

Capítulo III. El aspecto de un poder estatal limitado o en expansión	297
§ 29. Tipos fundamentales: los Estados totalitario y liberal.	297
<i>1. El Estado de derecho</i>	
§ 30. Principios del Estado de derecho	308
§ 31. División de poderes	320
§ 32. Los derechos fundamentales: origen	334

Capítulo III. El aspecto de un poder estatal limitado o en expansión

§ 29. Tipos fundamentales: Los Estados totalitario y liberal

W. Lippmann, Die Gesellschaft freier Menschen (ingl. 1937) al 1945; F.A. Hayek, Der Weg zur Knechtschaft (ingl. 1944) al 1971; V. Vanberg, Wissenschaftsverständnis, Sozialtheorie, und polit. Programmatik, 1973.

Respecto de los tipos de estado mencionados hasta este punto. Lo importante era quién tenía en sus manos el poder del Estado: uno sólo, varios, la mayoría o una determinada casta, clase o algún otro grupo social de poder. Una clasificación ulterior resulta de que el poder estatal busque extender sus dimensiones, abarcar y reglamentar tantos ámbitos de vida como sea posible, o bien, que se incline a la abstención y, en especial, que respete como intangibles algunos de estos ámbitos.

I. El tipo del Estado totalitario

H. O. Ziegler, Autoritärer oder totaler Staat?, 1932; E. Forsthoff, Der totale Staat, 1933; J. L. Talmon, Die Ursprünge der totalitären Demokratie, (ingl. 1952) al 1961; K. A. Wittfogel, Die orientalische Despotie (ingl. 1957) al 1962; Loewenstein VL, 50 ss.; B. Moore, Zur Geschichte der politischen Gewalt, 1966, 30 ss.; B. Chapman, Der Polizeistaat (ingl. 1970) al 1972.

Sobre 1: § 21 I; *F. Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte, 1914, 1964, § 19, 20, 26, 31; Wolff-Bachof, § 8; G. K. Schmelzeisen, Wirtschaftsrecht im 16-18. Jh., en: H. Bellnow et al., Aspekte sozialer Wirklichkeit, 1958, 9 ss.; H. Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 1966, 1980, 142 ss., 159 ss.; W. Riefner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, 30 ss.; Kimminich (citado en el § 12 I), 240 ss.; H. Wessel, Zweckmäßigkeit als Handlungsprinzip usw., 1978.*

Sobre 2: § 14 II; *F. Neumann, Behemoth, (ingl. 1942, 1944) al 1977; H. Arendt, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, (ingl. 1951) al 1958,*

caps. 10 ss.; *Wolff-Bachof*, § 10; *Cf. Friedrich*, Totalitäre Diktatur, 1957; *H. Buchheim*, Totalitäre Herrschaft 1962, ⁵1967; *R. Aron*, Demokratie und Totalitarismus, (fr. 1965) al 1970, 160 s.; *K. Hornung* Die totalitäre Herrschaft, 1967; *R. Waelder*, Grundzüge des Totalitarismus, Psyche, 1967, 855 ss.; *B. Seidel*, *S. Jenkner* (eds.), Wege der Totalitarismus Forschung, 1968, *G. Schmidt*, Politik als Heilslehre, 1970; *M. Jänicke*, Totalitäre Herrschaft, 1971 (bibl.); *M. Greinfenhausen et al.*, Totalitarismus, 1972; *L. Shapiro*, Totalitarianism, 1972; *W. Schlangen*, Theorie und Ideologie des Totalitarismus, 1972 (bibl.); *P. Kevenorster*,... Zur Kongruenz von linkem und rechtem Totalitarismus, ZfPol 1974, 61 ss.; *P. Graf Kielmansegg*, Krise der Totalitarismustheorie., ZfPol. 1974, 311 ss.; *G. Schulz*, Faschismus-Nationalsozialismus, 1974; *J.F. Revel*, Die totalitäre Versuchung, (fr. 1976) al 1976.

La tendencia hacia la máxima penetración y conformación de toda la vida de la comunidad es distintiva del Estado totalitario, cuyo concepto no coincide con el de los Estados autoritario y autocrático, si bien en un Estado pueden combinarse, de hecho, caracteres totalitarios, autoritarios y autocráticos. Estos tres conceptos se han formado bajo aspectos diversos; las polaridades en que se sitúan son distintas. El totalitarismo se contrapone al liberalismo y designa directamente la tendencia del poder estatal a expandirse y adueñarse del mayor número posible de ámbitos de vida. El concepto del poder autoritario indica un poder estatal que se ha liberado del control y disposición de una mayoría democrática, según el lema: "Autoridad, no mayoría" (F.J. Stahl). Tal concepto se funda típicamente en la idea de que a base de legitimación del Estado no radica en la voluntad y las necesidades de los individuos. El concepto del régimen autocrático hace referencia a la dominación de propia autoridad y se entrecruza con el del régimen autoritario; en el concepto de la dictadura autocrática significa aquél, el contraste con el poder comisarial (§ 21 II 2).

Es usual aplicar el concepto de "totalitarismo" a los Estados de los tiempos más recientes, no obstante hallarse rasgos de este tipo de Estado en épocas más tempranas, como por ejemplo en el despotismo del Antiguo Oriente, en la dictadura de Calvino o en el Estado policía del absolutismo. Los rasgos distintivos del totalitarismo moderno se presentan más tarde en el régimen jacobino: un dogmatismo ideológico (aquí en forma de un mesianismo que pretendía realizar un reino de la razón y de la virtud cívica); la identificación del partido dominante con la colectividad; la penetración del Estado con agentes del poder político, y un terror organizado al servicio del aquel dogmatismo (Talmon. 1961, 110 ss.).

Las condiciones de origen de los rasgos totalitarios de un

Estado difícilmente pueden reducirse a una fórmula simple y uniforme, según se desprende de los ejemplos apuntados. El Estado moderno es particularmente propenso al totalitarismo una vez que ha caído bajo un régimen centralizado, tal como una dictadura, pues dispone de los medios de la técnica moderna y la experiencia psicológica para manipular intensivamente la opinión pública, además de contar con el aparato de una burocracia y una economía totalmente organizadas; éstas pueden serle de utilidad como instrumentos para dirigir los ámbitos de vida más variados.

1. El Estado policía absolutista. En el Estado policía del siglo XVIII, cuyo modelo sería la Prusia de Federico Guillermo I, encontramos ya sólidos comienzos de la reglamentación de la vida de los súbditos hasta en el detalle, hasta los asuntos más privados, desde el credo y el culto religiosos, hasta la vestimenta de calle; desde la profesión, hasta el comer y el beber. El Estado, en cuyas manos se concentraban el poder político, la supremacía eclesiástica y la política económica del país, devino el gran tutor de sus ciudadanos.

El concepto de soberanía, que se iba imponiendo, constituye una de las raíces de Estado policía como tal. Refleja la consolidación de las relaciones internas de poder y expresa, en particular, el triunfo de los monarcas sobre los estamentos (§ 9 II).

También tenemos como componentes de la expansión del poder estatal su intromisión en el terreno religioso, la facultad del soberano de decidir la pertenencia confesional de sus súbditos, según el principio *cuius regio, eius religio*, y de ejercer la autoridad eclesiástica. Lutero otorgó este derecho, *faute de mieux*, a los príncipes protestantes, pero — sin una concesión comparable — los soberanos católicos hicieron igualmente amplio uso de él según la frase: "*Dux Cliviae est papa in territoriis suis*".

Otro motivo más de las múltiples intervenciones del Estado policía radica en la política económica del mercantilismo, entonces en boga, ya que los ejércitos permanentes, los aparatos administrativos centralizados y el sostenimiento de las cortes de los monarcas absolutistas daban origen a una enorme demanda de dinero que debía ser cubierta principalmente por una balanza comercial favorable. En consecuencia, un extenso dirigismo económico del Estado impulsaba y orientaba la producción industrial y agrícola para poder prescindir de la importación de los productos extranjeros y aumentar la exportación de los propios. A este fin apuntaban la regulación de precios, las aduanas y los obstáculos a la importación, los estímulos a la exportación y la prohibición de exportar materias primas; incluso

medidas de política demográfica completaban el profuso programa.

A todo esto se sumaba la concepción patriarcalista del deber que tenía el soberano de velar por la felicidad y la virtud de los súbditos. Así, los ciudadanos del Estado benefactor absolutista llegaron al dudoso goce de un eudemonismo administrado por la autoridad.

Todo ello concurrió en el surgimiento de aquella forma temprana de un Estado administrador omnipresente que restringía la libertad de acción y la responsabilidad del individuo, y que lo incapacitaba como súbdito.

2. El Estado totalitario moderno. A partir del fin de la Primera Guerra Mundial, el totalitarismo vaga por el mundo como compañero de viaje de las ideologías sin compromiso. El Estado totalitario moderno que interviene todos los ámbitos de vida, del cual ofrecen ejemplos, la Rusia estalinista y la Alemania nacionalsocialista, pretende realizar sus ideas políticas, económicas y sociales incluso dentro de la esfera privada. A diferencia de la confusa ideología del nacionalsocialismo, el marxismo intenta aportar una legitimación, consecuentemente desarrollada, de sus pretensiones totalitarias. La sociedad socialista del futuro, en la que el poder político será superfluo, presupone un nuevo hombre socialista. Para cumplir con la misión educativa así planteada, el Estado marxista se considera autorizado para abarcar y controlar al hombre en todas las esferas de la vida, aun en lo ideológico. Asimismo, tiene la certeza de que su política está científicamente fundada y de poseer una concepción cuya verdad es demostrable; de ahí que sólo pueda menospreciar por erradas, a las opiniones contrarias (§§ 18 IV: 28 I).

a) *La magnitud de la pretensión de disposición totalitaria.* Si atendemos a la magnitud de la pretensión de disposición por parte del Estado, a pesar de cualquier diferencia encontraremos un rasgo común del antiguo Estado policía con el Estado totalitario moderno: la concentración del poder político, de la dirección económica y la autoridad religiosa o ideológica en manos del propio Estado.

En el moderno Estado totalitario no solamente la economía, el mercado de trabajo y la actividad profesional sino también la vida social, el tiempo libre, la familia, el modo de pensar y la cultura toda del pueblo son impregnadas por las metas del Estado y puestas a su servicio.

El Estado totalitario no solamente exige obediencia a la ley, sino también una convicción: ideología nacionalsocialista, amor y disposición al sacrificio por el *Führer*, orgullo de la ra-

za, conciencia de clase o cualquier otro "celo anímico". El oportunismo, las sanciones de hecho, o cuando menos el temor ante éstas, se ponen en movimiento para imponer ese modo de pensar. Naturalmente la creencia, como tal, no es coercible por estos medios, pero sí lo es el comportamiento que debiera provenir de un determinado credo. De esta manera es factible lograr aquellos modos de conducta que no se pueda prescribir mediante normas jurídicas (por ejemplo, que debido a su vinculación con una situación concreta, esas conductas se sustraigan a una normación general) o que no se les quiera prescribir (si, por ejemplo, los electores votan "espontáneamente" de manera abierta, no se abandonará de buena gana la tesis propagandística de que, jurídicamente, se efectúan elecciones libres y secretas). El ejemplo más trivial del funcionamiento de esta coacción constituye el hecho de que, bajo el régimen nacionalsocialista, casi todos utilizaran en la calle el "saludo alemán" aunque no estaba prohibido por ley desear los "buenos días".

Los límites normativos de la pretensión estatal de disposición radicaban, en el Estado policía absolutista, en considerarse sometido, al menos en teoría, a ciertas *lois fondamentales*, a la religión y el orden moral del cristianismo occidental (§ 9 III 2). Por el contrario, el Estado totalitario moderno ya no reconoce ni siquiera estos vínculos.

Un Estado que aspira a prevalecer en el mayor grado posible sobre la vida social no puede en consecuencia, respetar aquellos derechos fundamentales que no se subordinen sin fricciones en su programa político, así los proclame en el papel, pues estos derechos tienen precisamente como objetivo la defensa de ciertos ámbitos de libertad de los individuos frente al Estado. Refiriéndose al Estado totalitario nacionalsocialista, un manual de derecho constitucional era consecuente y únicamente reflejaba la realidad constitucional, al afirmar: "Sobre todo deben desaparecer los derechos de libertad del individuo frente al poder estatal... No existe una libertad personal del individuo previa o exterior al Estado que éste tenga el deber de respetar. El sitio del individuo lo ha ocupado el camarada articulado en la comunidad, comprendido por la totalidad del pueblo político e integrado en el actuar colectivo. No puede haber más una esfera privada intocable y sagrada frente a la unidad política" (E.R. Huber, *Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches*, 2^a 1939, 361). Quien exija para sí su esfera privada o recurra a su libertad personal en el Estado totalitario, se convierte en un tipo raro, cuando no en traidor y enemigo.

b) *Técnicas del totalitarismo*. De los anteriores Estados con

tendencias totalitarias difiere el Estado totalitario moderno principalmente en el empleo de prácticas de organización sistemáticamente desarrolladas y de medios técnicos, con los cuales pretende imponer sus metas.

Una importante preocupación del régimen totalitario consiste en infiltrar la burocracia estatal y las organizaciones sociales con agentes del poder político, para dirigir las y controlarlas. Según el modelo de los dos casos de mayor relevancia histórica, son de utilidad en este sentido: un partido de Estado, jerárquicamente organizado y rigidamente disciplinado, cuyas secciones se entrelazan con todas las esferas de importancia en la organización estatal y en la vida económica, profesional y cultural. Una policía secreta complementa el sistema de penetración organizada del aparato del Estado, y de la sociedad, con los funcionarios del poder político.

La burocracia es ocupada y vigilada, sobre todo en sus departamentos de personal, por funcionarios del partido y agentes leales.

La economía y el mercado de trabajo son dirigidos y controlados centralmente conforme a los métodos de la economía planificada, mientras que los objetivos del plan se orientan por el programa político del Estado.

El Estado totalitario moderno tiene en la radio, la televisión, la prensa de masas dirigida, y el cine, medios técnicos nunca antes vistos para lograr la uniformación ideológica. Al enorme aparato de la información pública no se le confía la tarea de presentar diversas alternativas políticas e ideológicas, de estimular a los ciudadanos a formarse una opinión política independiente, sino la función de educar e inculcar en el pueblo los objetivos del Estado (§ 28 I).

El partido oficial organiza también la "distribución del tiempo libre". La juventud no sólo es educada en el espíritu de la ideología oficial según los planes educativos de las escuelas, sino que las organizaciones juveniles absorben o ejercen influencia sobre su "tiempo libre".

No se tolera la resistencia, que es sofocada desde sus inicios por un denso sistema de control que no se detiene ante la vigilancia del correo, la intervención del teléfono y el empleo de soplones, como tampoco ante la desaparición de los disidentes políticos, por miles, en campos de concentración y de trabajos forzados.

3. Pluralidad estructural contra totalitarismo. En una época en que no solamente se cuenta con los impresionantes recursos del poder, sino también con el aparato de una burocracia acabada, las técnicas de la sicología y los modernos medios

de comunicación de masas, la principal medida contra el totalitarismo consiste en la preservación, tanto en el Estado y como en la sociedad, de una pluralidad estructural, y en hacer realidad el principio de subsidiariedad en la mayor extensión posible.

En el ámbito de la organización del Estado esto implica, más que nada, la necesidad de una división y un equilibrio en la organización de los poderes (§ 31) y de la mayor descentralización posible, en particular a través de la estructura federativa del Estado y la autonomía administrativa municipal (§§ 17 I 2; 23 III).

Además, es preciso garantizar una esfera privada mediante los derechos fundamentales (§ 32) y proteger el ámbito social contra una excesiva injerencia estatal y, en especial impedir una intervención estatal en los medios de comunicación masiva y preservar, también en este sector, una pluralidad estructural (§ 28 I 4).

En el ámbito social deben mantenerse la pluralidad, la competencia y el equilibrio de los poderes sociales aun a costa de un antagonismo incómodo, y no siempre justo, entre las fuerzas políticas y económicas y los grupos de influencia de la sociedad pluralista (§ 26 IV-VI).

II. El tipo de Estado liberal

§§ 30; 34; *L. v. Wiese*, *Der Liberalismus in der Vergangenheit und Zukunft*, 1917; *L. Bergsträsser*, *Geschichte der pol. Parteien in Deutschland*, 1921, ¹¹1965; *G. de Ruggiero*, *Geschichte des Liberalismus in Europa*, (it. 1925) al 1930; *A. Rustow*, *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, 1945, ²1950; *F. C. Sell*, *Die Tragödie des deutschen Liberalismus*, 1953; *F. A. v. Hayek*, *L. v. Mises*, en: *HdSW VI*, 591 ss.; *F. A. v. Hayek*, *Die Verfassung der Freiheit*, (ingl. 1960) al 1971; *W. Dorn*, *H. Hofmann* (eds.), *Geschichte des deutschen Liberalismus*, 1966, ²1976; *E. T. V. Heuss*, *L. v. Münch*, *W. v. Loewenich*, en: *EvStL*, 1475 ss.; *H. Flach et al.*, *Die Freiburger Thesen der Liberalen*, 1972; *L. Döhn*, en: *F. Neumann* (ed.), *Politische Theorien und Ideologien*, 1974, ²1977; *L. Gall* (ed.), *Liberalismus*, 1976.

Sobre 1: *A. Smith*, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, (ingl. 1776, ⁵1789) esp. 1977; *I. Kant*, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (al 1785); *id.*, *Über den Gemeinspruch...*, 1793, II; *W. v. Humboldt*, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, 1792; *J. G. Fichte*, *Zurückforderung der Denkfreiheit...*, 1793; *J. St. Mill*, *Principles of Political Economy*, 1848; *id.*, *On Liberty*, (ingl. 1859) esp. 1971; *Binder*, 288 ss.; *L. v. Mises*, *Liberalismus*, 1927; *Ermacora*, 90 ss.; *H. Wasmus*, *Ethik und gesellschaftl. Ordnungstheorie*, 1973 (sobre J. St. Mill); *R. Nozick*, *Anarchie, Staat, Utopia*, (ingl. 1974) al. 1976.

Sobre 2: § 35; *F. Engels*, *La situación de la clase trabajadora en Inglaterra*, 1845 (*MEW 2*, 225 ss.); *F. Böhm*, *Wettbewerb und Monopolkampf*,

1933; *Eucken* (citado en el § 35), 30 ss.; R. Kühnl, *Formen bürgerlicher Herrschaft*, 1971.

La tendencia hacia el liberalismo es la opuesta a la tendencia totalitaria. La mayoría de los estados se ubican entre los tipos ideales del Estado totalitario y el liberal.

Para comprender esta polaridad es importante no confundir el concepto liberal con el concepto democrático de la libertad. Aquél indica la libertad del *status negativus*, el margen de libertad de acción que el Estado deja al individuo. Este se refiere a la libertad del *status activus*, la libertad de participar en la formación de la voluntad general (§ 34 I). Ambas formas de libertad no convergen necesariamente, ya que una mayoría democrática puede ejercer una tiranía muy poco liberal. Si no va acompañada de la libertad liberal, la libertad democrática es el régimen de la multitud, sin garantías de libertad frente a ella (§ 30 I).

1. Argumentos en pro de la libertad. El liberalismo moderno es hijo de la Ilustración, que situó al individuo en el centro de la existencia social. En el siglo XVIII, la doctrina filosófica de la autonomía moral del individuo, la petición política de derechos fundamentales y derechos de libertad para éste, así como la teoría de la economía nacional, coinciden en enseñar que una defensa bien entendida de los intereses propios en libre concurrencia, produce por sí misma una vida económica equilibrada. Estas doctrinas se unieron en una tendencia a restringir la acción del Estado:

La preocupación por la moralidad de los súbditos no puede ser ya asunto del Estado, ya que, según postula una tesis básica de la ética de Immanuel Kant, la moralidad es exclusivamente una cuestión de la buena voluntad y la autonomía de la conciencia, no de una conducta provocada por la coacción externa (1785).

El Estado tampoco debe decidir sobre el credo religioso de sus súbditos, pues cada quien es responsable de la salvación de su alma. En los conflictos religiosos de los siglos XVI, y XVII, junto con la exigencia de mayor obediencia a Dios que a los hombres, se introdujo también en la conciencia general el postulado de que el poder estatal tiene límites infranqueables. Las libertades de creencia y de conciencia constituyeron importantes puntos de cristalización para el nacimiento de los derechos fundamentales y las libertades generales (§ 32 II).

Pero, sobre todo, el Estado no debe reglamentar la vida económica, como hasta entonces había hecho bajo el influjo del mercantilismo. El Estado debe garantizar la seguridad y la propiedad de los ciudadanos y, en los demás, dejar el camino

libre a la iniciativa de cada quien. Los más aptos habrían de prevalecer y al perseguir sus metas, elevarían también a fin de cuentas, el bienestar general. En la fábula de las abejas, de Mandeville (1714), los vicios privados, como el egoísmo y la vanidad, son precisamente el fundamento de la industriiosidad y prosperidad de la asociación. Los fisiócratas opinaban que el egoísmo privado conduce, por sí solo, al desarrollo, conforme a leyes, de la vida económica y, por consiguiente, al orden natural de la sociedad. *Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*, dejad las cosas a su libre curso y entonces la economía y la vida en comunidad se desenvolverán en la mejor armonía. En su influyente "Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones" (1776 IV 9), escribió Adam Smith: "Todo sistema de preferencia extraordinaria o de restricción se debe mirar como proscrito, para que de su propio movimiento se establezca el simple y obvio de la libertad labrantil, mercantil y manufacturera. Todo hombre, con tal que no viole las leyes de la justicia, debe quedar perfectamente libre para abrazar el medio que mejor le parezca a los fines de buscar su modo de vivir, y que puedan sus producciones salir a competir con las de cualquier otro individuo de la naturaleza humana... Según el sistema de la libertad natural, al Soberano sólo quedan tres obligaciones principales que atender, obligaciones de gran importancia y de la mayor consideración, pero muy obvias e inteligibles: la primera, proteger a la sociedad de la violencia e invasión de otras sociedades independientes; la segunda, poner en lo posible a cubierto de la injusticia y la opresión de un miembro de la república a otro que lo sea también de la misma, o la obligación de establecer una exacta justicia entre sus pueblos; y la tercera, la de mantener y erigir ciertas obras y establecimientos públicos", cuya creación y sostenimiento no cabe esperar de la iniciativa privada. A las libertades fundamentales de los hombres agregó el postulado de la libertad de elegir oficio, en especial, la libertad de establecimiento profesional y el libre comercio por encima de las fronteras nacionales.

Wilhelm von Humboldt, distinguido estadista prusiano, gran erudito y defensor de una constitución liberal en su país, escribió en el año de 1792 una investigación significativamente intitulada "Ideas en torno a un ensayo sobre los límites de la acción del Estado", en el que oponía al paternalismo del Estado policía y de bienestar su ideal humanista de la libertad en el desarrollo y la formación de la persona. "Que el Estado se abstenga", demanda él, "de todo cuidado por el bienestar positivo de los ciudadanos y no dé un paso más allá de lo necesario para

protegerlos de sí mismos y frente a los enemigos del exterior: no coartará su libertad para ninguna otra finalidad" (III 7).

2. **Riesgos de la libertad.** Estas tesis eran de un optimismo grandioso. Sin embargo fracasó la idea optimista de un Estado que permitía que la persona del individuo, la sociedad, la economía se desarrollaran según sus propias leyes. La bendición de una economía sin intervención ni restricciones por parte del Estado, se reveló como un sistema de explotación inhumana para los miles de trabajadores atrapados en el engranaje de las fábricas y minas recién creadas. Si bien los empresarios tanto como los trabajadores, tenían la libertad jurídica de celebrar o rescindir un contrato de trabajo, en términos económicos esta libertad significaba para el obrero la alternativa entre trabajar comúnmente bajo las condiciones más indignas, y morir por hambre. Todavía en el año de 1860 escribía el *Daily Telegraph* de Londres: "A las 2, a las 3, a las 4 de la mañana se arranca de las sucias camas a niños de 9 a 10 años y se les obliga a trabajar por la mera subsistencia hasta las 10, las 11 ó las 12 de la noche, mientras miembros se consumen, su complexión se encanija, se les embotan los rasgos faciales, y su condición humana se hunde por completo en un torpor pétreo, extremadamente horrible de contemplar... ¿Qué se podrá pensar de una ciudad que realiza una asamblea pública para solicitar que el período de trabajo para los hombres se reduzca a 18 horas diariamente?" (Ejemplo tomado de K. Marx, *El Capital* I, cap. 8). La sociedad, que buscaba escapar de la Escila del Estado benefactor que todo lo reglamenta, cayó en la Caribdis de un liberalismo desenfrenado. Después de las deprimentes experiencias que resultaron, en el siglo XIX, de la economía capitalista dejada a sí misma, Ferdinand Lassalle, el ingenioso fundador de la Sociedad General de Obreros Alemanes, caricaturizó como "Estado-gendarme" al Estado liberal, que únicamente otorgaba protección y seguridad (Programa de los trabajadores, 1862).

Aunque con grandes vacilaciones en un principio, el Estado empezó a intervenir en la vida social, regulándola, para corregir los abusos más graves contra la libertad. Las dimensiones que éstos habían adquirido se reflejan en las contramedidas adoptadas. La ley inglesa de Fábricas, de 1833, por ejemplo, aplicable sólo a unas cuantas ramas de la industria, se vio en la necesidad, entre otras cosas, de prohibir el trabajo para los niños menores de 9 años y reducir a 12 horas la jornada laboral de los jóvenes entre 13 y 18 años de edad.

No solamente en la relación entre obreros y patrones podía emplearse la libertad para acabar con la libertad. Entre los

empresarios mismos se hallan ejemplos de la aniquilación de las instituciones liberales con ayuda de las libertades del liberalismo: en todas partes se formaron concentraciones de capital y empresas, así como cárteles que sacaron provecho de la libertad contractual, de la libre disposición de la propiedad y en caso preciso, de los medios que ofrecía una competencia ruinosa, para eliminar la concurrencia liberal y hacer inefectivos los mecanismos de precios y de mercado.

Los poderes sociales siempre se han dado maña para transformar la libertad que les cede el Estado en la negación de la libertad para sus conciudadanos. Así, por no citar sino un ejemplo más, la concentración tolerada de los medios de comunicación masiva llevaría a la opresión de la libertad espiritual, del mismo modo en que un derecho privado demasiado liberal fue empleado para la opresión económica (§ 28 IV 4).

III. El "Estado social liberal"

E. Fechner, Zur Herkunft und Gegenwartslage des sozialen Rechtsstaates, en: Rechtsstheorie 1978, 466 ss.

El "Estado social liberal" (*freiheitliche Sozialstaat*) de la sociedad industrializada de Occidente se sitúa en el campo de tensión entre las tendencias totalitarias y las liberales.

Por un lado, es heredero de una época liberal que pretendía ceder a cada quien un grado máximo de desarrollo individual y económico, así como limitar y controlar la acción del Estado.

Por otro lado, se ha demostrado, sobre todo, que una sociedad industrial pluralista requiere una continua regulación estatal que limite el egoísmo y el afán de desarrollo de los individuos, para que la libertad de unos no bloquee, en medida intolerable, la libertad de otros. Particularmente respecto de las pugnas entre los intereses organizados, esta regulación debe buscar permanentemente una compensación adecuada entre las necesidades y procurar que todos reciban oportunidades justas en los ámbitos más variados (§§ 26 V, VI; 27 II). Debe intervenir donde la economía de mercado misma esté en vías de hacer peligrar las condiciones del mercado libre o de causar daños considerables a la economía nacional o al medio ambiente. Para satisfacer adecuadamente necesidades vitales de importancia se requieren las prestaciones positivas de la procura-existencial del Estado, más allá de una regulación meramente intervencionista.

Nunca termina la tarea de hallar, en las situaciones cambiantes, el justo medio entre la tutela totalitaria, por un lado y, por el otro, una excesiva liberalización, que permite que el

egoísmo y el desenfreno del individuo se conviertan en inconveniente social. No existe una solución abstracta a este dilema, que hiciera innecesario buscar continuamente la medida correcta en la política concreta. Si bien ciertas instituciones constitucionales son más, o menos, favorables a la "libertad para todos", no es posible asegurar esquemáticamente de una vez para todas, la regulación óptima de la libertad mediante un mecanismo constitucional automático.

En la oscilación del desarrollo histórico, entre el Estado de bienestar y el liberalismo, se pone de manifiesto con nitidez casi típico-ideal— el riesgo que el Estado enfrenta continuamente: garantizar muy poca libertad, sofocando así una necesidad elemental, y conceder una libertad excesiva, con lo cual abre la puerta a las posibilidades, gustosamente aprovechadas, de abusar de aquélla. La inestabilidad de las formas liberales de Estado se funda también en que la libertad induce, una y otra vez, a abusar de ella y este abuso obliga nuevamente a restringirla. Ya Platón veía en ello el peligro específico que corre la democracia: el deseo insaciable por aquel bien que le es máspreciado, la libertad, hace perecer a la democracia (§ 21 II 2; Cicerón, *De re publica*, I 68). La reglamentación por el poder estatal es tanto más necesaria cuanto más determinen los intereses personales y de grupo la acción en un pueblo y cuanto menos dispuestos se hallen estos intereses particulares a someterse voluntariamente a una compensación justa.

Es un rasgo esencial del Estado industrializado de Occidente verse mezclado y desgastado por esta antítesis, de cuyas caras una está representada por los principios del Estado de Derecho (§§ 30-ss.) y la otra, por las tendencias y las técnicas de una conformación social racional; estas últimas poseen un importante elemento institucional en la burocratización de un mundo cada vez más administrado (§§ 35 ss.). Obviamente no se trata aquí más que de una contraposición de tipos ideales, ya que los principios mismos del Estado de Derecho han experimentado una transformación y, de manera parcial, se han convertido en instrumentos de regulación en el Estado social (§§ 30 III; 34 I 3, II, III), mientras que, por otra parte, dentro de la problemática de la regulación, y la planeación, han pasado a ser un tema de importancia los límites de la conformación racional de la sociedad (§§ 35 II, IV; 36 III; 37 IV 2).

1. El Estado de derecho

§ 30. Principios del Estado de derecho

C. Schmitt VL, 123 ss.; F. Darmstaedter, *Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates*, 1930; Huber *Aufs.*, 27 ss. (Niedergang des Rechts und

Krise des Rechtsstaates); *Wolff-Bachof* §§ 9, 11; *D. Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 1961, ²1968; *E. Forsthoff*, Rechtsstaat im Wandel, 1964, ²1979; *id.* (ed.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968; *H.H. Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, 104, ss.; *H. Schambeck*, Vom Sinnwandel des Rechtsstaates, 1970; *Herzog*, 141 ss, 268 ss., 363 ss.; *W. Leisner*, Rechtsstaat ein Widerspruch in sich?, JZ 1977, 537 ss.; *Stern*, § 20; *M. Tohitipur* (ed.), Der bürgerliche Rechtsstaat, 1978.

II. Ideas fundamentales y evolución del Estado constitucional y de derecho

1. *Kant*, Über den Gemeinspruch..., 1793; *H. R.v. Mohl*, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats. I, 1832, ³ 1866, §§ 3 ss.; *O. Bähr*, Der Rechtsstaat, 1864; *R.v. Gneist*, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 1872, ² 1879; *L. Gumplowicz*, Rechtsstaat und Socialismus, 1881, 117 ss.; *F. Garzoni*, Die Rechtsstaatsidee usw., 1952; *E.W. Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs en: *F.f.A. Arndt*, 1969, 53 ss; *Kriele*, 104 ss.; *K. Larenz*, Richtiges Recht, 1979, 136 ss.; *Ch. Link* (citado en el § 26 III); *D. Merten*, Rechtsstaatliche Anfänge im preussischen Absolutismus, en: DVBl 1981, 701 ss.;

Sobre 1: *J. St. Mill* (citado en el § 28 II); *W. Kägi*, en: Tohitipur, 1978, 127 ss.

Sobre 2: *Maunz-Zippelius* § 12 III (bibl.)

1. Ideas fundamentales. Los principios del Estado de derecho son los instrumentos encaminados a impedir la expansión totalitaria, y en general el ejercicio sin control, del poder del Estado. Estos principios forman parte del intento de dar respuesta a la vieja cuestión de cómo puedan realizarse a un mismo tiempo el orden y la libertad. (El principio democrático implica otro esfuerzo en este sentido) (§§ 17 III; 23)

Las instituciones del moderno Estado constitucional y de Derecho fueron conformándose en gran parte como reacción frente al absolutismo. El advenimiento de un poder estatal soberano, la consolidación del poder político en el Estado (§ 9) contribuyeron a asegurar la paz jurídica, pero a la vez trajeron consigo el peligro del absolutismo y de una expansión, de tipo policiaco, del poder estatal. En Inglaterra, las pretensiones absolutistas del rey se toparon con la enérgica resistencia del Parlamento, que veía amenazados sus antiguos derechos tradicionales y las libertades irrenunciables de los ciudadanos. De estos conflictos y, más tarde, como consecuencia del movimiento independentista norteamericano y la Revolución francesa, fueron surgiendo instituciones para la protección de estos derechos y libertades. En este proceso histórico nació el Estado constitucional y de Derecho, que aspira a un compromiso entre la necesidad de un poder estatal homogéneo, capaz de garanti-

zar la paz jurídica, y la necesidad de asegurar el mayor grado posible de libertad individual, de impedir el abuso del poder estatal y de imponer límites a su expansión. Esta necesidad surge también frente al absolutismo de la mayoría en una democracia, en grado no menor que frente a un monarca absoluto, pues un gobierno de la mayoría que no estuviera limitado por derechos de libertad, puede convertirse en tiranía. Tanto Tocqueville (DA, I 2, cap. 7) como Mill (1859, cap. 1), habían advertido esto (cfr. § 23 I).

Con el fin de proteger las libertades individuales e impedir la arbitrariedad del Estado, había que procurar primeramente que la acción estatal se desarrollara de acuerdo con una determinada distribución de papeles y con reglas de juego garantizadas. Mediante la distribución y coordinación armónicas de las funciones estatales de regulación debía crearse un sistema de división y control de poderes. Era de particular importancia sujetar al Ejecutivo a la ley y al derecho. Igualmente había que controlar los actos del Estado e impedir la arbitrariedad mediante reglas de procedimiento (en la legislación, la administración y la jurisdicción). De igual manera había que crear procedimientos de control, judiciales y de otro tipo, que velaran por el respeto de las reglas de juego en el sistema jurídico de regulación. Ya que estas providencias afectan las formas de la acción estatal, se les denomina también principios del Estado "formal" de derecho.

Sin embargo, los principios del Estado de derecho no lo son únicamente de forma. Los principios del Estado "material" de Derecho (es decir, referidos a su contenido) son también adecuados para trazar límites al poder estatal. Esto es especialmente válido respecto de las prohibiciones de lesionar los derechos fundamentales del hombre y de menoscabar ciertos intereses en mayor medida de lo estrictamente necesario para la defensa de bienes de mayor valor. El Estado de Derecho recibió un contenido "material" más extenso cuando, junto al principio de la libertad, los principios de igualdad y justicia adquieren cada vez mayor vigencia, una interpretación material y son considerados, más y más, como parte integrante de las garantías de los derechos fundamentales (§ 34).

2. Los diversos principios. De la historia evolutiva del Estado de derecho se han destacado especialmente las siguientes posiciones:

El modelo del Estado liberal de derecho ha sido tomado, en sus caracteres más importantes, del sistema constitucional hacia el cual había evolucionado Inglaterra a fines del siglo XVII. En él, las libertades individuales tuvieron una primera garantía en la protección contra las detenciones arbitrarias, garantía

consagrada ya en la Magna Carta de 1215, aunque de modo incompleto, y después ratificada y ampliada hasta la *Habeas Corpus Acte*, de 1679 (§ 32 II). De Lolme (1784, I XIV) veía en esas garantías contra la detención arbitraria uno de los pilares de aquel "sentimiento de independencia que dan las leyes a los ciudadanos en Inglaterra". A través de ellas el poder ejecutivo perdió un instrumento de fuerza con el cual podía privar al pueblo de sus caudillos y que quizá representaba la amenaza más seria contra la libertad pública.

El principio de que el poder del rey tenía límites jurídicos desempeñó un papel importante en las pugnas entre el Parlamento inglés y los dos primeros Estuardos. Frente a las pretensiones de soberanía de Jacobo I y Carlos I, Coke oponía la tesis de la supremacía del derecho. El que el poder de gobierno esté limitado por las libertades jurídicamente garantizadas del pueblo, fue en consecuencia, el principal argumento de la acusación sostenida contra el *Earl of Strafford*, primer consejero del rey, en los inicios de la revolución puritana. En un famoso discurso de acusación, John Pym resumió este principio, diciendo que la ley es la "línea fronteriza, la medida entre la prerrogativa del rey y la libertad del pueblo". Tal es una temprana versión de la "supremacía de la ley". La idea de una sujeción y una limitación jurídicas del poder monárquico prevaleció más tarde en el movimiento constitucional; lo mismo aconteció en el continente, aunque bajo la premisa limitativa de que el monarca conserva todavía una amplia soberanía; de ahí que en el documento constitucional que él otorgaba, se consagrara únicamente una autolimitación jurídica de sus atribuciones (§ 21 I 2).

Otro principio que irrumpió en la guerra civil inglesa del siglo XVII, fue la exigencia de que no se tutelara al individuo en sus convicciones religiosas por razones de Estado. Esta pretensión constituyó un primer punto de cristalización de la idea de derechos humanos universales, es decir, la idea de que existe una esfera individual intocable sobre la cual, por principio, no puede disponer el poder del Estado (§ 32 II).

Corresponde también a los orígenes del moderno Estado constitucional y de Derecho el postulado del *equilibrio de los poderes*, para controlarlos, postulado que ya se había expresado en Inglaterra en relación con la gloriosa Revolución (1688) y que se fue imponiendo con fuerza creciente en el continente y particularmente en la creación de la constitución norteamericana (§ 31).

De manera menos espectacular se difundió el principio de que la acción estatal debía desarrollarse fundamentalmente conforme a leyes generales. A este principio corresponde especialmente la "reserva de ley", la cual señala que requieren de

autorización legal cuando menos (III) aquellos actos de los poderes ejecutivo y judicial que intervengan en la libertad o la propiedad. En forma más amplia, la exigencia de que la acción estatal se desenvuelva de acuerdo con leyes generales, aparece como mandato de la razón, de la igualdad de trato de la democracia y la seguridad jurídica. Ya el siglo XVIII consideraba como precepto de la razón el comportarse según leyes universales. En la filosofía moral de Kant, la universalidad de una norma de conducta es el criterio racional de su justicia y, de igual modo, la coexistencia de la libertad de los individuos sólo es posible de acuerdo con leyes generales: "Derecho es la limitación de libertad de cada uno, bajo la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto sea posible conforme a una ley universal" (Kant, 1793). La realización de los actos del Estado según una norma general responde asimismo al principio de la igualdad de trato, puesto que la limitación de la libertad individual conforme a leyes generales significa, por su mismo carácter, una restricción igual para todos. El principio de legalidad se sustenta también en la confianza puesta en la aprobación democrática de la ley. En el hecho de que todos aprobaran una ley general residiría, a la vez, una garantía de su justicia. Fundamental es la participación igual de todos en una competencia de regulación que los induzca a someterse a sus leyes; desde el punto de vista típico-ideal esto nos llevaría obviamente al principio de unanimidad, frente al cual resulta forzosamente inferior el de simple mayoría. Si todos aprobaran las leyes de validez general, entonces "todos deciden para todos y cada uno para sí mismo"; pero "nadie es capaz de hacerse injusticia a sí mismo" (Kant *op. cit.*; *Metafísica de las costumbres*, I § 46; en forma similar, Locke, *Two Treatises*, II § 143; Rousseau, *Contrat social*, II 4; véase también el § 17 III). Finalmente la adopción de medidas estatales concretas sobre la base de leyes generales, contribuye a la seguridad jurídica, a saber, la previsibilidad de estas medidas.

Jeremías Bentham y otros declararon que la finalidad primordial del derecho era precisamente la creación de *seguridad jurídica* y, por tanto, de una base cierta para toda disposición (Bentham, *Principles of the Civil Code*, parte I, cap. 7), pauta que también debía ser válida para el legislador. De ello se dedujo, como importante consecuencia, la prohibición de leyes penales retroactivas (*nulla poena sine lege praevia*) y de cualesquiera otras leyes que ordenen o prevean retroactivamente consecuencias con las cuales el afectado no pudiera contar razonablemente en el momento de realizar una conducta. La certeza de orientación, la seguridad jurídica, no solamente requieren una decisión general y obligatoria, sino también el mayor gra-

do posible de continuidad del derecho (Zippelius RPh, § 24 V), un postulado que entra en conflicto con la exigencia de que el derecho sea adaptado continuamente a las nuevas circunstancias (§ 17 IV 2). La certeza de orientación precisa, además, claridad y transparencia del derecho: claridad de las normas jurídicas particulares y del orden jurídico en conjunto (Zippelius RPh, § 24 IV). Sin embargo, la exigencia de que sean claras y precisas las normas que programan previamente las medidas concretas del poder estatal, haciéndolas previsibles y calculables, encuentra su límite en el hecho de que la mayoría de los conceptos jurídicos no son determinables con exactitud, desde el punto de vista semántico. Además, no es posible, por principio, determinar previa y exactamente mediante normas generales, una decisión adecuada a todos los azares de la existencia. De ahí que numerosas leyes otorguen a las autoridades márgenes de crítica, discrecionalidad y acción, para que puedan decidir según reflexiones apropiadas al caso (cfr. al respecto Aristóteles, Política, 1282b y Ética Nicomaquea, 1137 b)

De qué manera se reduce todo en el Estado a la cuestión de la justa medida, queda de manifiesto en la aspiración a la reglamentación jurídica. La tendencia hacia el gobierno de las leyes, originariamente encaminado a imponer límites a la acción estatal, hacerla transparente y previsible, puede tener efectos adversos para el mismo Estado de Derecho cuando aquéllas comienzan a multiplicarse incontrolablemente. El esfuerzo por regular hasta en el detalle todas y cada una de las cosas, conduce a la inflación normativa. Esta no sólo restringe innecesariamente los márgenes de acción, sino que también limita la transparencia y, consecuentemente, la eficacia del derecho: un orden jurídico que ya no es plenamente aprehensible, por fuerza se convierte en un derecho que ya no es obedecido del todo. Un indicio particularmente notorio del autoaniquilamiento del Estado de legalidad se produce cuando el "servicio por disposición" se convierte en falta disciplinaria (porque impide el funcionamiento de la burocracia) lo cual no quiere decir otra cosa sino que la no observancia de las disposiciones se convierte en deber.

Según la concepción liberal, la libertad de los individuos sólo puede ser restringida en la medida que lo exijan los fines superiores de la comunidad. La libertad de cada uno en el Estado debe ser tan amplia como sea posible (§ 29 II), así, por ejemplo, Blackstone definió la libertad civil como "*natural liberty so far restricted by human laws and no farther, as it is necessary and expedient for the general advantage of the public*" (*Commentaries*, libro 1, cap. 1). Hoy día se relacionan con es-

tas ideas el *principio de proporcionalidad* y la *prohibición de exceso*: el primero exige una relación adecuada entre el daño y el beneficio que causan los actos estatales y prohíbe, en todo caso, cualquier intervención que lesione intereses de mayor importancia que los que satisface. La prohibición de exceso (*übermassverbot*) exige que, dentro del marco así delimitado, no se menoscaben intereses en medida superior a la necesaria; de los diversos cursos de acción adecuados para realizar una finalidad del Estado, debe seleccionarse aquella que signifique el menor perjuicio posible a los intereses contrarios. Ambos principios pueden considerarse, a la vez, como expresión del esfuerzo por optimizar la satisfacción de intereses en una comunidad.

La creación de instancias de control que vigilen a los órganos del Estado para que no excedan sus atribuciones, constituye también una antigua preocupación de la teoría del Estado. Althusio pretendía emplear a los éforos como guardianes que velaran porque el gobierno se mantuviera dentro de los límites del poder oficial conferido (*Politica methodice digesta*, XVIII 48 s., 65). En el Estado de Derecho moderno es frecuentemente un Tribunal Supremo el que asume para sí el papel de defensor de la Constitución. Además, la legalidad de los actos del Estado debe estar sometida, en términos generales, al *control de tribunales independientes*: "Para que el Estado de Derecho se convierta en realidad, no es suficiente que el derecho público sea determinado por las leyes, sino que debe existir una jurisdicción que, al declarar el derecho para el caso concreto, establezca un fundamento inobjetable para su restauración, cuando es lesionado" (Bahr 1854, 192).

Todos estos lineamientos evolutivos se unificaron en la concepción global de un Estado de Derecho, que "eleva al derecho a la categoría de condición fundamental de su existencia" y en el que "la relación entre gobernantes y gobernados no es la de un poder unilateral sino la del derecho" (Bähr 1864, 2). Esta es una versión moderna de la antigua idea platónica del gobierno de las leyes, pero dando solamente "el nombre de ley a esta disposición de la razón" (Leyes, 714 A), y "allí donde la ley reina sobre los gobernantes y donde los gobernantes se hacen a sí mismos esclavos de la ley" se ha alcanzado el mejor estado posible de una república (715 C.s.).

II. El Estado de derecho como principio político

C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 1927/1932, reimpr. 1963, 68 ss.;
 Maurz-Zippelius, § 19 I (funciones de los derechos fundamentales, bibl.).
 F. Schneider, *Die politische Komponente der Rechtsstaatsidee in Deutschland*, PVS 1968, 330 ss.

Carl Schmitt ha negado a los principios del Estado liberal de derecho la calidad de principios políticos constitutivos, ya que implican "sólo una serie de límites y controles del Estado, un sistema de garantías de la libertad burguesa y la relativización del poder del Estado. El Estado mismo, que debe ser controlado, se da supuesto en este sistema. Los principios de la libertad burguesa pueden, sí, modificar y templar un Estado, pero no dan lugar por sí mismos a una forma política". "La libertad no constituye nada" (VL, 200; TC, 231).

Sin embargo, los principios del Estado de Derecho no poseen únicamente una función negativa de limitación al poder estatal, sino también una de carácter constitutivo. Al igual que los principios estructurales de la democracia, pertenecen al conjunto de normas por cuyo cumplimiento se constituye la comunidad política viviente.

Así, por ejemplo, son de signo muy diverso los sistemas políticos contruidos según los principios constitucionales democrático-radicales, que los que adoptan los principios del Estado democrático de derecho. La institucionalización del proceso político total en el Estado de Derecho es distinta a la que corresponde al modelo de democracia radical. Aquél no se desenvuelve directamente a través de las decisiones mayoritarias de unidades políticas descentralizadas en mayor o menor grado, sino que, por medio de la división y limitación de las competencias de decisión, así como por reglas de procedimiento, se organiza de modo tal que su desarrollo sea controlado; las competencias de regulación se distribuyen con arreglo a un equilibrio en la organización de los poderes. Los controles del Estado de Derecho se establecen de modo tal que sean independientes ("diferenciados") de los poderes que controlan. Mediante las garantías de los derechos fundamentales, ciertos ámbitos de libertad individual (como las libertades de conciencia o de opinión) se han sustraído, en extensión determinada, a la competencia de regulación del legislador, y por tanto, a una intervención de la mayoría.

Los derechos fundamentales desempeñan también una función constitutiva en la estructura política.

Una teoría "democrático funcional" de los derechos fundamentales nos remite al *status activus*, asociado a estos mismos derechos. Lo que importa aquí es que las libertades, como las de prensa y opinión, o de reunión y asociación, no sólo abren espacios libres frente al poder político, sino que garantizan también una participación en el proceso político. Estas garantías deben asegurar, muy particularmente, una libre formación de la opinión pública y por ende, el "campo previo en la

formación de la voluntad política" (§ 34 I 1). Incluso las libertades de conciencia y de religión que en una primera impresión parecieran meramente "derechos de no intromisión", son a un tiempo garantía del desenvolvimiento de las decisiones personales en la esfera política (§ 17 III).

La concepción "institucional" de los derechos fundamentales centra su atención en que determinados ámbitos de acción, individual y social, se instituyan conforme al programa de los derechos fundamentales, y en que su permanencia sea garantizada. A ellos pertenece el ámbito garantizado de acción y desarrollo de la persona; también el ámbito de función de una prensa libre y del libre ejercicio de la investigación científica y la docencia, así como la conjunción armónica en la contratación laboral entre partes autónomas; además, una autorregulación, aunque no ilimitada, de la vida profesional y económica bajo la protección de la libertad contractual, de ocupación y la garantía de la propiedad. Desde esta perspectiva la comunidad política se presenta como conexión de acción de numerosos subsistemas, cuyos ámbitos de función se hallan definidos y garantizados en alguna medida por los derechos fundamentales. Esta comprensión de los derechos fundamentales encaja en la concepción del pluralismo como principio estructural constitutivo de la comunidad política (§ 26 II), pero también se relaciona con la idea de que es función del derecho no solamente asegurar las libertades de manera unilateral frente al Estado, sino también delimitarlas y garantizarlas en la mutua conexión entre los ciudadanos y entre los subsistemas sociales (§§ 33 II; 34 I 2).

III. Los principios del Estado de derecho en el Estado social

§§ 33 III; 34; *K. Ballerstedt*, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, AöR 74 (1948), 129 ss.; *W. Mallmann, K. Zeidler*, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, en: VVDStRL 19 (1961), 165 ss.; *K. Zeidler*, Massnahmegesetz und "klassisches" Gesetz, 1961; *K. Huber*, Massnahmegesetz und Rechtsgesetz, 1963; *P. Badura*, Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DOV, 1968, 446 ss.; *M. Oldgies*, Grundlagen, eines plangewährleistungsrechts, 1970; *G. Oettl*, Grenzen der Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat, 1971, 40 ss.; *F. Ossenbühl* (citado en el § 36), 142 ss. (Rechtsstaatlichkeit im Bereich der Planung); *W.R. Schenke*, Gewährleistung bei Änderung staatlicher Wirtschaftsplanung, AöR 101 (1976), 337 ss.; *W. Henke*, Das Recht der Wirtschaftssubventionen, 1979, caps. 6, 12 ss.

Con la formación de la idea del Estado de Derecho se enlazaban, originariamente, las tendencias liberales, antitotalitarias y contrarias al Estado benefactor (§ 29 II 1). Para Kant (1793),

la promoción de la felicidad es, a lo más, una función auxiliar para el verdadero fin jurídico del Estado. En esta línea se sitúan igualmente el programa emprendido por Humboldt para determinar los límites de la acción del Estado (1792) y el llamado de Fichte a los Príncipes (1793): De Dios "esperamos la dicha; de tí la protección de nuestros derechos. No debes ser benévolo para con nosotros; debes ser justo". La acción del Estado ha de reducirse a garantizar orden y seguridad, a la "función de gendarme". La preocupación por la felicidad y el bienestar debe dejarse a la autodeterminación de cada ciudadano.

El principio de la vinculación del poder del Estado al derecho (I) goza, no obstante, de cierta independencia frente a esta concepción antitotalitaria y liberal del Estado; los principios de la división de poderes, de la garantía de los derechos fundamentales, de la legalidad de la administración, de la previsibilidad y certidumbre de las medidas estatales y de su control judicial, pueden mantenerse a pesar de una considerable expansión de las funciones públicas, cuyos principales elementos son el bienestar y la justicia sociales (§ 35 III).

El crecimiento de las tareas públicas en el Estado social ha dado lugar a la exigencia de que la *reserva de ley* sea aplicada también en determinadas esferas de la administración activa. Esto es necesario cuando una prestación positiva en favor de alguien causa, a la vez, daños a otro, así por ejemplo, si las subvenciones estatales alteran las condiciones de la concurrencia en perjuicio de empresas competidoras u otras ramas de la economía. Se ha considerado extender la reserva de ley a todas las prestaciones del Estado que tienen como cometido la realización del bienestar público y la justicia social. En su favor podrían aducirse los siguientes argumentos: para la existencia y desenvolvimiento de los individuos, tan importante es que el Estado ofrezca servicios y oportunidades, como la omisión de sus intervenciones. Tales prestaciones del Estado habría que determinarlas previamente en un procedimiento legislativo, con el apoyo de la legitimación democrática del Parlamento, y en un debate político abierto y bajo el control de la opinión pública (BVerfGE 40, 248 s.). No obstante, habrá alguna vacilación para reglamentar jurídicamente (*verrechtlichen*), en toda su extensión, la actividad productiva del Estado. Existirían algunos inconvenientes para programar legislativamente el contenido y extensión de todas las prestaciones del Estado a ofrecer, pues ello privaría al ejecutivo del margen de acción que le permite adaptarse a las variables necesidades concretas (calles, hospitales, escuelas) (§ 34 III). Pero cuando el Estado ha producido bienes y servicios (vías de comunicación, instituciones

educativas, asistencia social) para los fines de la procura existencial (*Daseinsvorsorge*) el acceso de los individuos a ellos debe mantenerse abierto según criterios jurídicos y en forma susceptible de control jurídico.

En el Estado social, los *derechos fundamentales* constituyen una base para exigir prestaciones del Estado, o cuando menos para definir los objetivos estatales, ya que las libertades son entendidas cada vez más, no como dádiva del *laissez-faire*, sino como garantías de las condiciones materiales para el desenvolvimiento de la libertad. El principio de la igualdad de trato se convierte en vehículo para alcanzar una equiparación social, particularmente de tipo económico, más allá de una igualdad jurídica meramente formal. Así, el Estado es calificado, cada vez más, de gestor del bienestar general y la justicia social (§§ 34; 35 I, III) en no pocas ocasiones con menoscabo de los principios de los derechos fundamentales (§ 34 III). Ya que aquí se produce una redistribución de libertades y bienes, y la intensificación de la previsión social, por un lado, conlleva una restricción de las libertades, por el otro (§ 34 I 3).

En lo referente al principio de la división de poderes, la delimitación clásica entre las esferas del ejecutivo y el legislativo ha sido desplazada por las leyes de medida y planeación. Esto se debe a que en el Estado social, aparte de las normas jurídicas genérico-abstractas, con intención de permanencia, adquieren importancia las disposiciones que apuntan a un cambio en la situación concreta. Ello nos lleva a atribuir al legislador democrático también aquellas disposiciones que sirven únicamente como pautas de conducta para la realización de un objetivo concreto. En favor de esta práctica puede aducirse que, lo que cae dentro de la competencia del legislador, ha de juzgarse no sólo por la calidad jurídica del acto, sino también por su trascendencia. Sería paradójico que al legislador le estuviera vedado ocuparse de situaciones "que son de importancia esencial para la existencia de la vida comunitaria" (Krüger, 302). Contra la admisibilidad de las leyes de medida y planeación, puede oponerse la objeción de que la división de poderes debe partir de la base de que las "leyes" son disposiciones generales cuya validez pretende, por principio, ser ilimitada. Sin embargo, esta concepción ya no puede emplearse más como fundamento para determinar el concepto de división de poderes, desde el momento en que se incrementa, y se introduce en la conciencia general, la relatividad de las leyes, por la rápida transformación de las condiciones de vida a regular (cfr. también el § 36 I).

La exigencia de certeza de orientación y especialmente de que las *bases de disposición* no se modifiquen en forma impre-

visible, implican un derecho de garantía del plan frente a la "administración planificadora". Esto se halla en cierta contradicción con el ideal cibernético-social de un Estado social adaptable, que reacciona inmediatamente, con sus instrumentos de regulación, a los cambios de la situación concreta (§ 3 III).

También el instrumento del *control judicial* de los actos del Estado requiere una adaptación a la administración planificadora. A través de los planes se adoptan disposiciones previas, que en el curso de su realización progresiva (por ejemplo, la construcción y puesta en operación de un aeropuerto) pueden perjudicar directamente intereses dignos de protección de los ciudadanos, pero que se vuelven crecientemente irreversibles conforme avanza esta realización. Partiendo de esta comprensión de la singularidad del plan y su realización, nació la exigencia de que la protección jurídica (junto con una participación "democrática") se extienda a las primeras etapas de decisión.

IV. ¿Límites del Estado de Derecho?

Maunz-Zippelius, § 44; *H. Ballreich et al.*, Das Staatsnotrecht in Belgien, Frankreich, Grossbritannien, Italien, den Niederlanden, der Schweiz und den Vereinigten Staaten, 1955; *E. Fraenkel* (ed.), Der Staatsnotstand, 1965; *K. Loewenstein*, Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien, 1967, I, 61 ss., 502 ss., II, 374 ss; *W. Birtles et al.*, Die Zulässigkeit des Einsatzes staatlicher Gewalt in Ausnahmesituationen, 1976; *E. W. Böckenförde*, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, 1881 ss.; *H. Oberreuter*, Notstand und Demokratie, 1978; *M. Schröder*, Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates, AöR 1978, 121 ss.; *J. Isensee*, Verfassung ohne Ernstfall: der Rechtsstaat, en: A Mohler et al. (ed), Der Ernstfall, 1979, 98 ss.; *F. Koja*, Der Staatsnotstand als Rechtsbegriff 1979.

Existen situaciones imprevisibles y por tanto, insuficientemente consideradas en las leyes, en las que es preciso remediar considerables daños (ya producidos o inminentes) a la comunidad. Se ha planteado la cuestión de si en tales casos deben respetarse todos los principios del Estado de Derecho, particularmente la reserva de ley o si, por ejemplo, en estos casos deba atribuirse al gobierno o a los ministerios objetivamente afectados, un "derecho de emergencia estatal" (*staatsnotrecht*), para prevenir estos daños.

En la Gran Bretaña se ha desarrollado la siguiente práctica: Cuando sus específicas (y amplias) atribuciones no son suficientes para remediar una grave situación de emergencia, el gobierno adopta las medidas necesarias, según su mejor parecer. Una *Indemnity Act* del Parlamento puede legalizar ulteriormente estas medidas. De esta manera se combinan acción oportuna

tuna y control. Este tratamiento dado al problema de la situación de emergencia encaja en el contexto del pensamiento jurídico inglés, al que es ajeno, por su mismo casuismo, la idea de una reglamentación total, así como tampoco se tiene la creencia de poder dominar toda situación concreta mediante principios abstractos; igualmente existe una confianza — limitada — en que los representantes del Estado lograrán vencer razonablemente los problemas concretos, confianza que vive de la seguridad que le otorga una larga tradición en el Estado de Derecho.

No es fácil trasladar este modelo a los Estados en que rige, sin excepciones, la "reserva de ley". Sin embargo, en estos estados, los derechos de emergencia podrían hallar un fundamento de justificación y autorización en el principio del equilibrio de bienes. El caso de la dictadura ha demostrado la necesidad de prevenir los peligros específicos de estas facultades de excepción (§ 21 II 1). En lo particular debe procurarse establecer una estricta limitación temporal del derecho de emergencia, que en ningún caso debe exceder la supresión de la situación concreta de peligro. En el autofacultamiento (*Selbstermächtigung*) reside un especial factor de riesgo por lo que, para hacerle frente, pueden hacerse depender las facultades de emergencia de la autorización previa de otra instancia, como por ejemplo, del Parlamento o de una comisión parlamentaria. Como medio de control entra también en consideración una justificación posterior, por ejemplo, mediante una resolución del parlamento o tribunal constitucional que declare la legalidad de la medida (sin efectos retroactivos).

Una decisión en favor o en contra de una institución jurídica semejante siempre plantea la cuestión de si no expone al Estado de Derecho a mayores peligros. Esto es, cabe preguntarse, qué contiene un mayor riesgo: el que dicho derecho de emergencia estatal pueda convertirse en instrumento para la toma del poder "desde dentro", o el que, por carecer de él, no sea posible rechazar a tiempo, o con suficiente eficacia, amenazas "de afuera" (particularmente fuerzas revolucionarias). El riesgo de una toma del poder "desde dentro" por medio de un derecho de emergencia estatal, es más reducido cuanto más fuertes sean las raíces de la tradición constitucional del Estado democrático de Derecho, juntamente con sus múltiples controles; tanto menores serán las objeciones a la utilización de este instrumento para prevenir situaciones de emergencia, graves e imprevistas, conforme a los requerimientos de las circunstancias.

§ 31. División de poderes

§ 20 II; Jellinek, 595 ss.; C. Schmitt VL, 182 ss.; Q. W. Kägi, Zur Ents-

tehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips, 1937; *Loewenstein* VL, 12 ss., 31 ss.; 125 ss., 422 ss.; *Th. Stammes* (ed.), Strukturwandel der modernen Regierung, 1967; *G. Sturm*, Die Inkompatibilität, 1967; *M. J. C. Vile*, Constitutionalism and the Separation of Powers, 1967; *Th. Tsatsos*, Zur Geschichte und Kritik der Lehre von der Gewaltenteilung, 1968; *N. Gehrig* (citado en el § 41), 207 ss.; *H. Rausch* (ed.), Zur heutigen Problematik der Gewaltenteilung, 1969; *D. Rauschnig*, Die Sicherung der Beachtung von Verfassungsrecht, 1969; *D. Ermacora*, 610 ss.; *Herzog*, 228 ss.; *W. Leisner*, Gewaltenteilung innerhalb der Gewalten, en: F.f. Th. Maunz, 1971, 267 ss.; *G. Brunner*, Kontrolle in Deutschland, 1972, 33 ss.; *K. Eichenberger*, Der Staat der Gegenwart, 1980, 127 ss.; *Stern*, § 36 (bibl.).

I. Pluralidad estructural y división de funciones como programa amplio

§§ 26 VI; 28 IV 4; 38; *E. Kaerber*, Die Idee des Europ. Gleichgewichts in der publizist. Literatur, v. 16 bis zur Mitte des 18. Jh., 1907; *E. v. Vietsch*, Das Europ. Gleichgewicht, 1942; *L. Dehio*, Gleichgewicht oder Hegemonie, 1948; *E. W. Gulik*, Europe's classical balance of power, 1955; *Kissinger*, citado en el § 22 III; *W. Leisner*, citado en el § 26 IV (crit.); *R. Zippelius*, en: F.f. K. Eichenberger, 1982, 147 ss.

Uno de los temas más antiguos, a la vez de mayor actualidad, y que posiblemente sea la cuestión más importante de la teoría del Estado, se refiere al modo de evitar una peligrosa concentración del poder y un exceso de dirigismo centralizado en una comunidad organizada y dotada de suficiente fuerza de integración.

La división de poderes en la organización del Estado, que trataremos a continuación, pretende crear un sistema de ejercicio moderado y controlado del poder, mediante la distribución y coordinación de las competencias estatales (funciones de regulación).

No obstante, el problema del control del poder va más allá de los temas clásicos del equilibrio de poderes en la organización estatal. El poder políticamente relevante se constituye en numerosos ámbitos y, cual Proteo, adopta siempre nuevas apariencias dentro y fuera de la organización del Estado. De ahí que se plantee la tarea de controlarlo y limitarlo en distintas esferas y con métodos nuevos.

Aun el Estado con división de poderes puede poner en entredicho la libertad, cuando se avoca un exceso de reglamentaciones, puesto que el campo de acción que se deja a la iniciativa y el desarrollo personales depende del grado en que los procesos de la vida social se hallen sometidos, en términos generales, a una regulación por parte del Estado; y de la medida en que son reservados a una autorregulación mediante la autonomía pri-

vada o. a través de las corporaciones e instituciones "autónomas" que organizan y administran sus asuntos, en cuanto subsistemas parcialmente independientes (en el marco de las leyes estatales). Por ello, la cuestión de la división de funciones se plantea no solamente dentro de la organización del Estado sino que, desde una perspectiva más amplia, importa también la "clave de distribución" entre las funciones estatales y las no estatales. Se trata, pues de crear ámbitos de vida y de función abarcables que estén dotados de una autonomía y autarquía, así sean limitadas, es decir, con la facultad y la posibilidad fáctica de regular y atender por sí mismos sus asuntos (§§ 31 2: 29 I 3; 35 IV). Podría hablarse aquí de una descentralización de funciones, en sentido amplio. Desde esta óptica, la comunidad política se presenta como una conexión de acción de "subsistemas" estatales y sociales, independientemente del superior poder de regulación del Estado (§§ 9 III 1; 27 II 1). Los ámbitos sociales de función se hallan garantizados a través de los derechos fundamentales, según su concepción "institucional", ya discutida (§ 30 II). Para este enfoque existen, aparte de las regulaciones de intereses puramente centralistas-estatales y las individuales-privadas, otros ámbitos intermedios; a estos pertenecen especialmente la autoadministración de las corporaciones "autónomas", de las iglesias, y la autonomía de las partes en la contratación colectiva laboral.

El problema del control del poder se plantea también en el ámbito de los "poderes sociales", esto es, respecto de los "subsistemas sociales", en este caso como la tarea de poner límites al predominio de fuerzas particulares, trátase de la dominación del capital, de los gerentes de la industria, de los funcionarios sindicales o el gobierno de la opinión por un monopolio de los medios de comunicación (§§ 26 VI: 28 IV 4).

Por encima de la comunidad estatal particular, en el ámbito internacional existe también la necesidad de un equilibrio del poder con el fin de que los diversos estados conserven un margen apropiado de acción y decisión. La idea de una nivelada distribución del poder internacional ha dominado la política exterior europea como principio del "equilibrio europeo". Después de la Segunda Guerra Mundial, la dominación del mundo se ha polarizado y concentrado en manos de dos grandes potencias, que han adquirido la supremacía en sus respectivas esferas de influencia y que son capaces de decidir las cuestiones políticas vitales en ella. Un desplazamiento de poder entre los bloques permitiría percibir el peligro de que una sola superpotencia, con un potencial militar aplastante, mantenga en jaque a todos los otros Estados. De ahí que se plantee, en política exterior, la tarea de dividir nuevamente el poder en el mundo entre

una pluralidad de estados y agrupaciones de estados (Kissinger 1979, 29 s., 1136). Dicho policentrismo daría oportunidad a los Estados medianos y pequeños de no convertirse en mero objeto de las disposiciones de una superpotencia, como tampoco en objeto negociable en una compensación de intereses entre dos potencias mundiales. Una constelación equilibrada de varios bloques de poder genera también la posibilidad de que, contra las burdas intervenciones de alguna potencia, se una la mayoría de las demás, prevaleciendo así, de manera *ad hoc* sobre el respectivo perturbador; esto implica una garantía más confiable de la paz mundial que el equilibrio inestable de dos superpotencias.

El común denominador al que debe reducirse el problema del control del poder en todos estos casos reza: "pluralidad estructural y división de funciones". Las posibilidades esenciales de dicha pluralidad estructural y división de funciones se hallan expresadas en los conceptos clásicos de división en la organización de los poderes, de descentralización, federalismo, autonomía administrativa y el principio de subsidiariedad y, especialmente respecto de los poderes sociales, en los conceptos de desconcentración y competencia.

El mantener dentro de un equilibrio los antagonismos, no solamente como se dan en la naturaleza sino también en la vida social, contribuye a preservar la pluralidad estructural y la división de funciones. No eliminar a los contendientes, sino limitar de su acción, es un medio importante para crear contrapesos, mantener la competencia, evitar la supremacía de un sector, ya sea en el sistema constitucional, en el ámbito del poder económico o en la política exterior.

Cualquier esfuerzo por controlar el poder no debe perder de vista los límites a los que están sujetos toda desconcentración y división de funciones. En cuanto al ámbito estatal, dichos límites resultan muy claramente de la necesidad de un orden social global y en particular, por las necesidades de paz jurídica, compensación equilibrada de intereses, unidad normativa del derecho, uniformidad en la tramitación de asuntos y el desempeño técnico y eficaz de las tareas suprarregionales (§§ 8 I; 14 I 3; 17 II; 27). Pero en el campo de las fuerzas pluralistas tampoco puede prescindirse de la capacidad coordinadora e integradora de las asociaciones y medios de masas (§§ 26 II, VI 3; 28 IV). Incluso en las relaciones internacionales va en aumento la necesidad de coordinación (§ 40 I). La búsqueda del modo y el grado deseables de la optimización, que sólo podrá solucionarse con referencia a una situación determinada, debe buscarse un compromiso óptimo entre objetivos antagónicos: entre la necesidad de diversificación de las funciones, organización y

responsabilidad propias por un lado — y la necesidad de coordinación, regulación uniforme y responsabilidad global, por el otro.

II. Sobre la división de las funciones estatales, en particular

Sobre 1: *E. v. Hippel*, Gewaltenteilung im modernen Staate, 1958; *E. W. Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 1958, 20 ss.; *M. Imboden*, Montesquieu und die Lehre von der Gewaltentrennung, 1959; *G. Krauss*, Die Gewaltengliederung bei Montesquieu, en: F. f. C. Schmitt, 1959, 103 ss.; *Jäger* (citado en el § 41 I); *M. Rostock*, Die Lehre von der Gewaltenteilung in der politischen Theorie von J. Locke, 1974; *Id.*, Die antike Theorie der Organisation staatlicher Macht, 1975, 237 ss.; 306 ss.; *M. Wright* (ed.), Theory and Practice of the Balance of Power, 1486-1914, 1975; *K. Kluxen*, Zur Balanceidee im 18. Jahrhundert, en: F. f. Th. Schieder 1978, 41 ss.; *U. Lange*, Teilung und Trennung der Gewalten bei Montesquieu, en: Der Staat 1980, 213 ss.

Sobre 2: *F. Schäfer*, *G. Roellecke*, Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung, 1980.

1. **Control del poder.** Aristóteles (Política, 1298 ss.) distingue tres ámbitos de función del Estado: primero, las tareas de un "poder que delibera sobre los negocios públicos", a saber, la sanción de las leyes, las relaciones exteriores (alianzas, guerra y paz), así como la designación y responsabilidad de los magistrados; en segundo, las tareas deliberativas y resolutorias de los magistrados y, en tercer término, la jurisdicción. Expuso la conveniencia de una división en el ámbito de las funciones estatales e igualmente explicó comparativamente el grupo y el grado en que participa en cada una de las funciones mencionadas. En Aristóteles, las afirmaciones programáticas se sitúan bajo el tema "mezcla y medio". En primer plano no se hallaba la organización formal del Estado, sino el equilibrio social (1295 b, 1297 a).

El programa de Control y moderación del poder tiene una referencia organizativa más acusada en Platón (Leyes, 691 ss.) y Polibio (Historias, VI 3 y 10-18); ambos proponían una forma mixta de gobierno, con la cual asociaban la idea de dividir el supremo poder estatal, para así limitarlo. Los diversos factores del poder deben equilibrarse de tal modo, escribía Polibio (VI 10), "que ninguno adquiera supremacía y venga a ser decisivo, sino que permanezcan en equilibrio, como en una balanza, que las fuerzas antagónicas se anulen mutuamente y así se conserve duraderamente la situación constitucional". Incluso pretendía aplicar el principio del equilibrio de poderes a la política externa (I 83). — También Cicerón daba preeminencia a una forma de Estado proporcionada y moderada, en favor de la libertad

de los pueblos y la estabilidad del Estado (*De re publica* I 69). — Maquiavelo hablaba de que “en una constitución donde coexisten la monarquía, la aristocracia y la democracia, cada uno de estos poderes vigila y contrarresta” a los otros, dando mayor cohesión al Estado (véase *supra* § 20 II). — Althusio proponía que los titulares del poder de gobierno se “observen, vigilen y custodien mutuamente”, así como una autoridad destinada a la defensa de la constitución (*Política methodice digesta*, XVIII 92; véase *supra* § 30 I).

A partir de John Locke (1632-1704), Henry Bolingbroke (1678-1751), Charles de Montesquieu (1689-1755) y David Hume (1711-1776), la idea de la división de poderes adquirió un significado político fundamental. Se convirtió entonces en postulado de un equilibrio de los poderes y, por tanto, en elemento de la idea del Estado liberal de Derecho (§ 30). La noción de equilibrio se había difundido ampliamente a partir del siglo XVI en el siglo XVIII, vino a ser prácticamente un concepto de moda: según la mecánica celeste de Newton, los sistemas solares se mantienen en un equilibrio de fuerzas gravitatorias y centrífugas. En la filosofía moral, Shaftesbury operaba con el equilibrio de los afectos. En el pensamiento económico nació la idea de la “balanza” comercial, el equilibrio en el mercado y el comercio exterior. En la política exterior tuvo su origen el principio del equilibrio europeo y en la política interna se desarrollaron los principios del equilibrio organizativo y funcional de los poderes, así como la idea de un equilibrio interno del parlamento por la libre discusión de las opiniones allí representadas, pero sobre todo, gracias a la interacción, del partido del gobierno y la oposición, que lo controla y reemplaza alternativamente (Bolingbroke).

Jacobo II fue echado del trono por la Gloriosa Revolución (1688), entre otros motivos porque interfería con la esfera del poder legislativo y, por medio del uso excesivo de un derecho de dispensa derivado de las prerrogativas reales, pretendía anular las leyes eclesiásticas de Inglaterra. Después de la revolución, ambas cámaras del Parlamento acordaron en la *Declaration of Rights*, las condiciones bajo las cuales Guillermo III y María de Orange serían llamados a ocupar el trono de Inglaterra. Uno de sus principios más importantes era el precepto de que el rey, en cuyas manos se depositaba el poder ejecutivo, debía respetar las leyes y no suspenderlas, en general o en un caso particular y tampoco podía delegar la jurisdicción en una comisión nombrada por él. Locke sacó el corolario de las experiencias políticas de su tiempo y exigía la separación de los poderes legislativo y ejecutivo porque “... podría ser sobrada tentación para la humana fragilidad, capaz de usurpar el poder, que las

mismas personas a quienes asiste la facultad de legislar, a ella unieran la de la ejecución para su particular ventaja, cobrando así un interés distinto del que al resto de la comunidad competiera, lance contrario al fin de la sociedad y gobierno" (*Two Treatises of Government*, II § 143). La reserva opuesta a esta concentración del poder, incluye el postulado que Locke formulara en otro sitio como "*balancing the power of government by placing several parts of it in different hands*" (II § 107).

Dentro de las concepciones políticas de Bolingbroke y Hume, desempeña también un importante papel la idea de que el freno y control de los poderes, de que un equilibrio de las fuerzas, pueden garantizar un gobierno de libertad (Jäger 1971 ss., 177 ss.).

Montesquieu (El espíritu de las leyes) adquirió igualmente en Inglaterra su modelo de la división de poderes. La libertad sólo queda garantizada bajo un gobierno moderado, únicamente si hay la seguridad de que no se abusará del poder. Montesquieu retoma el hilo de Locke, pues también él recela de los gobernantes. "Nos ha enseñado una experiencia externa que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. ¿Quién lo diría?, ni la virtud puede ser ilimitada", escribió 45 años antes de Robespierre. "Para que no se abuse del poder, es necesario que le ponga límites la naturaleza misma de las cosas" (XI 4; cfr. también V 14, *in fine*). Se necesita entonces una pluralidad de poderes para mantener bajo control la inclinación natural a abusar del poder. El medio para conservar la libertad del pueblo consiste en un mecanismo de conjunción y oposición de los poderes en el Estado.

Según Montesquieu (XI 6), este equilibrio se logra técnicamente poniendo los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en manos de diferentes órganos. "Cuando el poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor".

La limitación de los poderes como principio político se traduce en un esquema de organización; a la distinción funcional de los poderes hay que aunar otra en su estructura. Deben crearse órganos propios para las funciones legislativas, ejecutiva y

judicial y cada uno de éstos debe reducirse fundamentalmente a desempeñar la función que se le ha encomendado.

Semejante distribución de las funciones estatales entre órganos diversos del mismo Estado obviamente no establece una relación de total independencia de los poderes entre sí, sino un vínculo de coordinación jurídicamente regulado. Así se salvaguarda también la unidad jurídica del Estado (§ 9 III 3).

En último término, lo que importa es impedir la concentración de poder en manos de una misma persona. Por ello, a la división organizativa-funcional de poderes se suma la exigencia de que una y la misma persona no ocupe cargos, en unión personal, dentro del ámbito de poderes distintos. Únicamente esta incompatibilidad garantiza una división real del poder.

La división "clásica" de poderes descrita aquí no es el único esquema posible de organización capaz de crear contrapesos y controles políticamente eficaces. Así por ejemplo, la distribución de competencias en el Estado federal hace posible un control federativo de los poderes. De igual modo, otras formas de dividir y entrelazar competencias tienen el efecto de limitar y controlar los poderes: piénsese, por ejemplo, en la organización del poder legislativo según el sistema bicameral; la participación del parlamento, el gobierno y el jefe de Estado en el procedimiento legislativo, y otros requisitos de colaboración (§ 14 III). A esto se suman los controles que ejerce la jurisdicción (en especial la constitucional y la administrativa) sobre los actos del poder estatal, así como los diversos controles de vigilancia. Incluso la estructuración interna de un órgano estatal según el principio de colegialidad tiene funciones de control.

Se han intentado integrar en un esquema la pluralidad de controles. Así, por ejemplo, se ha hecho la distinción entre controles "verticales" y "horizontales". Los controles horizontales se establecen, en parte, entre órganos distintos ("controles interórganos"; v.g. entre gobierno y parlamento) y, en parte, operan dentro de los órganos mismos ("controles intraórgano"; v.g. la estructura colegiada de un órgano estatal). El prototipo de los controles verticales es el orden federativo (cfr. Loewenstein VL, 167 ss., 293 ss.; TC, 232 ss., 353 ss.).

Del análisis de dichos mecanismos de control se desprende que una disgregación excesiva de las competencias puede ser obstáculo para los mismos controles. Así por ejemplo, el parlamento no podrá vigilar eficazmente al poder ejecutivo en aquellos ámbitos que se han sustraído al poder central de disposición del propio ejecutivo. Tal es el caso, por ejemplo cuando existen facultades autónomas u otras competencias no sometidas a una supervisión centralizada. En términos generales, los ámbitos de función sólo puede ser eficazmente vigilados si, jun-

to con la dirección, se centraliza en grado suficiente la responsabilidad.

La cuestión de si, y cuáles sean, los controles de poder que operan en una comunidad política, puede emplearse precisamente como hilo conductor para elaborar una tipología de las formas de gobierno. La cuestión clave reza entonces: si, y cómo, el poder "está distribuido conjuntamente... (y) al mismo tiempo, limitado y controlado". (Loewenstein VI-TC, VI). Y en efecto, quizá sea éste el problema más importante planteado por la búsqueda de un orden político de libertad y democracia.

2. Distribución de funciones adecuada al órgano. Independientemente del control del poder, la atribución de funciones específicas a un órgano creado expresamente para ello, trae consigo la ventaja de una especialización oportuna; la estructura y el procedimiento de los distintos órganos del Estado se ajustan a las tareas que deben desempeñar. Los órganos del estado deberían limitarse básicamente a las funciones establecidas para ellos, incluso en interés de una tramitación de asuntos oportuna y racional. Yo llamo "distribución de funciones adecuada al órgano" a este principio. Con total independencia del equilibrio de poderes, desde un punto de vista funcional un parlamento sería mucho menos adecuado para emitir actos jurisdiccionales que un tribunal, porque los parlamentarios no gozan de las garantías personales de la independencia judicial y no necesariamente poseen la aptitud técnica para el cargo de juez; finalmente, dado que el parlamento sería una asamblea excesivamente grande para esta clase de actos. Por otro lado, el parlamento es más adecuado que un tribunal para el ejercicio de la discrecionalidad en la regulación político-jurídica; esto se debe a que el parlamento dispone habitualmente de mejores y más amplias bases de información para adoptar decisiones político-jurídicas, particularmente por su colaboración con la burocracia ministerial; pero sobre todo, el parlamento adopta estas decisiones en un debate público, particularmente con la opinión pública y, por tanto, sometido a los controles democráticos que requieren los procesos de orientación política, incluso la elección y delimitación de los objetivos políticos-jurídicos de la legislación (§§ 23 II 5; 28 III 2; 41 III). Esto tiene importancia para la cuestión de los límites de la revisión de las leyes por un tribunal constitucional (§ 42 II 4).

III. La distinción entre gobierno, legislación, administración y jurisdicción

gierung, 1967; *O. Kimmich, P. Pernthaler*, Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie, VVDStRL 25.(1967), 3 ss.; *N. Achterberg*, Probleme der Funktionenlehre, 1970; *W. Kaltefleiter*, Funktionen der Staatsoberhauptes in der parlamentarischen Demokratie, 1970; *K. Hug*, Die Regierungsfunktion als Problem der Entscheidungsgewalt, 1971; *S. Weiss*, Auswärtige Gewalt und Gewaltenteilung, 1971; *W. Frotzcher*, Regierung als Rechtsbegriff, 1975; *M. Usteri*, Die Funktion der Regierung im modernen föderalistischen Staat, 1977; *G. Müller*, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokrat. Kompetenzordnung, 1979, 11 ss.; *Stern*, §§ 30 I, 37 I, 39, 41 I, III 3, 43 I 4.

Si el principio de división de poderes ha de contener algo más que la simple obligatoriedad de algún esquema jurídico de competencias, gobierno, legislación, administración y jurisdicción deben entenderse en "sentido material", es decir, como funciones de género objetivamente diverso:

Las metas supremas de la actividad del Estado deben ser elaboradas, revisadas y armonizadas continuamente entre sí, e incluso modificadas si ello es preciso. Igualmente deben considerarse y disponerse los medios políticos y jurídicos (por ejemplo, como proyecto de ley) para la realización de estos objetivos. De este modo se proyectan anticipadamente futuros modelos de ordenación y planes de acción para la política exterior e interna (§ 36 II). Todo ello es tarea del gobierno en cuanto suprema actividad directiva del Estado, y cuya planeación política no encaja fácilmente en el esquema "legislación, jurisdicción y administración".

Luego, para la realización de estos objetivos se requiere expedir normas jurídicas de obligatoriedad general, esto es, disposiciones que señalan, por su género, a las personas y situaciones afectadas y que tienen consecuencias jurídicas para todos los interesados. Esta es la función de la legislación en sentido material.

La administración debe aplicar las normas jurídicas, en la medida que su ejecución se haya considerado como fin público. Además, por medio de la administración de justicia se provee para los casos en que son infringidas las normas jurídicas. Empleando la distinción teórico-organizativa entre las decisiones programadoras y las programadas, resultan ser los actos de la administración y la jurisdicción actividades programadas en forma general por la ley, mientras que esta programación general de la administración ejecutiva y la sentencia judicial tiene lugar precisamente mediante la legislación (Luhmann RS, 240).

Deben delimitarse entre sí las especies mencionadas de las decisiones programadas por la ley, esto es, la administración ejecutiva y la jurisdicción. Ocasionalmente se ejemplifica la di-

ferencia entre ambas funciones diciendo que la jurisdicción centra la atención en una situación jurídica creada, mientras que la administración ve hacia el futuro, desempeña tareas públicas y al hacerlo, configura y regula relaciones concretas, jurídicas y de hecho, con fundamento y dentro del marco del derecho existente. Es posible circunscribir con mayor precisión el concepto de jurisdicción frente al de administración si se considera como función típica de la jurisdicción la de garantizar organizadamente el derecho. La jurisdicción declara, con motivo de la realización del derecho, lo que es lo justo, mientras que la administración, aun la "ejecutiva" estrictamente sujeta a la ley, hace un uso "instrumental" del derecho al configurar y regular relaciones jurídicas y fácticas, con fundamento y dentro del marco de las leyes (en lo posible conforme a una oportunidad objetiva), todo ello para el cumplimiento de tareas públicas. La función de la jurisdicción puede entenderse como función (parcial) en el proceso de la garantía organizada del derecho. Para aclarar esto, debemos volver a lo dicho anteriormente (§ 8 I): en la comunidad jurídica del Estado la realización del derecho funciona en forma organizada y jurídicamente regulada, puesto que las normas jurídicas determinan no solamente el orden "primario" de la conducta, sino que existen reglas ("secundarias") que regulan el procedimiento en que son aplicadas las normas "primarias". En ese procedimiento se declara obligatoriamente el deber o la contravención existentes; se impone el cumplimiento del deber jurídico, o se provee para la reparación o el castigo por su violación, o bien, se anula un acto antijurídico. Naturalmente, esta delimitación típico ideal de la jurisdicción no coincide completamente con sus funciones tradicionales que comprenden, por ejemplo, las actividades reguladoras en la jurisdicción voluntaria. Incluso cuando se incluyen consideraciones sobre prevención especial en la individualización de la pena por el juez, se mezclan funciones sancionadoras y directivas. Además, por medio del desarrollo judicial del derecho, la jurisdicción interviene en el ámbito de función del poder legislativo.

La actividad administrativa, que hemos de abordar ahora, puede ser programada por ley en forma más o menos rígida. La forma más estricta es aquella en que, dados ciertos supuestos legales, se prescribe imperativamente un determinado acto de la administración, esto es, cuando la ley adopta la forma externa de un estricto "programa condicional" ("Si... entonces") (cfr. Luhmann RS, 227 ss.); naturalmente existe aquí cierto margen para la interpretación de los conceptos jurídicos (Zippelius RPh, § 30 II). La "programación previa" puede atenuar-

se si la ley concede a la autoridad administrativa un margen de discrecionalidad, bajo determinados supuestos legales. Tal es el caso cuando el legislador no puede prever todas las particularidades de la situación a regular que son de relevancia para su decisión; entonces otorga a la autoridad administrativa la facultad de elegir entre varias alternativas de decisión según lo requieran las circunstancias del caso concreto, respecto de hechos exactamente determinados, y fijando una cierta finalidad, así como los límites generales de la discrecionalidad. Una mayor atenuación se da cuando la ley atribuye tareas a la administración pero sin vinculación a determinados supuestos de hecho ("programas de fines") por ejemplo, que los municipios establezcan organismos de limpia o de seguridad contra incendios. Aquí queda a cargo de la administración realizar estas tareas con los medios permitidos por la ley, y en la forma que parezca más oportuna. Precisamente de la ejecución de tales "programas de fines" se derivan también tareas de planeación para la administración, semejantes a la actividad del gobierno, aunque con objetivos más modestos. Ejemplo de ello sería la planeación del desarrollo urbano.

Finalmente, al igual que la del gobierno, la función del Jefe de Estado de las democracias parlamentarias no entra fácilmente en el esquema clásico de división de poderes. En el sistema parlamentario estricto, el jefe de Estado representa al Estado en su persona, así como ante el derecho internacional. En el desarrollo normal de los asuntos estatales posee, además, funciones de control limitadas, ya que otorga a importantes actos de Estado la forma necesaria para que sean jurídicamente válidos, promulga las leyes que aprueba el parlamento y firma los documentos de ratificación de los tratados internacionales; para ello debe cuidar que los actos que expide se hayan realizado conforme a la constitución. Igual precaución debe observar al consumir el nombramiento de importantes órganos estatales, ya predeterminado en buena medida; en la Gran Bretaña, por ejemplo, según el resultado de las elecciones designa al Primer Ministro y a propuesta de éste, a los restantes miembros del gabinete; en la República Federal de Alemania nombra al Canciller Federal, por él propuesto y electo por el Parlamento Federal, así como a los ministros federales, a propuesta del mismo Canciller. Además, el jefe de Estado se halla a disposición, como poder de reserva, para las situaciones de crisis; así por ejemplo, en la República Federal de Alemania, el Presidente Federal decide la disolución prematura del Parlamento si éste no logra elegir por mayoría a un canciller en varias vueltas electorales, o si el Parlamento no otorga al Canciller en funciones

el voto de confianza solicitado; en la Gran Bretaña, la disolución prematura del Parlamento se produce a recomendación del Primer Ministro mediante proclama real, sin que por ello la corona ejerza una facultad política digna de mención.

IV. La división de poderes en la presente realidad del Estado

§§ 41 III; 42 III; *W. Weber SpuK*, 152 ss.; *E. Friesenhahn, D. Sternberger*, en: *Stammen* (ed.), 1967, 137 ss., 186 ss., 274 ss.; *G. Schmid* (citado en el § 41), 229 ss.; *H.D. Jarass, Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung*, 1975.

En las democracias populares de Europa Oriental, el equilibrio de poderes no se considera principio constitucional. Con el lema "todo el poder a los soviets" (§ 43 I), se renuncia conscientemente a los principios del Estado burgués de Derecho, impregnados con el tufo del liberalismo, pero particularmente al del equilibrio de poderes. Ello no es impedimento para que la legislación, la administración y la jurisdicción figuren como los principales géneros de la actividad del Estado, sino que significa únicamente que acoplar cada una de estas funciones a un grupo separado de órganos no se tiene por principio constitucional.

En las democracias occidentales, la división de poderes rige como principio, pero no se ha puesto rigurosamente en práctica según su modelo típico-ideal. Por lo general, sólo se mantiene estrictamente la independiencia de los jueces frente a las intromisiones del poder ejecutivo. En lo demás, el esquema de división de poderes no excluye ciertas invasiones por encima de los límites fundamentales de competencia, ni siquiera desde sus inicios, históricamente hablando.

Así, en Estados parlamentarios, el gobierno y la administración en modo alguno están exentos de las intervenciones del poder legislativo. Por el contrario, la disposición, consagrada por muchas constituciones, de que el gobierno requiere la confianza del parlamento, asegura precisamente la influencia de los cuerpos legislativos sobre los asuntos del ejecutivo. En cambio, la realización de la división de poderes en cuanto a este aspecto es más estricta en los Estados Unidos. Tanto en ésta como en aquella forma de Estado, el derecho presupuestario resulta ser la rienda dorada del ejecutivo: puesto que todos los recursos hacendarios deben ser aprobados por el poder legislativo, éste se halla en aptitud de controlar, en el aspecto financiero, las gestiones planeadas por el gobierno. Por otro lado, el gobierno influye con sus iniciativas de ley en el ámbito de decisión del

poder legislativo, gracias al peso material que tiene un proyecto de ley elaborado por una burocracia ministerial especializada.

Las rupturas en el esquema de división de poderes no solamente se producen cuando un poder influye sobre otro, como en el caso del control parlamentario, sino cuando uno de ellos ejerce funciones que corresponden a otro. Tal es el caso, por ejemplo, cuando el ejecutivo crea derecho mediante reglamentos de obligatoriedad general y los tribunales desempeñan funciones administrativas en la jurisdicción voluntaria aplicando una amplia discrecionalidad en asuntos de tutela.

La delimitación clásica entre las esferas del legislativo y el ejecutivo ha sido borrada por las "leyes de medida", por cuanto el Estado social moderno se vio motivado crecientemente a regular concretamente, mediante ley, la vida económica y social. Así, al lado de la ley en sentido clásico, que al menos en teoría pretende permanencia, surgió la ley intervencionista, que adopta una regulación respecto de una situación concreta (§§ 30 III).

No obstante tales intersecciones, rupturas y anulación de límites, el fin verdadero de la división de poderes se logra, a grandes rasgos, en tanto los diversos grupos de órganos se controlen eficazmente entre sí. En este sentido, la función de control que en la división típico-ideal de poderes correspondería a la separación de los ámbitos de función — legislación, administración y jurisdicción — puede ejercerse, en parte, también mediante técnicas cooperativas (véase *supra* II 1.).

Como ya se dijo, existen graves dudas, sin embargo, de que el modelo tradicional de la división de poderes sea adecuado en conjunto bajo las nuevas circunstancias políticas. En las democracias parlamentarias, el partido político o la coalición de partidos de mayor fuerza conforman el gobierno y la mayoría en el parlamento y dominan ambos órganos. Esta "intromisión" partidista pone en duda que el antiguo esquema de división de poderes sea todavía capaz de poner en juego factores de poder suficientemente independientes para establecer un control eficaz, aun teniendo en consideración el papel de la oposición por el lado del parlamento (§ 41 III 2) y, por el del ejecutivo, el peso propio que una burocracia especializada, totalmente organizada y disciplinada posee en la estructura de poder de un Estado moderno (§ 37 IV).

Cuando el equilibrio "organizativo" de los poderes falla, pasa a primer plano la antigua y fundamental idea del equilibrio de los poderes reales, ya que en una sociedad pluralista la función del equilibrio de poderes es asumida en esta sociedad, al menos hasta cierto punto, por los grupos de poder en conflicto

que se limitan y controlan mutuamente (§ 22 II 1). Dependiendo de las cuestiones sobre el tapete, los sindicatos y uniones patronales, las asociaciones económicas, las organizaciones de campesinos o consumidores, las agrupaciones ideológicas y las iglesias compiten entre sí, formando diversas constelaciones, con lo cual se mantienen recíprocamente en jaque. No obstante, la democracia pluralista carece habitualmente de garantías suficientes para mantener un equilibrio, esto es, que ninguna agrupación adquiera predominio, escape a los poderes sociales en competencia, y deje sin efecto el esquema de compensación de intereses del Estado democrático de Derecho (§ 26 VI).

§ 32. Los derechos fundamentales: Origen

G. Jellinek, La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (al. 1895, ⁴1928) esp. 1908; *J. Hatschek*, Allg. Staatsrecht, II 1909, 133 ss.; *H. Planitz*, en: H.C. Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten, III 1930, 597 ss.; *F. Hartung*, Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart, 1948, ⁴1972; *A. Voigt*, Geschichte der Grundrechte, 1948; *A. Verdross*, Die Idee der menschlichen Grundrechte, en: Anz. d. philohistor. Kl. d. österr. Akad. d. Wiss., 1954, 335 ss.; *R. Schnur* (ed.), Zur Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 1968, ²1978; *O. Kimmich*, Menschenrechte, 1973; *H. Maier*, Die Grundrechte des Menschen im modernen Staat, 1973. *F. Ermacora*, Menschenrechte in der sich wandelnden Welt, I 1974; *K.D. Bracher*, Menschenrechte und polit. Verfassung, ZfPol 1979, 109 ss.; *G. Birtsch* (ed.), Grund und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte, 1981.

I. Antecedentes

Jellinek, AStL, 409 ss.; *C. Schmitt*, VL, 44 ss.; *R.V. Keller*, Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im M.A., 1933; *O. Brunner*, Die Freiheitsrechte in der altständischen Gesellschaft, en: F.f. Thi Mayer, 1954, 293 ss.; *Krüger*, 824 ss.

La principal función de los derechos fundamentales consiste en preservar un ámbito de libertad individual frente a la intromisión del poder estatal y a su expansión totalitaria. Sin embargo, no todo signo de liberalidad y tolerancia por parte del Estado respecto de las concepciones e intereses individuales, puede interpretarse, sin más, como etapa evolutiva de los derechos fundamentales.

Esta reserva es aplicable, por ejemplo, a la tolerancia en materia de religión durante el último periodo romano, según la expresión que adopta en el Edicto de Milán (313). Este demostró que se había alcanzado un estado cultural, si bien de corta duración, en el que la religión se convertía en asunto de con-

ciencia y como tal era respetada. Anticipándose a las conocidas palabras de Federico el Grande, en el sentido de que cada quien sea dichoso según su *façon*, el Edicto formuló la idea de la libertad religiosa en estos términos: "a nadie se niegue el derecho a la práctica de la religión de los cristianos, ni la posibilidad de adherirse al culto que piense es el más adecuado para él". "... y así hemos acordado reconocer a los cristianos y a todos los demás hombres la libertad y la posibilidad de practicar la religión que cada uno quiera, lo que es claramente conveniente para la paz en nuestros tiempos". No puede hablarse de ningún modo que este Edicto imperial garantizara, en el sentido moderno, un derecho fundamental, intocable para el poder estatal. Sus bases se encuentran en el relativismo ideológico de una cultura tardía ilustrada y en consideraciones de la razón de Estado, pero no en la idea de facultades individuales intangibles frente a la comunidad. Es así que, algunas décadas más tarde, no hubo derechos fundamentales del individuo que impidieran declarar al propio cristianismo como religión de Estado, para retornar así al antiguo estatismo en cuestiones religiosas.

Las raíces de la moderna concepción de los derechos individuales de libertad dirigidos contra el Estado se hallan en derechos individuales específicos frente al poder real. En la sumisión hereditaria o la coronación medievales, el gobernante ratificaba los *jura et libertates* de los vasallos, quienes, a manera de contraprestación, renovaban su juramento de vasallaje. En no pocas ocasiones, las disputas entre el rey y los vasallos se resolvían al convenir, para lo futuro, un cierto *modus vivendi*, al que también pertenecía la consagración de ciertas libertades en un documento, como en el célebre ejemplo de la *Magna Charta Libertatum*. Los derechos de libertad comienzan a desarrollarse a partir del siguiente modelo: el rey posee determinados derechos y los estamentos, derechos de libertad que se consagran, en parte, en las cartas de libertad. En cierto modo, esta concepción desintegraba la dominación en un haz de derechos particulares, a los que se contraponían nuevamente derechos de libertad específicos.

Más tarde, esta concepción fue sustituida por otra que es de mayor importancia para la comprensión de los derechos fundamentales en sentido moderno. Surgió un nuevo concepto del Estado y del poder estatal. Del Estado feudal del Medioevo nació el moderno Estado territorial y el poder del gobernante devino en una amplia soberanía (§ 9). Este nuevo concepto de Estado, del cual la soberanía era un atributo esencial, prevaleció no solamente en la literatura, sino también en la realidad

política durante el absolutismo, pero la práctica de un poder estatal ilimitado dio origen, como antítesis, a la exigencia de una limitación fundamental de este poder, frente a todos los hombres.

En la guerra civil inglesa y en la Gloriosa Revolución se luchó contra las tendencias absolutistas de la casa reinante inglesa, no sólo por los derechos del Parlamento, sino por las libertades, intangibles por principio, de los individuos. Frente a este trasfondo histórico, Locke opuso su tesis de los derechos inalienables del hombre a la doctrina de Bodin sobre la soberanía del poder estatal (§ 33.1).

La idea de que la libertad es inseparable del ser del hombre tuvo acogida en la doctrina del derecho natural, además de tener correspondencia con el individualismo en ascenso de aquella época (cfr. por ejemplo, Locke, *Two Treatises of Government*, II §§ 4, 95, 123).

II. Inglaterra

W. S. McKechnie, *Magna Carta*, 1905, ²1914 (reimpr. 1958); H. Mitteis, *Der Staat des Hohen Mittelalters*, 1940, ²1959; F. Thompson, *Magna Carta*, 1948; J. Bohatec, *England und die Geschichte der Menschen- und Bürgerrechte*, 1956; W. Hubatsch, *Die englischen Freiheitsrechte*, 1962; sobre la actualidad cfr. K. Loewenstem, *Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien*, II 1967, 261 ss.; W. F. Duker, *A Constitutional History of Habeas Corpus*, 1980.

La *Magna Charta Libertatum* inglesa, del 15 de junio de 1215, es el ejemplo más conocido de las cartas de libertad medievales. No sólo fue piedra angular del parlamentarismo inglés, sino también del desarrollo de los derechos de libertad. No representa, en modo alguno, un fenómeno aislado en el ámbito europeo, pero es notable, sobre todo, por la continuidad, accidentada pero no interrumpida totalmente, de la evolución que partió de ella. Los señores feudales, tanto temporales como eclesiásticos, lograron arrancar la *Magna Charta* al rey Juan sin Tierra cuando éste se vio en apuros, después de su infortunada guerra contra Felipe II Augusto de Francia.

El art. 39 de esta Carta es el más conocido. "Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por juicio legal de sus pares, o por ley del país". "Libres" eran en aquel entonces sólo los labradores, pero no la gran masa de los *villains* (cfr. art. 20). No se abandonó la idea de los derechos de libertad estamentales en aquel entonces, ni siquiera cuando se otorgaba una garantía jurídica a los miembros de clases no

feudales (Mitteis 1959, 373 s). Solamente en los siglos posteriores se interpretó el concepto de hombre libre en un sentido amplio y se aplicó a todos los ingleses (McKechnie 1958, 115 118, 386).

Semejante transformación se advierte en la *Petition of Rights* de 1628, que definió posiciones jurídicas en las pugnas encubiertas entre el rey y el Parlamento. No se trata de una declaración formal de derechos fundamentales en sentido moderno, sino de una petición del Parlamento dirigida al rey para que confirmara derechos y libertades ya existentes. Como a los monarcas anteriores, se le solicitaba, una *confirmatio chartarum*, misma que fue concedida por parte del rey. No obstante, un cambio de sentido de estas antiguas libertades se ponía de manifiesto en que ahora, bajo el ropaje de una simple confirmación, se reivindicaban estos derechos, en forma muy general, para los "súbditos" del rey.

Esta Constitución nunca entró en vigor. Al rechazar Federico Guillermo IV de Prusia su elección como Kaiser alemán, se inició la disolución de la Asamblea nacional. Sin embargo las ideas y fórmulas de la sección de derechos fundamentales continuaron influyendo no sólo en los correspondientes artículos de las posteriores constituciones alemanas, sino también en otras leyes, como por ejemplo, en las disposiciones sobre detenciones, cateos y confiscaciones de la ordenanza procesal penal; en las disposiciones de la ley orgánica de tribunales en lo referente a la publicidad y oralidad del procedimiento judicial; o en las disposiciones de la Ley del *Reich* sobre prensa de 1874 (§ 1) y la Ley de Asociaciones del *Reich* de 1908 (§ 1).

La Constitución de Bismarck, del 16 de abril de 1871, no contenía un catálogo de derechos fundamentales. Los derechos fundamentales más importantes alcanzaron, sin embargo, plena vigencia en el *Reich* alemán, ya fuera a través de las constituciones de los *Länder* o de leyes ordinarias. En los debates constitucionales del Reichstag de la Confederación Alemana del Norte, en 1867, y del *Reichstag* alemán, en 1874, se justificó precisamente la omisión de un catálogo de derechos fundamentales aduciendo que estos derechos se habían convertido ya en patrimonio común y establecido en las diversas constituciones y leyes especiales.

La Constitución de la República de Weimar, del 11 de agosto de 1919, por primera vez puso expresamente en vigor un catálogo de derechos fundamentales para todo el *Reich* alemán, partiendo de las disposiciones respectivas de 1848. Obviamente no era posible contentarse con su simple reiteración, ya que algunas de ellas parecían "piezas de museo" bajo las nuevas circunstancias. Además, los socialistas exigían una

transformación radical de las relaciones económicas y sociales. Como respuesta a esta pretensión, los partidos burgueses reclamaban, además de los antiguos derechos fundamentales de los individuos, la garantía fundamental de numerosas instituciones, como el derecho sucesorio, la familia, la condición jurídica privilegiada de las iglesias, la enseñanza religiosa en la escuela y la burocracia profesional. Los antagonismos no se resolvieron completamente en la Constitución de Weimar, que representaba un compromiso en tantos aspectos. En algunos preceptos, sin embargo, se aprecia con claridad un nuevo contrincante de la concepción liberal de los derechos fundamentales: la idea, cada vez más poderosa, de una sujeción de los individuos a la sociedad. La propiedad, que pudiera considerarse fácilmente como domicilio del egoísmo privado, es garantizada constitucionalmente, pero con la adición: "La propiedad impone obligaciones. Su uso debe constituir al mismo tiempo un servicio al más alto bien común" (art. 154, inciso 2). "El *Reich* puede, por medio de ley, sin perjuicio de indemnizar y aplicando las disposiciones vigentes para la expropiación, convertir en propiedad colectiva aquellas empresas económicas privadas aptas para la socialización" (art. 156 inciso 1). En esas y en muchas otras disposiciones de menor trascendencia, se anuncia, frente a la Constitución de 1849, el viraje hacia el Estado social.

La Constitución de Weimar no fue formalmente abrogada bajo la dictadura nacionalsocialista, pero sí infringida en múltiples ocasiones por la legislación nacionalsocialista que, después de la "Ley de plenos poderes" del 24.3. de 1933, era competencia también del gobierno del *Reich*, junto con el parlamento. La doctrina jurídico-política de aquel entonces negó que fueran compatibles con el nuevo Estado los derechos fundamentales, denunciados como individualistas (§ 29 I 2).

La práctica, con la cual se procedió contra opositores políticos y miembros de otras razas, se apartó aún más de las disposiciones de la Constitución de Weimar referentes a los derechos fundamentales. Todavía bajo el efecto de la tiranía nacionalsocialista, la Ley Fundamental de Bonn sitúa en su comienzo los artículos de los derechos fundamentales, para así, recalcar la importancia especial de estos preceptos. Los valores gravemente lesionados y los bienes de los que se ha sufrido privación asumen mayor jerarquía, tanto en la conciencia individual como en la general. Los derechos fundamentales experimentaron esta revalorización no sólo por su posición sistemática en la Ley Fundamental, sino también por su creciente importancia en la realidad constitucional, sobre todo en la jurisprudencia, y no exclusivamente la de los tribunales constitucionales. Al mismo

tiempo, se produjo un claro cambio de sentido en la comprensión de estos derechos. El Estado liberal se convierte en Estado Social y el sitio de las garantías de libertad en sentido liberal es ocupado por la idea de una sujeción social de las libertades del individuo, partiendo de una revolución iniciada ya en la Primera Guerra Mundial y en la época de Weimar (§§ 34; 35 I).

VI. Protección internacional de los derechos humanos

Maunz Zippelius, § 19 II (bibl.); *Menzel-Ipsen*, § 20; *K. J. Partsch*, *M. S. McDougal*, en: D.A. Bettermann et al. (ed.). *Die Grundrechte*, I 1, 1966, 235 ss., 493 ss.; *L. B. Sohn*, *Th. Buergethal*, *International Protection of Human Rights*, 1973; *Bleckmann*, 367 ss.; *F. Meissner*, *Die Menschenrechtsbeschwerde von den Vereinten Nationen*, 1976; *M. Kriele*, *Die Menschenrechte zwischen Ost und West*, 1977; *H. Mosler et al.* (ed.), *Grundrechtsschutz in Europa*, 1977 (bibl); *A. Bleckmann*, *Zur Entwicklung europäischer Grundrechte*, DVB1 1978, 457 ss.; *H. Floretta*, *Th. Öhlinger*, *Die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen*, 1978; *W. K. Geck*, *Der internationale Stand des Schutzes der Freiheitsrechte*, ZaöRVR, 1978, 182 ss.; *I. Pernice*, *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1979; *Ch. Tomuschat*, *Probleme des Menschenrechtsschutzes auf weltweiter Ebene*, en: Th. Berberich et al. (ed.), *Neue Entwicklungen im Öffentl. Recht*, 1979, 9 ss.; *W. K. Geck* *Internationaler Schutz von Freiheitsrechten und nationale Souveränität*, JZ 1980, 73 ss.; *H. J. Bartsch*, *Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes im Jahre 1981*, NJW 1982, 478 ss.

El principio que propugna el respeto de los derechos universales del hombre, en especial la dignidad humana, la igualdad ante la ley y los derechos elementales de libertad, pertenece al igual que el principio democrático, a los criterios mundialmente aceptados de un poder estatal legítimo, si bien en extensas porciones del mundo actual se reconoce a ambos principios sólo de palabra y no son acatados por la práctica estatal. Con todo, hoy día la información a nivel mundial sobre las violaciones a los derechos humanos y la consiguiente desaprobación por parte de la opinión pública internacional, constituye un factor político que estimula el respeto de estos derechos. Tal presión resulta de eficacia diversa. Es más efectiva en los Estados que se hallan sometidos en mayor medida al régimen de la opinión pública, que en aquellos Estados capaces de resguardarse, con mayor o menor éxito, de la influencia de la opinión mundial.

El compromiso programático de la comunidad de las naciones en favor de los derechos humanos queda ya de manifiesto en la Carta de la ONU, que declara como finalidad de ese organismo "realizar la cooperación internacional... (promover) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de ra-

za, sexo, idioma o religión..." (art. 1, no. 3; art. 55, letra c.). Además, los Estados miembros se obligan a "tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización" para llevar a cabo este fin (art. 55, letra c., 56). De este modo, la realización interna de los derechos humanos se convierte en contenido de un deber de derecho internacional, mismo que es neutralizado acto seguido por el mandato de no intervención del art. 2, núm. 7. Es una obligación con escasa eficacia en la práctica.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre dada a conocer por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10.12.1948, revela ya en lo formal la discrepancia entre el deseo y la realidad, puesto que se expidió desde un principio como simple programa, sin obligatoriedad jurídica. Al lado de un extenso catálogo de los derechos clásicos de libertad e igualdad esta declaración contiene también "derechos fundamentales sociales", en particular un "derecho a la seguridad social" y la posibilidad que tiene cada uno de reivindicar "la satisfacción de los derechos económicos, sociales, culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad" (art. 22); además, el hombre tiene un "derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo"; un "derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, tanto a él como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana, y completada, si es oportuno, por los demás medios de protección social" (art. 23); asimismo "un derecho al descanso y asueto, y particularmente, a una limitación razonable de la jornada de trabajo y a vacaciones periódicas pagadas" (art. 24); un "derecho a un nivel de vida suficiente para asegurar su salud, su bienestar y los de su familia, especialmente por la alimentación, el vestido, el domicilio, los cuidados médicos y los servicios sociales necesarios"; un "derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez o en los otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por consecuencia de circunstancias independientes de su voluntad" (art. 25) y un "derecho a la educación" (art. 26).

Algunas realizaciones concretas de este extenso programa se orientan a la consecución de su obligatoriedad jurídica. Deben mencionarse tres convenios auspiciados por la Asamblea General de la ONU: la Convención internacional contra la discriminación racial, del 7 de marzo de 1966 (BGBI, 1969 II, 961); además, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos del 19 de diciembre de 1966 (BGBI, 1973 II, 1533 y 1569). Los Estados firmantes se comprometen a garantizar los derechos convenidos

y a informar a las Naciones Unidas sobre el particular. También se prevé la posibilidad de interponer un recurso por violación de los derechos otorgados ante un Comité de Derechos Humanos, integrado por especialistas independientes.

Otra aplicación concreta, ya en funcionamiento, del programa de la ONU, es la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades fundamentales, del 4 de noviembre de 1950, firmada por los Estados integrantes del Consejo de Europa (BGBI. 1952 II, 585; en la versión de 1968, BGBI. 1968 II, 1111, 1120). Fue suscrita "con la intención de tomar los primeros pasos en el camino hacia una garantía colectiva de ciertos derechos dados a conocer en la Declaración Universal (de 1948)", para alcanzar así una unión más estrecha entre los miembros (Preámbulo). Las partes contratantes reconocen a toda persona dentro de su jurisdicción, una serie de derechos y libertades que, a grandes rasgos, corresponden a los derechos humanos clásicos (arts. 1-14). A fin de asegurar el respeto de los compromisos contraídos, se instituyeron una Comisión Europea de los Derechos del Hombre y un Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre (art. 19). Ante la Comisión puede denunciarse la violación de la Convención por cualquier parte contratante ("queja de Estado") y, además, por las personas que se consideren víctimas de la violación de un derecho garantizado ("queja individual"), en el caso que el Estado demandado reconozca este procedimiento (arts. 24 y 25). El Tribunal ejerce la función de una instancia de control supraordinada (arts. 47 s.).

Como complemento de la Convención, los Estados del Consejo de Europa aprobaron la Carta Social Europea, del 18 de octubre de 1961 (BGBI. 1964 II, 1261). Compromete a los Estados signatarios a garantizar determinados "derechos fundamentales sociales", en particular, un derecho al trabajo, a condiciones salubres e higiénicas de trabajo, a una remuneración justa, a la atención médica y la seguridad social. No existe, por razones evidentes, un procedimiento para la aplicación coactiva de estos "derechos" (al respecto, § 34 III).

§ 33. Los derechos fundamentales: problemas de validez

I. La validez "pre-estatal"

H. Planitz, Das Naturrecht und die Menschenrechte, Jurist. Blätter 1948, 111 ss.; Le fondement des droits de l'homme, 1966; *G. Oestreich* (citado en el § 32), 39 ss., 47 ss., 57.

La idea de los derechos "inalienables" del hombre no sometidos al poder de disposición del Estado, nace del mundo concep-