

Joarlen García Ruiz*

El Estado de Derecho. Apuntes de sus fundamentos históricos¹

Palabras clave:

Estado, Constitución, Historia, Fundamentos.

Resumen

El presente escrito es el resultado de los módulos uno y dos de la maestría en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad de La Habana, Cuba, como fundamento teórico de la investigación relacionada con la Historia de la Constitución y el Estado de Derecho.

Se trata de apreciar la capacidad histórica de los hombres para dar respuesta a la ordenación de las relaciones en la vida en colectivo, como presupuesto necesario e indispensable para el buen desenvolvimiento de esa vida. El Estado de Derecho surge con la Revolución Francesa de 1789 y es el resultado de la reacción contra el antiguo régimen absolutista; también se ofrecen criterios que inscriben la concepción histórica del Estado de Derecho durante el liberalismo alemán del siglo XIX.

Key words:

State, Constitution, History, Fundamentals.

Abstract

This article is the result of what was learnt in the two modules of the Master in Constitutional and Administrative Law at the University of Havana, Cuba. It is a document about the theoretical fundamentals in the research about the history of the constitution and the social rule of law.

This paper regards in the appreciation of the men's historical ability to put order in people's relations, which is pretty important for the development of society. The social rule of law arose during the French Revolution in 1789 and it is the consequence of the reaction against the absolute regime. Other criterion are offered to explain the historical conception about the social rule of law during the German Liberalism of the XIX century.

* Facultad de Derecho, U. de La Habana.

1. Ensayo correspondiente a los módulos 1 y 2 de la Maestría en Derecho Constitucional y Administrativo. La Habana, 2009.

Recibido: Septiembre 15 de 2009 / Aceptado: Octubre 20 de 2009

Artículo de Investigación/Research Article

«Mettre la loi au-dessus de l'homme est un problème politique que je compare à celui de la quadrature du cercle en géométrie. Résolvez bien ce problème, et le gouvernement fondé sur cette solution sera bon et sans abus. Mais jusque-là soyez sûrs qu'où vous croirez faire régner les lois ce seront les hommes que régneront.»
(Rousseau: *Considérations sur le gouvernement de Pologne*)

I. A modo de introducción

En el universo que constituye la ciencia del Derecho, anteceden creaciones jurídicas que reúnen en sí todo el atractivo científico y filosófico de la rama jurídica a la que pertenecen. La proximidad a estas instituciones permite apreciar, desde su perspectiva individual, la capacidad histórica de los hombres para dar respuesta a la ordenación de las relaciones en la vida en colectivo, como presupuesto necesario e indispensable para el buen desenvolvimiento de esa vida.

Entrar a definir el Estado de Derecho, no resulta tarea fácil. No pocos elementos concurren a soportar esta afirmación, como las disímiles teorías y posiciones que a su alrededor se han conformado por los diferentes estudiosos del tema; por su implicación *ideológica* y *política*, cuestión esta que condiciona las concepciones que se han elaborado durante su larga evolución teórica.²

2. FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio (2005). *Filosofía del Derecho*. Segunda Edición, La Habana: Editorial Félix Varela, p. 299.

El Estado de Derecho, en su concepción primaria, no se identifica directa y plenamente con la norma jurídica. Como indica García-Pelayo, originariamente el concepto estaba dotado “de un contenido de índole ontológica y axiológica”.³

Como realidad histórica, el Estado de Derecho surge con la Revolución Francesa de 1789 y es, ante todo, el resultado de la reacción contra el antiguo régimen absolutista.⁴

También se ofrecen criterios que inscriben la concepción histórica del Estado de Derecho durante el liberalismo alemán del siglo XIX.⁵ En ese orden se ha planteado: “Caben pocas dudas, sin embargo, de que el concepto fue acuñado por la doctrina alemana del primer período liberal (...)”; así como: “Lo cierto es que las bases filosóficas de esta idea se ponen mucho antes, pudiendo encontrar orígenes remotos en la filosofía

“Porque en realidad tal parece, cuando se aborda el problema del Estado de Derecho, que estamos ante una situación igual a la descrita en el Génesis bíblico, cuando los descendientes de Noé se dispusieron a erigir una torre cuya cúspide debía tocar los cielos. Entonces el dios Yavé, ofendido, dijo: Bajemos pues, y confundamos su lengua, de modo que no se entiendan unos a otros. Y así, según el Antiguo Testamento, surgieron las diferentes lenguas. Por paradoja, cuando los hombres del siglo XVIII hablaron en una lengua común contra las monarquías despóticas, dieron paso a una construcción política, a un ideal que ahora deviene nueva fuente de incomunicación”.

3. GAMBOA SANTOFIMIO, Orlando Jaime (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*. 2ª Edición, Departamento de Publicaciones, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 362.
4. BEA, Emilia (2006). “Derecho y Estado”, A.A V.V, *Introducción a la Teoría del Derecho*. La Habana: Editorial Félix Varela, p. 93.
5. Para un mejor entendimiento del tema véase: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2000). *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I, Tercera Edición, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., p. 89.; y así como, AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (1998). “Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado Nacional”, *Revista de Derecho Administrativo*, No. 145. Enero-abril, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 330.

griega clásica, en Tomás de Aquino (...)”.⁶

Dentro de un importante sector de la ciencia política y jurídica se reconoce al alemán Robert Von Mohl (1799-1875) como quien ofrece, por vez primera, una definición del Estado de Derecho.⁷ Se consagra en definitiva en la Ley Fundamental de Bonn de 1948.⁸

De tal suerte los primeros pasos de lo que conocemos hoy como el Estado de Derecho, se dan sobre la base del pensamiento político y jurídico de los conservadores alemanes e ingleses. De igual forma, quisieron hacerlo suyo los defensores de la ciencia alemana del derecho público y los propugnadores del estado de bienestar general y de la democracia social; también se refieren al Estado de Derecho los fascistas y los jóvenes comunistas del antiguo campo socialista.

Lo anterior recuerda que la historia comporta el desarrollo paulatino y no de golpe, tanto en las instituciones jurídicas, como en el propio

cambio social. Es por ello que debemos precisar cómo se comporta la figura del Estado de Derecho y en qué bases teóricas fundamenta su existencia en la Europa Occidental.

Sus inicios están en el pensamiento iluminista de la llamada Ilustración,⁹ que *a posteriori* continuó desarrollándose por el pensamiento liberal burgués.¹⁰

II. Una aproximación histórica a los orígenes y evolución del Estado de Derecho

La elaboración de la *supra* mencionada categoría jurídica se muestra a partir del contexto histórico de la época, donde la situación económica, social y política sienta las bases para su implementación. Europa se encontraba en pleno auge del desarrollo económico del cual resultan nuevas clases sociales, que a su vez interceden en el plano político, atenuando las tensiones entre los conservadores del régimen anterior por un lado; y por el otro, de los nuevos grupos políticos, marcados por un ideario liberal.

El Estado de Derecho encontrará su primera experiencia práctica en Francia, pero se inscriben sus fundamentos doctrinales en Alemania e Inglaterra, como bien apuntamos en el acápite anterior.

Pero esta concepción de la doctrina alemana

6. Ver: RIVERO ORTEGA, Ricardo. “Democracia, Estado de Derecho y economía de mercado en América Latina”, en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y RIVERO ORTEGA, Ricardo (EDS.) (2003). *El Estado de Derecho latinoamericano. Integridad económica y seguridad jurídica en Iberoamérica*. Primera Edición, Salamanca, España: Ediciones Universidad de Salamanca, p. 24.

7. Así, por ejemplo, refiere GARCÍA-PELAYO sobre este alemán: “En medio de su inmensa producción cabe destacar como especialmente importantes su aportación a la iniciación de la ciencia administrativa (a la que designa, no obstante, con el viejo nombre de *Polizeiwissenschaft*), su construcción del Derecho político alemán sobre bases realistas, eliminando el fantasma del *Iuris Publicii Imperii*; la formulación de algunos conceptos capitales, como, por ejemplo, el de Estado de Derecho, y sobre todo su Historia de las Ciencias Políticas, que, a pesar del tiempo transcurrido, todavía es insustituible en muchos aspectos”. GARCÍA-PELAYO, Manuel (1951). “Robert Von Mohl y el Nacimiento de las Ciencias Sociales”. En: *Revista de Estudios Políticos*. Número 55. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, p. 111.

8. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2000). *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I, Tercera Edición, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., p. 89.

9. Ver la voz “Ilustración”, en ROSENTAL, M. y IUDIN, P., (1981). *Diccionario Filosófico*. Ciudad de La Habana, Cuba: Editorial Política, p. 234, en la que se plantea: “Corriente político-social cuyos representantes procuraban eliminar las insuficiencias de la sociedad existente, modificar las costumbres, la política y el género de vida difundiendo las ideas del bien. De la justicia, los conocimientos científicos” (...) “Figuras de la Ilustración fueron (...) Rousseau, Montesquieu...”.

10. Se destacan en la corriente del liberalismo clásico figuras como: Locke, Humboldt y Fichte.

del Estado de Derecho, propia de intereses políticos muy particulares del momento histórico concreto, en el que se pretendía llamar a la unidad del pueblo alemán, y ensalzar la protección a los derechos individuales, no llega a su puesta en práctica.

El punto común en sus exponentes, *ab initio*, fue precisamente el encontrar un régimen estatal –desde el punto de vista de su estructura– que respondiera a las garantías, libertades y derechos del individuo, *ciudadano o súbdito*, frente al autocratismo monárquico feudal.

Inglaterra inicia su revolución burguesa en 1640 pero su triunfo, se podría decir, se fortalece en 1679 cuando logran imponer la ley del *habeas corpus*¹¹ durante las elecciones parlamentarias.¹² Con la Gloriosa Revolución de 1688 se consuma un nivel de institucionalización, así como de consolidación entre la Corona y la burguesía. De esta manera, la doctrina inglesa adopta la idea de la soberanía de la nación, la misma no se asienta en el órgano legislativo que se opone al monarca, calificado de ejecutivo, sino que se sustenta sobre las bases del equilibrio entre el Parlamento y la Corona, como se había pretendido. Los sucesores del trono inglés mostraron la imposibilidad de sostener las “buenas relaciones” con la burguesía, y sostuvieron un gobierno despótico

y absoluto que ocasionó el descontento popular.

Aquí el Estado de Derecho no descansa en la tripartición de poderes, ni en la representación del poder legislativo producto de las divergencias de la “lograda conciliación”; tampoco existe la supremacía constitucional, pues su orden jurídico se basa en las concepciones del precedente judicial (*Rule of Law*).

Como plantea Cascajo Castro, “basta pensar solo en la diferencia entre la concepción inglesa de esta idea como traducción del *Rule of Law*, con su específica fisonomía del poder judicial, y la concepción continental que lo entiende como estado constitucional garantizador, con predominio del poder legislativo”.¹³

En tanto, el tránsito del Estado prusiano al *Reich* alemán se caracterizó, fundamentalmente, por la vinculación a la ley del actuar de la Administración en el ejercicio de sus funciones, fundamentado este límite en el cumplimiento del principio de legalidad. Lo anterior encontró contraposición con la inmunidad que aún ostentaba la Corona y su poder ejecutivo. Cuando se organizó el primer *Reich*, hombres como Gneist y Sthal tuvieron una visión conservadora, casi opuesta. Jellineck y Mayer lo vinculan a la ciencia del derecho público.¹⁴

La doctrina alemana se comporta de forma

11. Institución que se vincula a las garantías modernas del Estado de Derecho. Es el procedimiento mediante el cual se defiende la libertad de la persona, y constituye el mejor mecanismo de defensa de los derechos fundamentales, como el derecho a la libertad, al debido proceso.

12. Se debe tener en cuenta que el parlamento se constituía por dos cámaras: Cámara de los Lores y Cámara de los Comunes. La primera representada por la nobleza y la segunda por la burguesía.

13. CASCAJO CASTRO, José Luis (1973). “Consideraciones sobre el Estado de Derecho”, *Revista de Estudios Políticos*. Números 189-190, Madrid, pp. 81-82.

14. FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio (2005). *Filosofía del Derecho*. Segunda Edición, La Habana: Editorial Félix Varela, p. 300. “Asimismo Panuzio y Lange (fascistas) se declararon promotores e inspiradores del Estado de Derecho, como hoy los neoliberales del Estado de Bienestar General de Derecho. Con la caída del campo socialista y la desintegración de la URSS se le dan nuevas interpretaciones al Estado de Derecho”.

similar a la inglesa, con la diferencia de que en la primera, el sistema judicial se muestra incapaz de asegurar los derechos, libertades y garantías fundamentales.

En sus inicios, los iluministas hallaron soluciones doctrinales a los problemas que se suscitaban en la hondura del régimen absolutista que ya arribaba a su fin. Fueron estos filósofos los que obtuvieron la respuesta en el llamado Estado de Derecho, en principio quizá sin la intención de establecer fundamentos jurídico-filosóficos que hasta hoy conforman dicha institución.

A diferencia de los fundamentos antes expuestos, en el intento de lograr una concepción del Estado de Derecho, en el pensamiento iluminista francés se dan dos posiciones notables y opuestas política e ideológicamente respecto a la doctrina del Estado de Derecho dentro de la misma Francia revolucionaria. Los precursores del tema fueron Montesquieu y Rousseau,¹⁵ este último el más radical en su pensamiento.

Rousseau entendía el poder en manos del pueblo, y a este como único soberano, expresión

de la soberanía popular; concebía la democracia directa y una república unitaria del pueblo. A esta posición se oponía Montesquieu, que planteaba que el asunto radicaba en la fórmula de la tripartición de poderes,¹⁶ la democracia representativa y la soberanía de la nación, en una monarquía constitucional, basada en el principio de la representación con supremacía constitucional; establece el respeto al actuar conforme a la ley, como límite al poder de la administración frente a los individuos, rasgo característico de esta etapa, para garantizar los derechos y libertades tan apreciados. Fue este último modelo el que se puso en práctica en Francia, y estos los supuestos que concretaron la figura del Estado de Derecho en su nacimiento.

III. Apuntes, sin intenciones conclusivas, acerca de la definición del Estado de Derecho en la contemporaneidad

Observemos este fenómeno en su entendido histórico-jurídico en general, según algunos autores contemporáneos que tratan el tema.

Apunta Pérez Royo, que el Estado de Derecho marcha sobre la consecución de tres fases. Su primera manifestación asumirá como premisa “la reivindicación de que toda intervención en la libertad y la propiedad de los ciudadanos debe ser decidida mediante la ley”; la segunda etapa o fase se concentrará en extender los principios del

15. FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio (2005). *Filosofía del Derecho*. Segunda Edición, La Habana: Editorial Félix Varela, p. 303. “Inspirado en el arquetipo deontológico del contrato social, formuló un esquema de Estado democrático en sentido directo. Sostuvo que la soberanía pertenecía al pueblo, único soberano y este no puede enajenar ni declinar la soberanía, ni cederla mediante la representación. Habla de la soberanía del pueblo no de la nación. El poder popular solo se realiza directamente mediante plebiscito público permanente. Retoma el tribunalado romano, lo califica como poder negativo y lo opone al modelo de la tripartición de poderes de Montesquieu, (tuvo visión liberal a la hora de mal interpretar al modelo romano, desde su tripartición de poderes). Para Rousseau esta fórmula carece de importancia, lo que realmente importa es la participación del pueblo en las asambleas de base de toda la población. Vale apuntar que la posición rousseaiana advirtió un cierto grado de representación en las esferas más altas de la representación estatal y gobierno, misión delegada o ejercida en representación del soberano”.

16. Ver: FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio (2005). *Filosofía del Derecho*. Segunda Edición, La Habana: Editorial Félix Varela, p. 302. “Encuentra su primer exponente en John Locke, la vislumbra como la fórmula mágica del equilibrio deseado contra el abuso de poder. Sienta las bases de lo que hoy es la democracia representativa.”

Estado de Derecho a la Administración Pública, “cuestión que dio origen a un gran debate en la segunda mitad del siglo XIX y que acabó en la práctica con la configuración de una jurisdicción especializada, la contencioso-administrativa, para reducir primero y eliminar después paulatinamente las inmunidades del poder”. Posterior a la Primera Guerra Mundial, anota el autor, el tercer período de evolución histórica del citado Estado de Derecho que pasa a ser el “de la legitimación democrática del poder del Estado, es decir, de la reconducción de la voluntad del Estado única y exclusivamente a la voluntad de la sociedad”.¹⁷

Según los profesores García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, todo Estado sin importar su tipo histórico, constituye Estado de Derecho, ya que este necesita para legitimarse en el poder del régimen jurídico sobre el cual se va a erigir. “Lo que distingue a un Estado respecto de otros, tanto en un tiempo dado como en diferentes épocas históricas, no es, pues, que unos reconozcan y otros aborrezcan el ideal de un Estado de Derecho, sino lo que unos y otros entienden por Derecho.”¹⁸ Esta sería una concepción idealista del Derecho, según los aludidos autores.

Así pues, los elementos del Estado de Derecho serán en términos generales los siguientes: imperio de la ley, entendiendo la ley como ema-

nación de la voluntad general; orientación de la ley a la defensa de los derechos y libertades fundamentales; división de poderes y legalidad de la actividad administrativa.¹⁹

Lo anterior es, sin dudas una caracterización moderna de la categoría jurídica en cuestión, que no siempre se comportó de forma similar sino que estuvo precedida por siglos de evolución doctrinal de las diferentes corrientes filosóficas y estudiosos del tema en cada una de sus etapas.

Sin intenciones concluyentes, queremos exponer la concepción que ofrece el profesor Fernández Bulté del Estado de Derecho: “un Estado de Derecho debe asegurarse al pueblo, a las grandes mayorías, contra cualquier deformación autocrática; debe subordinar a todos, organizaciones sociales y políticas, Estado e individuos, a la voluntad exclusiva de la ley, debe ser a su vez el resultado de la voluntad popular más ampliamente consultada; debe asegurar el goce de los derechos humanos y de la participación decisiva de los ciudadanos en las tomas de decisiones políticas y económicas. Debe, por tanto, velar por la justicia social”.²⁰

La definición del profesor Bulté, en la que tomamos parte, por lo que representa en el contexto histórico, político y social, al cual se enfrenta el mundo actual, es vital para el establecimiento de un *efectivo* Estado de Derecho que suscite las relaciones políticas y económicas, entre los

17. PÉREZ ROYO, Javier (1997). *Curso de Derecho Constitucional*. Cuarta Edición, Marcial Pons. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., pp. 188 y ss.

18. GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Parte 2, Ciudad de La Habana: Editorial Félix Varela, p. 431.

19. BEA, Emilia, *Ob. cit.*, p. 93.

20. FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio (2005). *Filosofía del Derecho*. Segunda Edición, La Habana: Editorial Félix Varela, p. 315.

diferentes Estados, que estos, en definitiva encuentren en la misma su abrigo. Ahora, sobre la base del nuevo contexto social, donde no se puede ignorar el fenómeno de la globalización mundial, pero sin dejar de estar integrado y actuar activamente en el plano cultural de la legitimidad local.

Se trata de construir, sobre la realidad social de hoy en definitiva, el nombrado Estado de Derecho, sustentado en fundamentos sociales y políticos tan inherentes en esta institución, pero también culturales, éticos, económicos; con el propósito de emancipar y reordenar las ancestrales relaciones entre, Estado y Sociedad Civil,²¹ entre el universalismo ético y el relativismo cultural, entre la razón práctica y la filosofía del sujeto, las formas convencionales de legalidad y las experiencias no formales de la jurisdicción.

La nueva esfera pública proporciona nuevos valores culturales, nuevos procedimientos de práctica política y de acceso a la justicia, proyectando nuevos actores sociales como fuente de legitimación del espacio social y de la constitución emergente de los derechos. Lo anterior ha de tenerse en cuenta por inscribirse en el ámbito, la mencionada categoría jurídica, del derecho público.²²

Son estos fundamentos, en fin, sobre los que debe redefinirse hoy la concepción del Estado

de Derecho, que no distan mucho de lo que originalmente provocó su necesidad de cosmos. Se retoma –en definitiva– el carácter axiológico y deontológico de sus inicios, como imperiosa necesidad de crear o poner en práctica mecanismos que garanticen esos derechos inherentes al hombre que tanto suenan en el escenario actual, mediante la implementación de nuevas estructuras políticas y sociales.

Son las corrientes filosóficas de hoy, y en especial el pensamiento jurídico crítico, las encargadas de aportar las nuevas pautas del Estado de Derecho contemporáneo.

Bibliografía

- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (1998). “Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado Nacional”, *Revista de Derecho Administrativo*, No. 45.
- BEA, Emilia (2006). “Derecho y Estado”, A.A V.V. *Introducción a la Teoría del Derecho*. La Habana: Editorial Félix Varela.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y RIVERO ORTEGA, Ricardo (EDS.) (2003). *El Estado de Derecho latinoamericano. Integridad económica y seguridad jurídica en Iberoamérica*. Primera Edición, diciembre. España: Ediciones Universidad de Salamanca.
- CASCAJO CASTRO, José Luis (1973). “Consideraciones sobre el Estado de Derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, Números 189-190.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio (2005). *Filosofía*

21. Vista como nuevo espacio público que haga efectiva la pluralidad democrática.

22. Para profundizar en el tema: DÍAZ, Elías (1998). *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus Ediciones, S.A., 9ª ed., Asimismo, WOLKMER, Antonio Carlos (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Colección En Clave de Sur, Primera Edición, ILSA, Bogotá D.C., Colombia, octubre.

- del Derecho*, Segunda Edición. La Habana: Editorial Félix Varela.
- GAMBOA SANTOFIMIO, Orlando Jaime (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª Edición. Bogotá: Departamento de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia.
- GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*, Parte 2. Ciudad de La Habana: Editorial Félix Varela.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel (1951). "Robert Von Mohl y el nacimiento de las Ciencias Sociales". En: *Revista de Estudios Políticos*, Número 55. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- PÉREZ ROYO, Javier (1997). *Curso de Derecho Constitucional*, Cuarta Edición, Marcial Pons. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- ROSENTAL, M. y IUDIN, P. (1981). *Diccionario Filosófico*. Ciudad de La Habana, Cuba: Editorial Política.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2000). *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen I, Tercera Edición. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A.