

Consideraciones acerca del estado de Derecho

*Martín Hugo Esparza Valdivia**

En el presente artículo se presenta un panorama del concepto y las principales características del estado de Derecho. En él se incluyen algunos ejemplos históricos de sus características principales, su relación fundamental con el derecho penal y los problemas de su aplicación en una sociedad moderna donde los cambios sociales y tecnológicos en ocasiones nulifican su verdadero sentido.

This article presents a viewing of the concept and principal characteristics of the Legal State. In it are included some historical examples, their fundamental relation ship with the penal law and problems for their application in a modern society, where social and technological changes sometimes make useless their truthful sense.

Introducción

Más allá de que la democracia sea un gobierno del pueblo o emanado de él, la democracia es una comunidad en la que el ejercicio del poder deriva del consentimiento de aquellos a quienes va dirigido por su posibilidad de participación en iguales condiciones en la formación de la voluntad colectiva.

El ejercicio de la autoridad pública se basa exclusivamente en el mandato directo o indirecto del pueblo y sólo con la clara apreciación que dicho mandato es limitado tanto en su contenido como en su duración.

Admitiendo la idea de la identificación de gobernantes y gobernados donde se da la utopía incluso de una desaparición del poder por la responsabilidad colectiva de los integrantes de la sociedad.

En un Estado moderno no es posible mantener un estado de Derecho sino mediante leyes e instituciones. Un gobierno emanado y controlado directamente por el pueblo es difícil de realizar sin instituciones y prácticas constitucionales. Sólo con la idea de la representación política en un Estado, es posible el ejercicio del poder en forma limitada.

La idea del estado de Derecho se origina en la teoría constitucional, tomando como punto de partida los

errores y excesos inherentes al ejercicio del poder público. Desde la época medieval en las ciudades italianas existía la obligación de responder los funcionarios públicos a las quejas que surgiesen en el periodo inmediato al que transcurría al dejar algún cargo.

El concepto de alta traición se desarrolló también con la noción de evitar la impunidad de los gobernantes. Existe en principio en cada ser humano una idea de autolimitación que conlleva al establecimiento de un deber ser, que en caso de ser violado tiene consecuencias personales o civiles. De aquí surgen las primeras formas de cargos y castigos.

En el siglo **XVIII** surgen en el derecho público una serie de limitaciones, sobre todo a partir del Despotismo ilustrado y la Revolución Francesa. Carlos 1 de Inglaterra el 21 de enero de 1649 expresó ante sus jueces "Ningún poder terrenal puede llamarme porque soy el rey- delincuente".¹ Así, todo poder se funda en la idea de confianza y en las reglas establecidas por los soberanos.

Las nociones de Locke sobre que todo sea fiscalizado por algún poder del reino tuvo su primer caso con la caída de Lord North en 1782, quien abdicó después de una moción aceptada por la Cámara de los Comunes. Alexan-

* Profesor Investigador del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana.

1. George Macaulay *Historia Política de Inglaterra* 3a edición. FCE México, 1979 p. 385.

der Hamilton en *El Federalista* estableció la distinción entre la responsabilidad constitucional y penal, él deriva la responsabilidad del Ejecutivo. Pero a diferencia de la noción tradicional de castigo él argumenta a favor de la remoción del cargo como una sanción más efectiva. "La responsabilidad es de dos clases: para censurar y para castigar. La primera es la más importante de las dos, especialmente en un cargo de elección. El funcionario, sujeto a la confianza pública, se preocupa más por mantenerla que por la sanción legal".²

Aquí se halla una clara distinción entre la sanción legal y la más reciente en la confianza que puede llevar a la pérdida del cargo. Esta idea se afianzó a lo largo del siglo xix.

La idea de que los reyes no estaban sujetos a las mismas responsabilidades que los funcionarios públicos permaneció en las Constituciones. El poder y ser sujeto de responsabilidad por su ejercicio se transformaron en un sinónimo. La soberanía popular no es sujeta de limitaciones porque como señalaba Marsilio de Padua "el todo es más que sus partes".³ La idea de la supremacía de la Voluntad General desarrollada por Rousseau, con su concepto de la naturaleza benigna del hombre se convirtió en un principio fundamental. A pesar de que reconoce que en ocasiones el pueblo puede equivocarse, ellos pueden ser engañados o corrompidos. De aquí deriva el aceptado principio de que las decisiones del pueblo son incuestionables y no implican responsabilidad. Las únicas limitaciones que pueden tener las iniciativas legislativas deben establecerse en las constituciones.

Desde la reforma de 1832 en Inglaterra se estableció que los ministros no responden ante el rey, sino ante el parlamento. Así se origina en el sistema parlamentario la necesidad de que la supervivencia de un gobierno depende de una mayoría en la Cámara de los Comunes, Este régimen fue llamado "gobierno responsable". Otros autores como Mohl, se adhieren a que la Constitución sólo puede ser protegida con el establecimiento de la responsabilidad penal o financiera.⁴

Las constituciones francesas de 1875, 1946 y 1958 disponen que el presidente de la República podrá ser acusado de alta traición. En 1862 en Estados Unidos el presidente Andrew Johnson estuvo cerca de ser cesado después de haber sido acusado. En 1974 el presidente Nixon renunció a su cargo de presidente de Estados Unidos ante el inminente juicio político en su contra.

La supervisión ejercida por el mandante mediante algún órgano constitucional que pueda hacer uso de distin

tos medios apropiados a ese cometido, constituye un control sobre los actos de los gobernantes.

El estado de Derecho para lograr las limitaciones debidas requiere que la estructura constitucional tenga un contrapeso, por ejemplo, división de poderes. No existen limitaciones en gobiernos autoritarios o totalitarios, es por ello que para modificar el estado de cosas sólo sea posible con una revolución o un golpe de Estado.

Para que exista responsabilidad debe existir un poder de decisión independiente. Donde hay subordinación y obediencia no se puede sancionar a quienes ejecutan órdenes. Una acción sólo podrá ser revisada con relación a quién la ordena. Por ello, autores como Bagehot⁵ llaman al Gabinete un simple comité parlamentario.

El mejor control es aquél que se da mediante la cooperación, mediante una acción conjunta. Las Cortes Constitucionales que están limitadas a la esfera puramente legal, no pueden realizar el control político salvo cuando las violaciones legales y las faltas políticas coincidan.

Es posible que las faltas a la ley también sean errores políticos graves. La aplicación de sanciones por responsabilidad política difieren también de las estrictamente legales. No requieren consistir siempre en consecuencias previstas, como el cese, que es la sanción más fuerte, sino que pueden derivar en penales y civiles. Existen asimismo las mociones en el Parlamento, señalar públicamente las fallas cometidas en el ejercicio del cargo representa una sanción considerable, ya que puede constituir el fin de la carrera política de un individuo.

Depende de cada Constitución señalar si las sanciones que se finquen serán por responsabilidad individual o colectiva. El derecho común inglés tiene unas reglas muy estrictas sobre la responsabilidad colectiva del Gabinete. Sólo ha habido casos excepcionales como en 1935 cuando el ministro sir Samuel Hoare la asumió, sobre sí mismo, en el caso de la mediación entre Italia y Etiopía, que fue aprobada por el Gabinete.⁶

La responsabilidad política es más conspicua donde, como en el sistema parlamentario, es posible para el parlamento quitar al gobierno mediante un voto de no confianza. Donde dicha posibilidad no existe, como en los regímenes presidenciales, otros mecanismos de sanción pueden ser utilizados, como la obstrucción de iniciativas de leyes, recortes al presupuesto, debates políticos, etc. En regímenes donde existe la división rígida de poderes como el sistema presidencial o atenuada como el parlamentario, cada Constitución escrita o no, tendrá que hallar solución a este problema.

Existen muchas dudas acerca de cuáles son los requisitos que debe reunir un estado de Derecho. No hay duda de que en el significado de estado de Derecho (un gobier-

2. HAMILTON, Madisony Jay, *El Federalista*, 2a edición, México, FCE, 1974, p. 484.

3. MARSILIO DE PADUA, *El defensor de la paz*, Madrid, Tecnos, 1993 P- "24.

4. MOHL, Gneis, *el ai, El Estado de Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 57.

5. Walter BAGEHOT, *The British Constitution*, Iliaca, Cometí University Press, 1996, p. 82.

6. *Op Cit*.

no de leyes, no de hombres) la conducta de cada individuo en sus relaciones con otros es regulada por el derecho y no dejada al capricho personal. Una sociedad donde las relaciones personales dependen de la fuerza o la astucia de unos individuos sobre otros no puede ser llamado estado de Derecho. Derecho y Estado dependen mutuamente y uno presupone al otro. La creación y preservación del orden en una sociedad es el principio esencial del Estado. Como lo señaló Weber: "la esencia del Estado consiste en el mantenimiento efectivo del monopolio de la violencia legítima sobre un territorio determinado".⁷

Las relaciones entre los individuos y el Estado, entre gobernantes y gobernados deben tener unas reglas jurídicas. No es posible concebir un Estado donde la autoridad del gobernante sobre los gobernados no esté definida por el derecho. Ello es válido, incluso en regímenes absolutistas, autoritarios o estados policiacos.

El poder de un gobernante absoluto sobre el pueblo jamás es completamente ilimitado, ni en la teoría ni en la práctica, nunca podrá actuar en forma arbitraria. A pesar de la expresión latina **legibus solutus** (que el soberano no está sujeto a las leyes), ningún gobernante tiene el poder, como facultad jurídica, de matar o maltratar a sus súbditos a placer, o de despojarlos de su libertad o propiedades, aun cuando algunos la hagan, es imposible hacerlo de forma generalizada. Todo gobierno proclama el principio de regirse por las leyes como un medio de legitimación. Por ello no basta con proclamar que existen un conjunto de leyes para estar dentro del estado de Derecho.

Un Estado es de Derecho, cuando otorga una cierta área de libertad a sus ciudadanos y no la quebranta salvo en situaciones claramente previstas en las leyes. Esta libertad no debe ser entendida únicamente en términos físicos sino políticos, económicos y sociales, tales como libertad de opinión, asociación, etcétera.

Lo anterior está sustentado en bases ideológicas del liberalismo pero también de nuevas posiciones como la socialdemocracia. Estas corrientes han trasladado a las constituciones una serie de postulados que tienen como contenido libertades individuales y sociales, públicas y privadas. La inviolabilidad de la persona, las limitaciones para ser arrestado o detenido, la libertad de opinión, asociación, de movimiento y de escoger una profesión, la inviolabilidad del domicilio, la garantía de los derechos de propiedad y herencia y protección contra la extradición y expatriación.

No es sin embargo, suficiente que la Constitución proclame estos derechos. Las Constituciones de los Estados dictatoriales frecuentemente los incluyen. Las garantías contra violaciones por autoridades son más importantes,

y la fuerza y eficacia de estas garantías determina si una sociedad vive en un estado de Derecho.

Generalmente existe un acuerdo basado en los ejemplos históricos y en la práctica de la clase de garantías que deben existir. Los principios esenciales de un Estado de Derecho están relativamente admitidos. El más importante se expresa en la máxima "**nullapoenasine lege**" (no hay pena sin ley).⁸ Esto es, que para que exista un castigo aplicado por el Estado se requiere de la existencia previa de una ley, con objeto de que se pueda evitar una conducta que sea sujeta de la aplicación de penas. Las sanciones penales son los más terribles medios de que dispone el Estado contra los individuos; con ellos el Estado afecta el honor individual, la libertad, la propiedad, la salud y en casos extremos la vida. Las penas sólo podrán ser impuestas cuando se ha cometido un acto por el que está previsto un castigo en una ley.

Es importante señalar que la retroactividad de las leyes en materia penal debe ser claramente prohibida, en virtud de que éstas pueden ser aplicadas con un alto propósito político. En materia penal las prohibiciones y las penas no deben servir únicamente para aplicarse mecánicamente, sino con un objetivo más importante que consiste en servir como advertencia a los individuos del riesgo de ir demasiado lejos en ciertas conductas. Franz Von List, expresó esto cuando lo llamó el **bu/wark** del ciudadano contra **the almighty state...contra el leviatán**.

Las penas no pueden aplicarse por analogía, a conductas, por más repugnantes que sean, que no estén previstas como delitos, en las leyes. Por ello se prohíbe extender las disposiciones penales a las costumbres, que no pueden ser fuente del derecho penal.

Las penas no son el único riesgo para la libertad individual. También lo son el ser sujeto de arresto provisional, de investigaciones policiacas, el internamiento en instituciones de salud mental por disentir de la autoridad, confiscaciones, expropiación de la propiedad, la prohibición de tener trato con una o varias personas.

De nada sirve establecer expresamente en la ley las garantías de libertad, si en otras disposiciones no se señala con claridad sino discrecionalmente, en qué casos pueden ser vulneradas. Se debe enfatizar el principio de que las penas deben basarse en disposiciones previas que obligue no sólo a los tribunales sino a las legislaturas, ya que en general tienen demasiada libertad al legislar.

Algunas limitaciones a los derechos fundamentales están permitidas pero la ley debe disponer que ellas son de vigencia general, y no aplicables a casos particulares. La Constitución debe limitar al legislador, sobre todo cuando no hay garantías de que el Ejecutivo respetará las leyes. La educación, los hábitos y conductas en el ejecutivo, generalmente aseguran que lleve a cabo sus funcio-

7. Max WEHER, *Economía y Sociedad*, México, FCE, 1998.

8. Luis JIMÉNEZ DE ASUA, *La Ley y el Delito*, 6a edición, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1973, pp. 96-99.

nes con apego al estado de Derecho, pero ello no asegura que no se cometan excesos o errores en casos individuales o que el ejecutivo actúe en forma subrepticia. Para ello se hace necesario corregir los actos del Ejecutivo que puede realizarse mediante el control judicial de la administración.

Por lo anteriormente señalado se establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.⁹ Es fundamental que la Constitución disponga el derecho del ciudadano ante un tribunal en caso de que sus derechos hayan sido violados o él suponga que así ha sucedido.

Para que sea efectivo un control judicial sobre la administración, es indispensable que los jueces sean independientes y por ello es un requisito establecer la inamovilidad de los mismos.

La separación de poderes, del Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en un sistema de frenos y contrapesos, es una de las más importantes características del estado de Derecho. No deberán por ello reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación.

En un sistema parlamentario en que la división es atenuada, esto no es tan claro. El Legislativo y el gobierno no se encuentran plenamente diferenciados. El Judicial siempre debe tener independencia y por ello el teórico más importante de la división de poderes, Montesquieu, señalaba que la clave consistía en la plena independencia del Poder Judicial.¹⁰

Aun cuando el Judicial sea independiente del Ejecutivo siempre está bajo la tutela del Legislativo ya que es quien autoriza el nombramiento de los jueces. El Legislativo está controlado por el Judicial porque revisa que las limitaciones al ejercicio del poder estatal sean observadas en las leyes creadas por la legislatura.

Otra limitación es el proceso penal que debe seguirse en etapas que deben ser observadas rigurosamente. Entre otras el derecho de ser oído y vencido en juicio. La aplicación de estas reglas otorga el mejor medio de protección legal para el individuo. Su observancia garantiza que los tribunales permitan defensas o apelaciones en distintas formas. Los procesos legales conducidos en forma debida son la cúspide del estado de Derecho.

No obstante lo anterior, pueden darse desviaciones. En un Estado sobrepoblado, tecnocrático y burocrático como el que existe en las sociedades modernas, la acti

vidad de la administración tiende continuamente a incrementarse. El control de los actos administrativos por las leyes tiende a disminuir su eficacia y queda rezagado frente al empuje tecnológico. Es imposible para los tribunales y legislaturas porque su número y capacidad son limitados crecer al ritmo de la Administración Pública.

El carácter de los procesos legales impide la solución rápida de conflictos y crea un continuo rezago en su capacidad de ser garante del estado de Derecho.

Las consecuencias son que el Ejecutivo deja de tomarse en serio la supervisión de sus actos por los tribunales. El público pierde la confianza en el sistema de administración de justicia. Quien tenga alguna queja contra el gobierno probablemente prefiera evitar iniciar un proceso que sea de larga duración. Una sentencia favorable pierde sentido si para lograrlo tienen que pasar varios años. Cuando esto sucede el estado de Derecho prácticamente se ha perdido.

La eficacia de los tribunales puede detener las acciones abusivas de la administración y sentar un precedente a ser tomado en cuenta en el proceso de toma de decisiones de la administración, que evite actos que vulneren o restrinjan los derechos individuales o sociales. El riesgo consiste en que el estado de Derecho sea suplantado por el estado de los jueces. Que la Constitución sea "lo que los jueces dicen que es".

Por último puede darse el caso de que los individuos no entiendan el significado del estado de Derecho y esperen más de lo que la protección legal les concede y soliciten a los tribunales que resuelvan todos los problemas sociales: que acaben con la delincuencia, la pobreza, el desempleo, etcétera.

Existen estados cuya capacidad es muy grande, sin embargo ninguno puede hacer que desaparezca un principio básico de la vida social que consiste en que cada persona sea responsable de sus propios actos y cuide de sí misma. Cuando esto se lleva a sus últimas consecuencias y las relaciones sociales se basan en la fuerza del poder o la riqueza está en riesgo el estado de Derecho.

El estado de Derecho por sí mismo no puede resolver todos los problemas, cuidar los derechos de todos. Es necesario que continuamente los ciudadanos se defiendan y luchen contra el cambiante rostro del hobbessiano Leviatán.

9. Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

10. MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, Madrid, Tecnos, 1985.