

## DE LOS ORÍGENES DEL ESTADO A LA ACTUALIDAD

José Ignacio Vásquez Márquez  
Profesor de Derecho Constitucional

Somos testigos y nadie puede ignorarlo, de que en la actualidad vivimos tiempos de inestabilidad política, en apariencia perceptibles por la pérdida de identidad y de legitimidad de las instituciones políticas, sociales, económicas y culturales; como cuestionamiento y desconfianza ciudadanos respecto de las capacidades de éstas instituciones y sus responsables para responder a sus problemas, demandas, frustraciones y expectativas, en definitiva, como crisis del Estado, de la democracia y también de las naciones. Al respecto ha señalado el filósofo Zigmunt Bauman, que la crisis actual del Estado, se vive desde un contexto de divorcio entre el poder y la política, lo que provoca una ausencia y paralización de la capacidad de acción necesaria para decidir un modo de proceder y seguir un camino.

Pero conviene comenzar analizando y comprendiendo el desarrollo de este fenómeno político llamado Estado, nacido en la aurora de la Modernidad, hacia el final de la baja edad media. En este sentido, el Estado es un fenómeno o tipo de sociedad política moderna, nace históricamente en este tiempo, lo que nos lleva a expresar un dilema; o el Estado nace con la modernidad o ésta se desarrolla gracias a aquél. Sin decidir este dilema que va más allá de los límites de este texto, sólo cabe reiterar el hecho que el Estado es la forma política propia de la modernidad, antes de ésta, no existe el Estado, sino, otras formas de sociedades políticas con características diversas -concordando con lo expresado por diversos autores-, tales como la polis griega, la civitas romana, los feudos o las monarquías estamentales.

### El Estado.

Para comenzar, quisiera ilustrar históricamente, de modo breve, sobre el surgimiento del Estado y sus diversas etapas evolutivas deteniéndonos finalmente en la explicación del modelo del Estado constitucional. En efecto, es correcto afirmar, como lo hace Schmitt que el Estado ha sido esa **“joya de la forma europea y del racionalismo occidental”**, agregando, **“modelo de la unidad política...”**, que dio origen al *ius publicum Europeum*, es decir, nada menos que al derecho político e internacional basado en las relaciones entre Estados, válido y vigente desde el tratado de paz de Westfalia de 1648, hasta nuestros días, aún con todas las limitaciones que la comunidad internacional le ha venido imponiendo desde la primera guerra mundial en adelante.

El momento del nacimiento del Estado puede señalarse en el siglo XIV, en la baja edad media, tras el feudalismo y el estamentalismo; el Estado nace en Europa y es hijo de la Modernidad, se desarrolla de modo multiforme, desde su forma jurisdiccional y absolutista hasta el actual modelo Estado constitucional, pasando por los Estados de derecho y nacionales.

Caracterizará inicialmente a esta forma de unidad política moderna, llamada Estado, la existencia de un gobierno sobre un territorio determinado, en el cual coexistirán durante un largo tiempo una pluralidad de poderes. Sin embargo, el desarrollo histórico y el progresivo monopolio y concentración del poder en marcha, hará que la existencia de ese territorio determinado, quede sujeto al dominio de un sólo poder, en manos de un soberano (***rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator***, el poder del rey en su reino es igual al del emperador en el imperio), con un órgano de representación por lo demás ya existente desde la edad media, una asamblea que tenderá a poner límites al soberano, colaborará en el gobierno y administración del territorio común, para lo cual autorizará el cobro de tributos, es decir, el desarrollo de un poder financiero y, además, la generación de reglas jurídicas escritas, dictadas desde el centro del poder soberano, cada vez más

uniformes y que van regulando progresivamente la vida de toda la comunidad, acabando con aquel derecho consuetudinario y particular que regía antes de este proceso de monopolización y uniformidad. Asimismo, congruente con este proceso de monopolización del poder que representa el fenómeno estadual, se uniforma el poder militar, formándose un ejército público en reemplazo de las milicias privadas del medioevo; creará un cuerpo de funcionarios de servicio al poder soberano, en una estructura cada vez más racional y burocratizada, y el poder cultural nacionalizará la religión (*cuius regio eius religio*, de tal rey tal religión o el poder del príncipe para imponer a sus súbditos sus creencias) manifestándose de esta forma la supremacía del Estado sobre la Iglesia. En resumen, como señala Schmitt, el Estado es ***“el portador del más asombroso de todos los monopolios, el de la decisión política”***.

Estaremos entonces ante un Estado propiamente tal cuando se haya consolidado el principio de soberanía, pues como dice Charles Loyseau, ***“es la forma que le da su existencia...porque es la cumbre de poder a la que es necesario que este llegue”*** (Tratado de las señorías, órdenes y simples dignidades).

### Constitucionalismo.

El historiador constitucional italiano, Maurizio Fioravanti ha hecho presente que paralelamente al surgimiento del Estado y su principio inspirador de soberanía que genera el proceso de concentración y monopolio de los diversos poderes sociales, bajo el poder del Estado, en los inicios de la Modernidad también se desarrollará otro fenómeno, el cual se expresa en el conjunto de límites, controles, derechos y garantías en función del poder, de la persona y la comunidad, cuyo cuerpo doctrinal constituirá el llamado *constitucionalismo*. Fioravanti expresa: ***“Por este motivo puede afirmarse que el constitucionalismo nace junto al propio Estado moderno para controlar, limitar y encauzar mediante reglas los poderes públicos, que a partir del siglo XIV comenzaron a situarse en una posición central sobre el territorio. En otras palabras, lo que caracteriza la historia constitucional europea es el hecho de que el proceso de concentración de poderes públicos sobre el territorio, del poder de hacer la guerra, de exigir impuestos y de administrar justicia se acompañó desde el principio de la exigencia de reglas y límites, incluso de forma escrita y también a través de las asambleas representativas: Parliaments, Landtage, Cortes u otras”***. Fioravanti denomina a esta corriente de pensamiento jurídico, como constitucionalismo primigenio, la que ya propugna una constitución basada en equilibrios y la proporcionalidad entre los distintos órganos de poder existentes en la época.

### Estado jurisdiccional.

El fenómeno estadual o estatal, como señalamos precedentemente, tendrá un desarrollo histórico multiforme, una evolución mediante diversos modelos. Una primera manifestación será la del Estado jurisdiccional, vigente hasta la revolución francesa de 1789, caracterizado principalmente por un progresivo proceso de homogeneización del derecho y creación de un derecho común, sin sustituir ni eliminar definitivamente los derechos, privilegios y estatutos jurídicos locales, forales o corporativos o poderes jurisdiccionales tributarios, militares y consuetudinarios. Comprende esta etapa al propio Estado de las monarquías absolutistas, las cuales no por esta característica abandonaran un actuar apegado al derecho, sino, sólo limitarán o reducirán las prerrogativas de los órganos de representación o de control y equilibrio que preexistían, debiendo someterse al poder del monarca como soberano absoluto, en términos de Thomas Hobbes (el gran doctrinario del absolutismo): ***“Auctoritas non veritas facit legem”*** (la autoridad o el poder y no la verdad o la justicia hacen la ley), pero también expresará a propósito de las enfermedades que pueden aquejar a un Estado ***“mensura boni et mali in omni civitate est lex”*** (sobre las doctrinas sediciosas, señala que es cierto que el hombre puede ser el remedio a condición de que no existan leyes, pero ***“es manifiesto que la medida de las buenas y malas acciones es la ley civil y el juez es el legislador que siempre representa al Estado”***), lo que demuestra la concepción jurídica y legalista que está detrás de su doctrina. Por lo demás, cabe recordar

que durante el absolutismo y al amparo de éste se desarrolla la Ilustración dando lugar al absolutismo ilustrado, cuyo propósito era el cultivo del pueblo a pesar de su paternalismo autoritario.

En todo caso, es importante destacar que la construcción de esta forma de asociación política se llevaría a cabo desde un inicio mediante el derecho, con reglas y principios, por legistas, hombres de ley, de formación iusnaturalista, primero metafísicos y posteriormente racionalistas y más tarde inspirados en el contractualismo. Su sentido del derecho y la justicia les permitía distinguir el absolutismo del despotismo, por la existencia en este último de una voluntad arbitraria y caprichosa del monarca.

### **Estado de derecho.**

Luego del absolutismo y fruto de la revolución francesa ocurrida en 1789, sobrevendrá una nueva forma de Estado, basada en el principio de que la soberanía reside esencialmente en la nación. De esta forma se alcanzará la consolidación de lo que hasta esa época era una ideal, una aspiración parcialmente lograda; así, con tal ficción jurídica política, desaparecerá la multiplicidad de cuerpos y de estatutos y privilegios corporativos y estamentales que durante el Estado jurisdiccional y aún el absolutista sobrevivían y se alcanzará la uniformidad social. La voluntad soberana de la nación crea el derecho, la ley es manifestación de esa voluntad, bajo el principio de igualdad ante la ley y su poder democrático, imponen en todo el territorio estatal tal uniformidad política y social. Ante esta nueva titularidad de la soberanía, ya no radicada en un monarca, sino, en la nación o el pueblo, surge el Estado de derecho, que en su primera expresión será Estado legislativo y administrativo, ya no jurisdiccional.

La Constitución del nuevo Estado de derecho responderá a ese imperativo que se expresa en el número XVI de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789:

***“Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”.***

Porque esa misma declaración prescribe de manera solemne entre otros principios:

***I. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos.***

***II. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre.***

Estos dos principios serán esenciales para que se considere que una sociedad tiene una Constitución de verdad: garantía de los derechos fundamentales y separación de poderes. Aunque como veremos, la garantía real se hará efectiva a mediados del siglo XX.

La verdad es que ambos principios ya habían sido expresados previamente, primero en el siglo XVII en Inglaterra, donde el monarca inglés para suceder en el trono deberá suscribir la Declaración de Derechos del Parlamento de 1689, reconociéndose las atribuciones que a cada uno corresponde, además de otros derechos fundamentales y con ello el nacimiento de la monarquía constitucional en la fórmula King in Parliament, preludio del principio de separación de poderes que Montesquieu formulará como doctrina más tarde. Y, por otra parte, la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y la Constitución de EUA de 1787 con su anexo posterior de la Declaración de Derechos. La Declaración de Virginia contiene en su artículo 1º la famosa declaración de que ***“todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados”.***

La nueva forma de Estado que surge tras los procesos políticos inglés, norteamericano y francés, y que se consolidará durante el siglo XIX, predominando hasta la primera mitad del siglo XX, es la del Estado total y completamente sujeto a derecho. Primero, sometido al derecho objetivo, a la ley, creada por un órgano de representación del pueblo, este último finalmente investido como titular de la soberanía. La conocida definición de la ley como una declaración o manifestación de la voluntad soberana ilustra perfectamente esta nueva realidad. En segundo lugar, obligado a respetar y promover los derechos subjetivos públicos o derechos fundamentales, claro está que básicamente aquellas libertades y garantías individuales, los derechos de primera generación, del individuo aislado o del individuo en relación con otros o con el Estado.

El Estado de derecho ya no sólo es un Estado sometido al derecho objetivo y subjetivo, sino, un Estado que se manifestará a través de normas, toda actuación estatal válida, de cualquier órgano o poder públicos, es jurídico-normativa. Nos encontramos de lleno bajo el imperio de la ley y el consecuente principio de legalidad al que debe someterse el Estado. Resulta paradójico entonces, que el Estado habiendo alcanzado en esta etapa histórica la plena soberanía, o sea, el máximo poder político que se pudo concebir originalmente, ahora, en virtud de un solo ordenamiento jurídico aplicado sobre todo el territorio, mediante un derecho nacional aplicado de modo igualitario sobre todo el cuerpo nacional, sin embargo, acabe totalmente limitado en su naturaleza política, por su condición jurídica. **“Su ley es a la vez expresión de soberanía y garantía de los derechos”.**

Asimismo, el poder político del Estado, que ahora es soberanía radicada esencialmente en la nación, se pretende que sea limitado desde afuera por el derecho, y también desde el interior mismo del Estado mediante la puesta en operación del principio de separación de poderes o funciones.

Casi coetáneamente con el desarrollo del Estado de derecho y en parte como condición del mismo, de su legitimidad fundada en el nuevo titular de la soberanía, la nación, emergerá el llamado Estado nacional. La nación ha sido creación moderna de los propios Estados, de la integración en éste de un solo cuerpo social uniformado jurídica y culturalmente, un solo sujeto de derecho investido de un aura mítico-histórica representativa de las generaciones pasadas, presentes y futuras, que permite dar fuerza vinculante a sus mandatos normativos, pues ha desaparecido en la posrevolución todo vestigio de legitimidad religioso del antiguo régimen monárquico. Como se decía antaño, el Estado en esta etapa, es la nación jurídicamente organizada.

La constitución de esta forma de Estado, como precisa Fioravanti, es liberal, y se centra en el equilibrio de los poderes y reserva a la ley la regulación de los derechos individuales; además de generar un proceso de codificación de la misma ley, también expresión de la intensa tendencia uniformadora del ordenamiento jurídico.

### **Estado social de derecho.**

Hacia fines del siglo XIX y principios del siglo XX, veremos la emergencia de otro modelo o forma de Estado, el cual constituirá una adaptación a los desafíos y exigencias que demandaría la llamada cuestión social, es decir, el momento crítico en el que se desvelan los aspectos negativos o no resueltos que dejan tanto la revolución industrial como las limitaciones del Estado liberal abstencionista en materia económica. Entonces el Estado adopta la forma del Estado democrático y social de derecho, decidida y crecientemente interviniente en lo económico y social, desarrollándose su estructura e intervención administrativa. Es la época de la formación y elaboración del derecho administrativo. Su constitución consagrará un catálogo de derechos sociales y económicos, los denominados derechos de segunda generación.

En esta etapa de desarrollo del Estado de derecho, es decir, del Estado sometido a normas, ya sea en sus etapas liberal, nacional o social (siglos XIX y mitad del siglo XX), es posible observar que hay una relevancia importante de la ley como norma superior del ordenamiento jurídico, ni más ni menos que la declaración de la voluntad soberana, emanada del órgano parlamentario representante del pueblo soberano, mientras que las Constituciones, son entendidas como una condición legitimadora fundamental de los Estados, pero se asumen con un carácter más bien formal. En efecto, ellas se centran principalmente en consolidar y garantizar el régimen democrático basado en la separación de funciones y sólo en tal sentido son respetadas, casi como una norma asignadora de competencias públicas. Así lo demuestra por ejemplo la definición que nos proporciona hacia el año 1900, el jurista alemán Georg Jellinek: ***“La Constitución del Estado comprende los principios jurídicos que determinan cuáles son los órganos supremos del Estado, el modo de su formación, sus relaciones recíprocas y su esfera de acción, y en fin la posición fundamental del particular respecto al poder del Estado”***. Como vemos, refiere a la Constitución del Estado, no de la República o la Nación, a la organización de los poderes públicos y a la posición del ciudadano ante el Estado, nada acerca de los derechos de aquél. Salvo la declaración de algunos principios democráticos básicos, entre los cuales, desde luego está la reafirmación de la titularidad de la soberanía en la nación y su ejercicio por el pueblo, lo que se pretende es consolidar es el principio de separación de poderes o funciones, centrado en lo orgánico o institucional más que en lo propiamente dogmático o iusfundamental. Estas constituciones parecen más bien reglas generales de competencia o simplemente regulativas propiamente tales.

Según lo anterior, me atrevo a afirmar que las constituciones del Estado de derecho fueron declaraciones políticas con el objetivo de revestir de legitimidad democrática a los Estados, pero, no pasaron de ser hitos o referentes necesarios sin el carácter de normas jurídicas propiamente tales, incluso sus catálogos de derechos carecen de mecanismos de cautela o de garantías eficaces de los mismos, como acciones o recursos. Estas constituciones no adquieren aún el rango de norma jurídica superior del ordenamiento jurídico y menos, superior a la propia ley, puesto que de suerte que la regulación de los derechos fundamentales queda sometida por el principio de reserva legal, exclusivamente a la voluntad democrática de los representantes, de los órganos parlamentarios, de las mayorías políticas circunstanciales, sin la existencia de un límite superior, concretamente de una constitución entendida como *pacta sunt servanda*, que logre evitar las restricciones o los excesos arbitrarios. El legislador moldea el contenido del derecho según su voluntad, según su mayoría, y termina por identificar el derecho con la ley, no importando su contenido ni su sentido material o de justicia. En resumen, paradójicamente la etapa del Estado de derecho que surge bajo el signo del constitucionalismo democrático y de la Constitución como elemento fundamental de legitimación del poder, verá su desvalorización aún hasta su misma negación, así como también la supremacía de la ley, aún hasta la misma negación o vaciamiento de su contenido por obra del positivismo y con ello, la larga crisis de la ley que se arrastra hasta nuestros días como veremos. En fin, por esta connotación, tal Estado de derecho también ha sido denominado Estado legal de derecho, lo que permitirá contrastarlo con el modelo siguiente, el Estado constitucional de derecho, que me interesa detenerme para su análisis.

He aquí el riesgo de las voluntades soberanas, supremas legisladoras de los derechos fundamentales y eventualmente titulares y monopolizadoras de todo el poder político, tanto en el legislativo como en el ejecutivo y la administración.

Por otro lado, el principio de separación de poderes que había sido enarbolado como pilar del nuevo Estado de derecho gracias a las doctrinas de Kant, Locke y Montesquieu, su puesta en práctica fue más bien formal. Ya a principios del siglo XX, en Europa todavía parecía una escenografía constitucional, al igual que la propia Constitución, no comprobándose un auténtico sistema de equilibrios y contrapesos, de controles recíprocos efectivos, sin perjuicio de algunos mecanismos que intentaron reforzarlo. La supremacía de los parlamentos, fundado en el dogma de la soberanía popular y la representación política del pueblo dieron forma

al Estado legislativo, el cual sin la existencia de un poder moderador, fue transformándose en un foro de discusión incapaz de decidir y de resolver, por lo que en su época se señalaba que ahí se encontraba “la clase discutidora”. Desarrollo que llevó paulatinamente a principios del siglo XX a la emergencia de ejecutivos más fuertes y luego avanzar a soluciones autoritarias que terminarían en dramas nacionales envueltos en la segunda guerra mundial.

### Estado constitucional.

La condición de norma superior del ordenamiento jurídico por parte de la Constitución será el paso y la etapa siguiente en las formas que adquiriera el Estado ya entrado el siglo XX, claro está, que luego de haber experimentado los procesos dictatoriales y totalitarios en Europa y la tragedia de la segunda guerra mundial. Como ha advertido G. Zagrebelsky, *“Al caer los regímenes totalitarios del siglo pasado, el deínòs sofocleo del que habla el I estásimo (canto) de Antígona, el aspecto terrible latente en la ley, se había manifestado sobradamente. En efecto, la memoria de las dolorosas y humillantes experiencias de entonces volvió prudentes y desconfiadas a las generaciones que siguieron, incluso frente a la ley, votada regularmente en el parlamento o aprobada directamente por el pueblo en referéndum. La propia democracia, con sus instituciones y sus procedimientos, demostró que no era la última garantía contra la arbitrariedad, por haber consentido, al respetar sus reglas, la toma del poder por parte de la autocracia totalitaria. La confianza en el legislador-justo ya no podía otorgarse sin someterla a crítica, ni siquiera el legislador democrático. El tema de la justicia en el derecho estaba destinado a desplazarse de nuevo del legislador-justo a la ley-justa; de quien hace la ley a lo que esta contiene. La Constitución es el instrumento de mudanza...Confiamos en las constituciones, recogiendo en ellas catálogos de derechos inviolables y de principios de justicia inderogables, y previendo en ellas mecanismos y órganos de garantía: procedimiento y garantías especiales para modificarlas; jefes de Estado “garantes de la Constitución”, como son los presidentes de la República previstos en muchas constituciones; tribunales y cortes constitucionales”* (La Ley y su Justicia, Trotta, p. 108).

Desde la segunda mitad del siglo XX en Europa surge un nuevo paradigma estatal y constitucional, vigente hasta nuestros días, encarnado en el Estado constitucional de derecho y la Constitución de este modelo, que algunos autores denominan también como Constitución democrática, por su origen constituyente.

Como se puede comprender, el Estado constitucional se caracteriza por valorar a la Constitución como una verdadera norma jurídica, la norma fundamental del ordenamiento jurídico, la norma de las normas, la fuente de las fuentes. Esta valoración conlleva varios efectos. Primeramente, la Constitución adquiere la jerarquía de norma superior de todo el ordenamiento jurídico y genera lo que se denomina **constitucionalización del derecho**, lo que significa que las normas deben conformarse a ella, permeando en todas y cada uno de sus ramas; en segundo lugar, modifica de esta forma el sistema de fuentes que había introducido el positivismo normativista o legalista; en tercer lugar, sus normas tienen eficacia directa, generando un efecto vinculante en su contenido respecto de todos los órganos y poderes del Estado, así como de todas las personas y grupos, lo que en la doctrina constitucional alemana (derivada de la Constitución de 1949, modelo de todas las constituciones del constitucionalismo contemporáneo) se ha denominado el efecto vinculante entre terceros (Drittwirkung); en cuarto lugar, al valorarse el contenido material de la Constitución, como consecuencia de realzar y garantizar las reglas, los principios, valores y derechos fundamentales, predispone su regulación jurídica y, por lo mismo, condiciona al mismo legislador y a todos los operadores jurídicos a respetarlos íntegramente; finalmente, como consecuencia de lo anterior, cualquiera persona puede alegar respecto de sí el respeto de los derechos y garantías constitucionales ante los tribunales o jueces competentes.

De las características reseñadas, observamos que nos encontramos ante una forma de Estado que se conjuga e identifica estrechamente con una Constitución de fuerte dimensión material por la importancia atribuida a los derechos fundamentales, de enorme fuerza vinculante, ante lo cual sólo le cabe al Estado promover los derechos y respetar los límites en el ejercicio del poder. La actuación del Estado en todas sus dimensiones institucionales ineludiblemente debe respetar el principio de supremacía constitucional, sin perjuicio desde luego del principio de legalidad, aunque ahora subordinado al primero. La ley debe someterse a un control de constitucionalidad ya sea previo o a posteriori, facultativo u obligatorio, dependiendo de los modelos de jurisdicción constitucional que cada país adopte.

Haciendo una comparación entre el Estado legal de derecho y el Estado constitucional de derecho, es posible distinguir las siguientes transformaciones o transiciones: a) del legalismo al constitucionalismo; b) de la supremacía legal a la supremacía constitucional; c) de la reserva de ley a la reserva constitucional; y, d) de la revisión judicial de legalidad al control jurisdiccional de constitucionalidad o justicia constitucional.

Lo anterior permite afirmar que el actual Estado constitucional, más que un nuevo modelo, es la corrección y perfeccionamiento de un proceso evolutivo comenzado con el Estado de derecho, garantizando de modo más efectiva aquella norma imperativa de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que señalaba que ***“Una sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”***.

Esta forma de Estado también podemos denominarla como Estado constitucional de derechos, precisamente porque el contenido principal de las modernas Constituciones son los derechos fundamentales y su garantía real y eficaz se puede efectuar mediante acciones y recursos puestos al alcance de las personas y de competencia de la función jurisdiccional del Estado. Si la garantía de tales derechos en el Estado legal correspondía exclusivamente a la voluntad del legislador, actualmente la garantía también puede emanar de éste, pero en los términos que la propia Constitución reserva o configura y, además, y frecuentemente, de la fundamentación y motivación racional de los jueces. Como diría Eric von Bülow, *“la ley y el juez hacen derecho”*, claro que a partir de la norma constitucional. Y si la ley resulta contraria a la Constitución y puede provocar en su aplicación una vulneración a los derechos consagrados constitucionalmente, entonces, existe una jurisdicción constitucional que bien puede interpretar de acuerdo a la norma fundamental y resolver su inaplicabilidad e incluso hasta su inconstitucionalidad.

Me resulta interesante compartir en esta oportunidad una idea o una observación que vengo analizando respecto de este contemporáneo modelo de Estado. Me refiero a lo que podría enunciar como un cambio de titular de la soberanía. Recordaremos que la revolución francesa que inauguró el Estado de derecho, invistió a la nación o al pueblo como titulares de ese poder político particular que venía desarrollándose desde los inicios de la modernidad, del desarrollo del fenómeno estatal y ciertamente, desde el constitucionalismo primigenio que ha acompañado al Estado.

Desde las primeras formas o modelos de Estado, el jurisdiccional y el absolutista, hasta el eclipse del Estado legal de derecho, la soberanía se radicaba en sujetos de derecho, monarca o pueblo, e incluso, aunque tuviese que expresarse a través de normas como la ley, esta era una manifestación o declaración de ese sujeto de la soberanía. Sin embargo, con el constitucionalismo contemporáneo, que pone su acento en los derechos fundamentales reconocidos y consagrados en la Constitución y en los límites al poder mediante los mecanismos definidos también en ella, es posible identificar hoy, en la misma Constitución del Estado al soberano, haciendo efectivo el ideal del gobierno de las normas o leyes y no de los hombres como lo formulaba Benjamin Constant. Por su parte Norberto Bobbio afirmaba que ***“no siento el menor empacho de decir que mis preferencias se dirigen al gobierno de las leyes, no al de los hombres. El gobierno de las leyes celebra hoy su propio***

*triunfo en la democracia. ¿Qué es la democracia sino un conjunto de reglas (las llamadas reglas del juego) para la solución de los conflictos sin que se haya de recurrir al derramamiento de sangre? ¿Y en qué consiste el buen gobierno democrático sino, ante todo y sobre todo, en el más riguroso respeto de estas reglas? Personalmente no tengo ninguna duda en lo tocante a las respuestas a estas preguntas. Y precisamente porque no tengo dudas, puedo concluir tranquilamente diciendo que la democracia es el gobierno de las leyes por antonomasia. En el momento mismo en que un régimen democrático pierde de vista este su principio inspirador, se transforma rápidamente en su contrario, en una de las muchas formas de gobierno autocrático, de las que están llenas las narraciones de los historiadores y las reflexiones de los escritores políticos”* (Bobbio, Norberto, El futuro de la democracia, capítulo 7).

Entonces, la Constitución como soberano o la Constitución soberana puede ser efectiva, a menos que consideremos que el sujeto político denominado soberano o soberanía se diluye en la misma dimensión jurídica que representa y que constituyen a la vez límites de enormes dimensiones al poder del Estado y sus fines esenciales. En consecuencia, también podemos encontrarnos ante un Estado que ha perdido soberanía, como muchos señalan desde hace tiempo. Porque como bien lo dice la doctrina: **“Los derechos fundamentales son así un contenido básico del orden jurídico, tanto en sentido formal como material, dado que son estos los que disponen límites materiales para los poderes públicos y privados y establecen, asimismo, los fines básicos a los que estos deben orientarse. En el Estado constitucional, los derechos fundamentales son a la vez garantías institucionales, normas objetivas del sistema jurídico y derechos subjetivos, en tanto que libertades, potestades, pretensiones e inmunidades normativas protegidas por el ordenamiento jurídico. Junto a esta doble dimensión – objetiva y subjetiva- se caracterizan por presentar una especial fuerza o resistencia frente a la acción de los poderes públicos, incluido el legislador y también en las relaciones entre particulares”** (Derechos fundamentales y Estado constitucional, María José Añón, p. 29).

Todo este entramado que obliga al Estado constitucional, de naturaleza jurídico y político, basado en una Constitución entendida como norma jurídica suprema y vinculante, conlleva la necesidad de contar con garantías efectivas para su cumplimiento, porque como se dice respecto de los derechos, si ellos no tienen garantías, no estaremos ante un verdadero derecho. Tales mecanismos de garantía lo integran por un lado las garantías procesales (acciones y recursos) y por otro, las garantías jurisdiccionales (tribunales ordinarios y constitucionales).

En el Estado constitucional la norma suprema se eleva desde su original dimensión ideal o programática a la esfera de las normas jurídicas vinculantes que la desarrollan, de suerte que no solo se presenta el principio de legalidad, sino también el principio de supremacía constitucional que complementa y corrige al anterior.

Asimismo, el Estado constitucional somete a todos los órganos públicos (ejecutivo, legislativo, judicial y otros órganos autónomos constitucionales) a la supremacía de la Constitución, lo que significa actuar dentro de las competencias asignadas sin que puedan invadir ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, la esfera de competencia de los otros órganos públicos, así como tampoco, la esfera de fines de los cuerpos sociales intermedios, es decir, de la sociedad en su conjunto.

He aquí que el Estado constitucional que se desarrolla a partir del fin la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad, es un Estado fundado sobre la Constitución, en ese complejo entramado jurídico de reglas y principios, de atribuciones, derechos y garantías, consecuencia de una norma constitucional potenciada, elevada a rango jerárquico superior (Constitución como soberana), de naturaleza general, abstracta y desde luego impersonal, más aún que la ley en sentido estricto, ella vincula a todos y cada uno de los órganos, poderes, integrantes de los mismos y a toda persona, institución o grupo y, por lo tanto, permite hacer más efectivo el principio de la separación de funciones y poderes, en su correcto sentido de equilibrios, frenos y



contrapesos, que bajo el Estado de derecho legal del siglo XIX y mediados del XX, como ya dijimos, no alcanzó su pleno desarrollo y respeto. Probablemente, porque en ese Estado aún pervivía un fuerte componente político, el derecho en toda su dimensión (objetivo y subjetivo) sólo formal y muy débilmente aparecía en escena. Pues como es natural en todas las sociedades, los hombres tenderán naturalmente a la concentración del poder, a ejercerlo sin límites o, al menos, para mantener las apariencias, a disminuir o eludir los controles. Baste recordar la expresión de Thomas Hobbes, el mismo pensador e ideólogo del poder soberano, *homo homini lupus*, o, también, *“todo hombre busca naturalmente su propio beneficio y medro personal”*, y, por su lado, el filósofo Immanuel Kant ante la intrínseca maldad humana plantearía la necesidad de reglas a partir de una constitución, pues, afirmaba que con ellas se podía gobernar hasta *“un pueblo de demonios”*. El desarrollo de una conciencia jurídica en la mayoría de la población era escaso y sólo se manifestaba en los juristas y algunos operadores del poder. Como señalé anteriormente, la Constitución era más una Declaración y como siempre afirmo en clases, expresión lírica y decorado o fachada del edificio institucional.

Cabe señalar que bajo la vigencia del Estado de derecho legal, ese principio basal del mismo modelo fue sin embargo erradamente interpretado y deficientemente garantizado por las constituciones que se elaboraron bajo su alero. Una interpretación literalista o a raja tabla de aquel dogma importó la adopción de un mecanismo que en la práctica no podría respetarse adecuadamente, simplemente porque la separación absoluta de un poder indivisible como el político, era imposible. El resultado práctico fue el de un desequilibrio a favor de uno de los poderes y en desmedro de los otros. Montesquieu, al observar el modelo inglés y escribir su obra *El Espíritu de la Leyes*, en realidad detectó que éste funcionaba sobre la base de los denominados *checks and balances* o equilibrios y contrapesos, sentido que no fue comprendido por buena parte de la doctrina constitucional del siglo XIX, menos por los elaboradores de constituciones y nada por los operadores políticos. Recién en el siglo XX, teóricos constitucionales como Carl Schmitt, Leon Duguit, Charles Eisenmann y otros, destacarían el verdadero sentido de tal mecanismo y criticarían lo que había sido su interpretación e implementación. En efecto, Schmitt advertiría que pretender poner en práctica el principio a partir de una interpretación del término balance entendido como separación o división sería imposible y que la auténtica intención de Montesquieu era la de establecer un sistema de controles recíprocos, de freno y engranaje mutuo.

Hasta mediados del siglo XX, existía sólo un modelo efectivo de separación de poderes, destinado a evitar su concentración, basado en el mecanismo de los *checks and balances* (equilibrios y contrapesos), nacido originalmente en Inglaterra, en 1689, con el establecimiento de la monarquía constitucional recíprocamente equilibrada o moderada por el Parlamento (King in Parliament), aunque el modelo sería el norteamericano, consagrado en la Constitución de 1787. Ésta diseñaba un doble mecanismo de división o separación de poderes, uno horizontal, con la separación de las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales, el otro, vertical, con el sistema federal destinado a evitar la concentración de poder territorial. Estados Unidos también proporcionó a partir de la práctica constitucional (el caso *Marbury versus Madison* en 1803) otro importante mecanismo de control del poder legislativo, como fue la atribución a un órgano jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia, del control jurisdiccional de las leyes y su interpretación conforme a la Constitución. De esta forma, ese Tribunal arbitraría los conflictos entre poderes a partir de los principios y reglas establecidas por la Constitución, salvaguardando la supremacía de ésta por sobre las leyes. Este sistema de control aunque bajo la modalidad de un control concentrado en un tribunal especializado, denominado Tribunal constitucional, aparecería en Europa primero hacia los años 20 del siglo pasado (Austria y Checoslovaquia) no sin grandes resistencias y críticas de la doctrina constitucional, gracias al desarrollo teórico y práctico de juristas como Hans Kelsen y, luego, impuestos por la fuerza de los hechos y las tragedias de las democracias europeas vividas hasta mediados del mismo siglo, con el desarrollo de los Estados constitucionales de derecho. Kelsen dirá a favor de este mecanismo: *“Si la esencia de la democracia reside no ya en la omnipotencia de la mayoría, sino en el constante compromiso entre los grupos que la mayoría y la minoría representan en el parlamento, y así en la*

***paz social, la justicia constitucional parece instrumento idóneo para realizar esta idea***” (La garantía jurisdiccional de la constitución).

Sin embargo, si entendemos que el Estado constitucional de derecho ha venido a corregir muchos de los equívocos y limitaciones en la interpretación e implementación que el Estado de derecho legal hizo de los principios del constitucionalismo, entonces podemos comprender su nueva arquitectura y el sentido de muchas de sus instituciones e institutos de garantía. Así por ejemplo, superada la añeja interpretación y restringida comprensión del dogma de la separación de poderes en un esquema tripartito y de compartimientos estancos unos de otros, debe aceptarse como altamente conveniente y necesario para el funcionamiento del sistema de frenos, equilibrios y contrapesos al interior del poder, la existencia de una pluralidad de órganos constitucionales o de relevancia constitucional, entre los cuales se cuentan los propios tribunales constitucionales, así como también, los bancos centrales, encargados de mantener los equilibrios monetarios y de política fiscal en general, los órganos de control de legalidad de los actos de la Administración (Contralorías o Tribunales de Cuentas), los órganos de justicia electoral o de control de la transparencia y publicidad de las actuaciones de los órganos públicos, entre otros, como también innumerables órganos autónomos de superintendencia de áreas reguladas de la economía.

En fin, no se puede dejar de señalar que el poder judicial no debe entenderse en la visión de Montesquieu, como un poder neutro, la simple boca que pronuncia mecánica y subordinadamente las palabras de la ley, como por lo demás se hizo durante la vigencia del Estado legal de derecho, sino, una función activa de revisión judicial de los actos públicos, de establecimiento de la responsabilidad civil o patrimonial del Estado, de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos que vulneran derechos fundamentales de las personas, de garantía de los derechos ante actos ilegales y arbitrarios de la Administración. Todo lo cual da cuenta, ya no de una estricta jerarquía orgánica y de subordinación de unos poderes u órganos o funciones públicas frente a otros, sino, de un más perfecto y armónico funcionamiento del sistema de frenos y contrapesos, de unos poderes equilibrados en el ejercicio de sus atribuciones.

En fin, considerando el funcionamiento principalmente jurídico del Estado constitucional, se desarrollará un sistema de control de leyes a fin de conformarlas a la Constitución, mediante un mecanismo igualmente jurídico, a través de la jurisdicción constitucional, que en palabras de Kelsen, es el defensor de la Constitución. Así, la verificación de la adecuación a los márgenes constitucionales, se transforma en el objetivo central de la acción de aquella jurisdicción, la que pasa a ser garante de la observancia del derecho, del equilibrio de poderes y la proporcionalidad en las actuaciones de los órganos del Estado, o como expresa Gustavo Zagrebelsky: *“Su función es precisamente evitar que uno, una parte, se adueñe de la cosa de todos, echando a la otra parte de la propiedad común...”* (Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política, Trotta, p. 102), es decir, hacer prevalecer el orden institucional de la República y sus especies: la democracia formal o procedimental y la democracia sustancial integrada por los derechos fundamentales.

De esta forma, esta nueva jurisdicción especializada importará una corrección de la equivocada interpretación del sistema de separación de funciones permitiendo dirimir los conflictos de atribuciones y frenar sus eventuales excesos.