos del grupo de normas jurídicas que regulan la organización y funcionamiento de los poderes básicos del Estado, sea que tales normas se hallen escritas o contenidas en costumbres, sea que encuentren codificadas en leyes orgánicas, en leyes comunes, en decretos legislativos, etc., nos referimos a la Constitución del Estado X en sentido material.

Constitución en sentido formal es el documento o escrito solemne, sacralizado, revestido de cierta aureola consagratoria que recibe el reconocimiento oficial de Carta Fundamental, de estatuto del poder, dentro de un Estado X. Este documento, tiene un sujeto autor calificado: El poder constituyente; es proclamado y enmendado por un procedimiento formal especial (asamblea constituyente, referendo, etc.); y él pretende-generalmente sin éxito pleno-reunir codificadamente todas las reglas básicas sobre el funcionamiento del poder público.

El Estado de Derecho exige una Constitución en sentido formal. Paradójicamente Inglaterra, cuna del liberalismo y uno de los paradigmas de realización del modelo, no la posee, pero en cambio, tiene un sistema de costumbres constitucionales arraigadas y vinculantes con tanto mayor poder moldeador de la conducta del sujeto de poder que cualquier constitución escrita hoy vigente. Pero, precisamente, este caso atípico ilustra sobre el rol que la Constitución está llamada a cumplir dentro de la democracia liberal. Tanto la escritura, las formalidades de su proclamación y reforma, como la aureola de dignidad y respetabilidad tiene como propósito, consciente o inconsciente, producir el efecto ideológico de su aceptación, su acatamiento y la inhibición de las tendencias a su trasgresión por los gobernantes de turno, amén de servir como factor legitimador (o deslegitimador). Todo esto pareciera imitar las pautas del derecho privado: El papel de la escritura pública. Mutando lo mutable, la Constitución es la escritura pública donde se guardan las cláusulas políticas del gran contrato social de una comunidad políticamente organizada.

La Constitución (con C mayúscula) tiene dentro del Estado de Derecho las siguientes funciones:

Ser criterio de legitimación de los procederes gubernamentales, y, al tiempo, servir como límite al poder. De hecho la obligatoriedad formal de una Carta no impide totalmente el abuso, la extralimitación, etc. "pero si puede -dice Jennings- mediante la fijación de los poderes y su extensión, hacer una distribución de autoridad que por lo menos haga difícil un ejercicio arbitrario del poder, y sí puede dar suficiente precisión a los poderes para que se haga evidente cualquier extralimitación injustificable de ellos" (15). La Constitución sirve como esquema cierto para confrontar la actuación del gobernante y evaluarla como legítima o ilegítima. Aparentar legitimidad es una imperiosa necesidad de todo poder social, y por tanto, la Constitución se impone como límite y marco al gobernante. A pesar de todo, no es bueno ser excesivamente optimista respecto a la fuerza de contención que ese dique posee efectivamente: De todos modos el discurso jurídico es, en gran medida, una cierta retórica armentativa para justificar o desjustificar conductas a la luz de ciertas pautas o parámetros. Y ese discurso admite siempre "salidas" e "interpretaciones" sustentadas en el espíritu de la norma, en la equidad, en un principio universal de derecho, etc. Queda tal vez, la esperanza de que algunas situaciones límites y algunas aberrantes desviaciones no admitan presentación alguna dentro de la retórica justificativa del derecho y la jurisprudencia. Y, tal vez, sea allí donde radique la capacidad de control de una Carta Constitucional: Poner en evidencia la desverguenza.

Para que la Constitución sea un LIMITE al poder debe tener el carácter de "normativa" según el sentido que KARL LOWENSTEIN dá a esta expresión: Aquella Constitución que moldea al poder, que sirve como marco dentro del cual discurre el poder político porque los sujetos de éste se sienten vinculados por ella. Distinta a la "Constitución nominal" cuyas cláusulas teóricamente vírgenes son letra muerta pues la realidad del poder dista mucho de acomodarse a sus cánones; es una mampara que esconde otra realidad. Y distante de la "Constitución Semántica" cuyas normas coinciden con la realidad del poder, pero no porque esta sea moldeada por aquellas, sino porque la Carta es la expresión formalizadora a posteriori de una situación fáctica de poder ya montado y consolidada. En este último caso, la Constitución sólo contiene cláusulas permisivas o de autorización al gobernante o ideales programáticos dejados a la buena voluntad oficial pero pocas o ninguna limitación precisa de las órbitas de competencia pública (16).

Esa constitución deseable al modelo demo-liberal debería ser RIGIDA, es decir, sólo modificable por un procedimiento más complejo que la expedición de la ley ordinaria. Además, debería contar con mecanismos de supremacía eficaces. Estas exigencias resaltan la jerarquía máxima de la Constitución y la sujeción que a ella deben todos los órganos del Estado INCLUYENDO AL PROPIO CUERPO LEGISLATIVO.

4.2 El Principio de Legalidad. Es una continuación a otros niveles de la institución anterior (4.1 la Constitución). Es el principio de la sumisión de toda, absolutamente toda -en principio- la conducta oficial a la norma jurídica preestablecida. No es otra cosa que la aplicación de la racionalidad jurídica, de la jerarquización normativa de estilo piramidal y kelseniano al comportamiento institucional del poder. Se trata del intento de abozalar al poder mediante la norma jurídica. Este es el núcleo central -o el mito- del derecho público, según el cual toda expresión de poder o autoridad en el Estado es una manifestación jurídica y, por tanto, jurídicamente condicionada por otra norma superior, a excepción del poder constituyente primario. Con palabras de la Corte Suprema de Justicia de Colombia podríamos afirmar: "Es un Estado de Derecho todo poder es una simple competencia jurídica. Esto es, una facultad conferida expresamente en una norma, delimitada en su contenido por la misma disposición y condicionada por ella en cuanto a sus fines, a la oportunidad y circunstancias para ponerla en acto, así como a los procedimientos y formas para que su ejercicio sea regular.

"Y esto es así, porque el Estado de Derecho no es otra cosa que la pretensión de racionalizar el ejercicio del poder político sometiendo a una previa planificación y previsión normativas..." (17).

El sometimiento de los gobernantes al derecho positivo se traduce en control sobre el comportamiento del poder al compelerlo a ser necesariamente público e institucional, y, de esta guisa, forzándolo a ser susceptible de predicción como garantía relativa de seguridad al gobernado, obligándolo a mostrarnos hasta los recónditos móviles de la decisión oficial (18).

En su más rigurosa aplicación, este principio exige que todo acto del órgano del Estado debe tener un referente jurídico previo, un sustento normativo expreso que le brinde justificación legitimadora (de todas formas es un mecanismo ideológico que funciona socialmente). De allí se deriva, entonces, el principio de las competencias expresas y restrictivas según el cual toda competencia debe constar en texto normativo expreso, inequívoco, quedando proscritas las competencias implícitas o las inferencias de las mismas por analogía, etc. Al órgano público le está prohibido todo lo no explícitamente autorizado. La Constitución colombiana reza en los Artículos 20 y 63 (19).

Aquí debemos recordar lo observado a propósito de la Constitución como limitante de la arbitrariedad del poder. La vigencia del principio de legalidad, aunque la normatividad logre un carácter altamente vinculante para el agente del poder estatal, no es una garantía absoluta de seguridad, dado que la norma jurídica no constituye una fórmula unívoca que admita una interpretación totalmente objetiva. Por el contrario, la regla de derecho sólo le ofrece al órgano encargado de

aplicarla un marco abierto a varias, disímiles e indeterminadas interpretaciones. Será entonces el juez, el órgano ejecutivo, etc., quienes mediante un acto de voluntad -y no sólo de razón- darán contenido a ese marco abierto e incompleto que es la ley, la norma superior en general (20).

Por ello la jurisprudencia no es uniforme, cotidianamente cambia el criterio interpretativo, lo cual relativiza la deseada seguridad jurídica (21).

Por otra parte, las situaciones de "anormalidad constitucional", los estados de excepción y ciertas franjas de "competencias discrecionales" -es decir no regaladas- de los poderes ejecutivo-administrativos son indudablemente una brecha al principio de legalidad en cuanto sustraen a importantes esferas del ejercicio del poder del reinado del derecho (rule of law) y las pone bajo el mero capricho del gobernante. A pesar de todo, parece inevitable la existencia institucional de tales circunstancias y poderes excepcionales como mecanismos "in extremis" de defensa del Estado. Entonces, parece que en tales situaciones excepcionalmente anormales, inevitablemente el valor seguridad estatal y eficacia policivo-militar prevalece sobre el valor, garantía ciudadana y seguridad jurídica, el valor "orden" priva sobre el valor "libertad individual", pues lo que se está jugando allí es la existencia de la sociedad misma, políticamente organizada (22).

4.3 La Separación de Poderes

4.3.1 Concepto: Se busca evitar la concentración del poder y el desbordamiento arbitrario en su ejercicio, en cuanto tales tendencias connaturales al gobierno -de todo gobierno aún el más virtuoso- representan la mayor amenaza para las esferas de derechos y libertades de los particulares. El método para lograrlo consiste en fraccionar el poder, dispersando sus palancas y recursos en varios sujetos de poder, en varios órganos; hacerlos relativamente independientes en su conformación y ejecución de tareas y -ante todo- establecer entre ellos un complejo de frenos y contrapesas para su recíproco control.

Se trata de una estratagema política con fines garantes y no de un esquema organizativo técnico con pretensiones de maximizar la eficacia del control social. Se trata conscientemente de debilitar y no de robustecer la potencia pública sobre los particulares. Es un principio político garante antes que una racionalización empresarial de tareas.

Aunque la concepción pristina del siglo XVIII fué superada al construir y llevar ese modelo institucional a la práctica, aún hoy sigue plenamente vigente en su espíritu y en uno de sus dos aspectos, según lo veremos:

4.3.2 La superación se observa en cuanto al pretendido equilibrio e independencia total de los "poderes" y en cuanto a la naturaleza de las funciones que (en forma absolutamente separada) ellos habrían de cumplir:

4.3.2.1 El modelo demo-liberal aunque exige la distribución de las tareas del Estado en diferentes titulares no los ve ya como "poderes" -se piensa que el poder es uno e indivisible- sino como órganos o complejos de órganos, a lo sumo como "ramas del poder público" (Art. 55 de la Constitución Política de Colombia). El modelo, igualmente, plantea una relativa independencia entre tales órganos o ramas del Estado en el sentido de que no debe haber vínculos de jerarquía entre ellas, pero se acepta que haya ciertas intromisiones y colaboración en su integración o conformación (por ejemplo, los jueces de la Suprema Corte comunmente son designados por el Presidente de la República o por las Cámaras legislativas; el Parlamento obliga a dimitir al gabinete). Sin embargo se exige la plena independencia de cada rama al cumplir la función asignada (sin presiones de otra).

4.3.2.2 En lo relativo a cuáles son y qué funciones desempeñan esos distintos órganos, ya no se considera que sean necesariamente tres y nada más que tres. El Estado contemporáneo no sólo legisla, ejecuta la ley y define jurídicamente el derecho, sino que desarrolla otras tareas no reductibles a las clásicas funciones del poder. Por eso, dejando atrás el fetichismo por el número tres (que puede estar ligado a misterios de naturaleza mística pero no política), se habla hoy de otras ramas como la fiscalizadora integrada por el Ministerio Público, los defensores de derecho, el Ombudsman, los auditorios públicos, etc.; se habla hoy de la rama electoral para designar el conjunto de organismos que, dotados de gran independencia funcional, se encargan de la preparación, montaje y operación de las elecciones, el escrutinio y la expedición de credenciales a los individuos electos (Consejo Nacional Electoral, Registraduría del Estado Civil, Delegados de la Registraduría, Comisiones Escrutadoras, Jurados, etc. (23); se habla hoy de la organización económico-empresarial del Estado en la cual el poder público asume la novedosa forma de gran fuerza productiva de la sociedad, dedicada a la exploración, explotación, transformación y distribución de bienes y servicios, en similares términos a los de un empresario privado y despojado así de los atributos de soberanía o prerrogativas del poder público que ostenta la autoridad ejecutiva tradicional. Se concluye, entonces, que no son sólo tres, sino muchas las ramas del Estado, tantas cuantas tareas diversas ésta acometa según la

circunstancia histórica lo vaya dictando. Los hechos y la experiencia son más fuertes que los esfuerzos de la retórica reduccionista encaminada a salvar el dogma trinitario del siglo XVIII.

Al respecto, vale la pena citar a Luis Carlos Sáchica, quien comentando el Art. 55 de la Carta Política Colombiana nos dice:

“Hay que advertir que hoy las funciones del Estado son múltiples y de más variada naturaleza y que, por tanto, la enumeración de las tres fundamentales que trae este Artículo es anacrónica” (24).

4.3.2.3 De otro lado, en el modelo válido para nuestros días, el principio de la separación rígida de funciones -cada rama una función y sólo esa- se halla totalmente superado. El esquema actual admite un cierto intercambio funcional que se advierte en las siguientes transferencias de funciones:

- Un ejecutivo legislador extraordinario, ya sea mediante facultades extraordinarias otorgadas temporalmente por el propio “legislador natural”, ya sea bajo situaciones de anormalidad constitucional o poderes de excepción.

- Un ejecutivo legislador ordinario, cuando por el fenómeno del Estado Administrador y tecnocrático (tecno-democrático dice Duverger), competencias cuyo contenido es y ha sido típicamente legislativo quedan vedadas a las Cámaras y pasan a ser esferas reservadas solo al Gobierno quien ejerce en tales materias una potestad normatizadora, cotidiana y propia, ya sea sin necesidad de ley (reglamentos autónomos), o dentro de un marco gaseoso de pautas abstractas que permiten infinitas variantes de decisión política (decretos reglamentarios de leyes cuadro) (25).

- Un juez que se ha convertido en “legislador negativo” e inclusive en un poder constituyente de anulación y convalidación, según calificaba Manuel Gaona Cruz la potestad de control constitucional sobre las leyes y actos reformativos de la Constitución por parte de la Corte Suprema de Justicia (26).

- Más que tener funciones perfectamente delimitadas, los órganos del poder se colaboran entre sí de manera armónica para el cumplimiento de sus tareas; por ejemplo el Gobierno participa activamente en la actividad legislativa del Congreso.

De toda subversión de la propuesta originaria de repartición, quien ha salido ganancioso es el ejecutivo (ahora también administrativo), pues ha sido él quien, por disponer de los recursos económicos, del manejo de la fuerza pública y de la dirección de los servicios públicos, se ha tornado en el gran mayordomo, en el gran “mánager” del aparto del poder público total, con los consecuentes

eclipsamiento y mengua de poderes reales para las otras ramas, primordialmente, para el legislativo quien en este reacomodamiento no ha recibido nada y casi lo ha perdido todo.

4.33 La creciente vigencia: si bien el principio de separación de poderes ha quedado atrás en los aspectos antes mencionados en 4.3.2 (poderes funcionalmente independientes y perfecto equilibrio entre ellos), en cambio toma cada día mayor fuerza y vigencia dentro del modelo de Estado de Derecho su concepción de los controles y frenos recíprocos entre los distintos detentadores de las potestades públicas. Hoy se les denomina técnicamente "controles interorgánicos horizontales", nutriéndose de la misma inspiración política. Así, verbi gracia, al tiempo que los parlamentos son cada día menos legisladores se tornan más vigorosamente fiscalizadores de la acción administrativa a través de los mecanismos del control político o parlamentario (debates y juicios de responsabilidad); por otra parte se robustece el poder del juez cuando, amén de la atribución tradicional de fallar casos concretos con efectos particulares, se les reconoce la facultad de control constitucional y contencioso-administrativo; se revitaliza la función fiscalizadora en manos de procuradores, fiscales, defensores de derechos, auditores, tribunales disciplinarios, etc. (27).

Esta tendencia de atizar los controles pareciera ser universal pues alcanza hasta regímenes de inspiración no liberal como China Popular y la Unión Soviética (28).

4.3.4 El principio de la separación de poderes cuando se refiere a las relaciones ejecutivo vs legislativo tiene dos maneras de aplicación ya clásicas en el derecho público:

4.3.4.1 El régimen parlamentario en el cual el parlamento posee importante control sobre el gabinete (presidido por el Jefe de Gobierno) mediante la Moción de Censura que obliga a la dimisión del equipo ministerial, para que el jefe de Estado (Rey o Presidente de la República) proceda a integrar un nuevo Gobierno (nuevo primer ministro y su nuevo gabinete).

Como contrapartida, el Jefe de Estado a petición del Jefe de Gobierno puede disolver al parlamento para que sea el electorado quien a corto plazo dirima el impase mediante la integración de un nuevo parlamento.

4.3.4.2 El régimen presidencial supone que el Presidente de la República (Jefe de Estado y de Gobierno) goza de una investidura propia, está a salvo de la censura parlamentaria, tiene un poder discrecional para integrar su equipo de "secretarios" o colaboradores inmediatos o sus agentes. Es exótica a esta estructura la disolución del Congreso de la República (no existe técnicamente un parlamento ni un gabinete).

De lo dicho se puede colegir que en el régimen parlamentario el principio de separación de poderes es aplicado con acento en los controles interorgánicos, en tanto que en el sistema presidencial se enfatiza el aspecto de la independencia orgánica y funcional de las dos ramas (29).

4.4 La garantía de los Derechos y Libertades Individuales

4.4.1 Consagración jurídica: El modelo demoliberal de Estado ha sido construido como un conjunto de dispositivos limitantes del poder del gobernante en aras a salvaguardar las esferas de derechos y libertades del hombre. Estos son la esencia y fin último del Estado de Derecho, y en un principio fueron consignadas en textos especiales que los enumeraban y proclamaban solemnemente, bajo el nombre de DECLARACION DE DERECHOS. Así, por ejemplo, la Declaración de Derechos de Virginia (1776), la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Paris, 1789). Luego las Constituciones de los Estados las incluyeron en su articulado, como parte de la codificación, y así, hoy todas las constituciones contienen inevitablemente el correspondiente catálogo o lista más o menos exhaustiva de derechos y libertades (parte dogmática) que el Estado se compromete a respetar y garantizar. Pasan a ser derecho positivo y no sólo "derechos naturales". Pero no basta con la simple enunciación para entenderse cumplido este requisito o elemento del modelo. No es suficiente la proclamación constitucional con palabras grandilocuentes para que exista una garantía individual. ¿Cómo evitar que los derechos y libertades individuales sean letra muerta o simples textos para mostrar a los turistas?

4.4.2 Garantías: Al respecto los constitucionalistas distinguen entre el derecho o libertad y la garantía del derecho o libertad, siendo lo segundo lo relevante para la existencia del Estado de Derecho pues aún los Estados con sistemas constitucionales autoritarios, monocráticos o dictatoriales se dan el lujo de exhibir flamantes catálogos de derechos y libertades. Cuando, en este contexto hablamos de GARANTIA DE DERECHOS Y LIBERTADES nos referimos a que, además de su proclamación constitucional, esas esferas de prerrogativas ciudadanas están protegidas o tuteladas efectivamente a través de un mecanismo práctico, un procedimiento específico que pueda ser puesto en marcha para contener la violación del derecho o libertad cuando todavía es tiempo para ello (30).

Es decir, de ningún valor son las llamadas "partes dogmáticas" si no se hallan complementadas por garantías específicas que puedan ser operadas. Y esas garantías específicas pueden consistir en las siguientes:

4.4.2.1 La orden perentoria del propio constituyente de que toda ley cuyo contenido vulnere directa o indirectamente el derecho o la libertad, sea dejada sin efectos por un mecanismo de control constitucional: Una acción pública, un recurso de excepción, etc. Generalmente ello ocurre cuando la norma constitucional emplea expresiones como: "Se garantiza la propiedad...".

4.4.2.2 La legislación ha desarrollado las normas constitucionales estableciendo procedimientos, recursos, acciones al alcance de los particulares para ser operados ágilmente rumbo a atajar la acción oficial violatoria. Es el caso del recurso procesal del Hábeas Corpus en el Código de Procedimiento Penal Colombiano, que desarrolla la garantía del Artículo 23 de la Constitución en cuanto al derecho de no ser detenido arbitrariamente (31).

Por el contrario, un derecho como el de la ASISTENCIA PUBLICA por parte del Estado a quienes no pudiendo exigirlos los otros carecen de medios propios para la subsistencia (Art. 19 de la Constitución de Colombia), si bien está consignado en la Carta Fundamental, se queda en el plano de loable ideal del constituyente, un valioso programa de gobierno para ser desarrollado legislativa y administrativamente según los recursos y voluntad política (32).

4.4.3 El carácter formal de los derechos y libertades. Generalmente se hace la afirmación del carácter puramente jurídico-formal de los derechos y garantías constitucionales a manera de gran acusación o cargo contra el modelo. A decir de los acusadores, ese carácter formal de los derechos y libertades individuales hace despreciable, nada digno de defensa al Estado democrático liberal de Occidente.

Tales aseveraciones tienen cierta dosis de verdad pero encierran una gran falacia. Es cierto que la libertad de desplazarse por el territorio nacional sin necesidad de salvoconductos o permisos-libertad de locomoción- tiene pleno significado para quien tenga medios económicos para ejercerla costeando sus viajes, pero poco valor para el peón de hacienda, adscrito a la tierra por el peso del trabajo y sus limitaciones adquisitivas. Una medida legislativa o administrativa que restringiese o negase tal libertad afectaría de hecho más al primero que al segundo.

Pero debería distinguirse claramente entre lo válido pero insuficiente de lo inútil o desechable. El carácter jurídico-formal de un derecho es ya de por sí una valiosísima protección cuando -como lo hemos registrado arriba- se plasma en una garantía jurídica y positiva establecida; ello constituye una gran conquista para el hombre, aunque debe completarse para ser óptima.

Además, la confusión radica en no tener claro la naturaleza del Estado de Derecho: Un instrumento para la defensa contra el poder. Esta fué su razón histórica, marcada en su origen eminentemente burgués. Desde luego, con él no se pretendía ni se puede pretender dar pan a los pobres, educar a los ignorantes, etc. El Estado de Derecho no es un programa socio-económico de reivindicaciones. No es una utopía social sino una audaz utopía política, aunque lo uno incida con lo otro (33).

4.4.4 Los derechos sociales y económicos. Precisamente, porque el Estado demo-liberal no resuelve las carencias y desequilibrios sociales y económicos han surgido nuevos modelos de organización estatal que dan cuenta tanto de la reivindicación político-jurídica como de las legítimas aspiraciones de las clases no poseedoras de la riqueza en su lucha histórica por alcanzar un status digno de existencia material y cultural. Y esa nueva categoría de derechos denominados "sociales", aparecida en las Constituciones posteriores a 1919, es la respuesta a las grandes tensiones y abismos socio-económicos que las estructuras político-institucionales liberales no podían resolver. Así, surgen entonces, el derecho al trabajo y su especial protección por las autoridades (Art. 17 de la Carta Colombiana), el derecho garantizado de la huelga (Art. 18), etc.

Con ello estamos frente a la modificación sustancial del modelo liberal -sin destruirlo- o frente a un nuevo modelo surgido por superación dialéctica del anterior; a este nuevo modelo lo llaman el ESTADO SOCIAL DE DERECHO, y corresponde a una visión social, a unos nuevos valores y a unos distintos intereses en juego; retoma el Estado Liberal y democrático de Derecho, lo reivindica pero lo supera (34).

Las diferencias entre los derechos individuales tradicionales y los derechos sociales son considerables: Los primeros consisten en una esfera de conducta frente a la cual el Estado debe abstenerse de intervenir, se le obliga al poder a una actitud de "no hacer", se trata de un "derecho-resistencia". Los derechos sociales, en cambio consisten en la facultad de reclamar o exigir determinadas prestaciones de parte del Estado que obliga a ésta a una actividad positiva de intervención activa en los asuntos privados, que lo comprometen a un "hacer" en términos de servicios públicos, subsidios, empresas económicas, etc., y aunque, en principio, se dice, las dos clases de derechos no son incompatibles sino complementarios, lo cierto es que un fuerte desarrollo de los segundos implica necesariamente el recorte y desconocimiento de los tradicionales derechos y libertades individuales de contenido económico más caros a la burguesía de ayer y de hoy: La propiedad privada, la libertad de empresa o libertad de industria y comercio, etc., por cuanto la faceta social del Estado se lleva a cabo mediante la sistemática toma de medidas económicas intervencionistas que maniatan,

desplazan y suprimen al empresario privado; medidas que, de alguna manera, tienden a la socialización económica (sino como objetivo político, al menos como necesidad técnica) (35).

4.5 Acciones y Recursos en los Particulares para la Corrección y Reparación de los Actos Oficiales Irregulares.

4.5.1 Concepto general: La construcción jurídica de Estado de Derecho, en la más exigente versión del modelo, no lo concibe sin que los particulares dispongan en sus manos un manojito de mecanismos jurisdiccionales (y aún administrativos) enderezados a nulificar o enmendar los actos oficiales jurídicamente viciados y a la reparación o restablecimiento de los derechos individuales vulnerados por actos o hechos de los órganos estatales. Genéricamente los llamaremos "Control de Juridicidad".

No existe verdaderamente Estado de Derecho cuando el particular carece de la facultad para sentar al soberano en el banquillo judicial como acusado y hacerle reconocer su responsabilidad por su acción y omisión; es decir, cuando el propio poder público puede ser vencido en juicio por cualquier persona o ciudadano.

Este es el fundamento de todo el derecho público actual; esta es la razón de ser tanto del control constitucional como del derecho administrativo. Es la posibilidad de impugnar toda actuación estatal -desde la reforma constitucional llevada a cabo por el constituyente secundario, desde la Ley hasta el decreto del Alcalde o el procedimiento policivo- ante un órgano o autoridad dotados de gran independencia -preferentemente judicial- para que ese órgano realice el test de legitimidad de la actuación cuestionada y dictamine con autoridad vinculante su validez o invalidez, y ordene las satisfacciones que merezca el impugnante. Este elemento se relaciona estrechamente con otros elementos del modelo ya tratados, especialmente con la Constitución, el principio de legalidad y la garantía de derechos (36).

Esta es la cara del Estado de Derecho que más significa para el abogado y el jurista y que menos resalta el análisis político. Filosóficamente, nos dice que es deseable descentralizar el cuidado de la juridicidad, diluir la vigilancia del cumplimiento de la norma jurídica entre la ciudadanía, que sean los propios particulares -y no siempre el propio Estado- quienes desde la perspectiva de sus anhelos e intereses aseguran la vigencia del principio de legalidad y la realización del derecho como racionalidad social y sustento de la sociedad civil.

4.5.2 Las áreas del control de juridicidad -Son básicamente dos:

Control Constitucional: Cubre el conjunto de mecanismos de supremacía constitucional que permiten verificar la validez formal y material de las normas con fuerza de ley e inclusive de los actos constituyentes de reforma intrasistémica (37).

No existe consenso sobre la naturaleza, procedencia y composición del órgano controlador del legislativo: Los partidarios del control por órgano judicial invocan la naturaleza puramente lógica del test de constitucionalidad de la ley, la experiencia y competencia técnica de que ordinariamente goza el poder judicial, todo lo cual garantiza la objetividad y ausencia de ingredientes políticos en la decisión. Por el contrario, quienes desconfían del sistema judicialista de control ven el peligro de poner a los tribunales -que no tienen un origen democrático y no son responsables ante la opinión- por encima del cuerpo representativo de la Nación, lo que equivale a convertir a los jueces en legisladores y constituyentes. Aducen además, las tendencias conservadoras de los jueces, que se traducen inevitablemente en fallos con motivación política (38).

En cuanto al tipo de mecanismos, se registran cuatro formas de control: El control previo ya sea por vía de objeción presidencial, veto o por incidente durante el trámite legislativo; el control por vía de Acción Pública o popular; el control por vía de excepción de inaplicabilidad; y el control automático u oficioso.

4.5.2.2 Control contencioso-administrativo, el cual cubre:

4.5.2.2.1 Las acciones públicas tendientes a la declaratoria de nulidad de un acto de la administración para que casen sus efectos, con base en la violación de una norma superior.

4.5.2.2.2 Las acciones de restablecimiento de derechos subjetivos violados, de reparación directa por daños injustificadamente causados por comportamientos estatales a personas, y de responsabilidad contractual de la administración pública, ante particulares contratistas.

4.5.3 Conquistas y reveses: El Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo han logrado considerables avances en cuanto a sujetar al Estado a la responsabilidad jurisdiccionalmente verificable, por sus hechos, actos y comisiones, bajo el mecanismo de una acción particularmente impulsada. Se ha avanzado en la estructura de la responsabilidad al ser despersonalizada y radicada en el ente institucional, al ser objetivada (desculpabilizada) mediante los conceptos de "falta del servicio", "daño especial" que altera el principio de la igualdad ante las cargas públicas, trabajos públicos. En este progresivo avance se abre paso -aunque lentamente- el concepto de "responsabilidad

social" según la cual el Estado debe responder por todos aquellos perjuicios causados a los miembros de una comunidad y frente a los cuales no aparezca un responsable identificado o éste careciera de medios para responder. Cabe comentar que, en la historia de la humanidad, cada avance en las formas de responsabilidad significa un desarrollo de la civilización (39).

Sin embargo, este método de control sobre el poder (las acciones jurisdiccionales) acusa algunas brechas. Parece que se diera una tácita transacción por la cual el poder público acepta los controles de juridicidad a cambio de no cobijar ciertas zonas de la actividad estatal; como si fuera inevitable una zona de tolerancia en que la juridicidad retrocede ante la eficacia pública. Aparecen entonces los conceptos de "Acto de Gobierno", "competencia Discrecional" sustraídos del control judicial y además, se instaura, definitivamente en la jurisprudencia el principio -probablemente sano- de que el juez constitucional y administrativo es juez de legalidad (juridicidad más bien) pero no juez de conveniencia y oportunidad. También se hallan restringidas la responsabilidad por hecho de la ley (por ejemplo una ley inconstitucional generadora de perjuicios) y por errores judiciales (40).

4.6 Procedimientos electorales para designar a los gobernantes

El modelo político demo-liberal posee su principio sistema de legitimación de la autoridad pública, maneja su discurso racionalizado para fundar ideológicamente el aparato del poder público. Es el credo democrático de la soberanía del pueblo -nación que desemboca en el sistema representativo cuyo instrumento fundamental es la elección periódica, competitiva y más o menos libre de las principales instancias de decisión gubernamental. Por lo menos el cuerpo representativo encargado de crear la ley como expresión de la soberanía debe estar ligado a la voluntad general manifestada a través de las mayorías electorales.

En la democracia representativa el derecho político esencial del ciudadano es el de elegir y ser elegido. En la realidad el elector sólo otorga un voto de confianza al elegido y pierde todo control sobre este, es decir, el ciudadano sufragante cumple la función legitimadora de base. En verdad, el electorado hace las veces de gran condensador y generador de energía legitimadora para el funcionamiento de la maquinaria institucional, pues ésta funciona solo bajo unos supuestos ideológicos.

Sin votos no hay democracia ni siquiera la democracia directa pues en esta más que nunca el ciudadano decide a través del sufragio. La diferencia reside en que en la directa el ciudadano vota la decisión, y, en el mejor de los casos, ha participado personalmente en la deli-

beración, ha propuesto la opción; mientras en la representativa delega incondicionalmente la toma de la decisión, vota para elegir y legitima a un legislador.

El sufragio universal e igual es, pues, la pieza básica del sistema. El sufragio debe ser secreto y, cada vez más, se generaliza su carácter directo.

¿Cómo adjudicar las curules del cuerpo representativo? Dos grandes sistemas responden a ello. El sistema mayoritario que otorga la totalidad de los escaños correspondientes en cada circunscripción al candidato o lista mayoritarios (Este es el caso de la elección de senadores en los EE.UU); algunas veces se divide el territorio en pequeñas circunscripciones uninominales y otras veces en medianas o extensas con candidaturas plurinominales (listasi y planchas). Es posible en este sistema mayoritario que se exija mayoría absoluta (por ejemplo 51%) para el ganador o ganadores, yendo a segunda vuelta de mayoría simple si ninguno obtuviere la absoluta en la primera, pero en la segunda sólo se postulan las dos opciones mayoritarias.

El otro sistema se denomina proporcional. Pretende dar cuenta -como en una radiografía- de las distintas tendencias del electorado en una circunscripción, tanto mayorías como minorías. Aunque hay numerosas y sofisticadas maneras de ser aplicado, citemos como ejemplo típico el del cociente y residuos, consagrado en el Art. 172 de la Constitución política de Colombia.

Las elecciones en el proyecto demoliberal, amén de legitimar cumplen el cometido de servir como instrumento de control sobre los gobernantes en cuantos éstos gozan únicamente de una investidura temporal que debe ser puesta a prueba periódicamente ante los ciudadanos y, entonces, la no reelección puede ser un cobro de cuentas (41). Por lo demás, la revocación del mandato no se ha institucionalizado a nivel general.

4.7 Opinión Pública

En tanto que los dispositivos de control y delimitación del poder hasta aquí expuestos tienen un carácter institucional, formal y jurídico, este séptimo elemento hace referencia a un conjunto de medios fundamentalmente fácticos de control sobre los gobernantes. La opinión pública es, ante todo, un poder de hecho, pero legítimo, que desde la sociedad civil vigila, presiona e incide sobre el aparato político de gobierno.

Se dice que es, ante todo, una fuerza o contrapoder de hecho, lo cual no es óbice para que obtenga el reconocimiento de legítimo y necesario y para que algunas de sus manifestaciones reciban un encuadramiento jurídico, un estatuto.

La opinión pública no es una entidad homogénea. La opinión pública está conformada por multiplicidad de espacios y canales a través de los cuales se expresan las opiniones y posturas no necesariamente coincidentes con la opinión oficial: Los partidos políticos, los medios de comunicación, las asociaciones y corporaciones privadas de toda índole, etc. Es el espacio para la opinión discrepante del credo oficial; no es un apéndice del Estado.

Ella supone la vigencia de la libertad de expresión que se concreta en las libertades públicas de cultos, reunión, asociación, derecho de petición, libertad de enseñanza, de prensa, derecho de información.

A su vez, la opinión pública es condición necesaria para la operancia de los restantes elementos institucionales del Estado de Derecho. Es el indispensable esfuerzo fáctico de los controles jurídicos. ¿Qué sería de un sistema electoral sin una opinión pública que lo oxigenará? ¿Qué autoridad tendría la Corte Suprema para dejar sin efectos una ley sin la vigilancia de la opinión ciudadana? Dentro de la opinión pública cabe destacar la esencial presencia de la oposición legítima (no insurgente) al gobierno de turno. Repugna el modelo liberal la existencia de un "partido único". La presencia activa y con canales de expresión de una oposición partidista con opción real de llegar a ser gobierno es el requisito que permite ilegitimar la rebelión armada.

Pero ¿Qué sucede cuando, ya no desde el Estado, sino desde las fuerzas de la misma sociedad civil se dispara contra el discurso?

5. CRISIS DEL MODELO

El Estado de Derecho surgido del viejo liberalismo del siglo XIII fué triunfador hasta 1918. Había sepultado el sistema monárquico, su oponente. Pero a partir de allí, nuevas fuerzas sociales empiezan a dominar el escenario político y nuevos modelos se alzan como alternativas rivalizantes: El modelo comunista de Estado, el modelo social-demócrata, el modelo nacional-socialista y facista, etc. De otra parte, los supuestos económico-sociales que le servían de base comenzaron a cambiar hacia nuevas formas de vida y organización social. Todo ello habría de repercutir de la siguiente manera

5.1 La evolución del modelo inicial hacia el Estado Social de Derecho.

Cuando los nuevos partidos políticos obreros, comunistas, socialistas y social demócratas comienzan a dominar la vida política europea, el Estado capitalista ha encontrado una respuesta para dar salida dentro del sistema a las reivindicaciones del proletariado. Esta respuesta se constitucionaliza a partir de la Constitución de Weimar

(1919), seguida posteriormente por la Constitución italiana de 1948, la de Alemania de 1949 y últimamente la de España de 1978; todas ellas de manera expresa y muchas otras han plasmado sus principios sin mencionarlo (42).

El Estado Social de Derecho se inspira en otros valores distintos a los preconizados por el liberalismo burgués pero sin abolir y renegar de éstos últimos en forma total. Ya el Estado no se justifica únicamente por los derechos y libertades individuales sino, además, por su papel de proveer al bienestar general (Welfare State), tanto material como cultural, mediante una actitud activa de gestión económica de prestación de servicios, de planificación. Tenemos más un Estado administrador en vez de uno legislador (43).

5.2 La distorsión del modelo hacia la tecnodemocracia

Aunque se sigue pensando política y jurídicamente en la estructura institucional demoliberal -en el discurso se sigue teniendo ese modelo de referencia-, en los hechos se está aplicando otro distinto, forzado por la compleja organización de una sociedad industrial y post-industrial. El desfase se origina en que el Estado de Derecho fué construído sobre las premisas de una sociedad capitalista en su primera fase de su desarrollo, durante la era mercantilista y de la primera Revolución Industrial, y se quiere seguir aplicando textualmente a una sociedad altamente tecnologizada, a una sociedad de masas, informatizada y con hábitos de consumo y confort.

Esta nueva fase desfigura el funcionamiento real de proyecto político liberal convirtiéndolo en una tecno-democracia (44).

6. ACLARACION FINAL

Lo que aquí se ha descrito corresponde solamente a un modelo jurídico-político de organización del Estado; un determinado tipo de sistema político; una forma ideal de organización institucional. Este modelo fué construído como una gran utopía y ha sido puesto en funcionamiento con mayor o menor éxito según las circunstancias concretas. La ciencia política como disciplina empírica deberá estudiar cómo funciona dicho modelo en los lechos y las razones de su desfase frente a la realidad. Como dice Max Weber: "Para que con estas palabras se exprese algo unívoco la sociología debe construir, por su parte, tipos puros (IDEALES) de esas estructuras, que muestren en sí la unidad más consecuente de una adecuación de sentido lo más plena posible; siendo por eso mismo tan poco frecuente en la realidad -en la forma absolutamente pura e ideal del tipo- como una reacción física calculada sobre el supuesto de un espacio absolutamente vacío" (45).

Desde el punto de vista de la teoría política, se impone una re-lectura del viejo genial proyecto liberal a la luz del nuevo contexto social, económico y tecnológico que nos ha tocado vivir.

-----◇-----

NOTAS

- (1) DUVERGER, Maurice. "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional" Ariel, Barcelona, tercera reimpresión, junio de 1984 de la sexta edición de 1980, págs. 47 a 51.
- (2) A la luz de la Lógica Pura (y no de la Teoría Política), la expresión "Estado de Derecho" puede resultar una tautología pues quien dice "Estado" dice "Derecho" puesto que todo Estado actúa a través de un orden jurídico. De allí que "todo Estado es un Estado de Derecho". Esta neutralización de la expresión ha sido planteada por HANS KELSEN. (Teoría del Estado, Barcelona, Ed. Labor, págs. 119 y 120).

El Estado de Derecho no es tampoco el "Estado Legal".
- (3) Por ello, la hoy vigente Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la ONU, el 1º de diciembre d 1948 tiene como primera fuente de inspiración profunda a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional de Francia el 27 de agosto de 1879. Igualmente, los esquemas jurídicos de Estados comunistas asimilan cada día más los principios demoliberales en sus nuevas constituciones (su lenguaje, sus términos, su estructura y principios, su técnica) tal como se observa en las Constituciones de la Unión Soviética de 1976, Cuba de 1977, China de 1982.
- (4) En este sentido se habla del Estado Burgués de Derecho: Lo es por sus orígenes históricos ligados a la lucha de la burguesía contra la Monarquía Europea, buscando construir un gobierno que garantice mejor sus intereses económicos. En cierta medida, el Estado de Derecho es todavía una armadura de defensa de los propietarios, pero no es válido reducirlo a ello únicamente.
- (5) Es la concepción que sustenta el Art. 16 de la Constitución política de Colombia al atribuir como misión de los gobernantes la protección de la vida y demás derechos de las personas (aunque en su segunda parte el Art. 16 va un poco más allá). Es una idea según la cual el Estado está al servicio del hombre y no viceversa.
- (6) GAONA CRUZ, Manuel. "Bases para un estudio de la oposición en Colombia", Revista Criterio, Nº 3, junio 1983, Bogotá, Fundación Universitaria Autónoma de Colombia. Facultad de Derecho, pgs. 17 y 30. En el Derecho

Penal de los angulares principios del "IN DUBBIO PRO REO", la presunción de inocencia, la ritualidad excesiva del proceso en aras del pleno derecho de defensa, etc., plasman esta concepción del "Estado Garante" con prioridad, inclusive sobre el "Estado Eficaz".

- (7) DUVERGER, Op. Cit. pgs. 187 a 192.
- (8) En este punto el pensamiento liberal recibe la influencia del cristianismo como credo que reivindica el valor intrínseco de la persona humana hecha "a imagen y semejanza" de Dios. De otra parte, el individualismo liberal pretende explicar, por ejemplo, el triunfo y el fracaso como resultados puramente personales de la virtud y la habilidad, o de la incapacidad y la abyección. Algo parecido sucede en el destino trascendente del hombre en el cristianismo: Uno se salva o se condena por su propia responsabilidad. No hay, entonces, consideración del coeficiente social y del porcentaje de azar que juegan en el destino personal del individuo.
- (9) ROUSSEAU concibe al hombre como un solitario del bosque, en su estado natural primigenio del cual tal vez nunca debió haber salido (véase "El Origen de la Desigualdad de los Hombres", Aguilar, Madrid, 1973). Kark Marx denomina a toda visión como "ROBINSONADAS Del Siglo XVIII" (véase "Introducción a la Crítica de la Economía Política", Ed. Pasado y Presente. México, 1984, págs. 33 y 34.
- (10) La versión 3.3.1 de la legítima democrática conduciría a la democracia directa y semidirecta, en tanto que la versión 3.3.2 conlleva necesariamente a justificar la democracia representativa o indirecta y aún ciertas formas de democracia restringida. La primera tiene clara inspiración rousseauiana, en tanto que la segunda, insinuada por Sieyès en "Qué es el tercer Estado", fue desarrollado por la Asamblea Nacional Francesa de 1791. (Véase, Carré de Malberz, Teoría del Estado, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pgs. 194 a 198).
- (11) JOHN LOCKE -Considerado el Padre del Liberalismo- así lo planteó en sus 4 "Cartas sobre la Tolerancia" (1699).
- (12) Fue ese período el de su esplendor. A partir de 1918 empieza su crisis y su reemplaza parcial, tajante o paulatino, por otros modelos. Mas hoy sigue siendo este el modelo de referencia, al cual se alude el discurso político (Duverger, Op. Cit. pg. 58).
- (13) Cada saber, cada discurso dá un significado al concepto "Constitución" según sus necesidades: Así, para la sociología política, el concepto de Constitución debe dar cuenta de la estructura real del poder efecto en el Estado sin importar cuáles sean las normas constitucionales que rijan formalmente: "La Constitución son los factores reales del poder" decía Fernando Lasalle en su folleto "Qué es la Constitución? El término "Constitución" admite por lo menos seis (6) significados, o usos: Algunos de ellos son discriminados nítidamente en obras como "INTRODUCCION De

Rolando Tamayo y Salmorán (Ed. Univ. Autónoma de México, 1986) y DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO de Manuel García Pelayo (Ed. Alianza, Madrid, 1984).

- (14) Este es el Concepto Jurídico o "Racional-Normativo" de "Constitución", según lo denomina García Pelayo en su obra clásica arriba citada, pgs. 34 a 41.
- (15) JENNING es citado por Sanín Greiffenstein, Jaime, "DEFENSA JUDICIAL DE LA CONSTITUCION", Temis, Bogotá, 1971, pg. 20, Obra clásica de nuestro Derecho Público Colombiano.
- (16) La distinción entre Constituciones normativas, nominales y semánticas según su funcionalidad en la realidad política, constituye un aporte de Karl Lowenstein en su obra TEORIA DE LA CONSTITUCION (Ariel, Barcelona, 1979, pgs. 216 a 222), y es ya clásica en el derecho público contemporáneo.
- (17) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, sentencia del 5 de mayo de 1978, ponente José María Velazco Guerrero. Publicada por Revista Jurisprudencia y Doctrina, Bogotá, julio de 1978, pg. 503.
- (18) En ese intento civilizador de hacer público al poder y su ejercicio como garantía ciudadana, fué un avance histórico el haber logrado la necesaria motivación de ciertos actos del gobernante. En Colombia la Carta Constitucional sólo lo exige a las sentencias de los jueces (Art. 163). El camino civilizador debería conducirnos a la obligatoria motivación de todos los actos oficiales de carácter decisorio. Por otra parte es inevitable hoy la existencia de ciertas franjas de conducta gubernamental clandestina, de ciertas manifestaciones extra y para institucionales del poder político (los llamados grupos paramilitares por ejemplo).
- (19) Tomar pié de la letra este principio plantea serios problemas de eficacia administrativa. Administrar exitosamente en términos de resultados exige a veces actuaciones dinámicas no tan claramente previstas en la norma previa, de modo que ésta no pocas veces es un lastre, un indeseable obstáculo para el activo gestor de necesidades públicas. En el fondo el problema es: ¿Cómo conciliar la eficacia y la garantía en la gestión pública?
- (20) KELSEN, Hans. "Teoría Pura del Derecho", Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974, pgs. 166 a 170. Aún la norma de tenor literal más "claro" admite multiplicidad interpretativa al ser puesta en contacto con la realidad práctica.
- (21) La seguridad jurídica es ilusoria, es un mito útil desde el punto de vista político, insiste el jurista austriaco (KELSEN, Teoría Pura, 171) Qué pensar, por ejemplo, ante la actuación escandalosa de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que en sentencia del 12 de diciembre de 1986 sobre el Tratado de Extradición con los EE.UU., recomienda una "salida" al

ejecutivo y luego la misma Corte (con casi los mismos miembros) declara inexecutable la norma surgida de la actuación gubernamental recomendada siete meses antes (sentencia del 25 de junio de 1987).

- (22) BURDEAU, Georges, "Derecho Constitucional e Instituciones políticas", Editorial Nacional, Madrid, 1981. pgs. 80-807. Por lo general los estados de excepción autorizan la suspensión total o parcial de la normatividad constitucional y legal.
- (23) La Constitución Colombiana pone en manos del legislador regular el sistema electoral, con la directriz de que debe ser una organización dotada de independencia. El Código Electoral, Decreto Ley 2241 de 1986, instituye los órganos arriba enunciados que quedan totalmente al margen de las ramas legislativas y ejecutiva.
- (24) SACHICA, Luis Carlos. "Constitución Política de Colombia", Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1987, pg. 80.
Lo que sucede es que -como lo afirma Sanín (ob. cit. pg. 26)- la separación de poderes no es una teoría de las funciones del Estado sino una doctrina de los órganos públicos.
- (25) Según la Constitución de la V. República de Francia (1958) el Gobierno goza de una cláusula general de competencia para regular a través del reglamento cualquier materia, excepto las que expresamente se le hayan reservado al legislativo. (Art. 37). Se ha invertido, entonces, el tradicional principio de la cláusula general de competencias a favor del órgano legislativo. En Colombia el gobierno regula a través de poderes ordinarios -reglamento autónomo o decreto reglamentario de la Ley cuadro- materias decisorias de la vida nacional: El ahorro privado (Art. 120 ord. 14), la emisión monetaria, el comercio exterior, el cambio internacional, el crédito público, la deuda pública (Art. 76 n. 22 y 120 n. 22). Estas funciones son en realidad cumplidas por órganos tecnocráticos como la Junta Monetaria y el CONPES (Consejo Nacional de Política Económica y Social); y aunque la jurisprudencia no ha tenido el valor de reconocer la naturaleza de ley en sentido material a esas dos clases de decretos, políticamente tienen en contenido de Ley: decisión política inicial de definición en una materia vertida a través de norma general, abstracta e impersonal.
- (26) GAONA CRUZ, Manuel. Aclaración de Voto, sentencia de la Sala Plena, Corte Suprema de Justicia, octubre 2 de 1981, Revista Jurisprudencia y Doctrina, 1981, pg. 17.
- (27) LOEWENSTEIN, Karl, ob. cit. pgs. 233 a 252.
- (28) En la Constitución China de 1982 -post maoista- aparece un nuevo sistema de controles constitucionales (Arts. 91, 104, 105, 109, 29, 133). La aireación del poder y la admisión de controles distintos a las sordas purgas internas del partido comunista es uno de los puntos de la Perestroika y el Glasnot en la Nueva política de Gorbachov. (Véase, "A vuelo

de pájaro sobre la URSS", MAGAZINE DOMINICAL, el Espectador, octubre 25 de 1987 y "PERESTROIKA", Gorbachov, Mijail, Oveja Negra, Bogotá, 1987).

- (29) Así verbí gracia, la independencia del Congreso puede estar asegurada por su período, la autonomía en la fijación de su remuneración, la inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias.

Por otra parte, cuando un órgano escapa a los controles, por ese órgano se "sale", se socava el modelo.

Puede decirse que cuando un órgano o cuerpo del Estado carecen de controles interorgánicos, se convierten, muy probablemente, en supra-poderes paralelos de hecho que actúan como ruedas sueltas al margen de los mecanismos institucionales, se tornan en poder contra-institucional. Tal vez sea éste el caso de los ejércitos latinoamericanos (incluido el colombiano) cuyo espíritu de cuerpo los lleva, en ocasiones a desarrollar una solidaridad interna que inhiben los controles intraorgánicos, al tiempo que se resisten a ser controlados desde afuera. Tal situación puede conducir a sistemáticos abusos, atropellos, violación aberrante de derechos, etc.

- (30) Par Kelsen un Derecho Individual existe como Derecho Positivo solo a condición de su garantía efectiva, de lo contrario se trata de buenos deseos del Constituyente (Kelsen, Teoría General de Derecho y del Estado, Universidad Autónoma de México, pg. 215-28).

- (31) Para una ampliación del tema de las garantías de derechos, puede consultarse a HAURIAU, André, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas; Ariel, 1980, pgs. 230-246.

- (32) De todas maneras, el ideal programático constitucionalizado cumple su papel importante aunque no sea una norma jurídica con el sello de la coercibilidad que le es esencial. Una norma constitución no funciona solamente como límite al gobernante sino como guía de orientación política a éste y a la opinión ciudadana.

- (33) Rousseau tenía muy claro que su modelo -utopía política- suponía sus premisas socio-económicas: En una nota aclaratoria confiesa que su esquema solo funcionaría en comunidades sin propiedad privada o donde ésta estuviere equitativamente repartida: (Libro I, Cap. IX; libro II, capítulo XI del Contrato Social).

- (34) GARCIA PELAYO, Manuel. Las Grandes Transformaciones del Estado Moderno, Alianza, Madrid, 1980. Pgs. 51-57.

- (35) HAURIOU, André, ob. cit. Pgs. 234-238. Los derechos sociales pueden estar tutelados por garantías constitucionales legalmente desarrolladas como Fuero Circunstancial para el derecho de huelga en Colombia, los subsidios obligatorios de desempleo para el Derecho a la asistencia social en Alemania Federal. Pero muchos derechos sociales consagrados o proclamados son programas de gobierno, y sustentan y legitiman muchas luchas sindicales, presiones políticas, movimientos cívicos, etc.

- (36) Lograr que el príncipe respondiera judicialmente significó el paso del "Estado Policía" (no confundirlo con el Estado Gendarme) al Estado de Derecho, dicen los administrativistas; lograr que el legislador "soberano" y, más aún, el Constituyente tengan control jurisdiccional ha sido fruto de duras batallas. Aún hoy las monarquías superstites excluyen de entrada la responsabilidad personal del Rey (Art. 56, 3 de la Constitución de España), y no poco son los gobiernos que se revelan ante decisiones jurisdiccionales adversas y hablan de "golpe jurídico de Estado".
- (37) En la historia colombiana, sólo hasta la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el Acto Legislativo N° 1 de 1977 (Convocatoria a una Asamblea Constituyente). Las reformas a la Constitución carecieron de todo control (Sentencia del 5 de mayo de 1978). Hoy se acepta y ejerce sin objeción alguna.
- (38) El sistema judicialista de control constitucional es propio de los EE.UU por lo que se ha dicho: "Es el gobierno de los jueces pues la Constitución es lo que los jueces digan que es". En Francia el Consejo Constitucional no tiene naturaleza judicial, su integración es eminentemente política. En Colombia la propuesta de una Corte Constitucional electiva ha sido formulada por el ex-presidente Alfonso López Michelsen (Véase, López Michelsen y otros, ASPECTOS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA, U. de Colombia, 1984).
- (39) Para ampliar estos puntos, véase: HOYOS, Ricardo. La responsabilidad patrimonial del Estado, Bogotá, Temis, 1984.
- (40) Aunque una frontera nitida entre el examen de juridicidad y la apreciación de conveniencia nunca podrá establecerse con certeza. El juez administrativo necesariamente debe valorar, ponderar políticamente para dar contenido a las nociones de "orden público", "bien común" "falta en el servicio", etc.
- (41) Así lo concibe el modelo ideal pero la realidad empírica puede mostrar lo contrario; en países que funcionan en forma bastante cercana al modelo, como el caso de los EE.UU., las investigaciones denuncian "la muy poca disposición de los votantes para prescindir de los pícaros" y su tendencia a reelegirlos (CEPEDA ULLOA, Fernando. Ética, Política y Derecho, Revista Derecho Colombiano, enero de 1986, pg. 76).
- (42) DE VERGOTI, Giuseppe, Derecho Constitucional Comparado. Madrid, España, 1983, pg. 229. En Colombia dicha tendencia constitucional es recopilada en buena medida por la Reforma de 1936.

- (43) Excelente tratamiento del Estado Social de Derecho se halla en la obra de García Pelayo antes citada, al igual que en la obra de Elías Díaz "Estado de Derecho y Sociedad Democrática", "Taurus, Madrid, 1983".
- (44) El concepto de "tecnodemocracia" es utilizado por Duverger en la obra ya citada (edición de 1980, pgs. 58-66) para describir el modelo político hoy aplicado en las sociedades desarrolladas occidentales basadas en el modelo demo-liberal.
- (45) Weber, "Economía y Sociedad", Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1977, Tomo I, pg. 17.