

ARTICULOS

CONSTITUCIONALISMO Y ESTADO: ELEMENTOS TEORICOS PARA UNA BUSQUEDA PRACTICA

Nicolás Mariscal

RESUMEN

En el contexto de guerra civil y búsqueda de salidas a esa situación, se sostiene que la franja de posibilidades reales de El Salvador es muy limitada y se plantea la necesidad de explorar esa zona políticamente crucial de lo máximo que los unos podrían conceder y lo mínimo a lo que los otros podrían aspirar, como terreno sobre el que construir un nuevo compromiso social. A base de los conceptos de organización y ordenación se teoriza inicialmente en torno a la relación entre sociedad, Estado y derecho. A continuación se trata de la Constitución destacando el aspecto de compromiso que ésta encierra y la importancia de generación de consenso sobre ella. Se traza después la evolución del sistema constitucional de Estado hasta culminar en el Estado de derecho democrático y social. Este muestra la posibilidad real, bajo determinadas circunstancias, de simbiosis de liberalismo, democracia y socialismo, lo que debería modificar las actitudes polarizadas y excluyentes, y hacer posible el compromiso social.

El Salvador se encuentra inmerso en una guerra civil que ha producido ya miles de muertos en el campo de batalla y decenas de miles entre la población civil, además de centenares de miles de refugiados. La infraestructura socio-económica del país ha sido severamente dislocada. Simultáneamente con esta destrucción de la población y el territorio, una Asamblea Constituyente trata de elaborar una nueva constitucionalidad, mientras por otra parte se formulan llamadas al diálogo y la negociación entre los contendientes.

La necesidad de salir de la guerra civil es indudable y perentoria, si el país no quiere hipote-

car aún más y por más largo tiempo su ya problemática existencia. Precisamente en la gravedad de esta situación, que atañe a la propia existencia presente y futura de la sociedad salvadoreña y afecta negativamente su ya escasa viabilidad, pueden y deben encontrarse las potencialidades del nuevo orden de convivencia que es preciso ir construyendo.

A comienzos de 1983, después de tres años de conflicto devastador, la salida militar no parece probable en un plazo razonablemente previsible. Tampoco es deseable en una guerra civil, pues la victoria de unos conlleva la derrota de otros miembros de la misma sociedad y reafirma

el principio de la fuerza como base de la existencia social. Es preciso explorar, por tanto, las otras salidas formuladas, la constitucional y la negociada, y tratar de hacer las soluciones. Tanto la una como la otra son soluciones de compromiso. Tampoco es imposible el compromiso entre ellas. Pero no es fácil lograrlo y menos aún implementarlo, cuando lo que está en juego es la convivencia social y sus principios, aparatos y mecanismos políticos ordenadores.

Las ideologías de los contendientes pueden estar alejadas casi infinitamente y la beligerancia de los antagonismos conducir al intento de aniquilamiento del otro, pero ¿acaso la realidad objetiva, material, física, social, económica, política, internacional de un pequeño país como El Salvador permite racionalmente opciones políticas tan distantes y antagónicas? Juzgamos que las condiciones y factores objetivos de la convivencia social en El Salvador son tales que reducen las posibilidades racionales reales a una franja muy limitada del mucho más amplio —y con frecuencia excesivamente emocional— espectro ideológico. Las profundas constricciones estructurales precedentes se han vuelto aún más angustiosas con la guerra civil, y la gama de posibilidades y potencialidades está severamente limitada.

Sobre ese presupuesto, en el presente trabajo se ofrecen algunos puntos teóricos sobre el laborioso proceso del moderno constitucionalismo y Estado occidentales con la pretensión de ir haciendo posible entre nosotros un nuevo compromiso social, del que sin duda será parte fundamental, un poco antes o un poco después, una negociación constitucionalizada y una constitución negociada. Hay que empezar a explorar e ir construyendo puntos de contactos en esa zona políticamente crucial de lo máximo que unos podrían conceder y lo mínimo que otros podrían aceptar.

1. Sociedad y Estado

Toda vida humana social es vida ordenada por normalidades y normatividades. Sin ordenación, la conflictividad inherente al vivir en sociedad acaba explotando y destruye a los

miembros de la colectividad. La conflictividad está inserta en la naturaleza humana individual y social, y es tan real como otras indigencias humanas, como el hambre, la desnudez y la necesidad de cobijo. Quienes en su ignorancia la desconocen, quienes con una visión economicista o tecnocratizante pretenden olvidarla, quienes la reducen maniqueamente a un problema de buenos y malos, quienes en su utopía tratan de saltársela acaban irónica y dolorosamente experimentándola sobre sus espaldas. La conflictividad es conatural a la vida social y su gestión "política" —la ordenación de la coexistencia— de primera necesidad para la supervivencia de la sociedad.

Pero se pretende algo más que el mero sobrevivir o coexistir. El hombre en sociedad trata de dominar la naturaleza, recibe y crea cultura, hace y es hecho por la realidad social. La realidad social es acción y producto de la acción humana colectiva, efectividad humana. Esta necesita fines y planes que le posibiliten la unidad de acción, lo que requiere una organización.

Existe una relación dialéctica entre ordenación y organización. El accionar de la organización pretende una mejor ordenación. El producto que es ésta —siempre imperfecto, insuficiente y feneciente— requiere de nuevo el accionar de la organización.

La organización para la ordenación social es actualmente el Estado. Más aún, es la organización para la organización, que regula la cooperación de todos los factores de la organización, sin dejar de ser simultáneamente objeto de la organización. Ser organización para la ordenación y organización de la sociedad es la función social del Estado,

La función del Estado consiste, pues, en la organización y activación autónomas de la cooperación social-territorial, fundada en la necesidad histórica de un *status vivendi* común que armonice todas las oposiciones de intereses...¹

Los intereses conflictivos y las contradicciones sociales capaces potencialmente de quebrar la convivencia, e incluso la coexistencia social, exigen al Estado como organización de

Las condiciones y factores objetivos de la convivencia social en El Salvador son tales que reducen las posibilidades racionales a una franja muy limitada del mucho más amplio espectro ideológico.

cohesión y de reproducción de la unidad de acción. Toda armonización de intereses opuestos y reconciliación de contradicciones son, no obstante, precarias. El conflicto surge de nuevo, y de nuevo actúa el Estado. Más aún, el propio Estado es organización en que se condensan la conflictividad y contradicciones sociales, sin que ello lo absorba y anule, no obstante, como organización para la unidad de la decisión y la acción². No es admisible la ficción de un Estado aséptico y autónomo de la sociedad, cuyos conflictos y contradicciones neutralmente reconcilia, pero tampoco la concepción de éste como organización meramente instrumental del interés más poderoso. Cuando ésto de hecho es así, el Estado deja de cumplir su función social degenerando en organización para la dominación desnuda. Una vez deslegitimado es confrontado por el resto de la sociedad. A la pérdida de hegemonía —predominio mediante la dirección consentida— normalmente, sucede la pérdida de supremacía —dominación por la capacidad de ejercicio de la fuerza— y con ello el retorno a la descontrolada conflictividad social primitiva. Es la guerra civil, el combate social por la supervivencia particular.

Pero la guerra civil no niega la relación sociedad-Estado. Es más bien la manifestación trágica de una interrelación hipertensionada degenerada en descontrolado instinto agresivo-defensivo por la supervivencia. En momentos históricos de cambio profundo no es raro encontrar en los orígenes de esa relación fracasada, la impotencia del Estado para reestructurar una sociedad caduca y la incapacidad de la sociedad de darse un Estado reestructurador sin cuya acción tiende a la desintegración. Sociedad y Estado, conservando cierta autonomía relativa, son hoy subsistemas interdependientes e interactuantes de un más comprensivo sistema de convivencia humana.

2. Estado y derecho

“Todo poder estatal, por necesidad existencial, tiene que aspirar a ser poder jurídico; pero esto significa no solamente actuar como poder en sentido técnico-jurídico, sino valer como autoridad legítima que obliga moralmente a la voluntad”, escribe Heller.³ No se trata en principio de una cuestión moral, sino existencial. Si el ser del Estado se explica por su función social, por la necesidad de una organización para la ordenación y organización de la cooperación social territorial,

esa función social es insuficiente, sin embargo, para justificar, dar razón del por qué deba ser un Estado concreto. Esa justificación sólo puede encontrarse en la creencia de que ese Estado es organización para la ordenación social justa. Sólo entonces vale como autoridad legítima. Poder ordenador y ordenación justa, ser y deber ser, función social y función jurídica, realización eficaz y aspiración a la justicia, poder y validez son inseparables. Un Estado no puede existir a la larga si no se cree que debe existir, y sólo cuando se presenta como organización para la ordenación justa de la sociedad puede creerse que debe existir.

La idea de la justicia que una sociedad se forma y las creencias acerca del equitativo reparto de poderes, aunque siempre cambiantes y debatidas, tienden en el Estado contemporáneo a expresarse en leyes, que regulan las relaciones de poder y concretan las concepciones de lo justo. La justicia tiende a hacerse derecho en el Estado y el Estado debe hacerse justo en el derecho. No hay Estado sin derecho, ni derecho sin Estado. Si el poder del Estado crea el derecho, la justicia del derecho reproduce el Estado. El derecho es, además, medio y finalidad del Estado. El Estado usa el ordenamiento jurídico para la realización de la ordenación social justa que es su finalidad. El derecho, a su vez, usa el poder del Estado para su vigencia real en el intento de construir una comunidad política⁴.

Si la relación derecho-poder lleva en cierta medida a la juridización del poder —legitimación y legalización—, no puede desconocerse que conlleva también una importante politización del derecho. Escribe González Casanova en su reciente **Teoría del Estado y derecho constitucional**:

1. El derecho es el instrumento legitimador del poder hegemónico en cuanto la gente cree que tal poder está así justificado y en cuanto acepta o consiente la legalidad positiva como acto legítimo.
2. El derecho es el instrumento organizador del poder hegemónico en cuanto lo institucionaliza y perpetúa, despersonalizándolo, rodeándolo de una forma que lo solemniza y asigándole la regulación de conductas ajenas, mediante su previsión y la creación de un sistema de sanciones.
3. El derecho es el instrumento de limita-

ción del poder hegemónico, ya que si fuera ilimitado no lograría el consenso que necesita para constituirse en hegemónico.⁵

3. La constitución política del Estado

3.1. Concepto de Constitución política

Es preciso distinguir entre las conceptualizaciones sociológicas y las jurídicas de la Constitución. Nos ocuparemos primero de aquéllas y luego de éstas, siguiendo sobre todo a Heller, quien a nuestro juicio elaboró una de las más completas.

Una primera aproximación sociológica a la Constitución la visualiza como estructura de poder, la forma de las interrelaciones entre los poderes fácticos de una sociedad. La dinámica de las relaciones reales de poder, no obstante su incesante accionar y cambio, responde a una forma o estructura de poder —producto del actuar humano— relativamente permanente. Es lo que se conoce como Constitución “real”. Ella hace que el dinamismo de los poderes fácticos, de las relaciones de poder, no sea caótico, sino relativamente ordenado. La estructura de poder encauza los procesos sociales de poder. La Constitución “real” es en ese sentido ordenación de la realidad social.

La segunda aproximación sociológica conceptualiza la Constitución como estructura fundamental de la unidad estatal. La Constitución es la ordenación de la organización que es el Estado. No obstante ser éste organización soberana para la unidad de la decisión y la acción, existen en una sociedad normalidades de hecho y normatividades jurídicas y no jurídicas de la conducta de sus miembros que “ordenan” la organización para la cooperación social, territorial —el Estado— en un presente dado y probablemente en un futuro previsible. “La configuración actual de la cooperación que se espera se mantenga de modo análogo en el futuro, por la que se produce de modo constantemente renovado la unidad y ordenación de la organización, es lo que nosotros llamamos Constitución en el sentido de la ciencia de la realidad”.⁶

La Constitución política es simultáneamente status real y ser formado por normas, es decir, forma de actividad normada. Esto plantea el complejo y crucial problema de las relaciones entre la normalidad y la normatividad. En la Constitución teóricamente se complementan, de modo que la normalidad fáctica acaba generan-

do normatividad y ésta produce a su vez normalidad. Cuando de este conjunto se destaca el contenido normativo jurídico, la estructura normativa de sentido, el deber ser, nos encontramos con las conceptualizaciones jurídicas de la Constitución. También aquí se dan una acepción amplia y otra más restringida de lo que Heller —a diferencia de otros autores— llama la Constitución “material”. En sentido amplio comprende todas las normas jurídicas establecidas por el texto constitucional y los preceptos jurídicos de la ordenación estatal conformes con él. Es, por tanto, “la situación jurídica total del Estado”.⁷ Cuando de esta totalidad se extrae lo que se considera ordenación jurídica fundamental, nos encontramos con la Constitución material en sentido estricto.

La ordenación jurídica fundamental normalmente no suele estar contenida en un único texto legal, sino en un conjunto de leyes constitucionales, entre las que se destaca una como Constitución “formal”. Por ésta se entiende “la totalidad de los preceptos jurídicos fijados por escrito en el texto constitucional”.⁸ Cuales sean en concreto esos preceptos jurídicos depende del legislador, pero el contenido de la mayoría de las Constituciones —al menos dentro de la tradición occidental— presenta una notable similitud formal: 1) declaración de los principios ideológicos y decisiones políticas fundamentales; 2) reconocimiento de los derechos y deberes fundamentales y de las libertades públicas, y garantía de ellos; 3) división y colaboración entre los diversos órganos o “poderes” del Estado, asignándoles sus competencias y regulando sus procedimientos; 4) principios programáticos de política económica y social; y 5) procedimiento de reforma de la Constitución. Esta semejanza entre las Constituciones es indicadora de la tendencia a hacer coincidir en lo posible la Constitución formal —el texto constitucional— y la Constitución material estricta —la ordenación fundamental. De aquí que al aludir a la Constitución política sin más se suele entender el “documento escrito” que contiene la ley fundamental de un Estado”.⁹ Es importante puntualizar, sin embargo, que no toda ley fundamental es constitucional, sino sólo aquella que fundamenta el Estado sobre la ley y sobre una ley que estructura el poder político impidiendo su concentración en un único detentador individual o grupal y que garantiza los derechos de los ciudadanos. La Constitución formal es más que mera forma, teniendo necesariamente un determinado contenido esencial



Un Estado no puede existir a la larga si no se cree que debe existir y sólo cuando se presenta como organización para la ordenación justa de la sociedad puede creerse que debe existir.

mínimo. El Estado constitucional es más que un Estado con un documento escrito fundamental.

Es importante caer en la cuenta que si bien estas diversas conceptualizaciones de la Constitución son necesarias para penetrar su rica complejidad, no se puede separar lo que se ha distinguido analíticamente. La complejidad que es la Constitución política abarca y sintetiza las parcializaciones analíticas que son sus diversas conceptualizaciones: "real", "material" y "formal". El ser y el deber ser, la realidad y el sentido, la normalidad política y social y normatividad jurídica no son esferas separadas e incommunicables, sino dimensiones interdependientes de la estructura jurídico-política fundamental para la unidad de una sociedad, que es la Constitución política.

Conviene advertir, que numerosos autores llaman Constitución material a lo que Heller denomina real. La mayoría, sin embargo, entiende esencialmente lo mismo por Constitución formal.

3.2. El cambio constitucional

La Constitución política es la estructura jurídico-política fundamental en que se manifiesta la unidad de una sociedad estatal. Es estructura reguladora de procesos dinámicos. La estruc-

tura encauza los procesos políticos, de modo que su dinamismo es en cierta medida regulado y se normaliza. Los procesos políticos con su movilidad y cambio no dejan de modificar la relativa solidez estática de la estructura.

Se trata siempre de una estructura dinámica, es decir, producida por elementos en mutación y, por consiguiente, variable en sí misma; es el orden de las actividades político-jurídicas, las cuales producen mutaciones en dicho orden; es el orden para el cambio, que hace posible un cambio de orden.¹⁰

Además de estructura dinámica, la Constitución es estructura de compromiso. Toda Constitución —al menos en las sociedades democráticas pluralistas— es cristalización de un compromiso acomodaticio y equilibrio transitorio entre las fuerzas socio-políticas que ajustan sus poderes-derechos.

Estas características de la Constitución —estructura dinámica y de compromiso— hacen ineludible y justifican el cambio constitucional cuando cambian las relaciones de poder. Una Constitución difícilmente modificable, estática en la práctica, corre el peligro de alejarse de las cambiantes relaciones de fuerzas políticas y ser

finalmente desbordada por el dinamismo de éstas, al no proporcionarles cauce adecuado. Por otra parte, una Constitución fácilmente modificable, juego de cotidianos intereses y problemas, carece del arraigo y poder necesarios para regular los procesos políticos. El cambio constitucional es arte político, equilibrio entre mutación y permanencia, orden y cambio, cambio de orden para el orden en el cambio.

Hoy el cambio constitucional se ha tecnificado y las técnicas para llevarlo a cabo son bastante similares en unos y otros Estados, dentro de un variable abanico de posibilidades. La aprobación definitiva, bien sea de una nueva ley fundamental (revisión total) o de la existente más o menos modificada (revisión parcial) se atribuye unas veces a un órgano extraordinario (asamblea constituyente; asamblea formada excepcional y expresamente para esta finalidad por las dos cámaras; intervención de los Estados federales miembros de un Estado federal; referéndum previo obligatorio) y otras al poder legislativo ordinario, que somete sin embargo sus decisiones en este caso a procedimientos especialmente complejos y difíciles, a los que algunos tratadistas llaman "procedimientos agravados" (mayoría cualificada; dos actos legislativos distintos separados por cierto lapso de tiempo; participación de dos legislaturas diferentes; participación de ambas cámaras, cuando las hay; referéndum facultativo u obligatorio posterior). Aquí no nos interesa describir las técnicas enunciadas, sino describir la pretensión existente tras estos órganos y procedimientos especiales. Esa pretensión es doble. Se trata, por una parte, de hacer que se genere un consenso ampliamente mayoritario entre las fuerzas socio-políticas, y por otra, de preservar los derechos y libertades de minorías políticamente significativas.

La generación del consenso sobre el cambio constitucional tiene una importancia trascendental para la vigencia de la Constitución, para hacer de ella estructura que realmente encauce los procesos políticos dinámicos. La Constitución no puede funcionar sin la aceptación y acción positiva por parte de los poderes socio-fácticos. Además, la Constitución constituye jurídicamente al Estado. Este es organización para la unidad de la decisión y de la acción, no unidad de todas las voluntades-voluntad general y no voluntad de todos— lo que puede requerir el ejercicio incluso de la coerción, como "última ratio" para el cumplimiento de su función social.

Esto y otras amplias prerrogativas y pretensiones del Estado contemporáneo sólo pueden justificarse y legitimarse actualmente sobre la base de un amplio consenso mayoritario.

El consenso se articula en cada caso particular como un acuerdo entre derechos o libertades que ejercen su potencia. El consenso general o político se articula mediante el reconocimiento colectivo de la permanencia de unos poderes-derechos, es decir, mediante instituciones jurídico-políticas¹¹.

Pues bien, desde esta perspectiva la Constitución es nada menos que "la institución normativa de las instituciones normativas" y "en cuanto instituye, es el propio Estado instituyéndose a sí mismo como institución de instituciones".¹²

El respeto y garantía de los derechos y libertades de las minorías es aporte valioso y perdurable del liberalismo político sobre cuya base se desarrolló el constitucionalismo moderno. Hoy ante el incremento del poder del Estado, ante posibles excesos de las mayorías, sigue siendo fundamental la inclusión y perfeccionamiento de técnicas y mecanismos constitucionales que garanticen esos derechos y libertades. Nada tiene que ver esto, sin embargo, con el caso absurdo y aberrante— no infrecuente, a pesar de ello— de la opresión de las mayorías por minorías privilegiadas. El fundamento irrenunciable es el poder y el consenso mayoritario. Los derechos y libertades de las minorías son garantía ante sus posibles excesos. Pero no, al revés. Se trata de una democracia, no de una oligocracia.

3.3. La eficacia de las Constituciones

Finalmente se llega a la cuestión primordial de la eficacia normativa de la Constitución. ¿Se aplica realmente? ¿Hasta qué punto regula la dinámica política? ¿Garantiza los derechos y libertades o es papel mojado? La vigencia de la Constitución es fundamental para su propia existencia. No resulta por ello extraño que Loewenstein haya hecho de "la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso de poder", el criterio distintivo de su clasificación de las Constituciones o "análisis ontológico"¹³. En definitiva, lo más importante de una Constitución es que sirva, que se aplique, que funcione realmente, al mismo tiempo que lo hace como auténtica Constitución.

Es creciente el escepticismo sobre la eficacia normativa de las Constituciones. Reaccionarios y revolucionarios tienden a minusvalorarla al enfatizar unilateralmente la Constitución real, el ser, el poder. No faltan evidencias empíricas que avallan esa posición. Por un lado, la inobservancia deliberada de disposiciones constitucionales esenciales por los detentadores del poder, hasta llegar en ocasiones —algunas desgraciadamente no lejanas— a convertirla en una farsa pública. Por otro, la indiferencia ciudadana ante un documento difícilmente comprensible, que los destinatarios del poder sienten que tampoco afronta y da solución a sus problemas cotidianos. Pero no se puede generalizar sin más estas deficiencias y hacer de ellas la totalidad de la realidad constitucional. La Constitución también liga de hecho a los detentadores del poder y regula el proceso político —¿cuánto?—, habiendo tratado por otra parte en su evolución reciente de responder a las necesidades y preocupaciones socio económicas del ciudadano corriente.

Aunque las deficiencias son innegables, no se puede perder del horizonte las posibilidades normativas y las potencialidades normalizadoras de la Constitución. Todo esto está siempre y en todas partes presente, pero no igualmente presente y esta diferencia es crucial, de modo que en unos tiempos y lugares tiene entidad real el constitucionalismo y el Estado constitucional, a pesar de sus limitaciones, y en otros no la tienen, no obstante sus posibilidades y potencialidades. En definitiva, “una Constitución es lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica”¹⁴.

4. El sistema constitucional del Estado

La Constitución crea un conjunto coherente de instituciones interactuantes que constituyen el sistema constitucional. Los sistemas constitucionales culminan modernamente en el Estado, que también puede ser conceptualizado como institución de instituciones¹⁵. Vamos, pues, a referirnos a los sistemas constitucionales del Estado, trazando su despliegue histórico en el occidente moderno. Ese desenvolvimiento no implica

que un Estado, o tal vez incluso estado, sea substituido inexorable y completamente por otro. En los Estados constitucionales contemporáneos coexisten varios “tipos ideales” con mayor o menor predominio de alguno de ellos.

4.1. El Estado liberal de derecho

Desde un punto de vista histórico el sistema constitucional moderno tiene sus orígenes en la ideología liberal. El liberalismo es una concepción esencialmente individualista, en la que el individuo es concebido como principio, actor principal y fin de la sociedad, detentando siempre la primacía valorativa sobre la colectividad. En su dimensión política trata de liberar el individuo del poder absoluto, limitando y controlando éste. El gobierno es un mal necesario y necesariamente debe estar separado de la sociedad. El liberalismo ha tratado de realizar esa concepción mediante:

- a) las garantías de los derechos y libertades individuales fundamentales, concebidos como anteriores y superiores al Estado;
- b) la división de poderes. Puesto que el poder sólo puede ser limitado por el poder, se crea un sistema de controles y equilibrios entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial;
- c) el imperio de la ley. La ley es suprema y establece las atribuciones del poder político y administrativo, cuya actividad debe someterse a ella eliminando todo arbitrio y abuso. Se constituye así el Estado de derecho.

Las instituciones constitucionales en que cristaliza y se refleja característicamente el Estado liberal son los derechos y libertades individuales, la jefatura del Estado, el parlamento, el gobierno, el poder judicial y el propio Estado como unión institucional.

Ese conjunto de instituciones supuestamente garantes de la supremacía y hegemonía del individuo conforma el Estado liberal de derecho, que al hacerse sujeto de imputación de derechos y obligaciones se constituye él mismo en persona jurídica. Esta consideración del Estado como uno —unión institucional, persona jurídica,

No toda ley fundamental es constitucional, sino sólo aquella que fundamenta el Estado sobre la ley y sobre una ley que estructura el poder político, impidiendo su concentración en un único detentador individual o grupal y que garantiza los derechos de los ciudadanos.

Nación— es una de las más trascendentales ficciones jurídico-políticas del Estado liberal oclutadora del conflicto y dominación que en si encierra y tendiente a generar la hegemonía de la burguesía¹⁶. Esto no obstante, el liberalismo político supone no sólo la superación del “antiguo régimen” sino un aporte fundamental permanente. Escribe Elías Díaz en **Estado de derecho y sociedad democrática**:

A pesar de todas las insuficiencias del liberalismo (especialmente su individualismo y su apoyo en una sociedad burguesa-capitalista), en cuánto símbolo del espíritu moderno frente al absolutismo de todo tipo, puede decirse que constituye una conquista histórica irreversible. En este sentido, su insistencia en el respeto de la legalidad por parte de todos, incluidos los gobernantes, su afirmación de ser la ley un producto de la soberanía nacional y no una decisión personal de un dictador o de un monarca absoluto, su lucha por los derechos y libertades del hombre, constituyen también otras tantas aportaciones válidas que precisamente se recogen en el concepto de Estado de derecho¹⁷.

Cuando el desenvolvimiento histórico evidencie más y más las limitaciones de la dinámica social liberal, y ponga al descubierto las espantosas desigualdades generadas entre los individuos y la dominación de los propietarios de los medios de producción sobre los poseedores de mera fuerza de trabajo, el liberalismo será cuestionado por la democracia, el socialismo, el comunismo y el fascismo que atacarán el individualismo de la sociedad y el abstencionismo del Estado.

4.2. El Estado de derecho democrático

El constitucionalismo liberal, en el que la oligarquía burguesa controlaba el proceso político, va siendo cuestionado y transformado a través de movimientos sociales y partidos políticos de base cada vez más amplia hasta desembocar en el constitucionalismo democrático. Desde el punto de vista político, la democracia se caracteriza teóricamente por los siguientes rasgos:

a) todo poder emana del pueblo soberano. Por tanto, el pueblo objeto del poder del Estado es, al mismo tiempo, el sujeto de ese poder;

b) el parlamento y el gobierno tienen que estar de acuerdo con la voluntad popular, de modo que la voluntad y actividad del Estado se forman y ejercen por aquellos que están sometidos a ella;

c) las fuerzas sociales, organizadas y representadas en partidos políticos, compiten por el poder en elecciones libres. El pueblo participa así en el proceso de poder y el electorado adquiere la categoría de árbitro supremo.

El constitucionalismo desemboca de este modo en la democracia. Las instituciones características del Estado democrático son: las libertades públicas, el electorado, los partidos políticos, las instituciones de participación popular en los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y la distribución del poder del Estado. En los conflictos de poder el árbitro supremo es el electorado: “En el Estado democrático constitucional, la última ratio para solucionar los conflictos entre los detentadores del poder instituidos, es el electorado, detentador supremo del poder, a cuya decisión tendrán que someterse todos los otros detentadores del poder”¹⁸.

Cuando se reflexiona sobre estas palabras de Loewenstein no deja de causar asombro la constitucionalización del derecho de insurrección, aberración constitucional indicadora probablemente de la distancia que separa las prácticas políticas de algunos países de las de una democracia en que el electorado sea realmente el detentador supremo del poder. No obstante el papel hegemónico y supremo que al electorado teóricamente le corresponde en la democracia constitucional, existe el peligro de mitificarlo si no se tiene en cuenta el sistema electoral concreto y se analizan críticamente sus limitaciones y proclividades. Es el mismo Loewenstein, quien, no obstante su indudable democratismo, reconoce que “la ley electoral perfecta que daría a todos los candidatos las mismas chances sin ningún tipo de discriminación está todavía por descubrir... Experiencias tanto del pasado como del presente tienden a confirmar lo que al principio pudo parecer una simplificación ilícita: el que hace la ley electoral tiene el poder de conformar el proceso político y, con ello, el régimen político existente”¹⁹. Tal afirmación, sin dejar de ser verdad y digna de tenerse en cuenta en una visión crítica de la democracia real, es a su vez relativizada por fenómenos como la reciente llegada al poder de los socialistas en diversos países, bajo

leyes electorales y constituciones de las que no fueron los principales artífices. Tal vez sea ésta una de las muestras más elocuentes de las potencialidades y limitaciones del Estado constitucional democrático.

La "democracia" ha servido para integrar a las clases dominadas en la subordinación a las dominantes. En ese sentido, la ideología democrática representa el punto más alto del poder hegemónico del Estado, pero, por eso mismo, obliga a sus instituciones originarias a someterse a la ampliación, control e impulso que los poderes-derechos populares llevan a cabo. En definitiva, la dialéctica interna del Estado liberal-democrático consiste en una progresiva distribución del Poder estatal entre el mayor número de ciudadanos²⁰.

4.3. El Estado de derecho democrático y social

Su punto de partida es la insuficiencia del Estado liberal-democrático. La experiencia histórica muestra que la sociedad dejada a sí misma, a sus propios mecanismos autorreguladores, desemboca en irracionalidades y desigualdades tales que generan graves tensiones sociales y la ponen en peligro. Por tanto, el Estado no puede abstenerse de actuar o hacerlo tan sólo en la periferia del sistema societal. Se aboga consecuentemente por un Estado intervencionista, activo, con un ejecutivo poderoso, que se convierta en el regulador decisivo del sistema.

El Estado de derecho democrático y social trata de conciliar en una nueva síntesis, el neocapitalismo y el bienestar social de las grandes mayorías. El Estado establece el marco de acción y se constituye en el principal actor particular dentro de una economía de mercado que conserva los mecanismos de éste en la fijación de precios y el ajuste de la oferta y la demanda, recompensando la eficiencia económica. A partir del neocapitalismo se trata de implementar políticas que corrijan los desequilibrios económicos y sociales generados por la "libre competencia". El Estado social no es socialista, pero indudablemente ha implementado importantes procesos de "socialización" y no excluye una transición hacia un socialismo democrático dentro de los cauces del Estado de derecho.

García-Pelayo en *Las transformaciones del Estado contemporáneo* caracteriza el Estado social por los rasgos siguientes:

a) se responsabiliza por la "procura existencial";

b) se centra en la distribución de lo producido, más que en la titularidad de los medios de producción;

c) asume la dirección global del proceso económico dentro de una economía de mercado que él contribuye a regular coyuntural y estructuralmente, surgiendo como Estado **manager**;

d) trata de generar incesantemente la integración de la sociedad nacional²¹.

No fue ciertamente el constitucionalismo, apegado en exceso a sus orígenes y aportes liberales, el artífice de la dimensión social del Estado de derecho democrático y social. Esta fue conquista de la presión y lucha de los movimientos obreros de masas, especialmente sindicatos y partidos políticos. Sin embargo, el constitucionalismo ha sido capaz de abrirse finalmente a esa dimensión, que ha comportado ciertas modificaciones de las otras, la democrática y la liberal. La expresión Estado de derecho democrático y social aparece constitucionalizado como tal por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (arts. 20 y 28) y probablemente por última hasta ahora en la Constitución española de 1978 (art. 1).

El Estado social es democrático y cada vez debe serlo más plenamente. Es preciso completar la democracia liberal con la social, la formal con lo material o real, la política con la económica, los derechos y libertades públicos con los económicos y sociales. La participación popular ha de realizarse tanto en el proceso político como en los beneficios económicos y ha de ampliarse progresivamente hasta abarcar a todos los ciudadanos. No se puede negar, sin embargo, la posibilidad de que se generen tensiones entre las dimensiones socio-económicas y las liberal-democráticas, especialmente por la tendencia a la tecnoburocratización de la sociedad y el Estado ante su creciente complejidad y la necesidad de manejar ésta. Pero, en definitiva, el Estado social se justifica como pretensión a la profundización y complejidad de la democracia, entendida como participación ordenada de todos. No se trata sólo de poseer más, más bienestar, más seguridad, más justicia social, sino también de hacerse y llegar a ser mejores por la participación activa y libre. Los despotismos más o menos ilustrados —para el pueblo, pero sin el pueblo—, no son sólo historia pasada, sino tentación

siempre presente ante la que hay que afirmar y construir incesantemente la democracia —para el pueblo y por el pueblo—, so pena de frustración y fracaso. “En resumen, sólo el régimen democrático —a pesar de todas sus limitaciones y desviaciones— está en condiciones de servir a la vez a los valores políticos, económicos y funcionales de una sociedad desarrollada y sólo sobre el régimen democrático puede construirse un verdadero y eficaz Estado social”²².

El Estado democrático y social es y debe ser más plenamente Estado de derecho. Pero, es indudable, que la concepción de éste, sin perder su esencialidad, tiene que ajustarse a la evolución de la sociedad y el Estado, a la imposibilidad de la separación actual de éstos y a la incidencia profunda de las dimensiones democráticas y sociales, so pena de extinguirse. El Estado de derecho es, sin embargo, una conquista histórica demasiado laboriosa y un valor presente demasiado valioso para permitir que fenezca. Es preciso, por tanto, complementar sus orígenes liberales con el posterior desarrollo democrático y social, la formalidad con la materialidad, la dimensión jurídico-política con la socio-económica. García-Pelayo en su obra recientemente aludida, plantea las modificaciones que a su entender está experimentando el Estado de derecho en el esfuerzo por adaptarse al nuevo contexto societal:

a) Principio de legitimidad. A los derechos clásicos añade los sociales y económicos. En adelante se trata no sólo de limitaciones a la acción del Estado, sino de pretensiones a prestaciones por parte de éste. El Estado no sólo debe omitir lo contrario a derecho, sino actuar para realizar la idea social del derecho²³.

b) Principio de la división de poderes. No obstante la insuficiencia de la división tripartita para conceptualizar la complejidad del poder en la sociedad y el Estado actuales, esa división contribuye a la racionalidad del Estado, a la garantía jurídica de las libertades, y a la unidad y estabilidad del Estado democrático.

c) Principio de la legalidad. La tradicional concepción de la ley como “normatividad general, abstracta, válida para un número indefinido de casos y para un tiempo indeterminado” es substituida por una concepción de la ley como instrumento de acción, frecuentemente con carácter específico y concreto, “de acuerdo con la singularidad y, a menudo, con la temporalidad del caso a regular o del objetivo a conseguir”. Eso supuesto, el Estado social de derecho se somete a la ley, establecida dentro de la constitucionalidad.



Considerar el Estado como unión institucional, persona jurídica o Nación es una de las más trascendentales ficciones jurídico-políticas del Estado liberal que oculta el conflicto y dominación y que en sí encierra y tiende a generar la hegemonía de la burguesía.

d) Control de la legalidad y de la constitucionalidad. El control judicial de éstas sigue siendo fundamental, pero insuficiente ante la complejidad y fuerza del poder estatal, cuyo control eficaz exige nuevos mecanismos y sistemas²⁴.

No quisiéramos acabar esta exposición sobre el Estado de derecho democrático y social sin volver a recalcar la esencialidad de la interrelación de las dimensiones jurídicas, políticas y socio-económicas. No obstante sus limitaciones, el Estado de derecho democrático y social parece constituir hasta el momento la organización de la convivencia más aceptable —o por lo menos, la menos rechazable— a lo largo de un laborioso proceso histórico de sintetización del liberalismo, la democracia y el socialismo. Ese proceso de sintetización histórica, afirmación y negación de cada uno de esos sistemas en su interacción con los demás, tensión y respaldo mutuo dentro de la creciente complejidad de la sociedad y el Estado contemporáneo, continúa y es preciso continuarla mediante la teoría y la acción política. Sólo así podrá realizarse e ir superándose el Estado de derecho social y democrático.

5. Hacia una búsqueda práctica

Hemos expuesto algunos elementos teóricos sobre la sociedad, el Estado, el derecho y la Constitución, y hemos trazado el desarrollo del sistema constitucional de Estado hasta culminar en el Estado de derecho democrático y social. Todo ello se ha presentado en el contexto de una exploración de posibles puntos y zonas de contacto entre lo más que los unos podrían conceder y lo menos a lo que los otros podrían aspirar, con la pretensión de contribuir a posibilitar un nuevo compromiso social que ponga fin a la guerra civil salvadoreña.

El Estado de derecho democrático y social se ha realizado sobre todo en sociedades ricas y “desarrolladas” del mundo occidental, dotadas de un Estado poderoso y con alta capacidad administrativa. ¿Es un sistema exclusivo de esas sociedades o es aplicable a otras? ¿Bajo que condiciones? Esas condiciones requeridas para el fun-

cionamiento del Estado de derecho democrático y social ¿son previas a éste o producidas precisamente por él? ¿Alguna versión del Estado de derecho democrático y social podría servirnos como organización de la convivencia social entre nosotros? ¿Podría ayudarnos a salir de la dramática situación presente? No hay respuesta simple a estas complejas y graves cuestiones. Pero sí motivaciones e indicios de posibilidad suficiente para explorarlas más sistemáticamente. Es indudable que cualquier aplicación del Estado de derecho democrático y social a nuestra realidad no sería automática ni fácil. Pero, tras la tragedia de los últimos años, nadie puede razonablemente esperar soluciones fáciles y tiempos felices para El Salvador de hoy, ni siquiera para lo que nos queda del siglo XX.

El sistema del Estado de derecho democrático y social invita a ciertas reflexiones sobre el laborioso proceso histórico de gestación de los sistemas constitucionales del Estado, la creciente complejización del Estado moderno, la multiplicidad de dimensiones a coordinar y de intereses a conciliar, etc... Pero hay un hecho que sobre todo quisiéramos destacar. El Estado de derecho democrático y social muestra que algunas sociedades, bajo determinadas condiciones, han sido capaces de lograr una aceptable y aceptada simbiosis de liberalismo, democracia y socialismo, todos afirmándose y negándose al mismo tiempo, tensión y mutuo respaldo dinámicos. La introducción en nuestro horizonte mental de la posibilidad real de esa simbiosis puede y debe cambiar las presentes actitudes polarizadas y excluyentes que dominan nuestro escenario político, aunque probabilísimamente no son las de la mayoría de la población.

Como decíamos al comienzo de este trabajo, la franja de posibilidades reales de convivencia de un pequeño país como El Salvador es muy limitada, sobre todo tras la muerte, la destrucción, las heridas sociales, la exacerbación de intereses e ideologías que comporta la guerra civil. Alguna adaptación del Estado de derecho democrático y social a nuestra realidad podría estar dentro de esa estrecha franja, bajo ciertas condiciones. Cuales sean éstas, cual la adaptación del sistema

mencionado, cuales los caminos de posibilitarlos debería de ser responsable e inteligentemente estudiado dentro de la búsqueda de un compromiso social, de una negociación constitucionalizada y una Constitución negociada. El Salvador tiene en cualquier caso un difícil futuro por delante. El accionar de las armas con su destrucción y muerte no es el mejor camino —es ciertamente el peor— de enfrentar el reto que constituye construir para y por los salvadoreños un orden de convivencia aceptable y aceptado.

NOTAS

- 1 Hermann Heller, *Teoría del Estado*, México: Fondo de Cultura Económica, 1971 (6 reimpr.), p. 221.
- 2 Ver *Ibid.*, p. 255 y Nicos Poulantzas, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, México: Siglo XXI, 1973 (7 ed.) pp. 43-45.
- 3 Heller, p. 235.
- 4 J. A. González Casanova, *Teoría del Estado y derecho constitucional*, Barcelona: Editorial Vicens Vives, 1980, p. 47.
- 5 *Ibid.*, pp. 60-61.
- 6 Heller, p. 268.
- 7 *Ibid.*, p. 294.
- 8 *Ibid.*, p. 295.
- 9 González Casanova, p. 194.
- 10 Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Revista de Occidente, Madrid, 1964 (7a. Ed.) p. 139.
- 11 González Casanova, p. 37.
- 12 *Ibid.*, p. 238.
- 13 Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona: Ariel, 1970 (2a. ed.), p. 217.
- 14 *Ibid.*
- 15 González Casanova, pp. 343—345; Ralph Miliband, *El Estado en la sociedad capitalista*, México: Siglo XXI, 1971 (2a. ed.) pp. 50 ss.
- 16 Puede verse el Cap. I de la Segunda Parte del libro citado de Poulantzas.
- 17 Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid: Cuadernos para el diálogo, 1969 (3a. ed.), pp. 24-25.
- 18 Loewenstein, p. 349.
- 19 *Ibid.*, p. 334.
- 20 González Casanova, p. 306.
- 21 Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid: Alianza Editorial, 1977, pp. 27-45.
- 22 *Ibid.*, p. 51.
- 23 Parece importante recordar lo que Loewenstein escribe al respecto: "las exigencias de una mayor seguridad económica y justicia social quedan concretadas en los derechos fundamentales de contenido social y económico. Estos nuevos "derechos" fundamentales se diferencian esencialmente de los recogidos en el antiguo catálogo liberal. No están destinados a garantizar la libertad frente al Estado y la protección contra el Estado, sino que son pretensiones del individuo o del grupo colectivo colectivo ante el Estado. El Estado tiene, primero, que actuar para satisfacer estos derechos fundamentales. No son derechos en el sentido jurídico, ya que no pueden ser exigidos judicialmente al Estado antes de que no hayan sido institucionalizados por una acción estatal" (pp. 400-401).
- 24 García-Pelayo, *Las transformaciones*, pp. 55-56.