

ESTADO DE
DERECHO Y
DEMOCRACIA

Compilado por Josef Thesing

CIEDLA

Centro Interdisciplinario de Estudios
sobre el Desarrollo Latinoamericano

Waldemar Besson* y Gotthard Jasper**

Elementos del Estado de derecho: el principio de legalidad en toda actuación del poder público***

‡ Una democracia libre, que involucre la participación de los miembros de la sociedad en el proceso político democrático, requiere de una adecuada organización jurídico-estatal. Democracia y Estado de derecho constituyen una unidad indivisible, entendiéndose por Estado de derecho a todos aquellos principios y procedimientos que garantizan la libertad individual y la participación en la vida política. El Estado de derecho es esencialmente opuesto al Estado policíaco y autoritario en el que el individuo vive bajo la sospecha permanente de estar vigilado y enfrentado a la constante amenaza de quedar atrapado por las redes del sistema de seguridad del Estado. Se considera controlado y observado con desconfianza, tergiversándose toda relación social y humana. Pese a todos los recaudos y a todas las precauciones que puedan adoptar procurando ocultar sus actos, los ciudadanos no pueden nunca sustraerse por completo al brazo del Estado. Despertar la irritación del poder implica correr el peligro de ser procesado o quedar expuesto a toda suerte de arbitrios y “chicanas”: como perder el puesto de trabajo o ser recluido, sin tener derecho a un proceso ordinario ante jueces designados según los mecanismos establecidos por ley. Y aún en el caso de que ser puesto a disposición de un juez, éste casi siempre actuará en calidad de funcionario de la conducción política, ya que no existe una justicia básicamente

* † ** Rector de la Universidad Friedrich-Alexander Erlangen-Nürnberg.

*** Extraído de: Das Leitbild der modernen Demokratie, edit.: Ladeszentrale für politische Bildung, Nordrhein-Westfalen, año 1991.

independiente. En estos sistemas, la jurisprudencia es considerada como un elemento más de la organización, cuya finalidad es que los ciudadanos, configurados como “material humano”, queden a disponibilidad del partido. De este modo, el ciudadano medio nunca sabe si es observado por las policías políticas, y esta incertidumbre por sí sola basta para crear un clima de dependencia y represión. Ello no significa que el derecho privado no siga funcionando normalmente. Aun en las dictaduras se penaliza a quienes transgreden las normas de tránsito y a los ladrones. No obstante, esto tampoco es totalmente confiable. En efecto, todas las normas jurídicas son válidas hasta tanto no sean revocadas. En definitiva es el dictador o el partido de Estado, el único que define lo que es legal.

En el Estado de derecho democrático, en cambio, los funcionarios públicos quedan sujetos a la ley y al derecho. Todos los ciudadanos son iguales ante la ley. Todos pueden hacer valer sus derechos, incluso ante el poder político y aun si otras instancias políticas se lo pretendieran negar. En particular les asiste el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Velar por la preservación y la garantía de este derecho es el fin primordial del Estado de derecho. Por tal razón limita toda actividad pública en beneficio de la libertad de sus ciudadanos. Las autoridades sólo pueden actuar cuando a tal efecto les ha sido conferida la competencia necesaria, que por otra parte no pueden arrogarse por iniciativa propia. Son la constitución y la ley las instituciones encargadas de transferírsela. En tal sentido, el Estado de derecho es siempre un Estado legal y constitucional. El sometimiento de la autoridad pública al derecho, garantiza la libertad del ciudadano que sólo podrá verse afectada mediante expresa autorización emanada de una ley. La única institución facultada para otorgar tal habilitación es la representación del pueblo a través de un procedimiento formal, establecido en la constitución. Una justicia independiente es la encargada de velar por la observancia de estas normas. La división de poderes y el Estado de derecho son, pues, indisolubles.

Los conceptos vertidos con respecto a la división de poderes, no son menos válidos en relación al Estado de derecho. No es una simple institución dedicada a limitar y controlar al Estado. Así como la división de poderes contribuye a que el Estado sea más accesible y transparente

para el ciudadano políticamente activo, el Estado de derecho le confiere al Estado la medida y la forma a través de la cual el ciudadano puede anticipar la actitud que adoptará el Estado y prepararse adecuadamente para la misma. Sólo en un orden político basado en la constitución y el derecho, el individuo puede participar en función de su libre decisión en la organización de la vida política.

Ambos objetivos, —posibilitar la actividad democrática y asegurar los derechos fundamentales—, se ubican en un mismo nivel de intencionalidad del Estado de derecho. Siempre es necesario tener presente ambos aspectos, si es que se quiere comprender adecuadamente qué sentido tienen los diferentes procedimientos del Estado de derecho, que pueden resumirse en cuatro principios fundamentales que se esbozarán seguidamente.

Toda constitución política basada en un Estado de derecho debe respetar la independencia institucional de la justicia. En su relación con los demás, debe prevalecer la más estricta división de poderes. Ni el poder ejecutivo, ni el legislativo deben interferir con la actividad de los jueces ni ejercer presión sobre los mismos. La independencia personal significa para el juez, que no puede ser removido de su cargo ni trasladado contra su voluntad. Sólo en caso de manifiesta violación del derecho o corrupción personal, podrá ser relevado de su cargo mediante un juicio político. La independencia en sus funciones permite garantizar al juez que en su actuación no estará sujeto a ningún tipo de instrucciones. Sólo debe servir a la ley y al derecho, que debe interpretar sin que el fiscal o el gobierno o un tribunal superior le sugieran el contenido de sus sentencias.

Sin embargo, la independencia de los jueces sólo podrá determinar la independencia general de la justicia, si existe la plena garantía de que los jueces poseen el monopolio de la jurisprudencia. En efecto, de poco puede servir un fallo que absuelva a un acusado cuando la persona absuelta es igualmente detenida, puesta en prisión por la policía, como ocurriera durante la dictadura de Hitler o como ocurre aún hoy en varias regiones del planeta. En estos sistemas, el gobierno constituye un poder penal propio, paralelo a la justicia. En el Estado de derecho, en cambio,

cualquier privación de la libertad y cualquier invasión de la esfera privada por parte de las fuerzas policiales exige una orden previa del juez. Por tal razón en un Estado de derecho de adecuado funcionamiento las detenciones y allanamientos sólo pueden llevarse a cabo si existe una orden del juez y por eso también concede a todo acusado el derecho, claramente estipulado, de ser interrogado por el juez competente y de ser oído legalmente.

El Estado de derecho moderno se sustenta en la experiencia general basada en el sentido de que nadie debe laudarse en su propio asunto. Desde siempre, las partes litigantes trataron de dirimir sus pleitos ante jueces neutrales, un principio que se aplicó sobre todo a los conflictos planteados entre el gobierno y los súbditos. Por eso históricamente, la independencia de los jueces y el monopolio de la jurisprudencia, fueron los primeros y más urgentes reclamos con los que los súbditos en sus aspiraciones para lograr mayores libertades personales, se alzaron contra los intentos del soberano de crear una justicia dependiente del poder. En estas disputas se asentaron los fundamentos del actual Estado de derecho. Por eso tampoco es casual que los documentos más antiguos de la historia constitucional inglesa versen sobre la permanente reafirmación de los derechos y las libertades de los diferentes estamentos y su garantía a través del "rule of law". El imperio del derecho ejercido a través de jueces independientes, debía ser garantizado frente a los apetitos del poder absolutista del rey. A este objetivo, sirvió la Magna Charta Libertatum de 1215 y más tarde la Ley de Habeas Corpus de 1679, estableciendo que el detenido debía ser llevado obligatoriamente ante un juez dentro de un plazo perentorio.

No obstante, con la independencia de los jueces sólo se describe una de las condiciones que hacen al Estado de derecho. Otra condición igualmente importante es el principio general de que toda actuación del Estado debe ser calculable y previsible. Sólo puede existir seguridad jurídica allí donde los ciudadanos saben con exactitud, qué es lo que el Estado puede hacer y qué es lo que ellos mismos deben hacer o dejar de hacer. Forma parte de ello el principio fundamental de que un acto sólo es penalizable si estaba tipificado como punible —nulla poena sine lege—

y la prohibición no menos fundamental del efecto retroactivo de la ley. A la prohibición de la vigencia retroactiva de la ley se agrega por igual motivo, el precepto de la claridad de las leyes. En el Estado de derecho no son lícitas las "normas de interpretación difusa", porque alteran la seguridad jurídica.

Las necesidades del Estado de derecho exigen cierta cautela respecto de todos los conceptos jurídicos difusos. Es cierto que ninguna legislación podrá prescindir por completo de conceptos generales como "leal saber y entender" o "las buenas costumbres", pero la triste celebridad que adquirió la "sana intuición del pueblo" en la jurisprudencia nacionalsocialista, demuestra cual es el rol nefasto que este tipo de conceptos difusos pueden cumplir, abriendo de par en par las puertas a una justicia de arbitrariedad. Una legislación que se ajusta a los preceptos del Estado de derecho, se esforzará siempre por obtener la mayor precisión y claridad. Para favorecerla, será necesario en más de una oportunidad renunciar a fórmulas concretas y sucintas, si ello termina por poner en peligro su carácter inequívoco. Solo así será posible preservar la seguridad jurídica a la que ningún Estado democrático podrá renunciar, si es que desea conceder a sus ciudadanos un adecuado y libre desenvolvimiento.

La mensurabilidad y previsibilidad de todo accionar del Estado, son condiciones elementales del Estado de derecho y exigen que el gobierno y la administración estén sujetos al imperio de la ley. Todo acto del Estado debe emanar de una ley, que a su vez debe estar legitimada democráticamente. El principio de sujeción de la administración a la ley y al derecho establece que la administración sólo puede actuar dentro del marco que la mayoría parlamentaria le ha fijado. La vigencia de este principio no significa que todo acto administrativo deba estar basado en una expresa instrucción legal. Ninguna ley ordena a un alcalde o a un intendente acerca de qué debe hacer en su ciudad, así como tampoco se instruye al director de una oficina para menores acerca de lo que puede hacer en beneficio de sus protegidos. Pero en todas las acciones debe darse el marco de la autorización y competencia legal. El Estado de derecho no excluye la responsabilidad creativa de la administración. Pero en caso de colisión, prevalecen las leyes y no la dinámica individual.

El principio de la legalidad implica la necesidad de un control permanente de la actuación de la administración. Originalmente Montesquieu asignó esta función de control al parlamento. Sin embargo, bien pronto quedó demostrado que el control era mucho más eficaz si era ejercido por la justicia. La enorme expansión de la administración en el Estado social moderno, obliga a ampliar los tribunales en lo contencioso administrativo, que también comenzaron a volverse cada vez más autónomos. Todo ciudadano que considere que un acto administrativo no se ajusta a derecho, puede dirigirse a los mismos para obligar de este modo a que se verifique si el acto administrativo es procedente o no. La Ley Fundamental sancionada por los Constituyentes en Bonn, consagra en forma "amplia" y "generosa" el derecho del ciudadano a apelar los actos de la administración. En efecto, el artículo 19 inc. 4 de la Ley Fundamental establece que toda persona que considere que sus derechos fueron vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. La finalidad de esta disposición es lograr que los funcionarios se abstengan de adoptar decisiones sobre la base de un conocimiento apenas superficial de una problemática, ante la perspectiva de enfrentar una acción judicial en esa eventualidad. En efecto, en ese caso puede suceder que los funcionarios enfrenten variados juicios, aunque estos pueden prolongarse por mucho tiempo, dado que el litigio, como todo juicio ordinario, puede ser apelado y así ser planteado ante las tres instancias propias de la justicia.

Esta evolución del Estado de derecho moderno, ha sido caracterizada críticamente con el concepto de "Estado leguleyo", buscando destacar la lentitud de la pesada maquinaria estatal, que según se interpreta, abriría las puertas al "querulantismo" e inhibiría la iniciativa de los funcionarios. Es necesario tomar en consideración estas críticas, que ponen de manifiesto cuáles son los límites del Estado de derecho. El control judicial de los actos de la administración, en general se refiere al control de las reglas procesales y competencias establecidas. Prevalece el cumplimiento de los plazos, la participación de todos los afectados o las consideraciones de otras reglas formales en los procesos judiciales; mientras que los verdaderos contenidos del caso en cuestión sólo son verificables en cuanto a un abuso notorio del deber de funcionario

público. En los numerosos juicios suscitados en torno a situaciones escolares derivadas de las calificaciones otorgadas o de la aprobación o no del año lectivo por parte de un alumno, los jueces respetaron siempre la libertad pedagógica del docente en la evaluación del rendimiento evidenciado por el alumno. En cambio analizaron el manejo formal, la integración de la junta que debía decidir sobre la calificación, el anuncio correcto de la tarea escrita y la prueba de cómo el docente llegó a la calificación que el alumno finalmente obtuvo. Ante la creciente tendencia de los padres de accionar judicialmente contra decisiones de la escuela, se ha generado una formalización y judicialización de las calificaciones que en muchos casos es pedagógicamente contraproducente, pero que es el precio necesario que debe pagarse por el hecho de que todas las decisiones del Estado, —y las notas escolares en muchos casos deciden sobre las posibilidades futuras de estudio y trabajo—, están sujetas al control judicial.

El Estado leguleyo y la judicialización también están presentes en los litigios sobre la construcción de aeropuertos, centrales nucleares o autopistas, rellenos sanitarios o radicación de industrias. En muchos casos implican considerables demoras y han entorpecido a más de un proyecto en forma considerable, e incluso lo han hecho fracasar. No podemos desconocer que estos juicios implican considerables costos para las partes, de modo tal que el "ciudadano medio" que no puede darse el lujo de contratar buenos abogados o incluso peritos, en muchos casos lleva las de perder, porque su derecho puede no estar suficientemente definido. Seguramente que un Estado dictatorial puede actuar en ocasiones con mayor rapidez y más adecuadamente. Si quiere construir rutas o autopistas, no necesita entrar en engorrosas negociaciones y procesos formales con los propietarios de los terrenos que debe indemnizar. Pero precisamente esa mayor efectividad conlleva masivos peligros para la libertad del ciudadano. Quien en cambio desea preservar la protección del Estado de derecho asegurando así la libertad y la igualdad, debe saber vivir con la lentitud y también con las posibilidades de abuso a las que se presta el Estado de derecho y pagar el precio por la judicialización de las relaciones cotidianas. Por lo tanto, no se trata de eliminar el Estado de derecho, sino a lo sumo de bajar sus costos.

Para beneficio de la democracia, el Estado de derecho prescribe una serie de reglas procesales y posibilidades de control que dan a las instancias públicas forma y medida. A su vez, sujeta la política a la ley y al derecho, somete toda manifestación del poder público al control judicial y de este modo asegura la libertad de los ciudadanos. No los obliga a someterse, sino que apuesta a su colaboración voluntaria. Esto puede ser poco cómodo para el gobierno y la administración, pero no es conveniente descalificar los complicados procesos del Estado de derecho moderno como algo meramente formal, aun cuando –tal como escribió Tocqueville– “los hombres que viven en tiempos democráticos... no comprenden fácilmente los beneficios de las formas; incluso las tratan con un cierto menosprecio instintivo... Las formas despiertan su desprecio, a menudo incluso su odio. Como bien general sólo buscan el placer ligero e inmediato, se abalanzan entusiasmados sobre todo objeto de sus deseos, la menor demora los fastidia. Esta actitud que transmiten a la vida política, los posiciona en contra de las formas que a diario detienen o frenan algunos de sus planes. Sin embargo, son precisamente estas formas a las que las personas consideran como su principal desventaja, las que permiten privilegiar la libertad, ya que su principal mérito es que se interponen como barrera entre los fuertes y los débiles, para acotar a los unos y darle tiempo para reflexionar a los otros. Las formas son tanto más necesarias cuanto más activo y poderoso es el soberano y cuanto más indiferentes y débiles se vuelven los individuos. De este modo, y por la naturaleza misma de la democracia, los pueblos que adhieren a la misma necesitan en mayor medida de las formas que otros pueblos no democráticos.”

Sin embargo, constituiría un error definir al Estado democrático sólo en función de reglas y principios formales. En efecto, la sujeción de la administración al derecho y a la ley, se agotaría en un mero principio formal, mientras el legislador pueda actuar con libre criterio. En ese caso, sería imaginable una situación en la que en razón de una ley aprobada de conformidad con las condiciones formales, derogue y elimine principios fundamentales, como fue el caso, por ejemplo, en la “ley de otorgamiento de poderes” de 1933. En ese caso se daría por tierra prácticamente con todas las seguridades del Estado de derecho. Por eso es necesario resistir

el posible abuso de las facultades legislativas del parlamento, concediéndole prioridad a la Constitución por sobre la ley. También el poder legislativo está sujeto a los valores fundamentales del orden constitucional. En un Estado de derecho, un tribunal de constitucionalidad vela por su adecuado cumplimiento. Constituye así el núcleo más íntimo de todo Estado de derecho. Su existencia demuestra que el espacio de la decisión política debe poder insertarse en el derecho del Estado. No obstante, la sujeción del legislador a la constitución bajo control de un tribunal constitucional seguiría siendo meramente formal si el cuerpo habilitado para impulsar una reforma constitucional –en general el parlamento con el voto de los dos tercios de sus miembros– pudiera introducir enmiendas que afecten a los principios y procedimientos del Estado de derecho y por lo tanto, puedan derogar los derechos y las garantías fundamentales.

Quien considere que el Estado de derecho es algo más que la esencia de procedimientos formales, interpretándolo además como una magnitud sustantiva, como un Estado de justicia y de libertad, deberá someter incluso a la asamblea constituyente y por ende al pueblo soberano mismo, a los valores fundamentales de todo orden constitucional libre, que se sustraen al poder de decisión de las mayorías. En efecto, por más importante que sea una mayoría, siempre deberá fijarse un límite a su accionar. De este modo al principio dinámico según el cual debe regir la voluntad del pueblo, o sea, el principio democrático de la decisión mayoritaria, se agrega un principio estático que es el que en definitiva hace posible la libertad del individuo y la protección de las minorías, cumpliéndose así los preceptos de la democracia. El Estado de derecho documenta que la democracia se construye con la convicción y el consenso íntimo de todos los ciudadanos y ciudadanas de respetar y defender los derechos fundamentales. No existe otra manera de asegurar su permanencia en el tiempo.