

EL ESTADO DE DERECHO Y SUS MANIFESTACIONES

Patrocinio L. Correa Noriega

1. NOCIONES PRELIMINARES:

1.1 CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO:

Durante los siglos XIX y XX, se ha producido una extraordinaria diversificación de significados de la palabra **ESTADO**. Esto se debe fundamentalmente a dos factores: La intensificación de las investigaciones científicas y la profusión de las distintas corrientes filosóficas.

De las distintas líneas de pensamiento que buscan definir la palabra ESTADO, hemos escogido cinco, entre las más ilustrativas: Concepción Sociológica, histórica, ciencias del espíritu, Teoría General del Estado y jurídica.

Con criterio **sociologista**, se conceptúa al Estado como una totalidad orgánica de la sociedad humana. El Estado comprende al conjunto de fenómenos sociales que se dan en una comunidad humana. En este concepto Estado es sinónimo de sociedad. En esta misma concepción hay definiciones que diferencian la sociedad del Estado. Usan la palabra sociedad como género y la palabra Estado como especie. Ejemplo sociedad sudamericana, Estado peruano; sociedad histórico-mundial, Estado feudal, etc. No faltan definiciones que usan la palabra Estado para referirse al conjunto de coacciones y amenazas impuestas legalmente; mientras que se sirven de la palabra sociedad para aludir a la vida humana en entera y total libertad.

Desde el punto de vista **historicista**, se dice que el Estado es el acontecer histórico de la vida de un determinado pueblo. Spengler (1880-1936), diferenciaba Historia y Estado. Con la primera se refería al proceso de desarrollo de un pueblo; con la segunda, a la situación concreta de un pueblo en un momento concretamente determinado (Historia en reposo).

Desde el enfoque de las llamadas **ciencias del espíritu**, Dilthey (1833-1911) decía que la voz Estado expresa una de las formas de manifestación del espíritu objetivo de una realidad social histórica. Esto quiere decir que el Estado es un conjunto de vivencias y creaciones humanas incorporadas al mundo de los sentidos valiosos.

Por su parte dentro de la **Teoría General del Estado**, coexisten dos concepciones diametralmente opuestas: La real y la Ideal. Para la primera, el Estado es una realidad existente en el tiempo y en el espacio, al margen de la voluntad humana; para la segunda, el Estado es una entidad ideal, que ha sido creada por la actividad

intelectiva del ser humano. **Para el enfoque realista**, el Estado será una comunidad política jurídicamente organizada, o como decía Jellinek, una corporación formada por un pueblo dotado de un poder de mando originario; para Duguit, Estado es una agrupación humana fijada en un territorio, donde los más fuertes imponen su voluntad a los más débiles; en tanto que Hermann Heller creía que el Estado es un conjunto de acciones sociales consideradas en su unidad y ordenación. **Para el enfoque idealista**, con Hegel a la cabeza, el Estado es idea ética en su desarrollo y actuación; para Berling o Haemel, el Estado es conjunto de relaciones jurídicas, en tanto que para Kelsen es un sistema identificable con el ordenamiento jurídico mismo. Dentro del campo de la Teoría General del Estado, existe también una **corriente integradora**, que busca conciliar el idealismo con el realismo, sosteniendo que el Estado es una unidad, un todo orgánico y que comprende al territorio, al pueblo, al poder, al derecho y a sus fines.

Por último, desde una la perspectiva de la **concepción jurídica**, se identifica al Estado como una entidad productora ejecutora del ordenamiento jurídico, Visto así, el Estado es un sujeto de Derecho Público, vinculado con un objeto de Derecho Público a través de una relación jurídica de Derecho Público, Este sujeto de Derecho Público es igualmente creador, implementador y ejecutor de las normas de Derecho Privado.

1.2. CARACTERES DEL ESTADO DEL ESTADO DE DERECHO:

De lo dicho en el párrafo precedente, podemos deducir el Estado en general presenta las siguientes características:

1.2.2 Es una Agrupación Humana:

Todo estado existente, habido y por haber, es una agrupación de seres humanos, que se funda en el principio de sociabilidad del hombre. Éste nunca vivió aislado de sus semejantes. En el grupo social, coexiste, interactúa, se desarrolla, produce, compra, vende, intercambia servicios y se realiza él mismo a plenitud. El grupo natural y primigenio fue la familia; el conjunto de familias originó la fratría; el conjunto de fratrías a la tribu; el conjunto de tribus a la ciudad estado; el conjunto de las ciudades estado, a la nación. La existencia aislada es anormal, no natural.

1.2.2. Es una Entidad Territorial:

Para desarrollar sus actividades, el grupo humano necesita imperiosamente de la posesión de un territorio, concretamente definido y demarcado, en el que dicho grupo humano sea exclusivo respecto de la utilización del suelo y excluyente respecto de las demás agrupaciones humanas que tuviesen necesidad de dicho territorio. Para conservarlo, había que hacer uso de la violencia armada si las circunstancias lo ameritaban.

1.2.3. Es una Comunidad Política:

La agrupación de hombres que constituye el Estado, no está cohesionada por vínculos de sangre y de suelo solamente, sino, fundamentalmente, por relaciones de carácter político, procedentes del innato principio de sociabilidad humana. Lo político está dado por el conjunto de medidas, acciones y estrategias que el grupo humano utiliza para hacer frente a las fuerzas de la naturaleza y a otras agrupaciones semejantes que coexiste y compiten con él para sobrevivir, solucionando primero sus necesidades primarias, y proyectándose después hacia un desarrollo integral de cada uno de sus miembros componentes. Para ello deberá establecer un sistema de autoridades que se encarguen de la dirección general del grupo y que garanticen la materialización de sus aspiraciones individuales y colectivas.

1.2.4. Es una Comunidad Jurídica:

Para que el sistema de autoridades y la estructuración social que el grupo humano ha adoptado, con miras a existir como comunidad política, sea estable y permanente, en el espacio y en el tiempo, se requiere de un sistema unificado de leyes y principios generales, a los que se someterán todos los integrantes de la agrupación humana, tanto si son gobernados como si desempeñan cargos gobernantes. Ese ordenamiento jurídico ha de regir sus actividades legislativas, administrativas y jurisdiccionales, abarcando la totalidad de los actos públicos y privados que tengan lugar en el territorio estatal.

1.2.5. Es una Comunidad Teleológica:

La comunidad socio-política y jurídica organizada en el Estado, al estar integrada por seres inteligentes, conscientes de sus actos, con capacidad plena de discernimiento y voluntad para hacer o no hacer algo, resulta obvio que no se ha estructurado al azar. Es más, para permanecer indefinidamente en el Estado, en forma pacífica y voluntaria, se requiere del consentimiento y de la participación deliberada de los individuos y grupos que lo conforman. Ello solamente puede obedecer a la circunstancia de que la entidad comunitaria estatal esté dotada de fines y objetivos colectivos, en los mismos que se encuentran subsumidos los fines y objetivos de cada uno de los sujetos individuales que forman parte de tal comunidad. Todo Estado tiene como fines típicos: El bienestar general, el beneficio común, la paz social, la seguridad jurídica, el desarrollo integral de hombres y pueblos, así como la justicia universalizada.

1.3. ELEMENTOS DEL ESTADO DE DERECHO:

Tradicionalmente se ha sostenido que los elementos del Estado son tres: Territorio, pueblo y poder. Del primero se ha dicho que es la parte del globo terráqueo, que sirve como escenario de todas las actividades que realiza la comunidad política y jurídicamente organizada. El pueblo fue visto como la parte de la población mundial sobre la cual recaen los efectos y consecuencias de las

actividades llevadas a cabo por el Estado. Mientras que al poder político se ha definido como la fuerza soberana de la que se vale el Estado para imponer su imperio sobre los hombres que pueblan su territorio y los bienes que en él existen.

Palabras más, palabras menos, ésta ha sido en esencia la concepción que se ha venido manejando respecto a este punto. Hoy en día el tema se ha enriquecido. El territorio sigue tratándose igual. Respecto del pueblo, se viene sosteniendo que este concepto debiera sustituirse por los de nación, población o conjunto de habitantes, con la finalidad de dar mayor amplitud a este elemento. En lo que concierne al poder se plantea reemplazarlo por la categoría de ordenamiento jurídico, afirmándose que éste es el medio a través del cual se ejerce el poder político. El Profesor Peter Häberle, en su obra titulada **EL ESTADO CONSTITUCIONAL**, sostiene que a la tradicional trilogía de elementos componentes del Estado, debe añadirse la **cultura social**, toda vez a través de este elemento es que la sociedad incardina en su ser colectivo el amor a su territorio, la identificación con el grupo humano al que pertenece, la activa adhesión a su sistema de autoridades políticas, así como el cumplimiento espontáneo y voluntario de la gran mayoría de las normas contenidas en su ordenamiento jurídico, posibilitando una real y efectiva coexistencia pacífica, sin la acentuada necesidad del uso del instrumental coercitivo del Estado.

Para nosotros, los elementos del Estado son los siguientes:

- 1.3.1. **Elemento físico:** *Territorio*, que comprende el suelo, subsuelo, espacio aéreo y mar territorial.
- 1.3.2. **Elemento Humano:** *Población*, que es el conjunto de hombres y mujeres originarios del territorio del Estado, esta es la *base demográfica*, es decir el factor humano cuantitativo. Se distingue de el *Pueblo*, que viene a ser el conjunto de ciudadanos, los mismos que con su participación política, se constituyen en la *base demológica*, es decir en el factor humano cualitativo del Estado. El concepto nación implica origen étnico racial, tradición histórica y objetivos comunes; el conjunto de habitantes, alude a la suma total de individuos que habitan el territorio, independientemente de su procedencia de origen.
- 1.3.3. **Elemento Político:** *Sistema de autoridades* jerárquicamente constituidas, tanto en atención a las funciones que desarrolla el Estado, como a la expansión de la superficie territorial del mismo.
- 1.3.4. **Elemento Normativo:** *Ordenamiento jurídico*, conjunto de normas jurídicas y principios generales que regulan la vida interna y externa del Estado. Se diferencia de las leyes naturales, las normas religiosas, las normas morales y las reglas sociales. Éstas en todo caso son consideradas como fuentes del ordenamiento jurídico.

1.3.5. Elemento Teleológico: *Fines colectivos* que persigue la comunidad humana jurídica y políticamente organizada. Como ya lo dijéramos anteriormente, éstos son: Bienestar general, bien común, seguridad jurídica, paz social, desarrollo integral del ser humano y justicia universalizada.

1.4. FUNCIONES DEL ESTADO:

Para garantizar el cabal cumplimiento de los fines perseguidos por la comunidad humana que ha decidido actuar como Estado, este organismo debe cumplir realizar una inmensa serie de actividades, que van desde la satisfacción de las necesidades primarias del hombre, hasta la planificación e implementación de la lucha diplomática y bélica que garantice la subsistencia misma de comunidad política. Anteriormente estas complejas actividades las realizaban los monarcas, los cónsules o los emperadores, asistidos por un pequeño grupo de auxiliares. Los privilegios eran bastantes; las necesidades políticas, escasas; las poblaciones, pasivas y la desigualdad social era la norma generalizada.

Con el transcurso de los siglos, los estados han abarcado más amplitud territorial, el número de pobladores se ha incrementado considerablemente y han ido tornándose más activas en cuanto al reclamo de sus reivindicaciones; las necesidades políticas han crecido, los privilegios de las clases dominantes han ido progresivamente disminuyendo y las tendencias igualitarias se han acentuado cada vez más. Todo ha determinado la necesidad de de la división material y técnica del trabajo estatal. Atrás ha quedado el gobernante autocrático que legislaba, administraba, juzgaba, conducía personalmente los institutos armados e, incluso, oficiaba los servicios del culto. Hoy en día gobernar es un trabajo de equipo y de equipo integrado por gente especializada en los diversos y variados aspectos del saber humano.

Con la finalidad de lograr una mejor organización de sus actividades, el Estado se propuso dividir y especializar a sus servidores, en tres actividades centrales: Legislar, administrar y juzgar. Con esta misma finalidad ha creado tres organismos especializados: El órgano legislativo, encargado de elaborar y promulgación de las leyes y otras normas jurídicas; el órgano ejecutivo, que administra y dirige la política interna y externa del país; el órgano jurisdiccional, responsable de aplicar las leyes, producir sentencias y encargar al ejecutivo para que las haga cumplir.

¿Cuál de ellos surgió primero? Es una cuestión muy discutida. Por nuestra parte, pensamos que el legislativo, cuyo antecedente más remoto lo hallamos en las asambleas populares de las comunidades primitivas, las cuales con ciertas diferencias, se han venido repitiendo a lo largo de la antigüedad, el medioevo, la Edad Moderna e, incluso, en la Edad Contemporánea. Estas asambleas populares acordaban todo lo que era más conveniente para la comunidad. Al finalizar, para que los acuerdos fueran llevados a la práctica, escogieron y designaron responsables.

Los indicados responsables de hacer cumplir los acuerdos de las asambleas, fueron denominados ejecutores, los cuales al principio eran temporales y, al cabo de terminar sus tareas, daban cuenta a la asamblea y quedaban liberados de responsabilidad. No faltaron casos en los que se tuvo que castigar el incumplimiento de las funciones establecidas. Con el tiempo estos ejecutores se tornaron permanentes, dejando de dar cuenta a la comunidad. Primero funcionaron como jefes, luego como caciques, posteriormente como reyes, emperadores, etc. La evolución sigue hasta llegar al presidencialismo, etapa en la que nos hallamos.

En un comienzo, las asambleas mismas juzgaban públicamente a los miembros de la comunidad. Posteriormente delegaron esta función a los ejecutores de sus acuerdos, los mismos que personalmente juzgaban. Esta prerrogativa la continuaron desempeñando los mismos reyes y emperadores, asistidos por un grupo de asesores, los cuales poco a poco fueron adquiriendo independencia, merced a su preparación intelectual, que los transformó en un grupo selecto de sabios y prudentes. Este es el origen del poder judicial.

Será difícil dilucidar, cual de las funciones es la más importante, puesto que las tres se necesitan y complementar recíprocamente. Esta afirmación es más contundente en el Estado moderno, en el que como dijimos líneas arriba, todas están encaminadas a la materialización de los fines esenciales del Estado como comunidad jurídica y políticamente organizada.

1.5. NATURALEZA Y ESENCIA DEL ESTADO:

La palabra Estado es, en primer término, una categoría lingüística, que sirve para caracterizar la situación específica y particular en que está dispuesta, ordenada y establecida una persona, una cosa, una institución o una relación jurídico-política cualquiera.

Etimológicamente hablando, esta voz, proviene del vocablo latino *status*, el mismo que alude a la condición en que se encuentra alguien o algo, y, en especial, de sus sucesivos modos de ser o estar. Ello explica que se hable del estado en que se hallan los cuerpos: Sólido, líquido y gaseoso; del estado de conservación de las cosas: Nuevas, usadas, viejas y obsoletas; del estado civil de las personas: Solteras, casadas, viudas y divorciadas; del estado de cuidado: Bien vigiladas, relativamente vigiladas y abandonadas; del estado de organización de los grupos sociales: Organizados, en proceso de organización y desorganizados; del estado de atención de los pueblos: Preferentemente atendidos, regularmente atendidos, desatendidos, etc. etc.

Para los efectos del presente trabajo, trataremos al Estado desde un punto de vista social, político y jurídico, sin descuidar el perfil filosófico del tema, pues estamos conscientes que solo de esa manera podremos comprenderlo a cabalidad.

En tal sentido constatamos que los ciudadanos comunes y corrientes conocen al Estado desde que tienen uso de razón. Por eso mismo lo ven, lo sienten, lo temen, lo odian o lo aman, dependiendo del impacto que reciban de las distintas actividades que, a nombre de él, realizan los titulares de la función pública.

Se le ve a través de una bandera, un escudo, un himno, un mapa, una porción del territorio, un determinado grupo de paisanos, el despacho de una autoridad, entre otros símbolos representativos. Se le siente, mediante las presiones que ejerce para que cumplamos con nuestras obligaciones públicas y privadas. Se le odia, cuando se es víctima de injusticias y abusos perpetrados en su nombre. Se le ama cuando cumple con misión de propender el bien común, a tal punto del sacrificio de la vida si es necesario para salvarlo si se halla en peligro.

Los abogados vemos al Estado como fuente material de la totalidad del ordenamiento jurídico. Como supremo garante de que este ordenamiento jurídico se cumpla en forma efectiva. Los magistrados y otras autoridades reciben del Estado las facultades de actuar como tales, en el entendido que éste es una suprema fuente de poder.

En fin, el Estado es parte de nuestra vida; nosotros mismos formamos parte sustancial de su existencia. Estamos persuadidos que sin el Estado nuestra vida, sin ser imposible, sería particularmente difícil. Nadie ignora de sus labores administrativas, legislativas, jurisdiccionales, ideológicas y culturales. Sin embargo, en más de veinte siglos de Historia, ningún estudioso o escuela de pensamiento ha producido una definición que reciba unánime aceptación.

Muchas han querido ver al Estado como una entidad ética, meramente ideal. Otros lo han considerado como un mero conglomerado de personas. Para unos terceros es una corporación dogmática religiosa o, en todo caso, un mero acontecer histórico. No faltan quienes ven en el Estado a una organización política o a una fuente y manifestación del poder de la comunidad. Pese a la abundancia de conceptos, aún no se ha llegado a uno que merezca uniformidad de criterios.

Para nosotros el Estado, es en primer término una comunidad humana, organizada para satisfacer sus necesidades. Ésta se asienta sobre un territorio determinado, y trabaja bajo el mando de un sistema de autoridades, quienes actúan normados por un ordenamiento jurídico único, teniendo como finalidad el bien común, la paz social, el bienestar general, el desarrollo integran de los seres humanos que lo conforman y la materialización de la justicia para todos.

1.6. CLASIFICACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO:

Sobre la clasificación del Estado de Derecho, hay varios enfoques:

La clasificación más conocida sostiene que el Estado de Derecho puede ser liberal, demoliberal, social, socialista, corporativista.

Otros autores hablan que todo Estado donde hay leyes es un Estado de Derecho, sea autocrático, aristocrático o democrático.

Por último, y con este criterio coincidimos, se afirma que el Estado de Derecho puede ser legal y constitucional. Es primero cuando se aprecia el imperio de las leyes; el segundo cuando se impone el imperio de la Constitución Política en todos los aspectos de la vida estatal.

2. ESTADO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO:

2.1. EL ESTADO DE DERECHO SEGÚN KELSEN (1881 - 1973):

Según la teoría de Kelsen, el Derecho de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas debe considerarse como un orden jurídico, en la misma forma que el de la Italia fascista o el de la Francia capitalista. Términos como *imperio de la ley* o *Estado de derecho*, carecen totalmente de significado.

Todo Estado es un Estado de derecho. dice Kelsen. El término mismo *Estado de derecho* es un pleonasma carente de sentido porque, para él, el Derecho y el Estado son conceptos idénticos, sinónimos. El Estado no es sino la suma total de normas que ordenan la coacción. Es así que Estado y Derecho positivo coinciden, porque es precisamente ese orden coactivo que es el Estado.

Kelsen ataca la opinión de que un Estado despótico no está gobernado por el Derecho, sino por la voluntad arbitraria del déspota. Tal opinión, dice, carece totalmente de sentido. Negar el carácter jurídico de un régimen despótico no es sino una ingenuidad o una presunción jusnaturalista. Incluso aunque los súbditos que viven bajo un régimen despótico no poseyeran ni un solo derecho legalmente reconocido, el Estado despótico sería un sistema de Derecho. La denominada voluntad arbitraria del déspota no es, en realidad, más que la posibilidad jurídica que tiene el autócrata de atraer a sí toda decisión,, de determinar incondicionalmente la actividad de los órganos inferiores o suspender o modificar, en todo o en parte y en cualquier momento, las normas jurídicas creadas por él. Esa situación es un Estado de derecho» aunque la siente como inconveniente, y onerosa. *La misión histórica del jurista influido preponderantemente por el sentimiento de libertad, es contrarrestar esta tendencia a la reglamentación, a la racionalización, desde el juez, que caracteriza las usurpaciones del poder reglamentario, policiaco como todos, hasta el defensor, que protege el arte contra contempladores impúdicos.* Estos juristas son los centinelas avanzados del *Estado de derecho*, contra nuestra tendencia innata hacia el *Estado de policía*.

Pero *Estado de derecho* no es para nosotros sólo un concepto político, sino también cultural. Significa la defensa de la libertad contra el orden de la vida contra la razón fría, de la casualidad contra la regla, de la plenitud contra el esquematismo, o dicho en dos palabras: la defensa de aquello que es un valor y un fin, frente a todo aquello que no es más que un medio, que va de sólo cuanto sirve

a aquél. En opinión de Kelsen, el Derecho es una forma que puede albergar contenidos de toda especie, según cuales sean las opiniones sociales dominantes. El contenido del Derecho puede cambiar cada día si así lo deciden aquellos a quienes se ha confiado el poder de hacer normas.

Kelsen niega categóricamente la posibilidad del Derecho natural. El Derecho no es «un orden eterno y sagrado» sino un compromiso de fuerzas sociales que luchan entre sí. Es un aparato puramente mecánico, capaz de proteger y sancionar cualquier orden político, social o económico. "La doctrina kelseniana es acaso la expresión más acabada del positivismo analítico en la teoría jurídica.

Es característico del positivismo jurídico contemplar la forma del Derecho más que su contenido moral o social, limitarse a la investigación del Derecho tal como es, sin considerar su justicia, o injusticia, y tratar de liberar a la teoría jurídica de toda calificación o juicio de valor de naturaleza política, social o económica. Rara vez se ha llevado al extremo, al que la ha conducido la teoría pura del Derecho, la separación completa de la jurisprudencia de todas las otras ramas de la vida social. Cuando Kelsen habla del Estado de derecho, lo sabemos, se refiere a todo Estado, incluso al totalitario.

2.2. DESLINDE JURIDICO CONSTITUCIONALISTA:

Existe una gran variedad de Estados: Autocráticos, monarquistas, imperialistas, republicanos, etc. Todos tienen leyes, pero no todos merecen la denominación de Estado de derecho. Para ser tales, necesitan reunir un conjunto de presupuestos básicos, los mismos que pueden estar clasificados en originarios y orgánicos. Entre los primeros están los derechos fundamentales, la división de poderes y la existencia de un sistema jerarquizado de leyes, en cuya cúspide se ubique la Constitución Política formal. Entre los segundos figuran: La justicia administrativa, la supremacía constitucional, la disciplina funcional orgánica y la responsabilidad pública de los funcionarios en el contexto del desarrollo de sus funciones.

La historia del constitucionalismo es, también, la historia de las limitaciones al poder público, y tales limitaciones, para ser efectivas y lograr la eficacia indispensable a los fines de su institución, requieren ser articuladas en una forma o sistema de gobierno que organice y reglamente todas las manifestaciones de la autoridad. Por eso, al fin de cuentas, la historia del constitucionalismo es la historia de la república democrática, con la cual se identifica el Estado de derecho.

La expresión "Estado de derecho" significa que la comunidad humana se halla sometida, toda ella, sin excepción, a las normas fundamentales, cuya vigencia excluye, en principio, la arbitrariedad. Es evidente que tal cosa no puede ocurrir si estas normas no aparecen escritas, porque sólo la escritura puede darles la exactitud y fijeza indispensables para su conocimiento y aplicación uniforme, con fuerza igual sobre todos los.

miembros de la sociedad.

Sin embargo, hay quienes, como A. V. Dicey, reivindican para Inglaterra y para la tradición inglesa la exclusividad del "reinado o imperio de la ley", que es el rasgo principal del Estado de derecho. Para ser fieles al pensamiento de este autor, transcribimos varios de los párrafos con que sostiene su punto de vista: "Cuando decimos que la supremacía o el reinado de la ley es uno de los caracteres dominantes de la Constitución inglesa, comprendemos en esta fórmula, por lo menos, tres ideas distintas, aunque cercanas.

2.2.1. "En primer lugar, entendemos por esto que ningún individuo puede ser castigado ni sufrir en su persona ni en sus bienes más que a causa de una violación de la ley, establecida según el procedimiento legal ordinario ante los tribunales ordinarios del país. En este sentido, el **reinado de la ley** se opone a todos los sistemas en que el gobierno es ejercido por personas investidas de poderes de coacción amplios, arbitrarios o discrecionales.

2.2.2. "En segundo lugar, cuando hablamos del reinado de la ley como de una característica de Inglaterra, queremos decir, no solamente que entre nosotros los ingleses ningún hombre está por encima de la ley, sino (lo que es diferente) que todo hombre, sean cuales fueren su rango y su condición, está sometido a la ley ordinaria del reino y a la jurisdicción de los tribunales ordinarios. En Inglaterra, la idea de **igualdad ante la ley**, o de sometimiento universal de todas las clases a una ley única, aplicada por los tribunales ordinarios, ha sido llevada hasta su último límite. Entre nosotros los ingleses, todos los funcionarios, desde el primer ministro hasta los *constables* o los cobradores del impuesto, están sometidos a la misma responsabilidad que cualquier otro ciudadano por todo acto ejecutado sin justificación legal.

"Queda todavía un **tercer sentido** del reinado de la ley, diferente de los anteriores, que consiste en el **predominio del espíritu legal** y puede ser considerado como un atributo especial de las instituciones inglesas. Podemos decir que el imperio de la ley penetra en la Constitución, por la razón de que los principios generales (tales como el derecho a la libertad individual y el de reunión pública, por ejemplo.) son, entre nosotros, el resultado de decisiones judiciales, que determinan los hechos de los simples ciudadanos en los casos particulares sometidos a la apreciación de los tribunales. En cambio, bajo el imperio de muchas constituciones extranjeras, la garantía (tal cual existe) acordada a los derechos de los individuos resulta, o parece resultar, de los principios generales de la Constitución".

Hemos seguido minuciosamente las palabras que contienen la opinión del profesor inglés Dicey, acerca del reinado o imperio de la ley en Inglaterra, porque ellas testimonian la existencia de un tipo de supremacía constitucional anterior al constitucionalismo propiamente dicho y las Constituciones escritas, suficiente para configurar el Estado de derecho.

Claro está que en el léxico de Dicey, el término "Constitución" significa, como en Grecia, la entidad político-social del Estado y la estructura jurídico-institucional que la caracteriza, con prescindencia de las leyes escritas, aunque esas leyes contribuyan a la configuración constitucional del Estado. Cuando la Constitución de una sociedad política —como estructura institucional— se pone de manifiesto íntegramente en las cláusulas de una Constitución escrita y se identifica con ella, el asunto es infinitamente más claro desde el punto de vista doctrinal, aunque pueda ser mucho más oscuro contemplado concretamente en la práctica. Esto último es lo que motiva el orgullo un tanto jactancioso de los ingleses y lo que explica las escasas transformaciones de su legislación institucional.

Además, nos interesa la opinión de Dicey porque contiene amalgamados y en síntesis, los conceptos de supremacía, vigencia y defensa de la Constitución, sobre la base institucional de una protección práctica de los derechos individuales, que merece, realmente, el nombre de garantía".

Ahora bien: lo que para Dicey es el reinado de la ley, para nosotros, ahora, es el reinado o imperio de la Constitución, y no puede pasar inadvertida la diferencia fundamental que existe entre uno y otro sistema, prescindiendo de las cualidades particulares de cada pueblo, que los hagan más o menos viables, según los casos. **El reinado de la ley, es, sin duda, el imperio del Derecho**, y tal circunstancia basta para configurar el *Estado de derecho propiamente dicho*, puesto que se impone por igual a gobernados y a gobernantes y es acatado religiosamente por el pueblo inglés, pero, como sistema en sí mismo, adolece del grave defecto de entregar el *poder constituyente* al *Parlamento ordinario*, que debería ser un *poder constituido*, y cuyas atribuciones deberían estar limitadas y reglamentadas por una Constitución.

Los ingleses han contribuido de un modo admirable a construir el verdadero Estado de derecho y el constitucionalismo, pero, por haber conservado la monarquía, los privilegios nobiliarios de tipo feudal y la Cámara de los Lores ("monumento de superstición gótica", según Sieyès), el contenido democrático resulta ahora inconciliable con tales supervivencias. Si lo hubieran hecho, se habrían visto en la necesidad de dar a la república democrática una Constitución escrita, a la cual habría tenido que someterse y subordinarse toda manifestación de autoridad, incluso cuando se tratara de una ley del Parlamento en su condición de poder constituido (Poder legislativo).

Es indispensable tener presente todas estas razones, brevemente expuestas, para no incurrir en el error de considerar al sistema inglés superior al de las constituciones escritas creado por los Estados Unidos. El mismo Dicey admite que pueden anotarse en favor de los Estados Unidos los méritos que él señala en favor de los ingleses. Le falta reconocer que a los méritos y ventajas de una determinada tradición y de un determinado temperamento popular, se puede agregar el mérito y la ventaja de una técnica institucional, adaptable a cualquier tradición y a

cualquier temperamento, como una exigencia natural de la cultura, y porque, como decía Mariano Moreno, "el pueblo no debe contentarse con que los gobernantes sean justos, sino que debe tratar de que lo sean forzosamente".

El problema del constitucionalismo se identifica con el problema de las formas institucionales que caracterizan al Estado de derecho. En el primer tercio del siglo XX, Alexis de Tocquéville expresaba su alarma ante el creciente desdén por las formas jurídicas en la vida política de las naciones. El tiempo le ha dado razón. El Derecho público es algo más que la costumbre pura y simple, porque la costumbre, en materia constitucional, parte de la injusticia y del abuso originarios, y no se puede tener como aspiración la del hecho consumado. El Derecho público es y seguirá siendo fórmula o receta para el logro de la libertad y de la justicia. Su contenido es variable, porque necesita adecuarse a las circunstancias, pero cumple una finalidad ideal. El remedio que aplica adquiere la forma de una constante rectificación de injusticias y abusos.

Lo que hay de permanente e inalterable en el Derecho es el valor del Derecho mismo, como forma necesaria para la convivencia, no obstante la variabilidad de su contenido históricamente condicionado. El constitucionalismo consiste, precisamente, en la clara noción de esa permanencia, en su ordenamiento, y en la sujeción, por igual, de gobernantes y gobernados a las formas ético-jurídicas que excluyen, o, por lo menos, se proponen excluir la arbitrariedad y cerrar definitivamente su ciclo histórico.

Por todo eso, un sistema constitucional es siempre un conjunto ordenado y armónico de formas institucionales, y se resuelve en normas jurídicas que van desde la afirmación de principios abstractos y generales hasta el reconocimiento de derechos exigibles, y también de las garantías que ofrecen la protección práctica de su ejercicio. Para eso hace falta una Constitución, y que esa Constitución esté escrita, porque sólo la escritura puede dar a las formas jurídicas, la fijeza y aún la rigidez muchas veces indispensables para la defensa de la libertad.

No basta un principio general de contenido ético, por respetable que sea y por respetado que pueda ser, para asegurar a una sociedad, como las muchas que conocemos organizadas políticamente, una existencia digna y libre. Es necesario que cada individuo tenga a su alcance no sólo los principios que deben reglar su propia conducta y la de los demás, sino también los medios de acción que le permitan concurrir, con esfuerzo, al mantenimiento de esos principios en la armonía general, y a la defensa de ellos, dentro de la órbita particular de sus legítimos intereses.

La historia de la cultura es una incesante lección de experiencia realizadas en ese sentido, y registra, como una condición impuesta al logro de esas aspiraciones, el empleo de la escritura, que parece haber tenido su primer objetivo en la concreción de los preceptos de la ley. Alguna vez hemos definido la Constitución

como un orden jurídico integral, fundamental, estable y concreto, que, sin entrar en minucias reglamentarias, organiza un sistema y establece las condiciones primarias, generales y permanentes sobre las cuales debe asentarse la vida social, y hemos afirmado que la principal característica de ese orden consiste en imponerse por igual a gobernados y a gobernantes (i«). Todo eso es imposible de conseguir si la Constitución no está escrita, porque sólo bajo esa condición es una Constitución propiamente dicha.

Hay que desechar, por extemporánea, la idea de "Constitución" referida a una cualquier forma de organización política, o a su modalidad adjetiva, apta para distinguirla de las demás. Es deber de nuestro tiempo construir para el Derecho constitucional una técnica, en la que ocupe lugar preferente el léxico jurídico, y podemos agregar que ese deber aparece impuesto de un modo especial, si contemplamos el problema desde un punto de vista americano.

Entre los motivos que obligan a reconocer la existencia de un criterio americano, diferente del europeo en todo cuanto atañe al Derecho público, ninguno es más fecundo en sugerencias que éste de la Constitución escrita, al que se suele asignar poca importancia y hasta frivolidad. En esa ligereza incurre el profesor Cari J. Friedrich cuando observa: "*Por superficial que pueda parecernos hoy día esta opinión*, estuvo muy difundida durante la época de redacción de Constituciones de los últimos cincuenta años.

Los estudiosos del sistema político inglés, como lord Bryce, tenían que atacarla forzosamente, ya que el Derecho inglés utiliza mucho el concepto de Constitución, sin disponer de un documento escrito en que apoyarse". Friedrich reconoce que la característica distintiva debe buscarse, para la Constitución, en la función que ésta desempeña *como limitación efectiva regularizada*, y tal conclusión basta, a nuestro juicio, para exigir que la Constitución sea escrita, por cuanto no hay otra posibilidad de establecer limitaciones o restricciones regularizadas.

En un Estado de derecho, el principio de autoridad reside en la ley fundamental, o ley de leyes, que es la Constitución, y para que esto sea una realidad, es necesario que haya una Constitución escrita que, impropriamente se llama *rígida*. En realidad, toda Constitución debe tener ese carácter. Las llamadas Constituciones no escritas, o flexibles, o elásticas, no son Constituciones propiamente dichas. El caso de Inglaterra es la excepción, y ni siquiera podría ser imitado. Su Carta magna y sus leyes e instituciones políticas son apenas fragmentos de Constitución, pero están completados por el *Derecho común* histórico, que la jurisprudencia consagra y que el pueblo acata con ejemplar disciplina.

Se llama rígiditas a las Constituciones que no pueden ser modificadas por vía legislativa ordinaria, y en las que sólo se autoriza el ejercicio del poder constituyente a convenciones o cuerpos especiales, con intervención de plebiscitos

en algunos casos. En Derecho público, una Constitución no es un simple instrumento de gobierno, sino la expresión primaria, extraordinaria e ilimitada de la soberanía, puesta en ejercicio especialmente con ese fin.

El acto constituyente reviste solemnidad y trascendencia de actitud definitiva, en principio, de la voluntad nacional, que se fija a sí misma el marco de su futura actividad.

3. EL ESTADO DE DERECHO EN EL AMERICA:

Quien hiciese una narración sintética de la vida institucional en las naciones de América, podría decir parafraseando al Génesis bíblico: “Antes de la Constitución era el caos, pero ya, entonces, la Constitución flotaba como el espíritu de Dios sobre las aguas, conteniendo el secreto de la vida jurídica y política de los Estados”.

En América, la Constitución tiene un significado propio, desconocido en Europa. Allá es nada más que una etapa en la transformación multiseccular; aquí, el punto de partida de toda evolución político social republicana. Allá es una conquista realizada por el esfuerzo popular contra la autoridad tradicional, contra el poder de las clases privilegiadas; trofeo de lucha, limitación impuesta al abuso de los fuertes. Aquí es un fruto de civilización y de cultura por todos cultivado, y que nos ha llegado ya maduro, encarnado en la voluntad real o presunta de los pueblos.

Entre nosotros se ha dicho que una Constitución es un instrumento de gobierno. Lo dijo un maestro del Derecho constitucional, sin hacer hincapié en tal afirmación. Después lo han repetido, como una frase hecha, algunos docentes que se ocupan de esta materia. Debemos desechar esa expresión por anticuada y, además, porque sugiere la idea de una clase social gobernante que utiliza la Constitución como instrumento del poder que ejerce sobre otra clase social gobernada. "Instrumento de Gobierno" es el nombre que se dio a una ley fundamental o Constitución de Inglaterra promulgada por Oliverio Cromwell el 16 de diciembre de 1652, pero que no se aplicó.

Un gran publicista austríaco, que redactó la Constitución de Austria anulada por el nazismo, y que tiene muchos discípulos en las universidades argentinas, afirma que la conveniencia de una Constitución, a la que llama "documento constitucional", es más que dudosa. Olvida o trata de olvidar al profesor Kelsen, que la principal función constituyente consiste en crear el gobierno, darle una estructura, organizar y reglamentar su funcionamiento y subordinar todos sus actos, incluso la ley, a normas y preceptos fundamentales.

La Constitución, o documento constitucional, no es ni puede ser para nosotros de conveniencia dudosa. La consideramos indispensable para la organización política y jurídica de la sociedad, es decir, para la existencia del *Estado de derecho*.

Dada su generalidad y amplitud, los principios constitucionales son, ante todo, contornos éticos dentro de los cuales debe encauzarse la vida del derecho, prácticamente referida a los poderes ordinarios del gobierno; especialmente al legislativo, que dicta la ley reglamentaria, y al judicial, que la interpreta y aplica.

No es posible olvidar que este orden jurídico político integral, establecido por la Constitución, es el marco que determina el ámbito de la autoridad gubernativa y que toda esa autoridad nace de la Constitución; ni es posible olvidar, tampoco, que la dignidad del hombre en la convivencia social y los derechos de la personalidad en sus relaciones con la autoridad dejan, así, de ser una gracia o favor concedido por los fuertes a los débiles y adquieren consagración institucional capaz de convertirlos en libertad inviolable, amparada por toda la sociedad.

4. ESTADO DE DERECHO EN EL PERU:

Preincaica, Incaica, Descubrimiento y Conquista, Virreinal, Emancipación y Republica son las seis épocas de nuestra historia patria. Durante las cuatro primeras, nuestros antepasados vivieron y murieron bajo la dura férula de monarquías únicamente absolutas.

En el transcurso de los últimos ciento ochenta y cinco años, los peruanos hemos luchado por construir una república. Diversos factores han impedido su plena consecución, pese a la presencia de doce constituciones políticas, que intentaron regir la vida de sucesivas generaciones a lo largo de los siglos XIX y XX.

Ágrafo en las épocas Preincaica e Incaica, el Perú no cuenta con documentos escritos que informen, con precisión, sobre los sistemas políticos que establecieron los aborígenes prehispánicos.

Sabemos de ellos gracias a las aproximaciones a esa realidad, efectuadas por la Arqueología, Antropología, Etnografía, y, fundamentalmente, por las tradiciones orales que nos han llegado por vía literaria y folklórica.

Sin embargo, queda claro que, en un primer momento, se constituyeron en todo el territorio que actualmente ocupa el Perú, las denominadas culturas regionales preincas, unidades políticas similares a las ciudades estado, que se regían por caciques o curacas divinizados, quienes ejercían un señorío absoluto.

El Caral, Chavín de Huántar, Mochica, Chimú, Paracas, Nazca, etc., son las más relevantes. En aquellos tiempos, la guerra era una de las actividades centrales de las primitivas formaciones estatales.

Producto de ella, al final de la época Preincaica, aparecieron los dos primeros imperios de los Andes peruanos: Huari y Tiahuanaco, que tras someter a los señoríos regionales, los obligaron a vivir bajo su mando.

El poder se centralizó en la persona de los emperadores, quienes lo ejercieron asistidos por poderosas castas aristocráticas, en cuyas manos estaban las armas, al

igual que los ritos mágicos y religiosos. También se hallaban en su posesión, las herramientas de trabajo, de las que se servían para dominar a una población laboriosa, pero inerme y supersticiosa.

Sobre esta base material e ideológica, se forjó el Imperio de los Incas. Éstos, después de conquistar a los dos imperios andinos antes indicados, así como a los restantes señoríos regionales, instauraron una férrea monarquía imperial. El Inca, hijo del Sol, gobernaba autocráticamente, ayudado por la nobleza, casta dominante a la que asimilaban a los jóvenes talentos surgidos de las masas dominadas, con miras a consolidar su preeminencia política.

Luego de abatir el dominio incaico, los españoles implantaron otra monarquía virreinal. Los virreyes, en nombre del Rey de España, rigieron con poderes absolutos.

A pesar del cristianismo que decían ser portadores, los españoles arrasaron con los derechos de los aborígenes, mestizos e incluso de los blancos pobres. Hombres y colectividades socio culturales fueron tiranizados y diezmados hasta dejarlos al borde de la extinción.

Hubo gestiones de reformas, protestas, sublevaciones, rebeliones y conatos revolucionarios. Las autoridades coloniales los reprimieron sangrientamente. Se ensañaron contra los rebeldes, sus familiares y amigos. Se buscaba acabar definitivamente con los opositores del despotismo gobernante, a quienes se les acusaba de herejes y perturbadores de la labor evangelizadora y misionera, que los españoles realizaban por encargo de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana.

En 1780, Túpac Amaru II inició la lucha por su definitiva independencia peruana y latinoamericana, respecto del Imperio español. En 1821, San Martín proclamó dicha independencia. En 1824, Bolívar derrotó al ejército realista, obligándolo a retirarse para siempre del territorio del Perú.

Por ese entonces, y luego de intensos debates, habíamos adoptado constitucionalmente el régimen republicano, al que decidimos pasar bruscamente, sin ningún tipo de preparación ideológica, política ni técnica. Las terribles consecuencias de esta decisión auroral no han cesado de afectarnos.