

José Luis Cea Egaña*

Derecho y constitucionalismo en el cambio de época

Law and Constitutionalism in changing times

Resumen

El texto busca demostrar que el imperio del derecho y la sumisión del poder a un ordenamiento jurídico justo son la clave de la democracia humanista. De ahí entonces que la tesis del autor es que el derecho está siendo configurado desde el constitucionalismo, entendido este en su manifestación contemporánea, que lo singulariza por la orientación y control del poder para servir a la persona, individualmente y asociada, en los ámbitos local, regional, nacional e internacional.

Palabras clave

Derecho. Constitucionalismo. Democracia. Humanismo.

Abstract

The text seeks to demonstrate that the rule of law and submission of power to a fair legal system is the key humanistic democracy, hence, then, that the author's thesis is that law is being configured from constitutionalism, understood in its contemporary manifestation that distinguished by the direction and control of power to serve the person, individually and associated, at local, regional, national and international.

Keywords

Right. Constitutionalism. Democracy. Humanism.

**Profesor Titular de Derecho Constitucional Universidades de Chile y Pontificia Universidad Católica de Chile. Ex Presidente del Tribunal Constitucional.*

Introducción

Son claros y numerosos los vínculos del derecho con la política. Ya he revisado el tema desde la perspectiva política, específicamente en lo referente a las diversas manifestaciones del poder y sus proyecciones sobre el sistema jurídico¹. Ahora haré lo mismo desde el ángulo del derecho, en particular del derecho constitucional.

Necesario es situarse en el tiempo que vivimos, singularizado por cambios rápidos, profundos, generalmente efectuados dentro de los ordenamientos vigentes pero con alteraciones que ya se perciben con rasgos impensados en ellos.

Nuestra intención es demostrar que el imperio del derecho y, por lo mismo, la sumisión del poder a un ordenamiento jurídico justo son la clave de la democracia humanista que propugnamos y en la cual confiamos para el futuro, interna e internacionalmente. Por ende, se sostiene aquí que cuando el poder se impone al derecho, desaparece la política, en el sentido axiológicamente valioso que hemos defendido. En su lugar, se sufre la hegemonía de la dominación sin límites reales, es decir, de la dictadura en sus variaciones más blandas, como el autoritarismo, o en las más duras y devastadoras, esto es, la tiranía o el despotismo. Justifica especial atención la explosión de demandas, muchas pacíficas aunque con desbordes violentos, articuladas por grupos y organizaciones de la sociedad civil, cuyo concierto con entes semejantes en el extranjero ha quedado en evidencia.

Mi tesis es que el derecho está siendo configurado desde el constitucionalismo, entendido este en su manifestación contemporánea, que lo singulariza por la orientación y control del poder para servir a la persona, individualmente y asociada, en los ámbitos local, regional, nacional e internacional.

1. Etimología

El sustantivo *derecho* proviene de la voz latina *directus*, sinónimo de directo, recto o que no se tuerce a ningún lado porque es igual con respecto a todos ellos, sean personas, objetos, situaciones o cosas. Desde su origen, entonces, el derecho surge inseparable de los valores de rectitud, independencia y justicia, gráficamente representada por la dama con la vista vendada porque no quiere ni puede inclinarse a ningún lado.

El término cuyo origen nos ocupa ha existido siempre en las comunidades humanas y, además, es sensato afirmar que nunca dejó de acompañar a la política en la convivencia civilizada. Sin embargo, el despliegue del término en conceptos y definiciones, en clasificaciones y doctrinas sistemáticamente desarrolladas se ubica, con razón, en la civilización de Roma imperial, alrededor de dos mil años atrás. Indudablemente,

¹ Consúltese del autor “Panorama de la Política Contemporánea”, en Asociación Chilena de Derecho Constitucional: Estudios de Justicia Constitucional en Homenaje a la Profesora Luz Bulnes Aldunate (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2011) pp. 12 ss.

el *nomos* al que se referían los griegos en la antigüedad es un antecedente del derecho romano, pero queda lejos de coincidir con la riqueza que este alcanzó con juristas como Gallo, Papiniano y Ulpiano, cuya obra fue básica en las recopilaciones sistemáticas hechas durante el imperio bizantino de Justiniano I (482 – 565 d. C.) En suma, en aquel derecho comienza la dogmática jurídica, conocida más tarde como ciencia del derecho positivo².

2. Evolución

En Europa, hasta los confines que llegó el imperio romano, se mantuvo esa cultura jurídica como incomparable y, por lo mismo, única durante la Edad Media y también ya avanzados los tiempos modernos. Parcialmente, perdió la dinámica que la actualizaba a los requerimientos de las épocas mediante la jurisprudencia, como consecuencia de la fijación justiniana y, varios siglos después³, a raíz de la codificación iniciada en el derecho canónico por el monje benedictino Hildebrando, más tarde Papa Gregorio VII (1020 – 1085).

La tipicidad del medioevo jurídico descansa *ante todo* en este vacío relativo, en lo que hemos calificado de levedad del poder político medieval, es decir, la carencia de toda vocación totalizante de ese poder, su incapacidad para situarse como hecho global y absorbente de todas las manifestaciones sociales (...), un proceso que, amparándose en las primeras hendiduras del edificio estatal romano, se despliega en un derrumbamiento efectivo y, sobre las ruinas, ya no se levantará una estructura política semejante. (...) En sustancia, es la ausencia del Estado como realidad político-jurídico unitaria, avalado por un aparato de organización y coacción (...). El derecho, ya no monopolio del poder, es la voz de la sociedad, voz de innumerables grupos sociales cada uno de los cuales encarna un ordenamiento jurídico y, por lo mismo, de realidades autónomas. Bastan estas frases elementales para que sean suficientes a fin de darnos cuenta de cuán inadecuado es el trasplante para aquel mundo de la noción de *soberanía*.⁴

En la cultura jurídica anglosajona se mantiene hasta hoy, sin embargo, al menos en ciertos rasgos capitales, ese rol creativo y adaptador que fluye de las sentencias, en

² Revítese una visión, clara y esquemática, en Luis Prieto Sanchís: Apuntes de Teoría del Derecho (Madrid, Ed. Trotta, 2007) pp. 13 ss. Véase también Carlos Amunátegui Perello: Historia Social, Política y Jurídica de Roma (Santiago, Ed. Abeledo Perrot, 2011) pp. 118 ss.

³ Véase, en general, John Henry Merryman: Sistemas Legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad (México DF, E. Fondo de Cultura Económica, 1995).

⁴ Paolo Grossi: El Orden Jurídico Medieval (Madrid, Ed. Marcial Pons, 1986) pp. 63 ss.

casos señeros, y que establecen precedentes⁵. Lo dicho resulta singularmente claro en el derecho constitucional.

El cambio hacia una subordinación, expresa y planificadamente emprendida, del derecho al poder, dominación o soberanía, transcurre a través de tres siglos, en medio de cuestiones teológicas, de hegemonía papal y de lenta secularización del gobierno. Todo ello lo recoge, ordena y explica, al promediar el siglo XVI, Jean Bodin (1530 – 1596)⁶ en su obra Los Seis Libros de la República (1576)⁷. Allí se afirma que el derecho lo dicta el soberano y este es quien detenta el poder o capacidad de imponerse a los demás, incluso por la fuerza o coactivamente:

“El primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular (...), sin consentimiento de superior, igual o inferior.”⁸

Soberano, entonces, es aquel con potestad para dictar las leyes y no recibirlas jamás de otro. Política y derecho quedan confundidos, por cierto que en perjuicio de la autonomía, los valores y la función del segundo.

Pensamos que esa es una de las consecuencias más graves que había generado la reforma protestante⁹ en Europa: pérdida de la unidad de fe, surgimiento de tesis contrarias a la primacía pontificia, secularización de las instituciones políticas y nacimiento de la soberanía como poder supremo en el orden temporal.

Con base en ese fundamento angular, Thomas Hobbes (1588 – 1679) avanzó hacia el absolutismo, asumiendo una valoración negativa de la condición natural del hombre, al cual reputó insociable por naturaleza y predispuesto al conflicto o a la guerra con sus semejantes. Para salir de tan trágica condición sostuvo que era necesario coincidir en un doble contrato o pacto social, origen de la sociedad civil y del Estado: el primero, la renuncia de cada hombre a su poder de autotutela y defensa contra terceros; y el segundo, la transferencia del conjunto de esos poderes individuales a un soberano, responsable de hacer efectiva tal renuncia y de gobernar mediante el derecho apuntalado en la fuerza.

Nació así el Estado, Leviatán o dios mortal, dotado de un poder ilimitado, indivisible e incontrarrestable, porque el soberano se encarna en esa nueva forma política y se

⁵ Harold J. Berman: *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge Harvard University Press, 1983).

⁶ Martin Loughlin: *Foundations of Public Law* (Oxford, Oxford University Press, 2010) pp. 17 ss.

⁷ Una semblanza de este jurista y teórico de la política cit., se halla en Rafael Domingo (editor): *II Juristas Universales* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004) pp. 241 ss.

⁸ *Los Seis Libros de la República* (Madrid, Ed. Tecnos, 2006) p. 74.

⁹ La relación sucinta y ponderada de esta ruptura de enormes consecuencias la presenta Marcel Prelot: *Historia de las Ideas Políticas* (Buenos Aires, Ed. La Ley, 1971) pp. 267 ss.

identifica con ella, decidiendo qué es bueno o malo, o dónde radica la justicia o la injusticia¹⁰. Quedan sentadas, de esta manera, las características fundamentales tanto del absolutismo y de la sumisión del derecho al poder como del positivismo jurídico. Según este último, el derecho es siempre obra del Estado y jamás expresión de la justicia o de valores superiores a la soberanía de aquel. Antes del Estado – asevera Hobbes – no existía la justicia, porque solo aquel es autor de ella y nada más que a partir del contrato o pacto social¹¹. Insertamos párrafos de **El Ciudadano** de los cuales fluye la tesis anunciada:

La seguridad es el fin por el que los hombres se someten a otros. Si la seguridad no se obtuviera así, ningún hombre se sometería a nadie ni abandonaría su derecho a todas las cosas.

Para obtener esta seguridad, no basta con que cada uno de los que están formando una ciudad establezca un convenio con los demás, acordando verbalmente o por escrito *no robar, no matar* y observar otras leyes semejantes. Pues la depravación de la condición humana es a todos manifiesta, y por experiencia sabemos demasiado bien cuán poco proclives son los hombres a cumplir el deber por el deber y a guardar sus promesas cuando desaparece la amenaza del castigo. Por lo tanto, hemos de procurarnos nuestra seguridad no mediante contratos, sino recurriendo a castigos.

(...)

Para seguridad de los individuos y, consecuentemente, para lograr la paz común, es necesario que el derecho a usar la espada del castigo sea transferido a algún otro hombre o concejo; ese hombre o concejo ha de entenderse necesariamente que tiene con derecho el poder supremo en la ciudad; y él es el que con derecho castiga según su propio arbitrio, y el que con derecho obliga a todos los hombres a hacer lo que él quiera. Un poder mayor que el suyo no puede imaginarse.

(...)

Pero como el derecho de la espada no es otra cosa que el poder de usar la espada según la voluntad del que manda, de ello se sigue que juzgar acerca de su uso correcto pertenece también a la misma persona; pues si el poder de juzgar estuviese en unas manos, y el poder ejecutivo en otras, nada podría hacerse. En vano dictaría juicio aquel que no pudiera ejecutar sus mandatos; y si los ejecutase recurriendo al poder de otro, no podría decirse que el que tiene el poder de la espada es él, sino ese otro del cual él es sólo sirviente.

¹⁰ El Ciudadano (De Cive) (1647) (Madrid, Alianza Editorial, 1995) p. 62.

¹¹ Leviatán (1651) (Madrid, Ed. Sarpe, 1997) pp. 260 ss.

(...)

Todas las controversias surgen de esto: que las opiniones de los hombres difieren en lo tocante al *deum* y al *tuum*, a lo *justo* y lo *injusto*, a lo *lucrativo* y *no lucrativo*, a lo *bueno* y lo *malo*, a lo *honesto* y lo *deshonesto*, etc., cosas todas ellas que cada hombre entiende según su propio juicio. Pues bien, corresponde al mismo poder supremo establecer algunas reglas comunes a todos y declararlas públicamente, por las cuales cada hombre sepa qué puede llamarse suyo y qué de otra persona; qué puede llamarse justo y qué injusto; qué honesto y qué deshonesto; qué bueno y qué malo. En resumen: qué es lo que debe hacerse en el curso ordinario de nuestra vida. Pero esas reglas y medidas suelen llamarse leyes civiles, o leyes de la ciudad, al ser órdenes de aquel que tiene el poder supremo en la ciudad. Y las *leyes civiles* (definámoslas) no son otra cosa que los *mandatos de quien tiene la autoridad principal en la ciudad, para dar dirección a las acciones futuras de sus ciudadanos*.

(...)

Lo único y principal que predispone a la sedición es que se diga esto: *que el discernir lo que está bien de lo que está mal es algo que corresponde a cada individuo en particular*. Ciertamente, en el estado de naturaleza, donde cada hombre vive con igual derecho que los demás y no se ha sometido mediante pacto alguno al mando de otros, hemos de admitir que esto es verdad.

(...)

Antes de que se estableciese gobierno alguno, lo *justo* y lo *injusto* no existían, pues su naturaleza depende siempre de lo que se mande. Toda acción es de suyo indiferente; que se convierta en *justa* o en *injusta* procede del derecho del magistrado. Por lo tanto, los reyes legítimos hacen justas las cosas que mandan, sólo por el hecho de mandarlas; y hacen injustas las cosas que prohíben, sólo por el hecho de prohibirlas.

La cosmovisión cristiana, fuente del derecho natural católico, es expulsada del ordenamiento legal; en su reemplazo, va imponiéndose una *imagomundi* estadocéntrica, cuyo rasgo capital es unificar el poder con el derecho, permitiendo al gobernante imponer sus decisiones contra la voluntad de los gobernados. Se confía en así, con la heteronomía que incumbe ejercer al Estado sobre la libertad de cada individuo y del conjunto, en ejercicio de su poder supremo y único, llamado *soberanía*, no solo dicte el derecho sino que lo haga cumplir coactivamente acabando con los conflictos

entre reyes, príncipes, varones y señores feudales, entre el poder religioso y el secular, imponiendo la paz por la fuerza y terminando así con las guerras de origen religioso¹².

Las obras de Hobbes son de una enorme trascendencia para la posterioridad. En ellas reiteramos que las fronteras que separan la política y el derecho se disuelven a favor del primero. El derecho, como sistema de límites al ejercicio del poder en beneficio de la libertad y de los derechos esenciales de la persona humana, queda supeditado a lo que disponga el soberano, sea o no arbitrario, pues nadie lo controla ni puede fiscalizarlo, salvo que ordene a los súbditos dañarse a sí mismos.

La democracia representativa que nacía, en esa perspectiva, ya se volvía imposible e inconcebible. La autonomía de la persona, de los grupos y de la comunidad desaparece, puesto que regía el principio de heteromía o control externo y superior a ellos, cuyo titular exclusivo era el Estado, *Leviatán* o dios mortal y sus agentes o funcionarios.

El pensamiento de Hobbes buscó reemplazar el poder religioso, radicado en la Iglesia y los pontífices, por un poder secular de idéntica jerarquía, es decir, supremo o soberano. Sus reflexiones revelan el hondo anticatolicismo que sentía y que resume en los dos capítulos finales de *Leviatán* y en sus conclusiones. Consolidada la tesis de Hobbes, ha sido muy difícil reorientarla en dos direcciones correctivas de ella: Primera, liberarla del positivismo¹³; y segunda, conciliarla con valores suprapositivos, comenzando por el respeto de la dignidad humana y de los derechos esenciales que emanan de esta. La explicación de tan serias dificultades es relativamente simple: se sigue, por muchos, aguardando la intervención del Estado o *Leviatán* aunque sea con rótulos ideológicos diferentes o para designios impuestos con distintos objetivos.

3. Soberanía Sometida al Derecho

Las secuelas de tan extrema y peligrosa teoría fueron pronto advertidas por John Locke (1632 – 1704). Este filósofo era, como Hobbes, inglés y contractualista o pactista, pero a diferencia de aquel, afirmó que los hombres no enajenan para siempre en aquel pacto sus derechos y libertades a favor del soberano. Por el contrario, enseñó que esa enajenación está condicionada a que la heterotutela de la paz, el orden y la justicia por el Estado sea efectivamente realizada en beneficio de todos y cada uno de los miembros de la comunidad política. Si así no ocurre en la realidad, entonces la comunidad y cada individuo tienen el derecho de rebelarse, deponer al tirano y recuperar el ejercicio de sus atributos inalienables¹⁴:

¹² Nicola Matteucci: *Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno* (Madrid, Ed. Trotta, 1998) pp. 94 – 95.

¹³ Es la tarea que se propuso Norberto Bobbio en varios de sus escritos, sin llegar, en nuestra opinión, a ser persuasivo.

¹⁴ Giovanni Sartori: *¿Qué es la Democracia?* (Madrid, Ed. Taurus, 2007) pp. 183 ss.

Le queda siempre al pueblo el poder supremo de apartar o cambiar a los legisladores si encuentran que actúan de manera contraria a la misión que se les ha confiado. (...). En ese caso, el poder volverá por fuerza a quienes lo entregaron (...). De ese modo, la comunidad conserva perpetuamente el poder supremo de sustraerse a las tentativas y maquinaciones de cualquier persona, incluso de sus propios legisladores. (...) Ningún hombre ni sociedad de hombres tiene poder para renunciar a su propia conservación.¹⁵

4. Hacia el Constitucionalismo

El pensamiento de Locke es de inmensurable importancia, tanto o más que el de Hobbes y, sin duda, superior en relación con el constitucionalismo. Su impronta tuvo, sin embargo, mucho mayor éxito en la cultura jurídico-política anglosajona que en la europea continental. Resumiendo, Locke demostró las graves implicancias que fluían de la tesis del Leviatán desarrollada por Hobbes, con lo cual volvió a separar el poder del derecho; enfatizó que los atributos de la persona son inalienables y que, para defenderlos y promoverlos, la comunidad y cada individuo pactan erigir una autoridad, central pero no absoluta; y sentó las bases de la democracia moderna, puesto que asumió que el gobernante es elegido por el pueblo y como representante suyo, al cual debe rendirle cuenta, siendo depuesto si no cumple la misión que se le encomendó.

No es vano insistir en que, mientras la influencia de Hobbes se hizo evidente en Europa continental y, probablemente, sin percibirlo bien, también en las nacientes repúblicas de Iberoamérica, fue Locke el pensador decisivo en la independencia de las colonias norteamericanas y, más tarde, también en Canadá y otros territorios que habían pertenecido a la corona inglesa. La brecha entre una y otra postura estriba en el concepto, roles y límites del Estado, de una parte, y la libertad de la persona y los grupos, de la otra. Un testimonio elocuente de lo dicho se encuentra en la declaración de la independencia de los Estados Unidos, cuyo redactor principal fue Thomas Jefferson:

Sostenemos que son verdades evidentes por sí mismas que todos los hombres han sido creados iguales, que ellos han sido dotados por el Creador con ciertos derechos inalienables, entre los cuales se hallan la vida, la libertad y la prosecución de la felicidad. Que para asegurar esos derechos los hombres instituyen los Gobiernos, los cuales derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados.¹⁶

¹⁵ Ensayo sobre el Gobierno Civil (1690) (Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1963) pp. 169 – 170.

¹⁶ Texto reproducido en Isaac Kramnick y Theodore J. Lowi: *American Political Thought* (New York, W. W. Norton, 2009) p. 152 (traducción del autor de esta ponencia).

Se desprende de lo escrito un retorno al derecho natural, es decir, a una antropología centrada en la persona humana y en un Estado que deja de ser Leviatán, puesto que es responsable por el ejercicio que haga el gobierno de poderes que son restringidos y que han de ser revisables para que sean empleados con justicia. Fluye también de lo dicho que son a ser restablecidos, pero armónicamente y no en términos de hegemonía, los vínculos del poder con el derecho. Es el comienzo del constitucionalismo, esto es, la doctrina que propugna la entronización de gobiernos con poder limitado y para ser ejercido según lo que se dispone, de antemano, en la Constitución escrita y semirígida, al menos, para ser reformada o reemplazada.

5. Brecha entre las dos Culturas

En Europa continental, los siglos XVIII y XIX fueron de observancia estricta de los postulados de Hobbes: primacía del poder sobre el derecho; heterotutela del Estado y no autonomía de la comunidad ni autotutela de sus miembros; formulación *a priori* del ordenamiento jurídico, reemplazando las costumbres y tradiciones por la ley, expresión de la voluntad general infalible, como la pensó Jean Jacques Rousseau¹⁷; la jurisprudencia, por fin entendida como aplicadora de esa legalidad¹⁸, siguiendo fielmente las reglas de interpretación que, con ese objeto, le fueron trazadas por el legislador¹⁹. Insertamos acápite del pensamiento de Rousseau:

El hombre ha nacido libre y en todas partes se encuentra encadenado. Algunos se creen los amos de los demás aun siendo más esclavos que ellos. ¿De qué manera se ha producido este cambio? Lo ignoro. ¿Qué puede hacerlo legítimo? Creo poder resolver esta cuestión.

(...)

Parto de considerar a los hombres llegados a un punto en el que los obstáculos que dañan a su conservación en el estado de naturaleza logran superar, mediante su resistencia, la fuerza que cada individuo puede emplear para mantenerse en ese estado. Desde ese momento tal estado originario no puede subsistir y el género humano perecería si no cambiase de manera de ser.

Ahora bien, como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino unir y dirigir las que existen, no tienen otro medio de conservarse que constituir, por agregación, una suma de fuerzas que pueda exceder a la resistencia, ponerla en marcha con miras a un único objetivo, y hacerla actuar de común acuerdo.

¹⁷ El Contrato Social (Madrid, Ed. Sarpe, 1989).

¹⁸ Montesquieu: (1748) El Espíritu de las Leyes (México DF., Ed. Porrúa, 1980) p. 108.

¹⁹ Savigny y Puchta: La Codificación (Madrid, Ed. Tecnos, 1976).

Esta suma de fuerzas sólo puede surgir de la cooperación de muchos, pero, al ser la fuerza y la libertad de cada hombre los primeros instrumentos de su conservación ¿cómo puede comprometerles sin perjuicio y sin descuidar los cuidados que se debe a sí mismo? Esta dificultad en lo que respecta al tema que me ocupa puede enunciarse en los siguientes términos:

“Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y gracias a la cual cada uno, en unión de todos los demás, solamente se obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes. Este es el problema fundamental que resuelve el contrato social.”

(...)

Estas cláusulas bien entendidas se reducen todas a una sola, a saber: la alienación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad. Porque, en primer lugar, al entregarse cada uno por entero, la condición es igual para todos y, al ser la condición igual para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa para los demás.

(...)

Es decir, dándose cada uno a todos, no se da a nadie, y, como no hay ningún asociado sobre el que no se adquiera el derecho que se otorga sobre uno mismo, se gana el equivalente de todo lo que se pierde y más fuerza para conservar lo que se tiene.

Por tanto, si eliminamos del pacto social lo que no es esencial, nos encontramos con que se reduce a los términos siguientes: “Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, recibiendo a cada miembro como parte indivisible del todo.”

(...)

La primera y más importante consecuencia de los principios anteriormente establecidos es que la voluntad general puede dirigir por sí sola las fuerzas del Estado, de acuerdo con la finalidad de su institución, que es el bien común; porque si la oposición de los intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de las sociedades, el acuerdo de estos mismos intereses es lo que lo ha hecho posible.

(...)

Se sigue de todo lo que precede que la voluntad general es siempre recta y tiende a la utilidad pública, pero no que las deliberaciones del pueblo tengan siempre la misma rectitud. Se quiere siempre el bien, pero no siempre se sabe dónde está. Nunca se corrompe al pueblo, pero frecuentemente se le engaña, y solamente entonces es cuando parece querer lo malo.

(...)

De conformidad con esta idea, es obvio que no hay que preguntar a quién corresponde hacer las leyes, puesto que son actos de la voluntad general.

El panorama opuesto se vivió en esos siglos en la cultura anglosajona. De esta, sin duda la obra más importante es la Constitución norteamericana de 1787, primera Carta Fundamental escrita, rígida para su enmienda y de texto brevísimo, ni siquiera calificable de semiextenso, a pesar de las veinte adiciones que ha tenido desde 1791 a la fecha. Ese Código Político es el más longevo de los textos escritos en su género, no susceptible de parangón con el régimen constitucional inglés, porque si bien a este lo integra la Carta Magna de 1215, son siete los estatutos posteriores a ella hasta llegar a los primeros años del siglo XX. Pues bien, en la Constitución de 1787, llamada *de Filadelfia* por la ciudad en que fue debatida y aprobada, se plantea, en el preámbulo breve y elocuente, que:

“Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, con el propósito de formar una Unión mas perfecta, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar las bendiciones de la libertad para nosotros y nuestra prosperidad, aprobamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América.”

Las enormes implicancias que, para la democracia vivida según lo mandado en la Constitución, tienen los textos se hallan explicadas, con brillo y originalidad insuperables, en *El Federalista*²⁰, colección de ochenta y cinco artículos publicados en tres periódicos de Nueva York desde octubre de 1787 a mayo de 1788 por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay. Es una fuente, viva hasta hoy, del sentido y alcance que tiene para la persona y la comunidad política el gobierno limitado por el derecho para que su ejercicio sea racional. Insertamos algunos pasajes de aquel libro:

El genio de la libertad republicana parece exigir, por una parte, no sólo que todo el poder proceda del pueblo, sino que aquellos a los que se encomiende se hallen bajo la dependencia del pueblo, mediante la corta duración de los períodos para los que sean nombrados; y que inclusive durante esos

²⁰ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay: (1787-1788) *El Federalista* (México DF, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1974).

breves términos, la confianza del pueblo no descansa en pocas, sino en numerosas manos.²¹

(...)

El fin de toda constitución política es, o debería ser, primeramente, conseguir como gobernantes a los hombres que posean mayor sabiduría para discernir y más virtud para procurar el bien público; y en segundo lugar, tomar las precauciones más eficaces para mantener esa virtud mientras dure su misión oficial.²²

De *El Federalista*, así como de la observación de la vida real de las comunidades de la unión norteamericana, surgieron las reflexiones de Alexis de Tocqueville en su libro *La Democracia en América* (1835). Son lecciones perspicaces y visionarias del funcionamiento real del régimen político y de los peligros que lo acechan.

La ruta seguida en Europa, como hemos dicho, es un contrapunto comparada con la norteamericana, buscó realzar al Estado, subordinar el derecho a la política, ignorar a la sociedad civil o someterla y fortalecer la soberanía del aparato estatal. Paradigma de ese impulso desde arriba fueron los años siguientes a la Revolución Francesa, profundamente distintos de los postulados difundidos en aquella insurrección.

En ese contexto, la ley se convirtió no solo en la fuente principal del ordenamiento jurídico, sino que en un instrumento del Estado para intervenir en aquella sociedad, modelándola según las mayorías que se sucedían en los gobiernos. Como tal, de la ley se esperaba que fuera idónea para corregir las desigualdades y restringir la libertad; más tarde, para avanzar en la materialización de la igualdad, imponer paso a paso los derechos sociales y proclamar o desconocer los atributos subjetivos. Tratábase del medio con que el poder materializaba innovaciones legitimándolas por la adecuación formal con el derecho. Era el tiempo del apogeo positivista.

Por supuesto, las Constituciones resultaban efímeras en su vigencia y duración, a la vez que la jurisprudencia no pasaba de ser la exégesis de lo preceptuado por el legislador. Los códigos se erigían en sistematizaciones grandiosas, pese a que la mayoría convivía al margen de lo preceptuado en ellos. La democracia representativa era rudimentaria, puesto que el sufragio tenía carácter censitario, franqueado nada más que para los varones y sometido al cohecho y otros ilícitos. Los principios del gobierno limitado pregonados por Montesquieu²³ se enseñaban, pero sin preocupación por practicarlos.

Invocando la letra de tal legalidad formal, entendida exegéticamente, accedieron al poder regímenes de distinto signo, aunque coincidentes en usarla, incluso para designios dictatoriales y totalitarios²⁴. El *ethos* del constitucionalismo no caló en la mentalidad

²¹ El Federalista cit., N° XXXIII (Madison) p. 149.

²² Id., N° LXII (Hamilton o Madison) p. 242.

²³ Consúltese Jean Touchard: *Historia del Pensamiento Social* (Madrid, Ed. Tecnos, 1981) pp. 612 ss.

²⁴ Rudolph von Jhering: *La Lucha por el Derecho* (Bogotá, Ed. Temis, 1990).

de la elite dirigente, cómoda en el *establishment* del cual gozaba. Ya se hablaba de aquel proceso pero sin preocuparse de vivirlo efectivamente.

De la vida política y constitucional de América Latina bien puede ser dicho que encajaba en tal cuadro, pero con rasgos peores en punto a la continuidad de los gobiernos y a la solidez de las instituciones gubernativas.²⁵ Satisfechos con el constitucionalismo literal y de alcance restrictivo, los liderazgos que accedían a revisar tal modelo como secuela de quiebres del orden institucional, lo hacían introduciendo cambios ambiguos cancelados al instante por las interpretaciones torcidas que efectuaban los exponentes de los protegidos. Obviamente, el sistema institucional no pasaba de la exterioridad formal y se iba desprestigiando en la percepción de masas que ya protestaban por su marginación y pobreza.

6. Aproximación a la Unidad Jurídica

Las espantosas consecuencias de la Segunda Guerra Mundial impusieron, en los países que más las padecieron, la honestidad en sus dirigentes para el análisis de las causas y efectos de tan grande y prolongado sufrimiento. Regímenes totalitarios se habían apoderado de democracias frágiles, aplicando para ello la forma de las normas constitucionales y legales. Tan espuria utilización de las reglas democráticas se afincaba en que el poder se ejercía sin escrúpulos y, por supuesto, prescindiendo de control institucional y de la ciudadanía. En nuestra América, las atroces persecuciones de servicios secretos, los cruentos enfrentamientos con miles y miles de muertos o desaparecidos, la destrucción económica y la miseria moral y material en que quedó sumida la población sembraron la envidia y el resentimiento, reprimidos con fuego y sangre. La renovación del liderazgo apoyado por núcleos de uniformados con espíritu democrático, planteó la urgencia de convivir en libertad según la Carta Política. Hubo coincidencia en atacar el fondo del asunto, sin enredarse en retórica adjetiva ni evasiva, pero el tiempo demostró que esa no pasaba de ser una postura oportunista.

Como fuera, la resistencia fue siendo doblegada. Así nacieron, primero en Europa continental, los esfuerzos por hallar consensos perdurables, sobre cuya base reconstruir gran parte de ese continente. Hubo éxito gracias a la vocación política notable de líderes como Adenauer, Churchill, De Gasperi y De Gaulle. Tales acuerdos quedaron formalizados en las Constituciones de Alemania, Italia y Francia de 1949, 1947 y 1958, respectivamente. De ellas cabe realzar la categórica sumisión de la Política al derecho; la articulación explícita de los valores inherentes a la dignidad humana y a la protección y fomento de los derechos que emanan de ella; en fin, la defensa del régimen democrático contra las arremetidas dictatoriales y totalitarias, las cuales, invocando

²⁵ François Chevalier: *América Latina de la Independencia a Nuestros Días* (Barcelona, Ed. Labor, 1979) pp. 189 ss.; y Charles W. Anderson: *Politics and Economic Change in Latin America. The Governing of Restless Nations* (Cincinnati, Van Nostrand, 1967) pp. 87 ss.

cláusulas humanistas aseguradas en las Constituciones, se dedicaban a destruirlo desde adentro con partidos y movimientos violentistas²⁶.

En la reacción rectificadora que comentamos cabe ubicar a la jurisprudencia. Huyendo de la exégesis formalista y de la interpretación de la Constitución a partir del derecho civil y del derecho administrativo, los jueces comenzaron a exprimir al máximo la finalidad de los valores, principios y normas de las Constituciones y, por efecto de la irradiación de la supremacía constitucional, a hacer lo mismo con los códigos y las leyes. El objetivo fue cumplir el mandato humanista presente en las Cartas Fundamentales, sin quedarse en la democracia mínima, o con sentido débil, el cual la equipara únicamente a las reglas de procedimiento para adoptar decisiones políticas, cualesquiera que sea el sentido y alcance de ellas²⁷. Aquel cambio trascendental en la jurisprudencia fue respetado por todos los actores y fuerzas políticas. Las Constituciones adquirieron con ello mayor estabilidad. Lograron también un vigor que jamás habían tenido, la población comenzó a sentir las como propias y el Derecho terminó imponiéndose a la Política. Fue el tránsito desde el Estado de Derecho formal, anhelado por el positivismo desde Hobbes, al Estado de Derecho real, forjado mediante la interpretación creativa, decidida y visionaria de los jueces, asistidos por juristas²⁸.

América Latina emprendió la marcha hacia la restauración de la democracia en la década de 1980. La energía movilizadora de tal transición fue disímil, ya que en algunos países emanó de la derrota de los uniformados en el mar y en los campos de batalla, mientras que en otros afloró de la resistencia interna a los atropellos padecidos. Con tropiezos que, por desgracia, no impiden asegurar la imposibilidad de retrocesos, nuestra América se ha ido situando en la estela del proceso innovador descrito. Estamos lejos aún de acercarnos siquiera a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania²⁹, del italiano³⁰, del Consejo Constitucional de Francia³¹ y del Tribunal Constitucional de España, pero el movimiento ya se ha iniciado y cabe alentarlos para que no se detenga³². La crítica a este *neoconstitucionalismo* no falta, pero la reputamos débil, equivocada y carente de visión prospectiva³³.

En resumen, se han acercado la cultura jurídica anglosajona, especialmente en la vertiente norteamericana, de un lado, y la cultura jurídica europea continental e iberoamericana, de otro. Dicha aproximación ha sido el resultado de un proceso lento y

²⁶ Kart Loewenstein: Teoría de la Constitución (Barcelona, Ed. Ariel, 1970) pp. 206 ss.; y Karl Popper: I The Open Society and its Enemies (Princeton, Princeton University Press, 1970) pp. 60 ss.

²⁷ J. Roland Pennock: Democratic Political Theory (Princeton, Princeton University Press, 1979) pp. 363 ss.

²⁸ Mauro Cappelletti: Obras. La Justicia Constitucional. Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo (México DF, Ed. Porrúa, 2007) pp. 305 ss.

²⁹ Jürgen Schwabe (compilador): Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán (Mon-tevideo, Konrad Adenauer, Stiftung, 2005).

³⁰ Giuseppe de Vergottini: Diritto Costituzionale (Bologna, Cedam, 2010).

³¹ Bertrand Mathieu et al.: Les Grandes Délibérations du Conseil Constitutionnel (Paris, Dalloz, 2009).

³² Revisese, en general, nuestro libro Estado Social y Justicia Constitucional (Santiago, Tribunal Constitucional, 2010).

³³ Eduardo Aldunate Lizana: "Aproximación Conceptual y Crítica al Neoconstitucionalismo", XXX Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile N° 1 (2010) pp. 79 ss.

difícil, de maduración cívica de introspección de los horrores padecidos, de la firme determinación de precaver su recurrencia y de la conciencia, ampliamente compartida, de que los valores son ideales realizables y no quimeras ni fantasías. Ambas culturas van beneficiándose de ese flujo y reflujo, porque el pensamiento norteamericano se ha enriquecido en su capacidad de teorizar, sin perder el pragmatismo, e igualmente los europeos y, en principio, ahora también los latinoamericanos, puesto que todos han concluido que el derecho en general, y el derecho constitucional y administrativo en particular, se hallan al servicio de la persona³⁴ y solo después del Estado y de la sociedad civil. En otras palabras, tales organizaciones son instrumentos que el ser humano ha creado para cumplir, en libertad y sin diferencias arbitrarias, las finalidades trascendentales del humanismo.

7. Facetas del Derecho

Por siglos, el derecho fue concebido como un ordenamiento humano desprendido del orden natural insuflado por Dios a todo lo que existe o puede llegar a existir. Principalmente a raíz de la reforma protestante, en sí misma la consecuencia de grandes convulsiones que pueden retrotraerse al siglo XII DC, irrumpe el secularismo con el poder soberano que dicta el derecho positivo y lo impone coactivamente, si fuera necesario. Es la victoria del poder, en sus diversas manifestaciones, sobre la justicia en la convivencia civilizada. Ya en la segunda mitad del siglo XIX se hacían estudios destinados a examinar qué es el derecho, cuál es su estructura, qué factores determinan sus fuentes y eficacia empíricamente medida.

Llégase de tal modo a los últimos tiempos, en los que se coincide en que en términos contrapuestos según las diversas concepciones del derecho, nuestra ciencia y la técnica de su implementación práctica son complejas, porque abarcan distintos aspectos, elementos, facetas o modos de manifestarse el fenómeno jurídico. Esas facetas existieron siempre en la civilización occidental, pero se las divisa y estudia ahora con una claridad antes desconocida. Lamentablemente, tales elementos del derecho muchos no los entienden.

Cabe, desde luego, formular una puntualización con la cualidad de supuesto: no existe una teoría pura del derecho, ajena a la política, a la economía, la sociología y, sobre todo, a la filosofía y a la ética. Quienes, como Hans Kelsen y sus discípulos, creen en tal pureza del ordenamiento lo hacen porque se apoyan en cierta antropología, es decir, una imagen del ser humano, individualmente y asociado, singularizada por la hegemonía del Estado en cuanto fuente simultánea del poder y del derecho. Dura tarea han tenido esos autores para defender su tesis frente a las tragedias sufridas por

³⁴ En torno de esta premisa cardinal se advierten confluencias entre las dos grandes familias jurídicas, ambas resueltas a no facilitar la victoria, cruenta ciertamente, de las tendencias extremistas de uno u otro signo. Revítese en el tópico Alfonso Ruíz Miguel: *Una Filosofía del Derecho en Modelos Históricos* (Madrid, Ed. Trotta, 2009) pp. 169 ss.

los más diversos pueblos en todo el mundo. Sin tan espantoso sufrimiento no habría sido posible llegar a la conciencia masiva, especialmente en líderes democráticos, en el sentido de que la causa de los atropellos a la dignidad humana se halla, principalmente, en la política desviada de los rasgos esenciales que la tipifican como actividad noble y legítima, y del derecho instrumentalizado por tales patologías políticas.

El panorama hoy predominante en los países con regímenes democráticos efectivos permite sostener que en el derecho, tal vez denominable por su complejidad como *fenómeno jurídico*, hay cuatro dimensiones o facetas, integradas en relación de complementación. De cada una de ellas proporcionaremos una breve descripción, sin que ninguna pueda reputarse sostenible por sí misma, aislable de las otras.

El derecho es, por de pronto, una especie de *normativa* vinculada a la filosofía, junto a la cual nació y con la que sigue unido para explicar su fundamento y finalidades. En este ámbito resulta irreal y equivocado, con graves secuelas, divorciarlo de la ética.

Es en seguida, *historia* generada en Grecia, desplegada en Roma y modelada, en escuelas distintas, hasta hoy.

Constituye una *ciencia social específica* por sus ámbitos de estudio y objetivos, sus conceptos y definiciones, sus clasificaciones y tipologías propias, enunciadas en un lenguaje diferenciado o de segundo grado de alta precisión. Es la dogmática jurídica o ciencia del derecho positivo, ocupada de resolver problemas difíciles, v. gr., derivados de la derogación, en fin, de preceptos, la comparación de ellos y su modificada pureza del orden positivo los valores que impregnan a los preceptos dándoles finalidad o sentido.

Se torna así mucho más compleja la investigación, aplicación y reforma del derecho, evidencia de lo cual son numerosas sus disciplinas aparecidas en el siglo XX y que continúan surgiendo. En un esfuerzo sistematizador, se estructuran los planes de estudio en torno del derecho, privado, romano o actualizado con el derecho civil francés o italiano, y el derecho público, centrado en las elaboraciones francesas y alemana, principalmente.

Por último, resulta evidente el *aspecto sociológico*, puesto que no es difícil constatar la brecha que separa el texto positivo de la normativa vigente, por un lado, con su eficacia verdadera constatada o medida empíricamente en la realidad, de otro. Aquí surgen las fuentes materiales del ordenamiento.

8. Transformación del Estado

Definimos escuetamente el Estado como una institución política independiente y de base territorial soberana. Llamada también *sociedad política*, ha experimentado cambios importantes más que nada desde la crisis que se desató en Europa en 1989 y la globalización subsecuente. Esas transformaciones continúan y no es posible aún predecir, con algún grado de exactitud, hacia dónde se orienta aquella forma de organización

ciudadana. Ya es claro, sin embargo, que el Estado, tal como lo conocíamos, no podrá subsistir en su imagen de detentador de la soberanía, incontrolable desde fuera de sus fronteras territoriales por los principios de autodeterminación y no intervención de terceros. Ese enorme aparato de dominación, burocrático y no rara vez ineficiente, dispensador de bienestar sin educar en el mérito y en el sacrificio, regido por consignas ideológicas y favorecedor de los clientelismos, está llegando a su fin. Ese tipo de Estado está colapsado³⁵ y no es posible ni conveniente reanimarlo sin hondas modificaciones. La crisis que se comienza a experimentar hoy en Grecia, Irlanda, Italia, España y Portugal es un testimonio irrefutable de que el Estado Benefactor está cediendo su lugar, nacional e internacionalmente, a una especie de estructura política que tiene que ceñirse al derecho, pero que no se vislumbra con nitidez todavía.

Pero los cambios que se requieren hallan resistencia, la cual se vuelve precisamente mayor en quienes dicen estar comprometidos con ellos. No es paradójico, por ende, que los defensores del Estado y que crecieron a su alero ahora se manifiesten contrarios a transformarlo. La huella del estatismo tradicional es profunda y cuesta borrarla. En esto tienen responsabilidad varias generaciones socializadas en visiones estatistas.

El panorama no es, sin embargo, desolador, ni siquiera inquietante, porque se advierten progresos en la aproximación a posiciones políticas menos ideológicamente rígidas. De allí que hoy sea posible sostener que la política es más de consensos que de disensos, de entendimientos que de confrontaciones, de arquitectura más que agonal o combativa, de desenvolvimiento de acuerdo con el derecho que lucha por sobrepasarlo o eludirlo. Sin duda, siempre existiran el gobierno y la oposición, la obra realizada y la fiscalización con crítica. Pero eso y más son ingredientes esenciales de la libertad y del pluralismo en la democracia. En el fondo, es una manera renovada de entender qué es la política, cuáles son sus límites, incluidos los establecidos por el derecho, y cómo vivirla para que sea legítima y lleve al bien común.

En un mundo globalizado es obvio que no puede ser más estirado el concepto territorial del Estado, sentado en los Pactos de Westfalia (1648), asociado a la soberanía absoluta que nació de ellos a favor de esas nuevas comunidades territoriales autónomas³⁶. El impacto de la globalización, proceso aún no regulado por el derecho, es una de las razones en atención a las cuales se torna imposible anticipar todavía la trayectoria que seguirá esa forma política nacida en los tiempos modernos. Lo dicho no impide concluir que hoy, en Chile y en gran parte del mundo, es superior el nivel de legitimidad que tiene el Estado en parangón con el que tenía antes de 1989.

³⁵ René Lenoir y Jacques Lesourne: *Où va L'Etat ? La Souveraineté Economique et Politique en Question* (Paris, Editions Le Monde, 1992).

³⁶ Jürgen Habermas: *Más allá del Estado Nacional* (México DF, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2006) pp. 29 ss.; y Stephen D. Krasner: "Compromising Westfalia", en David Held y Anthony Mc Grez (editores): *The Global Transformations Reader. An Introduction to the Globalization Debate* (Cambridge UK, Polity Press, 2002) pp. 124 ss.

9. Constitucionalización del Derecho

Trátase de un proceso vivido en la cultura anglosajona desde hace siglos y presente, en la cultura europeo continental y latinoamericana, desde alrededor de sesenta años.

Examinando con rigor, tal proceso no debe sorprender a nadie en la doctrina ni en los órganos públicos, pues no pasa de ser la consecuencia, cierto que real o vivida en la práctica, del principio de supremacía del Código Político. Enseñado, memorizado y, tal vez, poco observado en los hechos, aquel principio lleva en sí cuanto se ha identificado como típico de la constitucionalización aludida. Lógicamente irrefutable resulta sostener que, admitida la supremacía, ninguna disciplina jurídica puede ser concebida, interpretada y aplicada en términos que dejen vacío, inútil o irreconocible cuanto fluye de los valores, principios y normas de la Constitución. Pensamos que lo ocurrido en nuestra cultura jurídica durante largísimo tiempo permite comprender la renuencia, de algunos autores y magistrados, a lo que involucra ese principio. La docencia e investigación en las facultades de derecho, la configuración de la malla curricular en ellas, en fin, la práctica profesional requerida para licenciarse son otras tantas pruebas de lo escrito.

10. Estado Social de Derecho

Algunos entienden este concepto como sinónimo de socialismo, más que nada en la versión suave o de socialdemocracia. Trátase, en esa perspectiva, de rebajar las exigencias típicas de los socialismos reales, cuyo prototipo es el marxismo en sus variadas especies, para conciliarlas mejor con los presupuestos ineludibles de la democracia constitucionalmente vivida. No es ese, empero, el concepto de Estado Social que propugnamos, aunque tampoco descalificamos, de ninguna manera, el progreso que la socialdemocracia encierra para la realización del concepto mencionado³⁷.

Pensamos que el Estado Social es el fundado en la sociedad sivil y en el Estado, protagonizado por ambos con base en el principio de solidaridad. Dicho principio ha de impeler a ambos, en especial a esa sociedad libre y en ejercicio de su autonomía. Con incentivos organizados en cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución y las leyes, la iniciativa solidaria del voluntariado, sobre todo de la juventud, y el mecenazgo o filantropía de individuos, empresas e instituciones, se moviliza la energía de grupos e individuos a la satisfacción de las necesidades urgentes de los sectores vulnerables de la comunidad política³⁸. La salud y salubridad públicas, la enseñanza en todos sus niveles, la seguridad humana en cooperación con las policías estatales, la reconstrucción y la construcción de viviendas, la readaptación de los condenados sean o no reclusos, el cuidado de la juventud, la promoción del trabajo y muchos otros rubros demuestran,

³⁷ Fernando Díez Moreno: *El Estado Social* (Madrid, Centro de Estudios Políticas y Constitucionales 2004).

³⁸ Ley de Asociaciones de 2011.

como ocurre en Alemania, Bélgica, Holanda y Estados Unidos, que la energía de la sociedad civil puede y debe ser canalizada a tareas de bien común. Seguramente, la gran tarea del Estado de Derecho es infundir realidad a las promesas incumplidas de las declaraciones de derechos articuladas en sus Constituciones. No nos cabe duda que, en definitiva, el esquema descrito es categóricamente concluyente en una democracia diaria y verdaderamente vida, es decir, sólida.

Actuando generosamente, doblegando el egoísmo gracias a la educación para la solidaridad impartida desde la familia y la juventud, el Estado Social contribuye a esa misión compartida³⁹, sin absorberla en una especie de monopolio. El antiguo lema según el cual el bien común lo hace el Estado o no se hace ya resulta una aseveración obsoleta y crecientemente rechazada.

Es más difícil, sin duda, forjar el Estado Social de derecho así concebido que el estado socialista, implantado desde arriba, prescindiendo de la sociedad civil y succionando al máximo los recursos humanos y económicos de esta. Pero la democracia participativa, responsable del progreso de la comunidad propia y la vigencia tangible del derecho son más intensas, diaria y crecientemente experimentadas en el tipo de estado social con que nos identificamos. Los derechos sociales o de la segunda generación no quedan allí en la condición de promesas incumplidas, por la sinergia de esfuerzos públicos y privados para concretarlos.

11. Poder y Derecho

Nos acercamos al término de esta ponencia, volviendo a la idea con que la comenzamos.

Recordemos nuestra premisa inicial: En la civilización occidental, la política y el derecho siempre han estado relacionados, pero esa vinculación ha sido de tensión y conflicto en largas épocas de la historia. Más aún, la mirada al mundo permite sostener que no hay país o región en que no haya sido así. La tesis contraria es válida, aunque nada más que tratándose de determinados períodos, en ciertas culturas y durante los últimos ciento cincuenta años, aproximadamente. La tarea, en consecuencia, es clara y difícil: lograr que el derecho rija en el ámbito político⁴⁰.

¿Por qué tales relaciones han sido de la índole mencionada?

Pensemos, reiterando lo dicho en la primera página de este capítulo, que la política se funda en las numerosas manifestaciones que reviste el poder, y mantenerlo, o conquistarlo si se trata de la oposición. El poder, sin embargo, fascina al ser humano y tiende a ser ejercido sin límites, abusiva o irracionalmente. Llega, como escribieron Montesquieu y Lord Acton, hasta donde encuentra contrapoderes que lo detienen y

³⁹ Antonio M. Baggio (compilador): *El Principio Olvidado: La Fraternidad* (Buenos Aires, Ed. Ciudad Nueva, 2006).

⁴⁰ Mauricio Fioravanti: *Constitución. De la Antigüedad a Nuestros Días* (Madrid, Ed. Trotta, 2001) pp. 142 ss.

reencauzan. Ese es el rol insustituible del derecho y, dentro de este, del control, y la imposición de las responsabilidades, especialmente ejercidas desde el exterior del detentador del poder, o sea, con carácter heterónomo. Son los frenos y contrapesos que infunden realidad a la separación de funciones, cada cual a cargo de órganos distintos, pero jamás como meta en sí o para designios formales, porque ya en su origen esa tesis estuvo vinculada a proteger la libertad humana y hoy es más nítido todavía que no existe otra forma de legitimarla.

En la formación de hábitos y virtudes cívicas desde la niñez vivida en la familia, pasando a la enseñanza formal en todos sus niveles y cultivándolos en la política como actividad, encontramos la clave para comprender que el poder o dominación tiene que ser limitado, regulado y conducido dentro de los cauces jurídicos y morales que lo tornan legítimo. Es sensible que tan elemental supuesto no sea unánimemente compartido y que, además, la formación cívica sea defectuosa o no exista en las instancias formales en donde es menester que sea enseñada.

La pregunta que formulamos acerca de la tensión entre ambos conceptos merece ahora la respuesta en la perspectiva del derecho. Efectivamente, el ordenamiento jurídico ha sido muchas veces, y en tiempos extensos, atropellado por el poder a raíz de imponer a este un sistema de límites, consistente en obligaciones y prohibiciones fiscalizables por la ciudadanía y por los órganos del Estado democrático. Tratándose de la autoridad, es su competencia; en el caso de los gobernados, es el ejercicio legítimo o sin abuso de sus derechos y de la libertad. Por uno y otro camino, lo concreto es que ambos pueden actuar solo dentro y mediante el derecho para que sea posible afirmar que convivimos en una sociedad civilizada, en la cual imperan la seguridad jurídica y el Estado de derecho.

No es difícil colegir de lo escrito que ese sistema de límites que impone el derecho pugna, no siempre pero sí a menudo, con la tendencia a ejercer el poder sin restricciones, muchísimas veces movido por pasiones y ambiciones. Donde sucede así se comienza con el abuso de los resquicios para evadir los límites y se pasa, de no hallar frenos reales, a la trasgresión abierta, sinónimo de crisis que lleva a dictaduras, tiranías y otras especies de interrupción de la continuidad democrática.

El poder es inseparable de la política, pero se torna indispensable controlarlo y hacer responsables a quienes lo ejercen abusivamente. Este es el rol del derecho, para cuyo cumplimiento los jueces y fiscales tienen a sus órdenes a la fuerza⁴¹. Si se desobedeciesen las órdenes impartidas por los magistrados, entonces se estaría en presencia de lo que hemos denunciado, o sea, la subordinación del derecho al poder, situación gravísima que equivale a una de las patologías más serias que puede ocurrir en el régimen político, queremos decir, la instauración del gobierno *de facto* o dictadura. Esta se halla ineludiblemente vinculada a la violación de la dignidad de la persona y a los derechos esenciales del ser humano. La caída en ese precipicio es dolorosa; salir de él y levantarse de nuevo resulta muy difícil. Pero la libertad humana, en búsqueda de recuperar la

⁴¹ Véase la Constitución de 1980 y sus reformas, artículos 76 inciso 3º y 83 inciso 3º.

dignidad perdida, puede eso y mucho más. La historia así lo demuestra. En síntesis, solo el derecho justo legitima el ejercicio de la dominación humana, de lo cual se colige que sin tal premisa tampoco es concebible un gobierno legítimo.

Epílogo

El futuro, hasta donde podemos anticiparlo, probablemente llevará al constitucionalismo mundial, regulando la globalización según los valores, principios y normas del gobierno limitado para que así sirva a la dignidad humana y los derechos esenciales que emanan de ella⁴². No callamos, sin embargo, que la desconstitucionalización del derecho y de la política son riesgos que amenazan a regímenes con instituciones frágiles, liderazgos mediocres o consensos equívocos⁴³.

En el horizonte divisamos también la inserción creciente del derecho internacional público y del derecho internacional humanitario, vías a través de las cuales los países, impulsados y dirigidos por la ONU y la OEA, llevan a cabo procesos de reconstrucción material, de educación democrática, de instauración de instituciones políticas y socio-económicas, de pacificación y de impartición de justicia internacional⁴⁴.

Por último, la agenda temática del derecho y la política tendrá que ocuparse de reconducir la gama de tópicos reunidos en la denominación de *políticamente correctos*. Entre ellos se hallan la pretensión de manifestarse, sin restricciones normativas y ejerciendo el *estatus* de reconocimiento jurídico, que demandan el feminismo y las consignas de género, la autonomía constitucional de las etnias, y el pluralismo sin los límites que lo legitiman. A esa visión *políticamente correcta* es ya apremiante encuadrarla en las exigencias de la ética, las necesidades del bien común y el respeto de los atributos esenciales del ser humano, precavido individualismos extremos, atentados contra la dignidad humana y la desprotección de la seguridad jurídica⁴⁵. El relativismo ya imperante cataloga los fenómenos aludidos.

En palabras finales, la defensa del derecho ante la política impone reconocer que el poder puede doblar a aquel no solo si las masas se convulsionan, desbordándose en conductas indomables para el ordenamiento jurídico, sino que también cuando el individualismo radical, en nombre de la autonomía moral de cada sujeto, exige acatamiento por todos, incluida la autoridad, de sus pretensiones, por excesivas que puedan ser. En tal situación ¿sobre qué bases, objetivas y reconocidas como tales, puede sostenerse

⁴² Rodrigo Brito Melgarejo: *Constitucionalismo Global* (México DF, Ed. Porrúa, 2005); Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez (compiladores): *Estado Constitucional y Globalización* (México DF, Ed. Porrúa, 2003); y Anne Peters et al. (editores): *La constitucionalización de la Comunidad Internacional* (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010).

⁴³ Consúltense Manuel Atienza : « Constitucionalismo, Globalización y Derecho », en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores): *El Canon Neoconstitucional* (Madrid, Ed. Trotta, 2010) pp. 264 ss.

⁴⁴ Anne Peters et al. cit., pp. 127 ss.

⁴⁵ Miguel Carbonell et al. (compiladores) : *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías* (México DF, Ed. Porrúa, 2004) pp. 221 ss.

la heteronomía que justifica la vigencia de un sistema jurídico?, ¿cuáles son, en dicha hipótesis, los sustentos para legitimar a ese sistema, incluyendo las prohibiciones que contempla y el ejercicio, excepcional pero legítimo, de la coacción a la que conmina la defensa del bien común? En fin ¿es atendible que el individualismo y la condición de minorías puedan erigirse en soberanos?⁴⁶

Repetimos un postulado que reputamos capital: Las instituciones, de cualquier índole que sean, funcionan adecuadamente cuando gozan, como mínimo, de un consenso mayoritario y sólido en el servicio de sus roles. Si el umbral de ese consenso crucial se reduce o cae agudamente, entonces se estará frente a la insurrección, a la rebelión o a la revolución, desencadenada por movimientos rebeldes o por amotinamientos militares. Pero aquel umbral baja del índice crucial ya aludido a raíz de otro fenómeno, también repetido en la historia: El individualismo absoluto o el protagonismo desbordado de ciertas minorías que desemboca en anarquía⁴⁷. Es uno de los dilemas del postmodernismo o postmodernidad, todavía no rigurosamente estudiados, menos resueltos⁴⁸.

Bibliografía

- BERMAN, Harold J. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge Harvard University Press, 1983).
- CAPPELLETTI, Mauro. *Obras. La Justicia Constitucional. Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo* (México DF., Ed. Porrúa, 2007).
- CHEVALIER, François. *América Latina de la Independencia a Nuestros Días* (Barcelona, Ed. Labor, 1979).
- DÍEZ MORENO, Fernando. *El Estado Social* (Madrid, Centro de Estudios Políticas y Constitucionales 2004).
- FIORAVANTI, Mauricio. *Constitución. De la Antigüedad a Nuestros Días* (Madrid, Ed. Trotta, 2001).
- GROSSI, Paolo. *El Orden Jurídico Medieval* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 1986)
- HABERMAS, Jürgen. *Más allá del Estado Nacional* (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 2006).

⁴⁶ Consúltense Michael Sandel: *El Liberalismo y los Límites de la Justicia* (Barcelona, Ed. Gediva, 2000); y Michael Walter: *Las Esferas de la Justicia. Una Defensa del Pluralismo y la Igualdad* (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1993).

⁴⁷ Joseph Raz: *La Ética en el Ambito Público* (Barcelona, Ed. Gedisa, 2001) pp. 73 ss.

⁴⁸ Helmut Schwarz: *La Violencia Política. Investigación Criminológica* (Barcelona, Ed. Anagrama, 2011) pp. 232 ss.

- HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John. (1787-1788) *El Federalista* (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1974).
- LOUGHLIN, Martin. *Foundations of Public Law* (Oxford, Oxford University Press, 2010).
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución* (Barcelona, Ed. Ariel, 1970).
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno* (Madrid, Ed. Trotta, 1998)
- MONTESQUIEU. (1748) *El Espíritu de las Leyes* (México DF., Ed. Porrúa, 1980)
- SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la Democracia?* (Madrid, Ed. Taurus, 2007).
- SCHWABE, Jürgen (compilador). *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán* (Montevideo, Konrad Adenauer, Stiftung, 2005).