

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES SOBRE EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

1. EL ESTADO LIBERAL

En el siglo XVIII, tanto en Inglaterra como en Francia surgió una constelación de pensadores que propagaron doctrinas diametralmente opuestas a las que le sirvieron de fundamento al absolutismo, destacándose con luz propia el filósofo Inglés John Locke (1632 – 1704). Este personaje, escribió su obra “Los dos tratados de gobierno”, en la que perfila los contornos de un orden social nuevo en el cual el reinado despótico originado en un llamado “derecho divino” de los reyes, debía ser reemplazado por el liberalismo político y el individualismo económico, aceptando la ley de las mayorías como expresión de la voluntad popular.

“El Estado liberal, desde un principio, abrazó la forma democrática de gobierno, bifurcándose en dos aspectos cardinales: el uno constituido por lo que se llamó *Estado Contractual*; y, el otro denominado *Estado Democrático Burgués*”.¹

Estas dos denominaciones de Estado contractual y democrático burgués, no son modelos de Estado, en sí mismos, sino concepciones u opiniones sobre el Estado. Es necesaria esta aclaración para no confundirnos respecto a los verdaderos tipos de Estado que han existido en la humanidad.

a) El Estado Contractual

Nació como contestación al Estado absolutista que intervenía sin contrarresto posible en el campo social, espiritual, educativo, militar, económico, en

¹ OLANO, Carlos Alberto, OLANO, Hernán Alejandro. “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas Estado Social de Derecho”. Tercera Edición. Ediciones Librería del Profesional. Colombia, 2000.

beneficio del poder soberano, trayendo a su paso una secuela de abusos, injusticias y corruptelas. Sí, en verdad, las clases altas intervenían en los asuntos públicos con el fin de enriquecerse mediante la adulación y el favoritismo, comerciando con cargos y dignidades. Todo esto, trajo como consecuencia, una cada vez más creciente ola de inconformidad con lo que ocurría que culminó en Inglaterra con la concepción contractualista del poder, que tuvo los siguientes resultados:

- Por una parte, ni el rey ni el pueblo podían violar los derechos de cada uno de ellos, ni obrar en su exclusivo beneficio;
- Por otra, el Estado debía despersonalizarse para que en adelante la autoridad no tuviera como fundamento principal el egoísmo del monarca, limitando las facultades del rey a la vez que prohibía establecer privilegios a favor de ciertas categorías sociales, sin el control efectivo del Parlamento.

Es así como se crearon algunas instituciones, entre ellas el Parlamento, para asegurarse de que se impedirían abusos que, hasta ese momento, eran permanentes.

El Estado Contractual fue un término medio entre el Estado absoluto y el Estado democrático en sentido propio. Obviamente, no se le puede identificar con el absoluto, porque trajo al menos la sumisión de todos los intereses injustos del despotismo. Tampoco podía considerarse una democracia en sentido moderno, porque faltaba la soberanía del pueblo, articulada bajo los resultados del sufragio universal.

Pensadores que influyeron decisivamente en el rumbo de esta tendencia son: Hobbes, Locke y Burke, todos ingleses.

Hobbes, desarrolló la tesis de que el rey era la única autoridad con atributos para decidir hasta que punto se debe respetar la voluntad de los súbditos, pues “los acuerdos y promesas, sin la espada, no son más que palabras carentes de fuerza para obligar al hombre”, según él mismo decía.

Aunque Hobbes figura entre los mayores sostenedores del absolutismo, debe dejarse claro que en cambio, reconoció la existencia de la libertad individual, combatió el derecho divino de los reyes, y no vaciló en admitir el derecho que les asiste a los súbditos para resolver o invalidar el contrato social concertado con el soberano.

Locke, por su parte, contribuyó a la sistematización de las funciones del Estado, sirviendo de fundamento a las constituciones convencionales modernas. Las funciones estatales deben entenderse, según Locke, como medios para asegurar a todos los individuos el goce de sus derechos naturales, dejándolos completamente libres en su vida y en sus negocios, sobre todo en lo que atañe al ejercicio del derecho de propiedad. Inclusive tocó este pensador, el tema de las cargas fiscales, indicando que “si los servicios públicos constituyen el medio para realizar con mayor amplitud los derechos naturales según las orientaciones fijadas en el *Contrato Social*, aquellas deben ser autorizadas por la colectividad. El Estado no puede imponer tributos, si no está investido por la sociedad de facultades expresas para tal fin, de conformidad con el querer de todos”.²

Además, dice Locke, que es a la sociedad a quien compete la tarea de remover a los Jefes de Estado que no sepan cumplir con los deberes que les imponga el mandato, pues el Estado no es otra cosa que el fiduciario de toda la comunidad.

² OLANO, Carlos Alberto, OLANO, Hernán Alejandro. “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas Estado Social de Derecho”. Tercera Edición. Ediciones Librería del Profesional. Colombia, 2000.

Burke, finalmente, basa la posición que tiene sobre el Estado, en afirmar que la sociedad organizada proviene de un contrato que abarca las generaciones pasadas, presentes y futuras, cuyos intereses deben ser tenidos en cuenta al interpretar la fórmula contractualista del Estado insistiendo en que los cambios tienen que ser limitados, y, cuando se hagan necesarios, no deben alejarse de las tradiciones nacionales entendidas más en sentido de restauración que en el de evolución.

Para este importante escritor político, la acción del Estado no podía decidirse con base a la teoría de la soberanía popular y de los derechos innatos de los pueblos, sino conforme a los fines trazados en una larga historia de experiencias comunes, concretando dicha acción en la defensa de la religión, la organización de la magistratura, y algunas tareas más de orden estrictamente público, mientras los intereses semipúblicos o privados no podían entrar en la órbita de las actividades estatales. Se oponía, por ejemplo, a que el Estado ayudara a los pobres, considerando que eso equivalía a una interferencia no debida en el campo de los intereses privados.

De cualquier manera, se sostiene que si bien el Estado Contractual fue superior en sus prácticas y ordenamientos frente al Estado Absolutista, sin embargo obró muy débilmente como factor de bienestar colectivo y de producción de bienes en general.

En este punto, debemos referirnos, al famoso filósofo político ginebrino Jean Jacques Rousseau, hombre contradictorio, en su temperamento, vida y en su relación con la sociedad que conoció. Escribió varias obras importantes, pero la más famosa fue “el contrato social o principios del derecho político”, a través de la cual efectuó una defensa de la democracia y de la igualdad.

En su pensamiento, se encuentran claras anticipaciones del socialismo y aún del anarquismo. Rousseau suministrará el arsenal conceptual y terminológico de la democracia; así, la voluntad general que se infiere del pacto social, origen del Estado pues la esencia de éste último consiste en que “cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la dirección suprema de la voluntad general; y recibimos además a cada miembro como parte indivisible del todo” (Contrato Social, libro I, Capítulo VI)³

b) El Estado Democrático Burgués

Nace como una alternativa frente al Estado Absolutista, y en vista de que el Estado Contractual no había solucionado satisfactoriamente los problemas políticos y económicos que afectaban a la mayoría de la población. A los cargos ministeriales no tenían acceso sino los aristócratas primero, y luego los que hubiesen acumulado suficiente riqueza. Igualmente el Parlamento se componía de elementos vinculados a las altas capas sociales, por lo que en las leyes que nacían de dicha institución primaban intereses que favorecían a esas mismas clases. Se atentaba contra la educación de las clases populares, intentando con esto detener cualquier posibilidad de insurrección de las mismas.

Por ello, es que con el advenimiento incipiente de la revolución industrial, el objeto de la economía se amplía de la única que era la producción agrícola, a también la creación de nuevas industrias que trajeron como consecuencia el desplazamiento de la riqueza de unas clases a otras, surgiendo el capital financiero, el crédito y el comienzo de la elevación de los individuos más hábiles y capacitados.

³ LUCAS VERDÚ, Pablo y otro. “Manual de Derecho Político”, Vol. 1. Editorial Tecnos, Madrid. 2001.

El Estado Democrático se consolida entonces, cuando las clases medias adquieren mayor capacidad y poder, y vienen a ser la llamada *burguesía*, que al ver acrecentada su fuerza económica, busca suplantarse políticamente a la nobleza, al clero, y a los grandes terratenientes, para lo cual lucha por implantar una nueva arquitectura estatal, acorde más con sus intereses.

La nueva estructura del Estado democrático-burgués, se comienza a delinear mediante ideas que señalaban que la verdadera soberanía reposa únicamente en “la voluntad popular”, en miras a asegurar a todos los ciudadanos: libertad, igualdad y bienestar. De este estado de cosas, surge una nueva fuerza: la opinión pública que cimentaba sus bases en el individualismo y constituía el motor poderoso, la guía segura del orden social y político que debían corresponder a los esquemas del nuevo Estado.

Se mantenía que el Estado Democrático debía estar al servicio de todos, y éstos siendo primero hombres y luego ciudadanos, contraían por eso mismo el deber primordial de salir a la defensa de los atributos humanos destinados a servir a los propios fines individuales, con potestad para luchar por esas prerrogativas e impedir que las actuaciones del Estado mismo pudieran ocasionar daño a los individuos, suprimiendo arbitrariamente esa libertad.

Reconociendo lo que corresponde a cada quien, debemos afirmar que es *Francia* quien tiene la honra de ser la patria de la verdadera doctrina del Estado Democrático Burgués, porque fue allí donde tomó cuerpo el movimiento de los “iluministas” o “racionalistas”, cuyos representantes más connotados fueron: Voltaire, Montesquieu y Rousseau.

Voltaire, tuvo como propósito contribuir a la reforma del sistema imperante, más que a un cambio estructural. Por ello es que, aplicando el método racionalista, ataca al fanatismo, los prejuicios y las viejas

instituciones, la autoridad de las consagradas figuras influyentes, los defectos de la realeza, la intransigencia del clero y de la clase noble, pidiendo las reformas que eliminen los males sociales graves.

La libertad, para él no era otra cosa que la tolerancia, independencia religiosa, albedrío sin trabas que sirviera de garantía para luchar contra todo aquello que llevara el sello de la arbitrariedad.

Para Voltaire, el presupuesto de más alta categoría es la “razón”, porque el hombre es perfectible y no se puede esperar todo de él. Pero la razón reclama libertad de pensamiento frente a la “esclavitud del espíritu”, al igual que una conciencia general que se irá motivando día tras día en el sentido de engrandecer la lucha contra leyes y costumbres entenebrecidas por el fanatismo y la irracionalidad.

Montesquieu, por su parte, ambicionaba para Francia un régimen monárquico en el que prevalezca la existencia de una Constitución tendiente a consolidar gobiernos formados por la nobleza y la burguesía, pero coexistiendo un Parlamento representativo.

Para el Barón de Montesquieu, *la libertad* no existe más que en un gobierno moderado; pero, esta condición no es suficiente si por alguna circunstancia ese mismo gobierno abusa del poder. “Una experiencia eterna, dice, nos enseña que todo hombre que detenga el poder es llevado a abusar de él, y por este camino va hasta donde encuentre límites adecuados para su contención. ¿Quién lo creería? la virtud misma tiene necesidad de límites. El abuso de poder no es impedido sino en el instante en que por disposición misma de las cosas el poder detenga al poder, lo cual implica no un poder único y concentrado, sino una cierta distribución de poderes separados”.⁴

⁴ MONTESQUIEU, citado por el profesor HAURIOU.

Justamente el mérito más importante de Montesquieu es haber analizado, con mayor claridad que Locke, la separación de poderes, a los cuales distingue entre poder legislativo, ejecutivo y judicial, manteniendo que todos ellos se hacen un contrapeso mutuo, por lo que la naturaleza misma de las cosas les llevará a actuar en pleno concierto y armonía. Esta mutua colaboración entre ellos llevará a alcanzar los fines naturales del Estado.

Jean Jacques Rousseau, finalmente, constituye el gran teórico francés de la igualdad política y social, para lo cual estructuró con gran lucidez la doctrina del contrato social, tratado en su magna obra que lleva el mismo nombre y publicado en 1789. “La doctrina del contrato social, reviste dos aspectos contradictorios: Si su punto de partida es liberal e individualista, el de llegada es absolutista y negador de la libertad individual”.⁵

Según el tratadista Michel Fabré, Rousseau parte del principio según el cual el hombre, si bien vivía en estado de naturaleza antes del contrato social, estaba abandonado a sus propias fuerzas para defender su libertad; pero, luego de ese pacto su libertad se transformó en libertad civil, reconocida expresamente y protegida por el Estado. Antes del contrato aludido, la libertad de los seres humanos era individual, pero luego se convierte en libertad colectiva, de la cual cada sujeto recupera una fracción de ella, mientras el resto queda una e indivisible, y de esta manera llega a la conclusión de que el titular de esta libertad nueva y su consiguiente soberanía, al cual el contrato da nacimiento, se llama Estado o el Pueblo, según el punto de vista desde el cual se lo vea.

De esa manera, la teoría del contrato social, dentro de la cual el pueblo es el titular de la soberanía sirvió de fundamento al Estado democrático o popular.

⁵ FABRE, M.H. Principes Républicains de Droit Constitutionnel.

Luego del estudio de estos tres connotados pensadores, no es suficiente el mismo para esclarecer lo concerniente al Estado democrático del Siglo XIX. Debemos tomar en cuenta el pensamiento plasmado en las obras económico-filosóficas de Adam Smith, Jeremías Bentham y John Stuart Mill, los cuales señalan lo siguiente:

Adam Smith, fue el fundador de la economía clásica, con la doctrina del laissez-faire, laissez-passer, es decir el dejar hacer (para la industria), dejar pasar (para el comercio); que rechazaba el entrometimiento del Estado frente a las actividades económicas. Los intereses egoístas de los individuos, decía este pensador, si se dejan libres de toda interferencia del Estado y son alumbrados por la educación común y la enseñanza profesional, buscarán la armonía con los de la colectividad y, por lo tanto, con los intereses superiores del Estado.

Jeremías Bentham, desarrolló al máximo la teoría utilitarista, proclamando que dos son, en sustancia, las reglas de conducta sugeridas por la doctrina: la primera es que la felicidad de cada uno debe estar siempre en armonía con la felicidad de todos; la segunda, que la educación de los ciudadanos debe ser de tal naturaleza que cada uno advierta la existencia de un ligamen estricto entre el propio bienestar y el de toda la comunidad.

En 1763, el Rey de Gran Bretaña dictó medidas tendientes a prohibir la colonización del oeste Norteamericano, lo cual, unido a la política del Parlamento Inglés que obstaculizaba el desarrollo industrial y comercial de su colonia más importante, fue creando un ambiente de descontento general que se convirtió en fuerza revolucionaria que alcanzaría límites insospechados por las inconsultas decisiones del reinado de Gran Bretaña.

En la primavera de 1775, comenzaron las hostilidades bajo la jefatura suprema de George Washington y entonces, el Congreso se vio obligado por las masas de colonos y nativos, a proclamar la cesación de las colonias mediante la declaración de independencia redactada por Thomas Jefferson, donde se lee: “Todos los hombres nacen iguales. Todos ellos han sido dotados por el Creador con ciertos derechos inalienables, entre ellos la vida, la libertad y la aspiración a la felicidad”.

En esa declaración, se insistió enfáticamente en que solo al pueblo le corresponde instituir el poder y asegurar su propio destino proclamando sin ambages la soberanía popular.

La guerra entre Inglaterra y las colonias norteamericanas se prolongó hasta 1781, fecha en que las fuerzas británicas capitularon ante Washington cerca de Yorktown.

Una vez terminada la contienda, las riendas del poder pasaron a la clase burguesa norteamericana, pues ésta junto con el logro de la independencia, derrotó a la nobleza británica y a los grandes terratenientes que en la etapa colonial, eran los detentadores del poder.

c) La Revolución Francesa.

Sin duda el feudalismo y la monarquía absoluta constituían un obstáculo para el progreso nacional de Francia. El Rey se apoyaba en la fuerza social de los grandes propietarios del clero y la nobleza, ocupando esta última los cargos importantes del gobierno e incluso del ejército; frente a esta realidad, las nuevas doctrinas de los pensadores ingleses y galos se habrían pasado en las capas ilustradas de la sociedad, así como en la clase burguesa, cuyo poder económico iba en aumento al igual que su influencia política.

Debido al creciente descontento popular, en 1788, Luis XVI convoca a los Estados Generales que se reunieron el 5 de Mayo de 1789 en Versalles. La inmensa mayoría de los diputados estaba formada por banqueros y comerciantes, interesados en la abolición del sistema absolutista.

El 17 de Junio de 1789 los diputados se declararon representantes de la Nación, y se constituyeron en Asamblea Nacional. Tres días más tarde, el Rey ordenó cerrar las puertas del salón donde sesionaba la Asamblea, pero los diputados se reunieron en otra sala cercana, en franco desafío a la decisión de aquél. El 14 de Julio de 1789, el pueblo de París, alentado por los jefes que iban apareciendo en escena, resolvió el asalto de La Bastilla, a lo cual siguieron los levantamientos populares en varias provincias; y así, la Asamblea Nacional redactó y aprobó en 1789 la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, en donde se proclamaron los principios sobre los cuales debía basarse la nueva Constitución, que entre otros eran los siguientes: la abolición de los estamentos, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, y el reconocimiento explícito de la soberanía popular.

Como el grupo que dirigía el proceso revolucionario pertenecía a la clase emergente, rigurosamente burguesa, en dicha declaración se proclamó el principio siguiente: “la propiedad es un derecho sagrado e inviolable del que nadie puede verse despojado”.

En vista de que la situación social se convulsionaba cada vez más, y con ella la falta de alimentos y el alto costo de la vida estaban llevando a extremos de desesperación al pueblo, el 10 de Agosto de 1792 se precipitó el asalto al Palacio Real de Las Tullerías, el mismo que cayó en poder de los revolucionarios consumándose así el derrocamiento de la monarquía absoluta. El 20 de Septiembre de 1792 se reunió por primera vez en París la Convención Nacional elegida por sufragio universal masculino; los

representantes del mismo se dividieron entre Jacobinos, Girondinos y el Estado llano. La Convención proclamó la república y condenó a la pareja real a la pena de muerte.

En 1793 los jacobinos establecieron una dictadura revolucionaria bajo el nombre de “Comité de la Salud Pública” presidido por Robespierre, hombre de férrea voluntad y de potente elocuencia demagógica, quien solía afirmar: “no se ha hecho bastante por la Patria cuando todavía quede algo que hacer por ella”. Sin embargo, la miseria del pueblo continuaba y crecía a la vez la presión del mundo feudal y de los propios grupos enemigos de los jacobinos, hasta que el 28 de Julio de 1794, Robespierre y los suyos fueron acusados y condenados a la pena capital. Durante los cuatro años de gobierno dictatorial se fue abriendo paso el sistema capitalista en la industria y el comercio, pero las clases populares no encontraban remedio eficaz contra su miseria, por lo cual se desencadenó la “conspiración de los iguales” bajo el ariete intelectual de Babeuf, quien insistía en esta proclama: “necesitamos la igualdad, pero no la aludida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, sino una igualdad real que sea un hecho entre nosotros, bajo el techo de nuestras casas”. Babeuf denunciado de intentar una conjura, fue condenado a muerte.

Es así como, aparece Napoleón Bonaparte, genio de la guerra y estadista de altas calidades humanas, quien en 1799 y luego de victorias resonantes en el campo militar, disolvió el Parlamento Bicameral, obligando a los congresistas a la transferencia del poder a tres cónsules, el primero de los cuales debía ser él. En 1804 fue proclamado emperador, restableciendo en Francia la monarquía la cual dio impulso vigoroso a la industria, y se expidió el llamado *Código Civil de Napoleón*, abriéndose nuevas rutas comerciales para acrecentar el intercambio de la manufactura francesa.

En contraste con los éxitos logrados en algunas materias, se expidió en 1791 una ley que prohibía terminantemente el derecho a la huelga y se afectaron los derechos de los trabajadores.

Tras haber conquistado Napoleón la mayor parte de los territorios europeos, en 1812 declaró la guerra a Rusia, conduciendo contra esa nación 600.000 hombres, que luego de una lucha encarnizada, tomó Moscú, pero el emperador Bonaparte a la final fue derrotado por las tropas rusas y se vio obligado a volver a París sin el ejército que había sido totalmente exterminado.

Después de la caída de Napoleón, en 1815 se creó la “Santa Alianza”, con la participación de casi todos los Estados Europeos, con el fin de combatir cualquier movimiento revolucionario que tuviera lugar en esos vastos dominios.

Desde ese año no hay duda que el desarrollo económico en toda Europa tomó ritmo acelerado, puesto que fue el inicio de la expansión industrial y comercial que favoreció el triunfo del individualismo en la economía, así como de las ideas liberales en el ámbito de la política europea y aún mundial.

d) La Independencia de los pueblos de América Latina.

La influencia de todos aquellos autores a quienes debemos la concepción de la doctrina liberal llegaron a América y aportaron al pensamiento de eminentes personajes como Bolívar, Nariño, Santander, Sucre, Camilo Torres y otros próceres de la Independencia Latinoamericana, quienes en sus discursos, ensayos políticos, escritos de periódicos, cartas, desarrollaban los principios expuestos por los pensadores europeos, y las constituciones de países como Francia e Inglaterra fueron consultadas por nuestros próceres para aportar en las leyes fundamentales, comenzando por el de la Gran Colombia en 1821 hasta las constituciones de la actualidad.

La literatura política trabaja con la hipótesis de que existe una polarización irreconciliable entre el Estado Liberal y el Estado Social, de que constituyen dos modelos diametralmente opuestos de vertebración política de una sociedad moderna, sin que sin embargo, la experiencia histórica y la realidad avalen plenamente tal afirmación.

El discurso político actual, parte de la presunción de una radical ruptura entre el Estado Liberal y el Estado Social. De cualquier manera, tanto el uno como el otro aparecen como expresión del Estado de Derecho, *lo que los diferencia radicalmente de los Estados autoritarios o fascistas.*

2. PERÍODO DE TRANSICIÓN

Los principios ideológicos que sirvieron de base para la construcción del Estado Liberal, fueron acogidos en buena parte de los pueblos del mundo hasta la terminación de la Primera Guerra Mundial. Desde 1920 hasta la Segunda Guerra Mundial, esos principios recibieron el impacto de la concepción totalitaria del Estado, principalmente en pueblos de Europa, Italia, Alemania y Rusia. Este sistema surgió, en momentos en que los países estaban en el proceso acelerado de modernización, con variantes según la nación analizada.

La palabra *absolutismo o totalitarismo* indica, una ordenación política basada en un poder político ilimitado, por lo general ejercido por una sola persona. Etimológicamente deriva de *legibus solutus*, que quiere decir no atado a las leyes.⁶

⁶ LUCAS VERDU, Pablo. “Manual de Derecho Político”, Vol.1 Editorial Tecnos, Madrid. 2001.

En definitiva, el sistema credencial absolutista o totalitarista se refiere a una persona que posee, ejerce y transmite el poder político: Monarca, emperador, príncipe, etc.

Podría decirse además, que el sistema totalitario apareció como consecuencia de la primera conflagración mundial que había dejado extrema miseria en grandes zonas de la población, así como también fruto del resentimiento y frustraciones en sectores acosados, que los llevó a movilizarse políticamente con el fin de participar con decisión en el sistema socio-económico, aspirando a sacar del juego a las elites que tradicionalmente habían gobernado.

Las crisis que tuvieron lugar después de concluida la Primera Guerra del orbe, dejó al descubierto sobre todo en Europa, a una clase gobernante llena de incapacidad para afrontar crisis y resolverlas eficientemente, así como también dejó a las claras que existía una clase trabajadora incapaz por sí sola de llevar a cabo una revolución de carácter estructural. Eso trajo como nueva consecuencia el conflicto de clases, que afectaron particularmente a las capas medias de la sociedad, que habían casi desaparecido entre un capitalismo monopólico y un avance del comunismo, considerado nefasto por el liberalismo.

Frente a esta realidad aparece el pensamiento del filósofo alemán Juan Federico Hegel quien creó magistrales presupuestos para un nuevo orden, que fueron aprovechados oportunamente por los movimientos totalitarios, tanto de derecha como de izquierda. Para este filósofo y pensador, “la soberanía, vale decir, el mando y el poder políticos, no derivan de ningún contrato social entre los individuos, sino directamente de la individualidad misma del Estado, el cual encarna y realiza, como ente supremo e independiente, *el querer universal* o mejor *la conciencia colectiva*, la cual, a su vez, es la síntesis de las experiencias individuales y sociales”⁷

⁷ OLANO, Carlos Alberto, Olano Hernan Alejandro. “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas Estado Social de Derecho”. Tercera Edición. Ediciones Librería del Profesional, Colombia. 2000.

Hegel argumentaba que el Estado se presenta como una persona moral que alcanza plenitud en cuanto promueve el bien de los individuos, protege la familia y guía a la sociedad civil. En el sistema hegeliano no hay puesto para la libertad individual per sé.

El hombre solo es libre si su actividad se identifica con la del Estado, en correspondencia de lo singular con lo universal. De esta manera, si entendemos la libertad de la sociedad como un todo, tendremos que también se cumple la libertad más alta del individuo. Hegel afirmaba, que el individuo carece de derechos naturales, no solo porque la absoluta decisión pertenece al Estado y no al individuo, sino que también porque un derecho individual fuera del Estado, no tiene ningún sentido.

Llegó a sostener que la historia del Estado, de sus leyes, de sus obras, y de sus funciones no son otra cosa que la propia historia del espíritu.

Respecto de la dialéctica hegeliana, Demaría señala que opera de la siguiente manera: “toda situación pública o privada, toda circunstancia social, todos los eventos se realizan porque llevan en su seno fuerzas que tienden siempre, en forma inevitable, a un movimiento. Empero, al concretarse, se plasman diferencias que generan eventos o fuerzas contrarias, acciones, proyecciones subjetivas, poderes particulares opuestos. De este contraste surge una nueva situación de desarrollo, derivada, en parte, de las características de los contrarios, dando lugar a una nueva contradicción, y así indefinidamente en un ininterrumpido proceso de cambio”.⁸

⁸ DEMARIA, Giovanni. “Lo Stato Sociale Moderno.

Respecto de la suprema ley hegeliana, podemos aludir a que este filósofo alemán no vaciló en afirmar que siendo el Estado, principalmente, un verdadero mundo condensador de ideas es indispensable crear una continua y articulada organización que vaya operando en el devenir histórico por obra del Estado mismo, en cuanto a sociedad espiritual, y no como acción desarticulada de los individuos como tales, en contraste los unos con los otros, fuera de la órbita integradora del Estado.

Por esta concepción es que podemos afirmar que nadie podrá negar el influjo de este filósofo en la cimentación de las bases ideológicas de los Estados totalitarios, tanto de derecha como de izquierda.

La doctrina política totalitaria que tuvo auge inusitado y difusión a escala mundial entre las dos grandes guerras, encarna una frontal oposición a liberalismo del Siglo XIX, consistiendo su esencia en que al Estado se le deben otorgar facultades omnímodas para intervenir en todas las esferas de la vida comunitaria, exaltando el nacionalismo autoritario más extremo lo mismo que un anti-individualismo intransigente dentro de la organización disciplinada de la sociedad a base de categoría humana excepcional, de conformidad con lo dicho por Federico Nietzsche.

Este sistema político se encarnó en el gran mito nacionalista autoritario cuyos líderes, no vacilaron en desencadenar una serie de horrores en la Segunda Guerra Mundial.

Conjuntamente con este tipo de Estado, vino otro denominado *Estado Autoritario Rígido (no totalitario)*, que viene a ser un Estado de hecho, de tipo transitorio, que nace del quebranto de la legitimidad constitucional, cuyas causas radican en aquellas crisis profundas de los pueblos que no se logran superar con sistemas y métodos de la democracia clásica, individualista o liberal.

A este tipo de Estados se los conoce popularmente como dictaduras, cuyos factores de identificación varían según se trate de dictaduras conservadoras o de tendencias avanzadas, pero que en definitiva cualquiera de ellas nacen como consecuencia de crisis en las estructuras económicas, políticas y sociales de las naciones.

Cuando se presentan este tipo de Estados, la conciencia colectiva prefiere sacrificar un poco las libertades políticas, a cambio de un logro positivo en el proceso económico, una justicia distributiva más humana así como la implantación de un mínimo ético tanto individual como colectivo.

Dentro de esta etapa de transición, también debemos referirnos a la aparición de un nuevo tipo de trabajadores, “el obrero industrial”, que surgió de la convergencia de la ideología liberal-capitalista y de la 1ª. Revolución Industrial. Con este nuevo tipo de trabajador, apareció igualmente una nueva clase trabajadora o “proletariado” denominado por Marx, que fuera objeto de sobreexplotación por parte del liberalismo, casi al nivel de la esclavitud. La consecuencia, fue la lucha de la clase trabajadora y de otros movimientos políticos que levantaron su voz ante tales atropellos del sistema capitalista.

Esto llevó a reformas que culminaron con el surgimiento de nuevas formas de Estado: El Estado Socialista Marxista y el Estado Social de Derecho.

Aparte del movimiento obrero la situación de pobreza, miseria y explotación generó un conjunto de críticas, principalmente por parte de Karl Marx y Federico Engels que en 1848 publicaron el “Manifiesto Comunista”. Estas ideas lograron materializarse con el triunfo de Lenin y Trotsky, con la Revolución de Abril de 1917, implantando la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y un nuevo tipo de Estado: El Estado Socialista.

A partir de 1917, se inició una lucha por la hegemonía mundial, entre estos dos tipos de Estado: Capitalista o Liberal y Socialista; y, solo terminó, en 1989 con el “derrumbe del Muro de Berlín”.

Otro elemento importante en esta transición hacia el Estado Social de Derecho, constituye la Revolución Mexicana que se inició en 1910 y que culminó en 1917, con una nueva Constitución, que fue la primera en el mundo que consagró los derechos sociales de los trabajadores asalariados (en su artículo 123).

Otro de los factores que influyó tremendamente en esta transición, constituyó la repetitiva y cíclica crisis del sistema capitalista, que pasaba de la expansión a la depresión. En el siglo XX hubo dos grandes crisis del Capitalismo, a nivel mundial:

a) El “crack” de 1929 que trajo como consecuencia la baja de las acciones, estrepitosas quiebras, descenso crítico de la producción industrial y el crecimiento espantoso del desempleo; esto dio paso primero, al *New Deal* “Nuevo Trato” de Roosevelt, al “Estado de Bienestar” y al “Estado Social de Derecho”; y,

b) La crisis de 1970, que paradójicamente llevó a la creación del Neoliberalismo, que ha intentado desplazar al Estado Social de Derecho.

El New Deal del Presidente Roosevelt (1933-1938) fue el primer ensayo histórico exitoso en el desarrollo del Estado de Bienestar. Además comprobó que el capitalismo no podía sobrevivir, si sólo se orientaba bajo los mecánicos únicamente del mercado.

Y finalmente, otro de los factores importantes en esta transición, que finalmente llevaron al establecimiento del Estado Social de Derecho, es la constitución de los Partidos Políticos Social Demócratas. Nacen como consecuencia de las disputas entre Lenin, Trotsky y Kautsky, en que Lenin divide el movimiento socialista al crear la III Internacional en el año de 1919, con el propósito de promover la revolución mundial. El resultado fue la creación de dos vertientes:

- a) La socialdemócrata; y,
- b) La comunista, propiamente dicha.

Así, la socialdemocracia abandona la vía revolucionaria y se convierte en reformista, conservando teóricamente varios puntos del socialismo revolucionario, pero prácticamente los abandona: temas como la interpretación económica del Estado, la lucha de clases, la dictadura del proletariado, la abolición de la propiedad privada de los medios de producción, la desaparición del Estado, etc. Y en lugar de esto, mantiene la esencia del capitalismo, a lo cual añade los programas de beneficio social del socialismo.

Estos Partidos Social Demócratas, asumieron el poder en la mayoría de los países de Europa Occidental, después de la 2ª. Guerra Mundial.⁹

3. DOCTRINA ALEMANA

Se inicia con las políticas sociales de Bismarck en Alemania, en la década de los ochenta del siglo XIX, y que se inspiran en la reivindicación de una

⁹ <http://utal.org/movimiento/11c.htm>. "El Surgimiento del Estado de Derecho.

mayor igualdad y justicia social entre las clases sociales. De todas maneras, hay que tener en cuenta los años de 1848 y 1871 con los movimientos sociales europeos, y particularmente alemanes, de los que nacieron verdaderas revoluciones que luego llevarían al Estado Social de Derecho, pues las reivindicaciones sociales y políticas que los impulsó apuntan a un modelo estatal bien distinto del Estado liberal existente.

Los hechos históricos que constituyen un antecedente del Estado Social de Derecho culminan con las políticas sociales inauguradas en Alemania por Bismarck en el complicado equilibrio político que intentó entre autoritarismo y socialismo. Bien puede decirse que las medidas tomadas por este político alemán constituyen, de hecho, la creación de primitivos sistemas de protección social que, en realidad, no son sino concretos mecanismos de realización de los derechos sociales que se cumplirán y se desarrollarán en el siglo posterior.

La Doctrina Alemana, es a la que se debe la traducción y formalización jurídica del pensamiento que llevó al Estado Social de Derecho, como así lo dice Luciano Parejo Alfonso. La paternidad de la fórmula se la dan a H. Heller, quien la acuñó en su trabajo “¿Estado de Derecho o Dictadura?”, publicado en 1903 y en el que sostiene que sólo *la transformación del Estado Liberal de derecho en un Estado Social de Derecho, podría evitar la caída en un régimen dictatorial*. Y en verdad fue profético. Para Heller, la diferencia entre el Estado Liberal y el Estado Social radica, en que mientras en el primero se atiende únicamente a la vertiente formal del principio de igualdad, y prescinde de las relaciones reales de poder; en el segundo, lo decisivo es velar por la igualdad en sentido material, por lo que se debe atender las relaciones de poder, corregir las desigualdades, garantizando a los débiles con libertad y protección judicial, equivalentes a las de los socialmente favorecidos.

4. ESPAÑA Y SU PROCESO

España viene de una tradición *monárquica y colonialista* de muchos siglos atrás. Todas sus constituciones monárquicas desde la de 1812 en adelante se han limitado a autocalificarse, en el propio encabezamiento o título del texto constitucional, como *constitución de la monarquía española*. La monarquía no era adjetivada ni como constitucional, ni como parlamentaria, ni como nada. La monarquía era simplemente española.

Es solo la constitución creada en 1978, la que en forma clara e inequívoca dice en su artículo 1.3¹⁰, lo siguiente: “la forma política del Estado Español es la Monarquía parlamentaria”. El poder constituyente español de ese mismo año, es el primero de su historia que de manera consecuente no se ha limitado a hacer una constitución de la monarquía española, sino que ha definido la misma como *un* elemento de la constitución española.

Con la mencionada constitución, se ha optado por la *recuperación* de la Monarquía en cuanto a la forma política con la que se inició la aventura del Estado Constitucional en España a comienzos del siglo XIX, *pero se ha optado por una monarquía distinta* de la conocida en nuestra experiencia constitucional anterior. La diferencia específica de la Constitución Española de 1978 respecto de las demás de la historia española es doble: Primero, la inclusión de la referencia a la Monarquía no en el título de la Constitución, sino en el articulado de la misma; y, segundo, la definición de la Monarquía no como española, sino como Monarquía Parlamentaria. Al hacerlo, el constituyente español ha querido resaltar dos puntos de capital importancia:

1. Que la Monarquía ha dejado de ser un presupuesto indisponible para el poder constituyente, para pasar a ser un resultado del mismo; y,

¹⁰ PEREZ ROYO, Javier. “Curso de Derecho Constitucional” Octava Edición. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid. 2002.

2. Que la Monarquía ha dejado de tener una legitimidad histórica propia, para pasar a tener única y exclusivamente una *legitimidad democrática*, como las demás instituciones del Estado.

Así mismo, al definirla como Monarquía parlamentaria, el constituyente ha querido resaltar que está constitucionalizando una Monarquía desconocida en la experiencia constitucional española anterior.

A lo largo del proceso constituyente español de 1978, hubo numerosos puntos de encuentro entre las diferentes formaciones políticas que en él participaron, pero lo hubo sobre todo en que la estructura del Estado era la cuestión decisiva a la que la futura constitución tenía que dar respuesta.

Felipe González, ex mandatario español, diría en esos días lo siguiente: “Pienso que el tema de la estructuración del Estado es tal vez el tema clave con el que se enfrente la constitución y probablemente va a ser el tema por el que se defina esta constitución”.¹¹

De cualquier manera, se debe dejar señalado que dicha constitución no fue claramente resuelta, por lo que hasta hoy se habla de ambigüedad del título VIII de la Constitución. Pese a lo que acabamos de indicar, el constituyente tuvo que adoptar *su decisión políticamente conformadora sobre la estructura del Estado* de una manera singular, combinando el establecimiento de un principio, con el reconocimiento de un derecho. Esto trae el principio de unidad.

A partir de esto es que en España se ha vivido un proceso permanente de cambios democráticos, dentro de los cuales debemos resaltar el Gobierno de

¹¹ CARRERAS, Francesc De. “El Estado de Derecho como Sistema”. Cuadernos y Debates, Núm. 1, CEC, Madrid. 1996.

Felipe González, que intentó imprimir en su estilo una marca de *Estado Social de Derecho*.

Desgraciadamente, aparecieron brotes de corrupción y de mala aplicación de la propuesta, que desdijeron de su Gobierno.

Hoy, en la democracia española, encontramos la figura de los reyes como la imagen que proyecta una autoridad moral sobre el pueblo español, pero dentro siempre del encuadre de la Constitución Española.

5. NUESTROS DÍAS: EFICIENCIA Y DEFICIENCIA DEL SISTEMA

El Derecho ha sido un instrumento eficaz en la construcción del Estado Social, pues la mayoría de los avances producidos se han efectuado por la intermediación de normas jurídicas. Igualmente, la vida política se ha visto profundamente alterada por el desarrollo del Estado Social, que ya no va a ser consecuencia del binomio Estado-individuo, sino que van a aparecer de por medio, nuevas organizaciones de la sociedad moderna, como son los partidos políticos, sindicatos, colegios profesionales, asociaciones, fundaciones, ONG's, que van a ser los instrumentos de representación de los intereses individuales, y por ende, actores de la vida pública.

El Estado Social actual, es el resultado de un proceso que arranca en Europa hacia la mitad del siglo XIX, y paulatinamente va adquiriendo mayor vigor y alcance. Se origina en la llamada "cuestión social", consecuencia lógica de las alteraciones causadas por la industrialización, el crecimiento demográfico, el urbanismo y el fracaso político del liberalismo económico puro.¹²

¹² PAREJO ALFONSO, Luciano. Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid. "Estado y Derecho".

Y lo primero en lo que se traduce este tipo de aparición de Estado, es en medidas legislativas concretas de *orden social*, planteadas en relación con específicas situaciones de necesidad urgente. Y, es ya al final del siglo XIX y principios del XX que tienen lugar las primeras acciones del Estado, al intervenir en la vida social con la finalidad de enmendar problemas originados por la evolución misma de la vida económico-social, buscando un efecto pacificador e integrador.

Se dice, que lo que caracteriza el período de la post-guerra, especialmente en las décadas de los años cincuenta y sesenta, es el desarrollo de una economía mixta de mercado que producirá un crecimiento económico desconocido hasta la fecha.

La primera consagración constitucional efectiva al respecto, se produce en la Ley Fundamental de Bonn en 1949, bajo la escueta fórmula de “Estado Social”, que se ha prestado para varias y variadas interpretaciones. Los diversos esfuerzos practicados de hecho en la Alemania Federal, para determinar su contenido, han puesto de relieve, que no es posible precisar el mismo, habiéndose traducido bien en cuatro direcciones distintas:

- a) Estado Social como expresión descriptiva o resumen del conjunto de acciones públicas de intervención social.
- b) Estado Social como situación social de bienestar.
- c) Estado Social como política social y sistema de seguridad social; y,
- d) Estado Social como función – mandato del orden constitucional sustantivo relativo al orden social.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico el significado y el alcance de la cláusula de Estado Social ha dado lugar, también en Alemania Federal, a un intenso debate doctrinal, que arranca en 1.949 por medio de H. P. Pisen quien estuvo a favor del contenido efectivo de aquella como atributiva de la responsabilidad, la tarea y el compromiso del Estado para configurar el orden social. Frente a esta tesis se produjo inmediatamente la reacción contraria de quienes consideran que la cláusula del Estado Social no es más que una fórmula vacía, un concepto en blanco carente de verdadera sustancia.

Esta inicial controversia supuso el reconocimiento de la cláusula de Estado Social no como simple declaración enfática, pero política, sino como verdadero principio jurídico de inmediata aplicación, de alcance discutido y altamente precisado de ulterior configuración concreta.

De lo que vamos estudiando respecto al Estado Social de Derecho en nuestros días, podemos establecer que existen puntos a favor de su eficiencia y puntos que plantean deficiencias del sistema. Por esta razón, a continuación vamos a determinar claramente cuales son las fortalezas que hasta el momento relevan la posición del Estado Social de Derecho; y, cuales son las debilidades que el mismo ha demostrado a lo largo del tiempo.

FORTALEZAS

En materia política

1. El derecho ha sido un instrumento eficaz en la construcción del Estado Social y ha sido el actor principal de la mayoría de avances producidos por este sistema de Estado.

2. Busca perfeccionar la democracia: constituyendo un ente organizador y volviendo a la democracia participativa.
3. Plantea que la masa debe dejar de ser tal, para pasar a ser pueblo, compuesto por individuos, más aún por personas con derechos inalienables.
4. Se tiene a la democracia dentro de dos sentidos armónicamente interrelacionados:
 - a. Democracia política: método de designación de gobernantes, y
 - b. Democracia social: como la realización del principio de igualdad en la sociedad.
5. La participación política está cada vez más formalizada y más mediatizada en detrimento de la importancia de la máxima liberal: “cada hombre un voto”.

En materia económica

1. El Estado es un ente regulador: pues le corresponde establecer las reglas de juego de la economía privada, para garantizar a todos el ejercicio de la libertad económica.
2. El Estado es un ente de control del ejercicio de la libertad económica, para proteger a los débiles, evitando la indebida elevación de los precios y la manipulación abusiva tendiente a obstruir el ejercicio de la libertad económica.

3. El Estado es un ente de fomento del desarrollo de actividades económicas por el sector privado, con las lógicas de infraestructura y de equipamiento.
4. El Estado es un ente empresario, para desarrollar una actividad industrial, *sólo en aquellas áreas que se ha reservado por razones de conveniencia nacional*. No debe incursionar en áreas que constituya competencia irracional frente a la empresa privada.
5. No sólo dirige el proceso económico sino que tiene como fin el desarrollo integral, es decir el desarrollo económico, político, social y cultural, por lo cual esta declaración constituye rango constitucional, en muchos países del orbe.
6. Los beneficios del crecimiento económico y del desarrollo de una economía mixta de mercado, se ven a través del Estado Social de Derecho con un prisma diferente, en la que se encuentran inmersas políticas redistributivas y de elaboración de programas sociales. Se hacen presente la intervención, la planificación, la asunción de nuevas competencias por parte del Estado, el aumento de la burocracia, etc.

En materia social

1. Procura satisfacer, las necesidades vitales básicas de las personas, sobre todo de los más débiles.
2. Distribuye bienes y servicios que permiten el logro de un standard más elevado.

3. A través de lo señalado, convierte a los derechos económicos y sociales e conquistas, en permanente realización y siempre en proceso de mejoramiento.
4. El Estado Social de Derecho constituye el Estado de la integración social, porque pretende conciliar los intereses de la sociedad.
5. Es el propio Estado quien se responsabiliza de las circunstancias materiales de sus ciudadanos, procurando que estén suficientemente satisfechas y supervisando y controlando la vida económica y social.

DEBILIDADES

Los elementos principales de la crisis del Estado Social son:

1. *El descrédito de la idea de progreso indefinido.*

La idea de progreso que se afirma a lo largo del Siglo XVIII cuyo esquema consiste en la superación siempre de lo anterior por lo posterior, es más, que lo precedente es superado siempre por lo posterior, tiene como fuente de alimentación el continuo desarrollo científico y técnico y el paralelo crecimiento económico. Todo esto lleva a la mejora de las condiciones de vida en la sociedad.

Justamente basándonos en lo señalado, se explica la evolución del Estado: del Estado Liberal, al Estado Administrativo – Prestacional

para luego llegar al Estado Social, con responsabilidad universal sobre las condiciones de vida.

En los últimos años, sin embargo, la idea de progreso viene erosionándose, como consecuencia del debilitamiento de su misma base sustentadora; de un lado, el propio éxito de la ciencia y la técnica han ido develando y mostrando cada vez con mayor evidencia una ambivalencia, pues produce beneficios y al mismo tiempo consecuencias negativas. Es más, esta área del progreso necesita permanentemente de ingentes recursos y esfuerzos para la consecución de resultados.

Por otro lado, el progreso inducido por los avances científicos y técnicos ha comenzado a ser visibles a los que cabe considerar límites últimos.

2. *El debilitamiento de la confianza en el Estado como institución cultural garante del progreso racional hacia la integración social justa, la sociedad en paz y justicia, incluso universal.*

Todo esto presenta diversas manifestaciones, de entre las cuales vamos a ver dos:

- a) Pérdida de confianza en la forma actual evolucionada del Estado, como instancia capaz de regular, dirigir y controlar a la sociedad capitalista y de generar desde ella formas de vida con mayores cotas de libertad y emancipación.

Este debilitamiento del Estado Social, guarda relación con la emergencia en los años 70 de la clara conciencia del acercamiento al aludido modelo de Estado, a sus límites, a su agotamiento, no solo

por el desvanecimiento de la idea del progreso, sino también por el resquebrajamiento de la utopía articulada en torno a la sociedad de la producción y el trabajo.

El margen de maniobra del Estado Social es de suyo, limitado. Pero cuando, queda colocado en una situación en la que se acumulan la debilidad de la inversión, el estancamiento de la economía, el desempleo y la crisis de los presupuestos públicos, la conciencia colectiva crítica puede tornarse negativa, por la facilidad de la conexión de aquella situación con los costos inherentes al modelo estatal.

La expresada situación alcanza una posición crítica cuando se decanta en una época de radicales y rápidos cambios, que acumulan demandas y necesidades al Estado, creando incertidumbre en quienes debieran confiar en él, y la desorientación de los miembros de un Gobierno que no consiguen identificar la solución de los problemas.

- b) En la situación de limitación de los presupuestos públicos, se produce una pugna por los recursos disponibles en un contexto de desorientación sobre los fines y sobre la base de los valores emergentes, favorecedores de los egoísmos corporativos y sectoriales, lo que fragmenta los intereses sociales.

El debate intenso al que está sometido el Estado Social, padece inevitablemente de las limitaciones que le marcan su propia historia y el contexto concreto en cada caso.

Por ello, como contrapeso, ha aparecido la moda del paradigma de la economía privada, ante las necesidades de adaptación por la alteración de las condiciones ambientales y sociales. De esta manera,

ha querido diversificarse las respuestas, en base a un pluralismo, descentralización, libre concurrencia, etc. como criterio máximo.

Sin embargo, el error consiste en lo absoluto; en sistemas sociales complejos como los actuales en que se hace necesaria la existencia de lo estatal y, por otro lado, la interpenetración de la complementariedad de lo público y lo privado se hace evidente.

Frente a lo expuesto, “se hace necesaria entonces la pregunta de si la perspectiva y el marco del debate sobre el Estado y su reforma no son inadecuados e insuficientes, justamente por impedir o dificultar, la identificación de los verdaderos problemas y, consecuentemente, el encuentro de las soluciones correctas”.¹³

La clave está en la necesaria concentración en el orden social, teniendo las siguientes connotaciones:

1. La razón de ser del Estado es la generación del orden global armonizador inherente a los fines sociales y económicos; y,
2. El orden económico tiene un claro contenido social, aunque es incapaz de erigirse por sí solo en fuente de normas sociales.

Quiere decir que el orden social, en tanto que parte integrante del orden global, en modo alguno puede presentarse como corsé de lo económico.

La negativa percepción de lo público que parece haberse instalado es, paradójicamente, consecuencia del propio éxito del Estado en la superación

¹³ ARAGON REYES, M. “Libertades Económicas y Estado Social”. Mc Graw Hill, Madrid. 1995.

de sus insuficiencias, deficiencias, contrariedades y contingencias de la vida humana en colectividad. La seguridad vital proporcionada a la mayoría de la población por el progreso inducido por el Estado en su función de instancia de integración social, al tornarse en cotidiano presupuesto, transmuta en negativo su sentido positivo inicial, en una suerte de función compensatoria del vacío de componentes negativos así generado.

Bajo su forma actual de Estado Social y/o Providencial, que busca el bienestar general, si bien ha incurrido dentro de su evolución, en un callejón sin salida pues, aparentemente, no tiene hoy por hoy alternativa válida, es necesario tomar todo aquello positivo de este tipo de Estado, haciéndose necesario el descubrimiento y la apertura de una nueva dimensión o perspectiva, sobre la base del Estado Social.

Puede decirse, que ha sonado la hora del redescubrimiento, del principio de la necesidad del Estado activo como presupuesto de la construcción de una sociedad moderna, que no puede reposar exclusivamente en el valor del mercado.

Se re legitima así, el Estado Social, bajo una nueva forma que debe definirse, por lo que urge la determinación del nuevo Estado que se precisa, y también la superación de la simple y global visión negativa de lo estatal.

6. NUEVOS PRINCIPIOS DE EFICACIA Y EFICIENCIA

Una de las caracterizaciones principales del Estado Social y Democrático de Derecho es la que tiene que ver con la asunción del modelo de Estado responsable universal de las condiciones de vida, del llamado por Guarino “Stato responsabile”.¹⁴ Por tanto, no puede sorprendernos, que la Constitución

¹⁴ Guarino, “Efficienza e Legittimità Dell'azione dello Stato: Le Funzioni della Ragioneria dello Stato nel Quadro di una Riforma della Pubblica Amministrazione, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico”, 1969.

de la República coloque a la Administración Pública bajo la dirección del Gobierno (a efectos de su legitimación desde el principio democrático), la sometan completamente a la ley y al derecho (para su legitimación desde el principio de Estado de Derecho) e incluyan entre los principios de su actuación el de eficacia (para su legitimación desde el principio de Estado Social).

El Artículo 120 de nuestra Constitución Política dice: “No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones. El ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exigirá capacidad, honestidad y eficiencia.

De esta manera, diría que vagamente se habla en nuestra Constitución el asunto de la eficacia y la eficiencia, haciéndose necesario que en un futuro cercano efectuemos alcances importantes a esta norma con la finalidad de establecer de una vez y para siempre límites a los funcionarios, a las autoridades, y a los gobernantes respecto de sus funciones, obligándolos a cumplir las mismas de manera eficiente y eficaz.

La participación en la función ejecutiva asignada constitucionalmente al Gobierno de la Administración Pública, en cuanto servidora del interés general, alude a la exigencia de una acción organizada, programada legalmente, idónea y sistemática para la realización práctica de éste.

Teniendo en cuenta la doble visión sobre la Administración Pública:

- a) Subjetiva (cuando hablamos de órganos de la administración); y
- b) Objetiva (cuando hablamos de la actuación administrativa propiamente dicha).

Esa eficacia evoca la producción intencionada (fin o causa) de una realidad (efectiva y adecuada al fin o causa) como resultado de la acción de un agente idóneo para obrar en tal sentido (es decir, eficaz) y conforme al programa legal.

Así pues, de la entera actuación administrativa en cualquiera de sus dimensiones, la eficacia engloba necesariamente la eficiencia y economía en la ejecución del gasto público encomendado a la administración.

Es decir, se circunscribe a la mejor gestión posible, en términos de relación medios afines, con lo que queda comprendido en el radio de acción más amplio de aquella.

Podríamos entonces concluir, que “la eficacia reclamada por la Constitución y las leyes es, pues, una *eficacia eficiente*”.¹⁵

Al hablar de eficacia, el Tribunal Constitucional Español, en sus resoluciones de Febrero de 1987 y Noviembre de 1989, sienta una doctrina que deja amplio margen, al legislador ordinario, para que pueda legislar basándose en una doctrina que puede resumirse en los siguientes términos:

a) Se trata de un principio (eficacia) que traduce un bien jurídico conectado con el orden superior de valores consagrado en el artículo 1.1 de la Constitución Española, para la construcción y actuación de la Administración Pública de conformidad con él.

Tiene carácter genérico o indeterminado que, siendo capaz de legitimar diversas opciones legislativas, cubre en todo caso el

¹⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano. “Perspectivas del Derecho Administrativo para el próximo milenio” Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá-Colombia. 1998.

régimen jurídico de la administración en tanto que poder público, la organización interna de cada administración y las tiene carácter genérico o indeterminado que, siendo capaz de legitimar diversas opciones legislativas, cubre en todo caso el régimen jurídico de la administración en tanto que poder público, la organización interna de cada administración y las relaciones entre las distintas organizaciones administrativas.

- b) Es un verdadero principio jurídico, en cuanto expresa un mandato y un deber vinculantes para la administración de actuar de conformidad con sus exigencias.¹⁶

Sobre esta base, la eficacia puede definirse como principio jurídico determinante de una situación jurídica necesaria (la realización del interés general), que exige de modo incondicionado (dada la ausencia en su formulación de cualquier estructura hipotética) del sujeto obligado (la administración) a través de su actuación (eficiente).¹⁷

La acción de la administración tiene así, en el presente, una gran trascendencia para la vida social, pues se ha convertido en factor relevante de la funcionalidad del sistema económico y social, en cuanto a los servicios públicos, en el pleno sentido, son o bien elemento diferencial de la economía nacional en su relación con otros espacios económicos, o bien condicionantes de la producción de bienes en el mercado, o bien directamente garantes de los propios recursos humanos. Se explica por ello, la intensidad y la persistencia tanto de la demanda de calidad en los servicios públicos, como de la crítica de éstos desde los criterios de medida propios de la economía privada. Y se explica también *la relevancia constitucional de la eficacia administrativa*.

¹⁶ SSTC 22/1984, de 17 de Febrero; 27/1987, de 27 de Febrero; y 178/1989, de 2 de Noviembre. Resoluciones del Tribunal Constitucional Español.

¹⁷ LAVILLA RUBIRA, JJ. "Voz eficacia". Enciclopedia Jurídica Básica. Ed. Civitas, Madrid. 1995.

Debe dejarse claro, eso sí, que para que pueda cumplirse a cabalidad el principio de eficacia, éste no puede tener contradicción con los principios de legalidad y jerarquía de la Administración Pública, pues la eficacia no legitima una administración construida con materiales contrarios a la Constitución, ni el principio de legalidad puede comportar válidamente requerimientos que hagan impracticable la eficacia y la eficiencia.

Por ello hemos dicho, que la eficacia exigida constitucionalmente, lo es de una administración organizada conforme a la norma fundamental y actuante en la legalidad.

Para poder clarificar, entonces, la diferencia ente eficacia y eficiencia, podríamos decir lo siguiente: “Eficiencia nos lleva a la realización óptima, racional, rápida, completa, profunda, convincente, de las funciones del Estado, es decir, la paz, la seguridad, el bienestar. La eficiencia nos lleva a buscar los medios idóneos, mediante la optimización de recursos, para alcanzar que el Estado cumpla la finalidad de su existencia responsable, de manera confiable, es decir con eficacia, frente a los ciudadanos y la comunidad”.¹⁸

Eficiencia es igual a la utilización de los recursos necesarios para que el Estado cumpla su finalidad última (el bienestar general), de manera confiable y total, y eso es la eficacia.

Constitucionalmente hablando, no hay solo administración legal o ilegal, sino también, y además, administración eficaz o ineficaz. En otras palabras, buena o mala administración.

¹⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano. “La Eficacia, principio de actuación de la Administración, en *Eficacia y Administración*, tres estudios. Imprenta Nacional, Madrid. 1995.

Es que los principios de eficacia y eficiencia nacen del deber jurídico de dar satisfacción concreta a una situación subjetiva de requerimiento en la forma, cantidad y calidad y con los medios y recursos que resultan más idóneos para la gestión.

Solo así, se entenderá que la Administración Pública ha sido idónea para cumplir con sus fines.

Podríamos enumerar a continuación algunas acciones que posibilitarían cumplir con la dimensión de los principios de eficacia y eficiencia administrativa:

- a) Realizar el adecuado diagnóstico de las necesidades públicas.
- b) Cumplir los objetivos en el marco, espacio-temporal programado.
- c) Alcanzar la finalidad política.
- d) Obedecer al control público.
- e) Satisfacer las necesidades públicas con costos razonables.
- f) Respetar reglas de celeridad y sencillez; y,
- g) Actuar con economía procesal y preservar la legalidad administrativa.¹⁹

La eficacia no impone solo obligaciones de *medio* (eficiencia), sino también de resultado.

¹⁹ RAUL – DE VEGA, Pedro. “Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú. Tomo I, Madrid. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. 2001.

En el plano formal, la eficacia como categoría axiológica tiene su positivización en las leyes del procedimiento administrativo, por lo que al imponer el respeto de reglas de celeridad y sencillez, y actuar con economía procesal, también se impone preservar *la legalidad de los trámites administrativos*, evitando así la desnaturalización del debido proceso.

SÍNTESIS

A continuación realizamos una breve síntesis comparativa entre el Estado Liberal y el Estado Social, que podemos inferir de los siguientes puntos:

Estado Liberal. Son principios esenciales de esta escuela los siguientes:

- a) Endiosamiento del individuo y autonomía de la conciencia individual.
- b) El hombre se dirige solamente por su razón.
- c) Se cree que la libertad es la solución de todos los problemas humanos.
- d) Se plantea que el hombre no es un ser social por naturaleza, sino solamente por utilidad.
- e) Se limita el papel del Estado al de mero guardador del orden.
- f) Se tiene una concepción contractualista del orden jurídico; el único derecho originario es el derecho del individuo a la libertad y el fundamento del orden social y político es solo el pacto social.

- g) Primacía del derecho privado.
- h) La libertad individual, es ley suprema.
- i) Restricción de las sociedades tipo corporaciones o gremios, que impiden la libertad individual.
- j) Laicización estatal.

Estado Social. *Este tipo de Estado se determina por las siguientes características:*

- a) Preeminencia de la dignidad humana como valor social supremo y absoluto, a partir del cual se construye el Estado.
- b) Busca perfeccionar la democracia, constituyendo un ente organizador y volviendo a la democracia: participativa.
- c) Plantea que la masa debe dejar de ser tal, para pasar a ser un pueblo compuesto por individuos, y sujetos de derechos inalienables.
- d) La realización de la igualdad a través de la procura de un mínimo existencial y la igualdad de oportunidades.

Es deber primordial del Estado, el mantenimiento de una existencia humana digna, la cual se manifiesta sacando a los individuos de situaciones

de necesidad.²⁰ Igualmente, con el Estado Social el fin que parece perseguirse es la realización de una idea de igualdad, la cual se concreta en el concepto de “igualdad de oportunidades”.

- e) Al Estado Social le corresponde establecer las reglas de juego de la economía privada, constituyendo un ente regulador.
- f) El Estado es un ente de control económico, para proteger a los débiles.
- g) El Estado Social considera de suma importancia fomentar el desarrollo de actividades económicas para el sector privado.
- h) Se procura un orden social que conlleva, la previsión de una línea de conducta para el Estado, de modo que éste regule fenómenos sociales, sume la protección de sectores de la población, conciba políticas de recaudación y ejecute el gasto para alcanzar tales fines.
- i) Las funciones del Estado Social, son funciones de servicio, que buscan satisfacer la necesidad de una existencia digna para cada ciudadano, e implican una remodelación social.

Dentro de ésta síntesis, brevemente nos referiremos a las características del Estado totalitario, para tener una idea completa de nuestro estudio:

Estado Totalitario.

- a) Poder absoluto del Estado.

²⁰ Doehring, Karl. “Estado Social, Estado de derecho y orden democrático” –El Estado Social-, Primera Edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1978.

- b) La persona está bajo el poder del Estado, de manera ilimitada. El individuo carece de valor por sí mismo, por su dignidad propia.
- c) Los derechos humanos son concesión del Estado, por lo que dejan de ser verdaderos derechos.
- d) No existen aspectos privados, íntimos, extraños a la actividad estatal.
- e) Primacía del derecho público.
- f) Existe un partido único, volviéndose la ideología: oficial.
- g) Control central y dirección de la economía.
- h) Todos los medios usados por el Estado se vuelven “lícitos”.

Reflexión sobre la persona humana y el bien común.

Existe una naturaleza humana que es la misma en todos los hombres. Visto así, damos por admitido que “el hombre es un ser dotado de inteligencia y que, como tal, procede con la comprensión de lo que hace y, por consiguiente, que tiene la facultad de determinar por sí los fines que persigue. Por otra parte, está dotado de una naturaleza o estructura ontológica que constituye un centro de necesidades inteligibles; el hombre tiene fines que forzosamente corresponden a esa constitución esencial y que son idénticos para todo”.²¹

²¹ MARITAIN, Jacques. “El Hombre y el Estado”. Club de Lectores, Buenos Aires. 1984.

Esto implica que hay, por la mera virtud de la naturaleza humana, un orden o una disposición que la razón puede descubrir y de acuerdo con la cual debe proceder la voluntad humana, a objeto de afinarse o ajustarse a los fines esenciales y necesarios del ser humano. Las leyes no escritas o derecho natural no son otra cosa que lo enunciado.

En resumen, diremos que el derecho natural es algo tanto ontológico como ideal; es algo ideal, porque se fundamenta en las esencias humanas y en su estructura inmutable, y en las necesidades inteligibles que ello involucra.

El hombre, filosóficamente considerado, es un ser compuesto de espíritu, alma y cuerpo. Los tres elementos forman una sola sustancia, que denominamos persona: sustancia individua de naturaleza racional, según la vieja definición de Boecio.

Esta definición supone que la persona es sustancia concreta y existente, completa, o sea que no es una simple cualidad que dependa de otro para existir, pues es irrepetible.

Cada hombre es *individualidad*, que se distingue de los demás miembros de la especie humana; e individualidad *inteligente*, dotada de razón.

Finalmente podemos decir que existe toda una filosofía sobre la persona humana, filosofía de la que se desprende su nobleza, su grandeza y su dignidad, fundadas en dos razones:

- a) En su espíritu, infinitamente superior a la materia, “hecho a la imagen y semejanza de Dios”. ²²

²² BIBLIA DE ESTUDIO. “De Las Américas”. Foundation Publications Inc. California. Estados Unidos de Norteamérica. 1997.

- b) En su destino trascendente y eterno que lo diferencia radicalmente de todas las demás criaturas.

Este ser humano, del cual hemos hablado antes, es un ser eminentemente social y como tal forma grupos, formaciones, instituciones, que desempeñan funciones propias hasta llegar a la institución plena llamada Estado.

El Estado, no abarca únicamente *individuos*, sino también grupos sociales, que desempeñan funciones propias y que, en todo Estado bien organizado, *deberían ejercer alguna de las finalidades que él tiene actualmente.*

Vista así a la sociedad y al Estado, ahora señalamos que *la causa final de la sociedad es el fin que ésta persigue, el bien que ella busca, una vez que fin y bien son equivalentes.*

El hombre cuerdo obra en toda circunstancia por un fin. El Estado, cuya causa material es el individuo, no puede estar dispensado de proceder así.

La teoría del Estado, no puede olvidar el estudio del fin, pues éste en primer término, es uno de los elementos que permite diferenciar al Estado de las demás sociedades.

El fin, además, constituye el principio especificador y animador de la organización social, la fuerza motriz de ésta, la medida de la competencia del Estado.

Otros pensadores se preguntan si el Estado es *fin en sí mismo, o simplemente medio*; pero nosotros consideramos que el Estado es, a la vez, fin y medio. Fin, en cuanto el hombre, en lo que no atañe a su destino o a sus intereses

esenciales, está ordenado al Estado; medio, en cuanto el Estado a su vez, está ordenado al bien total de la persona humana.

Con este breve análisis, podemos finalmente establecer lo que constituye el bien común, como fin principal del Estado. En toda sociedad hay dos coelementos distintos: los individuos, que no pierden su ser personal, al entrar en sociedad; y la colectividad, reducida a unidad por el orden que existe entre aquellos y por su mancomunal esfuerzo para la consecución del fin común, bajo la dirección de la autoridad.

Más así como hay dos coelementos en la sociedad, existen dos bienes correlativos: *el bien particular y el bien común*.

El bien común no es el bien individual pues el Estado no es una simple colección amorfa de individuos, dentro de la cual se confunden el bien común y el bien individual. Tampoco es el bien común una suma de bienes particulares, pues el bien común es bien en sí, independiente de consideraciones subjetivas.

Por otro lado, el bien común no es un valor absoluto, pues tampoco el Estado es absoluto. El Estado es un valor relativo por lo que, consecuentemente, lo es también el bien común. El bien común permanece en la esfera de la vida temporal y está subordinado al último fin de la persona humana.

La armonía entre el bien común y el fin de los ciudadanos no es en suma posible, sino cuando se parte de un triple concepto:

- a) La limitación del Estado a la vida temporal.
- b) La perennidad de la persona humana.

c) Subordinación del bien común estatal al bien humano cabal.²³

Definiendo el bien común podemos decir que consiste en “la coordinación de los bienes particulares hecha por la autoridad, a fin de que el hombre encuentre en la sociedad política todo lo que es necesario para la consecución de su destino temporal.”²⁴

El estudio que acabamos de efectuar, va a servirnos en los siguientes capítulos, para enmarcarnos dentro del tema de este trabajo: “El Estado Social de Derecho”, pues su contenido constituye elemento esencial dentro de este tipo de Estado.

²³ LEBRET O.P. “Découverte du Bien Común”. Paris, 1947.

²⁴ TOBAR DONOSO, Julio. “Elementos de Ciencia Política”. Cuarta Edición. Educ., Quito, 1981.

CAPITULO II: FUNDAMENTACION DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Para entrar en el tratamiento de esta materia, debemos iniciar por conceptualizar la frase *Estado Social de Derecho*, para lo cual podríamos tomar cualquiera de muchas que existen sobre este tema. Sin embargo, proponemos la definición que ha dado el autor español García-Pelayo, quien dice así:

*“El Estado Social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso el Estado liberal burgués), a las condiciones sociales de la civilización industrial y post industrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con su grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos”.*²⁵

El Estado Social, en definitiva, tiene como características la realización de la igualdad a través de la procura de un mínimo existencial y la igualdad de oportunidades, así como la procura del orden económico y de un orden social, en el que la persona sea el centro de la acción administrativa del Estado y su Gobierno.

El Estado Social es, el precipitado de una evolución histórica transformadora de las convicciones generalizadas sobre el papel del poder público en el orden económico y social; evolución en la que han sido determinantes tres factores vinculados entre si: las consecuencias derivadas de los conflictos bélicos mundiales; la Primera Guerra Mundial plantea al Estado problemas de organización en una escala hasta entonces desconocida, lo cual llevó a la Administración Pública a asumir las funciones precisas para sostener el

²⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel. “Las Transformaciones del Estado contemporáneo”. Segunda Edición. Editorial Alianza, Madrid, 1994.

esfuerzo bélico, pero al mismo tiempo mantener la producción y los servicios colectivos con la mayoría de la población que se encontraba en armas.

En la Segunda Guerra Mundial, se consolida la idea de organización estatal, donde prevalecerá el nacionalismo y el instrumento de la planificación. Como efecto de la post-guerra, para asegurar la reconstrucción nacional, el Estado se obliga a una acción sistemática de configuración social y un considerable reforzamiento del control público de las actividades productivas.

- a) El desarrollo acelerado y generalizado del progreso técnico y de la utilización práctica social el mismo, generador de cambios en las condiciones de cumplimiento de la elemental función de regulación social consustancial al Estado. Esto acarrea la creación de cada vez nuevas necesidades sociales, requerimientos de espacio físico y de recursos que ese progreso supone, unidos tanto al desarrollo industrial y el crecimiento demográfico y urbano que induce a una cada vez mayor dependencia social en que el individuo cae, revelando al mismo tiempo el peligro y los riesgos del libre juego de las fuerzas sociales, *por lo que el Estado debe verse urgido a una intervención reguladora más amplia y global.*
- b) La influencia del pensamiento socialista, en el que la línea favorable al intervencionismo estatal y al desarrollo del poder público, adquiere neto predominio desde principios del Siglo XX.

La concurrencia de todos estos factores concluye en el protagonismo que constituye esta concepción de Estado, consagrada constitucionalmente en muchas constituciones a nivel mundial, particularmente en la del Ecuador, y

se resume en que esta modalidad de Estado, el Social y Democrático, es una fórmula que responde a las necesidades actuales de solución a los graves problemas que aquejan a la sociedad moderna.

1. ¿EN QUE CONSISTE?

El concepto general de participación que vamos a utilizar, arranca del sentido etimológico, lingüístico y jurídico del tema:

Etimológicamente, el término “participación” está compuesto del sustantivo latino *pars, partis*, es decir parte o porción; y, en una acepción diferente, partido, causa o bando. Y tomamos del verbo *capio, capere, sepi*, esto es tomar.

Así pues, por un lado significa la acción de tomar parte y, por otro, tomar partido. Por tanto, el participante es quien toma parte en alguna cosa; y también quien toma partido por una cosa.

Lingüísticamente, el sustantivo (participación), según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua tiene dos significados: El primero se refiere a *la acción y efecto de participar*; y, el segundo, al *aviso, parte o noticia que se da a uno*. Igual sucede con el verbo “participar”, que significa *tener una parte en una cosa o tocarle algo de ella*.

Así pues, en el lenguaje ordinario, conserva dos significados, el primero de los cuales será acogido en el lenguaje jurídico y, particularmente, en el jurídico-público: *Se participa tomando parte en la adopción de una decisión. En cualquier caso, la participación debe incluir la información suficiente y necesaria, que viene a constituir en el presupuesto esencial para participar.*

Jurídicamente, las diferentes ramas del derecho se ocupan en formas distintas de la participación. En el ámbito del derecho público, participar significa “concurrir en el proceso de adopción de decisiones de los poderes públicos por parte de los ciudadanos”, poniendo en relación la sociedad o un conjunto de ciudadanos de una comunidad política, con los poderes públicos de la misma.

Desde la perspectiva del Derecho, “el concepto de participación deviene un principio jurídico y, además y consecuentemente con ello, lo que la doctrina italiana designa como “*concetto valvola*”, que sirva para adecuar el ordenamiento de los procesos evolutivos que se dan en la vida política y social”.²⁶

Complicado, en cambio, resulta una diferenciación entre participación política y administrativa, puesto que muchas decisiones administrativas se convierten en políticas y afectan a intereses y valores de la comunidad.

El abogado costarricense Rafael González Ballar define a la participación ciudadana de la siguiente manera:

“Un proceso gradual mediante el cual se integra al ciudadano en forma individual o participando en forma colectiva, en la toma de decisiones, la fiscalización, control y ejecución de las acciones en los asuntos públicos y privados, que lo afectan en lo político, económico, social y ambiental para permitirle su pleno desarrollo como ser humano y el de la comunidad en que se desenvuelve”.

Participar es hacer el ejercicio legítimo como ciudadanos, dentro de nuestro deber de construir nuestro propósito como Nación y ejercer el control y la vigilancia de la gestión pública.

²⁶ NIGRO, M. “Il nodo della Partecipazione”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1980

“La presencia de los ciudadanos en los asuntos públicos es una condición necesaria para alcanzar la gobernabilidad democrática”.²⁷

Hoy que está de moda hablar de derechos fundamentales o de derechos humanos, bien podríamos decir que la realización progresiva de los derechos humanos, está en relación directamente proporcional al aumento de la calidad de la participación ciudadana. Esto no obsta, de que debamos reconocer que aunque en el artículo 1º de nuestra Constitución Ecuatoriana, se define al Estado de la República como un “Estado Social de Derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada”, en la práctica prevalece una marcada exclusión de la mayoría poblacional respecto a la toma de decisiones sobre los asuntos públicos.

Todo esto trae la penosa pero verdadera situación de que el consenso sobre decisiones trascendentales, se las lleva a cabo por grupos minoritarios, con claros intereses burgueses, y con una marcada intención de acumular más poder, a despecho de quienes son usados para elegir a quienes no representan el verdadero sentir popular.

Una de las causas generadoras de tal marginamiento, es la deficiente información a la que la ciudadanía tiene efectivo acceso; y, por otro lado, la falta de conciencia que se tiene acerca de las posibilidades ofrecidas por nuestro marco jurídico en cuanto al reconocimiento de espacios de participación social y democrática.

Hasta ahora venimos teniendo como mecanismos de participación ciudadana los siguientes:

²⁷ CHINQUILLA, Tulio. “Temas Constitucionales”. Revista de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, año 2, No. 6, Bogotá. 1993.

- a) *Referendo*: Convocatoria al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica.
- b) *Consulta Popular*: Institución mediante la cual se efectúan preguntas al pueblo, de carácter general, sobre asuntos nacionales, territoriales o locales, sometidas por el Ejecutivo, para que se pronuncie al respecto.
- c) *Revocatoria del Mandato*: Derecho político que tienen los ciudadanos para resolver la revocatoria del mandato otorgado a los alcaldes, prefectos y funciones o de su plan de trabajo.
- d) *Cabildo Abierto*: Reunión pública de Consejos Municipales en la que los habitantes pueden participar directamente, con la finalidad de discutir asuntos de interés para la comunidad.
- e) *Procesos Eleccionarios*: Derecho y obligación (en el caso de nuestra Constitución y Ley Electoral), de participar en todo proceso eleccionario, nacional o seccional, con la finalidad de elegir a sus representantes. Igualmente todo ciudadano que cumpla requisitos legales, puede participar como candidato en las elecciones correspondientes.

2. ¿PARA QUE SIRVE?

El Artículo 26 de la Constitución Política de la República del Ecuador dice textualmente:

“Los ciudadanos ecuatorianos gozarán del derecho de elegir y ser elegidos, de presentar proyectos de ley al Congreso Nacional, de ser consultados en

*los casos previstos en la Constitución, de fiscalizar los actos de los órganos del poder público, de revocar el mandato que confieran a los dignatarios de elección popular, y de desempeñar empleos y funciones públicas...”*²⁸

Este derecho de participación ciudadana, agrupa entonces, los derechos del individuo, en tanto miembro de una comunidad política determinada, a tomar parte en la formación de una decisión pública o de la voluntad de las instituciones públicas.

Jellinek, incluyó los derechos de participación dentro del status activae civitatis, que confiere al individuo una posición jurídica de ciudadanía activa, que a su vez sirve o permite la participación de éste en la formación de la voluntad estatal, de acuerdo con las normas jurídicas. Esta participación puede ser como elector en los sistemas representativos, o por el mismo en las democracias que se acercan a la directa, además de otras formas específicas de participación que el autor va desgranando a lo largo de las páginas de su obra como la del Jefe de Estado, de los representantes, de los funcionarios públicos, etc.²⁹

Al ejercitar funciones estatales, el individuo actúa como un órgano del Estado; pero de esta posición funcionalista no concluye que los derechos políticos tengan como única razón de ser la satisfacción del interés del Estado. Por el contrario, el Estado con sus leyes, otorga a los individuos un poder positivo o un derecho subjetivo de hacer valer, en beneficio suyo, la situación jurídica. De esta manera, el individuo satisface simultáneamente un interés general y un interés individual.

²⁸ Constitución Política de la República del Ecuador. “Capítulo III. De los Derechos Políticos”. Art. 26.

²⁹ JELLINEK, George. “Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi, traducción al italiano de la 2ª.Ed. Alemana de 1905. Docietá editric Libreria, Milán. 1912.

Sin embargo, debemos indicar que la posición de Jellinek nace en el contexto de un Estado como Alemania, y de una forma de Estado anterior, y por tanto diferente al Estado Democrático de Derecho. Hacemos referencia, a la época de tránsito entre el Estado Autoritario y el Estado Liberal de Derecho.

Por tanto, la teoría de Jellinek no se ajusta a la forma de Estado vigente desde la segunda post-guerra.

En la actualidad, no se puede seguir teniendo el fenómeno de la participación como “la presencia de un intruso en el escenario del poder”, que no es dueño del mismo en medida alguna, y que por lo tanto poco puede hacer distinto de vigilar cómo se ejerce.

En cambio, si la persona es titular del poder, la participación se torna en su escenario natural y propio, el lugar donde lo ejerce. En este sentido, la función del Estado será solamente vigilar y coordinar el ejercicio de la potestad decisoria que ahora está en cabeza de “quien participa”.

Frente a esta novedosa posición, que podríamos llamarla “moda participativa”, también debemos indicar que entrañan *peligros reales y tremendos*, por lo que se hace imprescindible buscar un equilibrio.

La participación sirve, entre otras cosas, “para construir legitimidad, para eliminar o al menos reducir el insondable abismo que separa al Estado de la sociedad”, *pero su abuso puede terminar generando un puente en el vacío*.

Uno de los peligros graves que se cierne sobre la participación es su vacuidad de poder, pues penosamente “a la gente se le pregunta todo, pero para no hacerle caso de nada” ³⁰. Es decir, se ha creado el mecanismo de consulta para

³⁰ GOMEZ CARDONA, EFRAÍN. “Derecho Administrativo Social y Democrático”. Tomo I. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Editorial Linotipia Bolívar. Bogotá.

manipularlo populistamente, y por otro lado buscando legitimar decisiones autoritarias que son tomadas por los agentes del poder.

Por tanto, o conseguimos que *la participación sea poder* o preferible que “caiga el velo que la muestra como tal sin serlo”. Que los gobiernos de turno dejen de tomarla como instrumento válido para sus extralimitaciones, que terminan burlando siempre, o casi siempre, la voluntad de un pueblo ávido por cambios que cada vez son más indispensables.

Los graves problemas que aquejan a las sociedades modernas, son comunes a todas, sobre todo a las subdesarrolladas, como es el caso de la ecuatoriana, y generalmente son en los ámbitos educativos, de salud, de vivienda, de empleo, económicos, en fin y en una palabra, *de calidad de vida*.

Justo para lograr esta ansiada “mejor calidad de vida”, se hace necesaria la presencia del inmejorable instrumento de la participación de la ciudadanía en los procesos de decisión de lo que, en definitiva, son asuntos esencialmente de su interés.

Hay que dismantelar el paternalismo, que comienza por negar toda posibilidad de decisión a los hijos, en sus propias vidas, lo que a la final repercute “en el ejercicio de un auténtico poder político”.

El objeto de la participación ciudadana es promover la eficiencia en la gestión pública, orientar la gestión de la administración a la obtención de resultados conforme a las necesidades sociales, establecer esquemas de responsabilidad, de rendición de cuentas, *intentando desmontar la cultura de la corrupción*.

Debemos recalcar, frente a lo expuesto antes, que la participación de la ciudadanía no solo es útil en un proceso electoral, es además la mejor

herramienta para combatir el clientelismo, la corrupción y todos aquellos fenómenos que son el flagelo de nuestra sociedad.

El ciudadano ya no debe conformarse con criticar una realidad que lo agobia, sino que debe asumir la posición de vigilar y velar por que la honestidad y la honradez imperen en todo organismo de la función pública y que maneja recursos de la Nación.

El pueblo no busca crear el caos y la anarquía, como sistemas de gobierno. Las sociedades latinoamericanas son más bien de temperamento tranquilo, entre ellas la ecuatoriana, pero se encuentran asqueadas la tanta corrupción, de tanto desatino, de tanta desigualdad, por lo que en vista del desgobierno que en cada uno de los países se está viendo, buscan hacer justicia por su propia mano. Este es uno de los peligros que estamos viviendo, pues no es lo debido tomar justicia de esta manera; sin embargo, esperemos que las autoridades, que los líderes de los gobiernos tomen conciencia de lo grave de la situación y permitan que la ciudadanía tome parte en los procesos de cambio que las sociedades reclaman. *Una decisión sabia de este tipo, es el único medio que no solamente pacificará al pueblo, sino y sobre todo dará la legitimidad a las decisiones de los gobiernos, que realmente debería constituye el elemento más importante para cualquiera de ellos.*

Desgraciadamente, por la vía que está siguiendo nuestro país, no solo no estamos haciendo nada en pro de la tan ansiada participación, sino que estamos haciendo demasiado en contra. El problema fundamental consiste en la desmesurada concentración de poder tanto político como económico, que bien podría decirse que es uno solo político-económico, donde ya no hay diferencias sino que se han unido ambos haciéndose uno, donde los apetitos personales y de grupo prevalecen sobre los intereses esenciales de una colectividad.

“O se hace real y sinceramente algo por desconcentrarlo, o es vano todo discurso de ser Nación, de vivir en paz”.³¹

A continuación, vamos a analizar la insuficiencia del repertorio de posibilidades de participación social que existe en Estados como el nuestro, lo que ha permitido dar a la Administración Pública una extralimitada libertad, que nos ha llevado a la situación que actualmente nos aqueja.

3. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

Antecedentes del Problema

La sociedad contemporánea vive en espacios “vacilantes”; es un tiempo de indefinición, en el cual no se deben buscar todavía las certezas, porque las cosas no son todavía ciertas, ni lo van a ser mañana; el acceso a nuevas certezas va a demandar aún tiempo.

Las respuestas, en este ámbito de incertidumbre, no están dadas y, precisamente, es esta incertidumbre la que va a permitir debatir, negociar, no para imponer un orden, sino para encontrar las vías posibles y deseadas para una vida en conjunto a escala global y local.

“Los *micros* y las *macro ciudades* se parecen por ser extremos de exclusión, en el primer caso, o de falta de acceso, en el segundo. En las primeras, porque faltan muchos elementos imprescindibles para el desarrollo humano; y en las segundas, porque se presentan como si fueran cárceles de acero y

³¹ MONTANER, Carlos Alberto. “El Mercado y la Libertad entran en la Escuela”. Escrito aparecido en el Diario el Tiempo de Bogotá. Fecha desconocida.

vidrio que monopolizan el poder a un costo de contaminación, de inseguridad y de stress”.³²

Precisamente, el desafío del presente en ésta pos modernidad, identificada como la *sociedad de riesgo* frente a la sociedad segura, como la *sociedad del conocimiento* frente a la sociedad de la ilustración, como la *sociedad propietaria del saber*, frente a la sociedad propietaria de la tierra, nos plantea y nos convoca a que imaginemos las medidas y los mínimos del hombre para vivir en todo lugar grande o pequeño sin exclusiones ni marginación.

La fórmula a alcanzar consiste en darle los verdaderos contenidos a la “aldea posible”, brindándole servicios esenciales con oportunidad de acceso solidario a la integración tecnológica, informática y cognoscitiva de la red global dominante. O el hombre tiene un hábitat posible o directamente es un *desierto humano*, dominado por el capitalismo avasallante que le ha dejado como única posición: *ser partícipe de la miseria y la ignorancia*.

Justo en este punto, se encuentra el Ecuador de hoy, *como a la mitad del río* sin saber como pasar al otro lado. Nos fuimos de la modernidad, nos pareció poca la ilustración, mezquina la vida rural, agrícola y ganadera y nos ha convocado el riesgo y la aventura de la innovación, en un mundo superado por la ambición y escaso de prudencia, moderación y moral.

La vida tiene que ser local y global a la vez, para que tenga auténticamente sentido.

El secreto pasa porque “nuestra aldea”, “nuestra ciudad”, “nuestra nación” preserve su identidad y contenga todos los medios para acceder a la red de la globalización dominante.³³

³² LUENGO, Enrique. “Educación, Mundialización y Democracia: Un circuito crítico”. Universidad Iberoamericana, México. 2001

La “aldea global” consiste en un lugar ideal, abstracto, común, accesible, con un poder dominante, con una cultura dominante y con una sociedad dominante, porque es ella la que baja definiciones y contenidos a la red de interconexión.

Por su parte, “la aldea local” es la dimensión concreta de la aldea global, *lo personalizado*, el espacio vital de todos y cada uno, con su realización urbana y rural adyacente, con desarrollo local que se integra con su heterogeneidad social a la tecnología y el conocimiento de la red global. Es justamente nuestra localidad organizada, la que *devuelve certeza, confianza y seguridad al hombre*, una vez que se sumó a la red de los servicios esenciales y a los rumbos de la integración de la economía y del bienestar del desarrollo.

Cuando conseguimos situar nuestro hábitat en su contexto: desarrollo, calidad de vida e integración, tenemos resuelta la *sustentabilidad política de la gestión pública con la democracia de acceso, con la democracia de deliberación*.

Todo esto, nace de la imposición que demanda la solidaridad y *la participación* como atributos irrenunciables de los derechos fundamentales del hombre en nuestro tiempo, más necesitados de realizaciones que de poemas y declamaciones.

La vida local se desarrolla en nuestras ciudades, por lo que somos nosotros *los ciudadanos*, y a los derechos subjetivos de los ciudadanos hay que sumarles los derechos subjetivos de *la propia ciudad*. Hay quienes consideran que las ciudades también son titulares de derechos fundamentales, visto desde el punto de vista de que deben apuntar a la integración, a la

³³ DE SEBASTIÁN, Luis. “Un Mundo por hacer. Claves para comprender la globalización”. Ed. Manjares, Madrid. 2002.

prestación, a la protección y a la comunicación del hombre en su vida en la ciudad.

De allí, la presencia de los derechos fundamentales para hacer renacer el poder municipal, cumplir con la seguridad ciudadana, la ordenación territorial, la planificación ambiental y las prestaciones de los servicios locales propios de acceso directo del ciudadano en el marco de la red local de todo tipo de comunicación.

Frente a lo planteado, una inmensa parte de la humanidad no tiene acceso a los servicios y a la integración. Los llamados *desiertos humanos* existen; es una humanidad sin espacios vitales, sin pertenencia, sin inserción y sin acceso, lo que ha vuelto una deuda que tenemos todos que pagar. Millones de hombres, mujeres y niños “perdieron la batalla de la vida sin haber ido a ninguna guerra”. La ambición económica, la gula por el poder, el apetito del capitalismo trágico, la barbarie del terrorismo, la injusticia del reparto de la riqueza mundial, nos dan testimonios de hombres cuya existencia avergüenza a la propia especie humana, pues en su vida desconoció de caridad, de solidaridad y de dignidad.

La “famosa globalización” tiene una fuerza específica potenciada a escala para enfrentar desafíos planetarios comunes de desarrollo y de lucha contra la pobreza, pero, por su propia naturaleza, está signada por límites declarativos de que ella *no todo lo puede*.³⁴

Quienes están llamados a velar por la mejora de este dinámico proceso deben ser capaces de conceptualizar la reformulación y reubicación que supone la incorporación de nuevas variables en la ecuación de *lo global*. Sin duda, el mercado como mecanismo de intercambio se ha transformado en el instrumento de una nueva cultura.

³⁴ DE SEBASTIÁN, Luis. “Un Mundo por hacer. Claves para comprender la globalización”. Ed. Manjares, Madrid. 2002.

Paralelamente, la tecnología debe contribuir *al fortalecimiento de la democracia*, dinamizando los vínculos comunicativos entre la ciudadanía y la clase dirigente, evitando así la “fragmentación social”.

Alternativas de Solución

El ejercicio de la democracia debe ser entendido como una estrategia de acción social dirigida a lograr un control colectivo, en libertad, de los mecanismos que regulan, equilibran y nivelan la sociedad. En definitiva, se conjuga la solidaridad con la libertad social y económica, que constituyen la base de la creatividad y la competitividad de la organización civil.

En este marco, la tutela de los derechos fundamentales se postula como una tarea perentoria; la constitución de todos los países democráticos del mundo, en particular la nuestra, procura la consecución de una *ecuación proporcionada entre la libertad y la autoridad*. A tales fines provee las estructuras organizativas necesarias para asegurar en los hechos la vigencia de las garantías sustanciales conferidas a los individuos.³⁵

Los derechos fundamentales derivan *de la dignidad del ser humano, destinatario último y principal de la protección del Estado*. De ella emana la igualdad esencial de todos los hombres, en tantos seres que disponen de razón y que tienden a un fin propio de plenitud, por su capacidad potencial de acceder a la verdad.

En el campo del derecho, esta dignidad esencial e igual del hombre y sus corolarios (vida, libertad, propiedad), se traducen en la necesidad de un

³⁵ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. “El Derecho Internacional en los Albores del Siglo XXI”. Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa. Madrid, Trotta. 2002.

reconocimiento positivo de los derechos y garantías que son su manifestación en la relación social.

Siendo derechos inherentes al ser humano, tienen preeminencia sobre las prerrogativas del Estado, cuyos fines se deben ordenar a garantizar su efectiva vigencia.

Son derechos *naturales*, inalienables e imprescriptibles, de referencia inexcusable en la estructuración constitucional de un Estado democrático.

Los derechos fundamentales pueden ser clasificados atendiendo los momentos históricos de su consagración constitucional. Así se consideran de *primera generación* los relativos a las libertades públicas; de *segunda generación*, los derechos sociales; y de *tercera generación* los que conciernen a la sociedad considerada en su conjunto, que no tienen una titularidad individualizada sino que corresponden al colectivo humano, como por ejemplo los derechos que se refieren al medio ambiente.³⁶

Los *derechos individuales* son los que tiene todo ser humano a que se le respete y garantice una esfera de acción privativa e inviolable. Los *derechos políticos* son los que resultan de la organización democrática del poder a través de la participación en la formación, las actividades y las decisiones de los órganos del Estado, comprensivos del acceso a la función pública.

Por su parte, los *derechos sociales y económicos* son consecuencia de la evolución de la sociedad y del efecto expansivo del progreso tecnológico. Estos factores han determinado a su vez la renovación de la nómina de derechos que se persiguen como fundamentales, pues es necesario alcanzar un desarrollo integral del hombre.

³⁶ FIORAVANTI, Mauricio. “Los Derechos Fundamentales”, 2da. Edición. Madrid, Trotta. 1998

A éstos, podemos añadir los *derechos de titularidad social*, los que si bien pueden exteriorizarse en un caso particular, exclusivo, sin embargo, tienen que ver con la sociedad en su conjunto, y consisten en aquellos que tienen relación del hombre con el medio ambiente y con el acervo cultural histórico.

Esta breve enunciación de los derechos fundamentales no puede prescindir de herramientas procesales que posibiliten su tutela jurisdiccional expedita y eficiente; por ello, esta declaración constitucional de derechos fundamentales requiere imprescindiblemente del prever garantías prácticas, que aseguren su efectiva vigencia.

Frente a esto último, debemos reconocer que no todos los países (inclusive Ecuador), están en condiciones de garantizar un elenco, cada vez más amplio, de derechos.

El texto constitucional otorga atribuciones al Estado y reconoce derecho inalterable a las personas. *Ni unas ni otros pueden tener supremacía; ambos deben armonizarse dentro del marco del “orden jurídico constitucional”*. Así la relación libertad y autoridad se manifiesta en la normativa constitucional, pues ni los derechos ni el poder son absolutos, sino que debe primar una *armónica relación entre individuo – Estado, libertad – autoridad, garantía – prerrogativa*; en suma, un pendular equilibrio entre mando y obediencia.

El poder actúa como límite de los derechos subjetivos de los administrados; y viceversa, los derechos fundamentales lo hacen respecto del poder.³⁷

Es necesaria la intervención estatal, que garantice el cumplimiento de las tareas del Estado; pero, de ninguna manera por existir la misma, debe dejar de ser eficaz por lo que se hace necesaria una intervención estatal no muy

³⁷ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. “La Lucha contra las inmunidades del poder”, 3ra. Edición. Civitas, Madrid. 1983.

amplia, pero eficaz pues su actuación debe responder a principios de: *racionalización, profesionalización, simplificación y modernización.*

Tras la consideración de la relación entre libertad y autoridad, y en relación con los vínculos entre la axiología (teoría de los valores y de los juicios de valor) y los derechos fundamentales, corresponde afirmar a propósito de estos últimos que:

- a) Tienen en la axiología su principio de razón y fundamento, a partir de *los valores fundamentales naturales, que se normativizan en los valores constitucionales y se ponen en práctica en los valores administrativos.*
- b) Nacido de lo anterior, *garantiza su eficacia con la axiología administrativa*, que asegura una “recta administración”, con el deber de servir al hombre.
- c) Así, *se limitan las inmunidades e impunidades del poder*, y cimientan el “Estado de Derecho” por medio de un imparable proceso de reducción de las prerrogativas no justificadas.
- d) *Tienen efectos vinculantes para la conducta administrativa* en tanto su contenido esencial es “un límite de límites”.
- e) *Son el reflejo de garantías fundamentales* a través del “garantismo social” que engendran obligaciones públicas para el Estado.
- f) *Expresan la axiología de la verdad*, con exigencias de racionalidad en la comprensión, para llegar a un Estado de bienestar y solidaridad (Estado Social de Derecho); y,

- g) Son el soporte que sirve para la reconstrucción del Derecho Administrativo en el Estado Democrático de Derecho.

Dentro de este panorama, en que los derechos humanos o fundamentales han tomado una vigencia especialmente importante, *la participación ciudadana es un valor en sí mismo y contribuye a la consolidación democrática, visto que debe controlar y limitar el poder del Estado.*

Estimula el compromiso de los miembros de la comunidad en el procesamiento y solución de las demandas sociales, al tiempo que desarrolla una cultura democrática basada en la tolerancia.

Por otro lado, la participación ciudadana crea nuevos canales empleados por los grupos de presión para articular intereses y enriquecer los flujos de información. Así mismo, la participación incrementa la eficiencia de la política económica y el impacto social de los proyectos de desarrollo; por último, promueve la equidad y la solidaridad mediante ayudas para superar la exclusión.

Estas características que son esenciales en la participación ciudadana, vuelven necesario el fortalecimiento de la *Sociedad Civil*, en toda su diversidad frente al Estado.

La única manera de asegurar que el Estado intervenga en beneficio del interés público, es a través de un cada vez más efectivo sistema democrático de Gobierno. La eficiencia de las intervenciones del Estado no depende tanto de su racionalidad técnica, como de su autonomía política en relación a intereses particulares.

Una adecuada acepción de gobernabilidad requiere la profundización de la democracia, por la difusión de instrumentos de poder capaces de expresar el dinamismo de la sociedad civil.

Además, la relación entre beneficiarios y los servicios públicos, es un “sistema de relaciones complejas” entre un conjunto diferenciado de usuarios y de agentes que no tienen las mismas preocupaciones, los mismos instrumentos de intervención, y peor aún movilizan los mismos recursos en estas interacciones. Es por ello, que las estrategias metodológicas e institucionales puestas en práctica por las administraciones públicas, tienen un efecto diferenciado en el tipo de relación que construye con los usuarios, y por ende en el tipo de participación que será posible consolidar.

Si consideramos los objetivos de la ciudadanía frente al proceso de participación, éstos van desde un extremo en que redundan en el ejercicio de los propios derechos y el fortalecimiento del capital social, tejido organizacional y redes sociales; hasta otro extremo, marcado por un sello instrumental, en el cual el beneficio que se extrae es el bien o servicio que otorga la política o programa, el que apunta a satisfacer necesidades básicas de las personas involucradas.

En este punto, podríamos definir como *núcleo esencial del derecho de participación* así: “la colaboración activa en el procedimiento de elaboración de una norma, de una decisión administrativa, de un acto administrativo, mediante la integración de los pareceres formulados en un expediente”.

La profundización de la democracia exige hoy día considerar el poder no solo como un atributo de los Gobiernos, sino también de la sociedad civil y de los

mercados. Ello supone entonces enfatizar las dimensiones políticas del Gobierno por sobre las condiciones administrativas y técnicas.³⁸

Aún cuando la necesidad de modernizar el Estado es evidente, la pregunta que prevalece es si esta institucionalidad y proceso contribuye efectivamente al desafío del fortalecimiento e instancias autónomas de la sociedad civil y de los derechos ciudadanos.

Como vimos antes, las características fundamentales de la participación ciudadana son en resumen las siguientes:

- a) Valor en sí mismo que contribuye a la consolidación democrática, al controlar y limitar el poder del Estado.
- b) Estimula el compromiso de los miembros de la comunidad en el procesamiento y solución de las demandas sociales.
- c) Desarrolla una cultura democrática basada en la tolerancia.
- d) Crea nuevos canales de enriquecimiento de los flujos de información, que sirven para articular todos los intereses sociales.
- e) Incrementa la eficiencia de la política económica y el impacto social de los proyectos de desarrollo.
- f) Promueve la equidad y la solidaridad, mediante ayudas – colaboraciones para superar todo tipo de exclusión y discriminación; y,
- g) Legitima las actuaciones de los Gobiernos, lo cual produce un clima de paz y armonía sociales.

³⁸ GONZALEZ, Rodrigo. “Participación Ciudadana en la Gestión Pública”. Informe en Línea , *asuntos públicos.org*, Santiago de Chile. 2001.

La débil participación ciudadana en la actual gestión pública ecuatoriana, deja en evidencia que la vinculación virtuosa entre modernización y ciudadanos aún debe ser construida. *Las condiciones para que ello ocurra suponen: una sociedad civil que avance hacia su constitución y progresiva democratización; un Estado facilitador que garantice espacios públicos para el ejercicio de una ciudadanía activa; y un régimen político que vele por el fortalecimiento y profundización de la democracia y el cumplimiento de los derechos ciudadanos.*

CAPÍTULO III: MECANISMO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y SU APLICACIÓN EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

1. ESTADO SOCIAL Y PARTICIPACIÓN CÍVICO – POLÍTICA

La participación ciudadana, en el conjunto de los asuntos públicos, se configura en la Constitución, cuando de Estado democrático se trata. En este sentido, afirmamos que radica la soberanía en el pueblo, sentado el principio de la emanación del pueblo de todo deber constituido y efectuada la opción básica a favor de la forma política parlamentaria; es decir representativa, la participación que ahora nos ocupa no puede menos que articularse en torno de la figura nuclear del mandato electoral o representativo.

Por tanto, toda manifestación que nace de la participación descansa sobre la idea clásica de legitimación del poder, es decir, la necesaria conversión de las opciones políticas en normas jurídicas que nacen del Parlamento. La actividad ejecutiva pues nace de tales normas con lo cual se monta esta actividad sobre el principio institucional burocrático, pues su justificación se alcanza por la doble vía de la subordinación y responsabilización de la ejecutiva ante el Parlamento y la vinculación por el principio de legalidad y desarrollo – jurídico.

A continuación, vamos a pasar revista a las técnicas con las que contamos desde el principio de Estado democrático y que están claramente al servicio del sistema representativo:

- a) Consagración, en el plano sustantivo, del principio superior del pluralismo político y, en el organizativo, del de constitución electiva del poder.

- b) Racionalización de los principios mencionados mediante la afirmación del papel de los partidos políticos como agentes de formación y manifestación de la voluntad popular, y lógico instrumento para la participación política.
- c) Amplia configuración de la opinión pública, cimentada en los derechos fundamentales de libertad de pensamiento, expresión y comunicación, que se encuentran previstos en todos los convenios internacionales sobre derechos humanos, y en las constituciones políticas de los países del orbe.

Pese a todo lo antes señalado, los parlamentos del mundo entero han tomado conciencia de lo insuficiente de los mecanismos participativos generales y formalizados, en un Estado actual complejo, tanto en mecanismos directos, como por medio de representantes de carácter electivo. Si a esto añadimos, que los mismos mecanismos que nacen del mandato de los poderes públicos, sin insuficientes para facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, debe llamar la atención de autoridades elegidas por elección popular, para encontrar en un futuro inmediato todas aquellas formas y medios para conseguir que la participación sea una realidad y, de ésta manera, que el Estado Social de Derecho cumpla con uno de sus objetivos fundamentales.

El mandato dado constitucionalmente, al conjunto de poderes públicos para facilitar la participación, supone la imposición de un estricto deber jurídico, el que se traduce en los siguientes puntos:

1. El necesario establecimiento de los partidos políticos, buscando su organización y funcionamiento democráticos y erigiéndose en protagonistas del canal de la participación política, aspecto

fundamental que consta en la Constitución Política de la República del Ecuador.

Sin embargo es muy claro, que el Estado Social de Derecho, que rige la organización jurídico-política del Estado Ecuatoriano impide cualquier exceso en la interpretación de la función fundamental de los partidos, que pueda volverse una expresión de monopolio de la participación ciudadana.

2. Por lo mismo, hoy más que nunca es importante la trascendencia del desarrollo y articulación adecuados del derecho fundamental de asociación, que en definitiva busca las condiciones indispensables para una integración social viva y operativa.

En este aspecto, destacan los sindicatos y asociaciones empresariales, garantizados por nuestra Constitución, donde además aparece sin ninguna duda que el legislador asegura su intervención en cada uno de los ámbitos de la vida económico-social, donde se haga pertinente la defensa o la promoción de los intereses a que obedecen estas asociaciones. Es indudable, que el legislador debe seguir otorgando, en el ámbito de la participación económica y social, un papel protagónico a estas organizaciones, no obstante que se presenta el problema de determinar hasta qué punto es posible concretar constitucionalmente, los perfiles del deber de facilitar la participación a través de estos agentes democráticos. Incuestionablemente, por lo pronto, la complementación de la participación política responde al ser mismo del Estado Social, en el que ni la organización del poder público y la sociedad pueden considerarse ni distintos ni contrapuestos.

En relación nuevamente a la concreción del deber constitucional de propiciar la participación, se torna muy difícil alcanzar formulaciones precisas; sin embargo, vamos a intentar varias aproximaciones.

- El estatuto que regula sindicatos y organizaciones de tipo empresarial deben tener el mayor grado de amplitud y flexibilidad que permita la ordenación del derecho de asociación.
 - Estas organizaciones deben tener un trato preferente respecto a la generalidad de los sujetos destinatarios de dicha acción, refiriéndonos al conjunto de bienes y valores constitucionales correspondientes.
 - El deber estatal comprende la precisión para el legislador de contemplar la intervención de éstas organizaciones justo en los ámbitos señalados por la Constitución como pertenecientes al orden u organizaciones económico-sociales y entregadas por la misma en mayor medida a las políticas propias del Estado Social.³⁹
3. En último término, el deber de facilitar la participación política, económica y social nos lleva a la necesidad de desarrollar dentro del marco constitucional, los derechos fundamentales que tienen relación *con una opinión pública libre*.

En este sentido, queremos detenernos para profundizar sobre este tema, pues consideramos que es una de las fuentes más importantes para el desarrollo de la participación ciudadana, dentro del Estado Social de Derecho. La comunicación entre los ciudadanos, el Gobierno y su Administración, tiene lugar a través de diferentes medios, de origen y significado jurídico

³⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano. "La participación en el Estado Social". Actualidad Administrativa, núm. 5. 1987.

heterogéneo. Los ordenamientos jurídicos a lo largo del tiempo han ido configurando un cuadro de instrumentos jurídicos no siempre coincidentes entre sí, que persiguen la transparencia de la actuación administrativa como elemento esencial de la realización del principio democrático y, obviamente, presupuesto necesario de la participación en la toma de decisiones del Gobierno y la Administración.

El hombre por su naturaleza es un ser eminentemente social, por lo que le es necesario para su desenvolvimiento y desarrollo personal, que sean conocidas sus necesidades en búsqueda de ayuda por parte de otros individuos con el fin de satisfacerlas, cuando individualmente no puede hacerlo por sí mismo.

Por ello, la manera más simple de cumplir con este cometido – por parte de cualquier ser humano – es expresar dichas necesidades, lo cual crea un indispensable *intercambio* de información entre unos y otros miembros de la sociedad, dando como resultado una interacción que hoy en día se ha vuelto indispensable para el desarrollo de las sociedades.

Sin embargo, es penoso pensar que no en todos los “países democráticos” se protege la libertad de opinión, de la misma manera y en la misma medida.

“La libertad de expresión en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es además un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”⁴⁰

Pero, hablando de *opinión pública*, propiamente dicha, es un término cuyo concepto data de la modernidad; para ello fue importante tanto la

⁴⁰ “Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000.

intervención de la imprenta como los movimientos de reforma y contrarreforma europeos. En la modernidad se construyen coherentemente los grupos sociales cohesionados por ideas comunes, de tal forma que se configuran unas mentalidades propias a cada grupo que redefinen la forma de verse a sí mismos y a los demás, y, por tanto *las opiniones públicas aparecen*.

Cuando el soberano era el referente rector en el castigo, la opinión pública algunas veces se inclinaba por ser condescendiente con el condenado, exaltando muchas veces su valor frente al suplicio; luego, cuando el referente fue ya el cuerpo social, no hubo suplicio pues el castigo se trasladó a la cárcel; la estructura social misma se hizo una copia de la cárcel al instaurar un claro régimen de vigilancia continua.

Foucault atribuye a la modernidad “un esfuerzo para ajustar los mecanismos de poder que enmarcan la existencia de los individuos, una adaptación y un afinamiento de los aparatos que se ocupan de su conducta cotidiana, de su identidad, de su actividad, de sus gestos, y los vigilan” ⁴¹

En este sentido, intentando aproximarnos a una conclusión, el camino hacia una opinión pública más madura y responsable comienza por una inspección de temas fundamentales que deben ser centro de nuestra permanente preocupación, y dándoles prioridad, aportar todos los días en un avance hacia el encuentro de la verdad.

Dentro de esta esfera de *ver a la opinión pública como una manifestación responsable de la sociedad*, debemos considerarla como un elemento de gran significación para el desarrollo y protección de los derechos humanos.

⁴¹ FOUCAULT, Michael. “Vigilar y Castigar Nacimiento de la Prisión”. Siglo XXI Editores México. 1978.

Mourgeon dijo que: “Desde la manifestación más simple de las necesidades humanas hasta el ejercicio de la representación democrática en el Parlamento, son actividades que solo pueden efectuarse en medio y por medio de la libertad de expresión públicamente expresada”.⁴²

La Libertad de Expresión, constituye aquél derecho fundamental cuya esencia implica:

- Libre circulación de ideas, opiniones e informaciones
- Difusión de información, por cualquier medio, sin censura previa, sujetas a responsabilidades posteriores establecidas por la Constitución y las leyes, frente a los derechos de los demás.
- No ser molestado a causa de las opiniones emitidas y el poder manifestarlas sin represalias.

Sólo si es posible dar a conocer toda necesidad, problema o requerimiento de parte de los ciudadanos que forman parte de una sociedad, se podrá a su vez dar atención y la respuesta necesaria a cada caso, por parte de las autoridades gubernamentales. Pero, para que esto pueda darse es indispensable que exista un Estado de Derecho, con la suficiente sensibilidad en su gobernante principal, como en sus subalternos, en los que debe primar una verdadera conciencia social, donde para ellos “la persona humana” y su dignidad, sean el centro de todas sus acciones; y donde además, todas las normas jurídicas nazcan de la esencia de esos dos elementos y para atender sus necesidades.

⁴² MOURGEON, Jacques,. “Los Derechos Humanos”. Edit. Fonrrouje. Paris (no se conoce fecha).

“Según ha resaltado buena parte de la doctrina, los derechos de participación en la formación de la voluntad estatal o derechos políticos constituyen la articulación jurídica de la democracia”.⁴³

Son los que C. Schmitt denominó *derechos democráticos* entendidos como la participación en la vida estatal, que se caracterizan por actuar dentro del Estado. Corresponden al ciudadano nacional, no a los extranjeros, y están basados en el principio de igualdad.⁴⁴

Este viene a constituir el derecho de participación política por excelencia que, junto con otros derechos de participación constitucionalizados en varias legislaciones del mundo, entre ellas la española, son el derecho de petición y el de acceso a cargos públicos. También hay que incluir entre los derechos participativos, determinados contenidos de otros derechos previstos en las Constituciones, como son:

- a) Por lo que se refiere al derecho de información, es el caso del derecho de los grupos sociales y políticos significativos a acceder a los medios de comunicación social dependientes de los poderes públicos aparte de la consideración genérica del derecho de información y la libertad de expresión como presupuestos del derecho de participación.
- b) En relación con los derechos educativos, hallamos el derecho de los profesores, padres y alumnos a intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos.

⁴³ PRIETO SANCHÍS, L. “Estudio sobre Derechos Fundamentales”. Debate, Madrid. 1990.

⁴⁴ SCHMITT, C. “Teoría de la Constitución”. Alianza Madrid 982, pág. 174.

- c) Dentro del derecho de asociación, podemos hablar de los derechos de asociación política.
- d) Entre los derechos de los consumidores y usuarios, se puede inferir el derecho de las organizaciones de consumidores y usuarios a ser escuchadas en las cuestiones que les puedan afectar dentro del ámbito correspondiente.

“Debemos resaltar que entre los diversos derechos participativos se produce una interacción mutua o condicionamiento recíproco. Esto es básicamente porque prevalece el principio de unidad constitucional, que evita contradicciones en la interpretación de las diferentes normas constitucionales, lo cual constituye también una mayor garantía de protección de los propios derechos”.⁴⁵

Así, sin la plena protección de los derechos de información y expresión, no se puede ejercer verdaderamente el derecho de participación, al margen de que mientras se ejerce el primero, se está dando el primer paso para participar.

De otro lado, el ejercicio del derecho de asociación política, social o cívica a través de partidos o asociaciones representativas de intereses, constituye la forma habitual y más efectiva de ejercicio del derecho de participación.

En otras áreas de la participación, existen derechos compuestos de dos vertientes: La subjetiva y la objetiva; estos preceptos que formal y sistemáticamente aparecen como instituciones jurídicas, incluyen también un conjunto de facultades atribuidas a sus titulares, lo que quiere decir que llevan implícito un derecho subjetivo, ejemplo: derechos de sufragio,

⁴⁵ HESSE, K. “Escritos de Derecho Constitucional”. CEC Madrid, 1987.

derecho a una iniciativa legislativa popular, o derecho de audiencia en el procedimiento administrativo y de acceso a documentos.

“La consideración de nuevas funciones en los derechos fundamentales, complementarias de la clásica teoría de los derechos públicos subjetivos, por parte de las diferentes construcciones dogmáticas que se han formulado con posterioridad a la teoría liberal clásica, como la *democrática del Estado Social*, o la axiológica o de otros aspectos de su tutela, mencionados al tratar de los status, como el procesal, como el colectivo; desde diferentes ópticas, coinciden en añadir al derecho subjetivo una vertiente objetiva o institucional, conformando ambas el derecho fundamental.

Se trata de dos aspectos correlativos que integran el contenido esencial del derecho, que se refuerzan mutuamente, no antitéticos, ni alternativos, ni en discrepancia”.⁴⁶

“Así, además de indicar un *status* subjetivo, en su vertiente objetiva los derechos se configuran como *instituto*. En este segundo ámbito, se resalta la función social de los derechos, su carácter de fundamento funcional de la democracia, la defensa del interés público”.⁴⁷

La vertiente objetiva de los derechos, desde el punto de vista político, lleva a considerar los derechos como medios de integración material de la comunidad y, desde el punto de vista jurídico, significan la legitimación del orden positivo estatal.

Concretando la diferencia y adecuando, al mismo tiempo, las teorías sobre los derechos fundamentales, podemos decir lo siguiente:

⁴⁶BAÑO LEON, J.M. “La Distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Institucional en la Constitución Española”. REAL, No. 24. 1988.

⁴⁷HABERLE. P. “Le Libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale”. La Nuova Italia Scientifica, Roma. 1993.

- a) “De un lado, la vertiente objetiva del derecho de participación que resaltan las teorías institucional, axiológica, del Estado Social, lleva a considerar el derecho que nos ocupa como una institución esencial de la democracia y como concreción del valor del pluralismo político, al reconocer a las distintas minorías políticas la posibilidad de convertirse en mayoría de Gobierno”.⁴⁸

De este modo se busca reforzar el alcance y el sentido de las instituciones como por ejemplo: La iniciativa popular de legislación o la audiencia en el procedimiento de elaboración de reglamentos.

Por otro lado, hay que añadir la previsión de una necesaria vertiente organizativa del derecho que el Estado ha de satisfacer para hacerlo efectivo.

- b) Así mismo, no podemos dejar de lado la vertiente de protección subjetiva del derecho, que reclama la teoría liberal, igualmente esencial en la interpretación del derecho fundamental de participación, porque es la forma que tiene el ciudadano de hacer efectivos los mandatos constitucionales sobre la participación en el proceso de formación de la voluntad de los entes públicos.

La Titularidad del Derecho de Participación.

Es uno de los elementos definidores del derecho que aparece identificado en la misma Constitución, en diferentes artículos de la misma.

Una delimitación importante del ámbito subjetivo del derecho fundamental en estudio, que efectúa el legislador respecto de la titularidad, es que *debe tratarse de ciudadanos ecuatorianos, por nacimiento o naturalización* (Art. 6).

⁴⁸ DE OTTO Y PARDO, I. “Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes”. 2da. Edición. Ariel, Barcelona, 1988.

Y dice aún mas: “...Todos los ecuatorianos son ciudadanos y, como tales, gozan de los derechos establecidos en esta Constitución, que se ejercerán en los casos y con lo requisitos que determine la ley”.

De conformidad con la dogmática tradicional, los derechos de ciudadanía presuponen la nacionalidad o pertenencia al Estado. *Sólo se puede adquirir la condición jurídica de ciudadano, si se posee la de nacional*, y buena parte de los derechos políticos se reservan exclusivamente a los nacionales.

Pero, por otro lado, *no todo nacional es ciudadano*. Esto sucede, cuando falta la capacidad política que determinan las leyes.

La titularidad de los ciudadanos, mediante el censo electoral – por ejemplo – implica la exclusión de los extranjeros, de donde nace el nexo entre nacionalidad y ciudadanía. Pero, también se excluye a los nacionales menores de edad, en incapacidad legal de participar en un evento como éste.

En fin, en el *ejercicio del derecho de participación*, se ha de distinguir la facultad concreta de que se trate. Así, el derecho de voto, sea en elecciones o sea en referéndum, es personal e intransferible. Pero, en el Estado democrático predomina el ejercicio colectivo de facultades importantes del derecho a través de organizaciones que tienen un papel capital en el proceso electoral, como las que constituyen la formación de candidaturas o la campaña electoral, o el propio proceso político, desde la oposición o desde la mayoría parlamentaria pro-gobierno.

Al respecto, nuestra Constitución reconoce en su artículo 98: “Los partidos políticos legalmente reconocidos podrán presentar o auspiciar candidatos para las dignidades de elección popular...”

A esto añade el Art. 114: “Se garantizará el derecho a fundar partidos políticos y participar en ellos en las condiciones establecidas en la ley. Los partidos políticos gozarán de la protección del Estado para su organización y funcionamiento”.

Se trata pues, de instrumentos privilegiados, aunque no únicos, del ejercicio del derecho de participación, pues representan “la manifestación del pluralismo”. Pero, los partidos no son los únicos instrumentos de participación.⁴⁹

Los partidos políticos, indudablemente, son instrumentos de la participación representativa, pero su protagonismo declina ante la directa.

Antes de pasar al siguiente tema, debo dejar solamente señalado lo siguiente: *la participación ciudadana debería extenderse al ámbito legislativo, es decir, participar en los planteamientos, discusiones y elaboración de normas, para lo cual debe crearse y establecerse un sistema adecuado a través del cual se perfeccione este procedimiento de participación.*

2. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA.

Entre “el Derecho de Participación Cívico- Política” y “el Derecho de Participación Administrativa”, tenemos necesariamente que pasar revisión a *la Información* que constituye el medio indispensable para alcanzar, en la práctica, que se pueda cumplir la participación en ambos ámbitos.

⁴⁹ RAMÍREZ, M. “Partidos Políticos en España: hegemonía constitucional, práctica política y crisis actual”

Delimitación

La comunicación entre los ciudadanos y el Gobierno y la Administración tiene lugar a través de diferentes medios, de origen y significado jurídico heterogéneo. Los ordenamientos jurídicos a lo largo del tiempo han ido configurando un cuadro de instrumentos jurídicos no siempre coincidentes entre sí, que persiguen la transparencia de la actuación administrativa como elemento indispensable de la realización del principio democrático y presupuesto de la participación en la toma de decisiones del Gobierno y la Administración.

Uno de los elementos considerados clave, para alcanzar el objetivo de la transparencia en la actuación de la Administración, constituye el derecho de acceso a documentos administrativos, o el acceso a archivos y registros administrativos, *aspecto que consideramos vital, y que sí ha sido considerado en varias Constituciones del mundo, como es el caso de la Española.*

Hablando de España justamente, esta institución constitucional, tiene gran relevancia jurídica y merece una atención especial. Su reconocimiento normativo, acarrea la importancia de contribuir a un cambio de orientación de la actuación de las Administraciones públicas y en la relación entre éstas y los ciudadanos.

Particularmente, considero que es fundamental tener en cuenta “el derecho de acceso a documentos administrativos”, como uno de los elementos fundamentales de la información. Nuestra Constitución establece en el artículo 81, la garantía que el Estado da a todos los ciudadanos “para acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos

de interés general...”. Este Artículo de la Constitución de la República del Ecuador, es más amplio aún en detallar lo que es motivo de su garantía.

Adicionalmente, en el artículo 94 de la Constitución del Ecuador se habilita una institución conocida como Hábeas Data, por medio de la que “toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre si misma, o sobre sus bienes consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito”.

El Hábeas Data es una garantía, únicamente referida a derechos individuales, no a la información pública como tal.

Por ello, hoy en día, la doctrina habla del paso de una Administración que reconocía el secreto como regla general y la publicidad como excepción, a la situación inversa: “la publicidad como regla general y el secreto como excepción tasada”.⁵⁰

La legislación ecuatoriana, ha considerado la creación de una ley denominada “*Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública*”, publicada en el Registro Oficial, Suplemento 337 de 18 de mayo del 2004, como una salida para el cumplimiento del Art. 81 de la Constitución Política de la República y, garantizando así, el derecho a acceder a las fuentes de información, como mecanismo para ejercer la participación democrática respecto del manejo de la cosa pública.

El acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado. Por ello, la ley en mención garantiza y norma el ejercicio del derecho fundamental de las personas a la información conforme a las garantías consagradas en la Constitución Política de la República, Pacto

⁵⁰ GOMEZ-REINO Y CARNOTA, E. “El principio de publicidad de la acción del Estado y la Técnica de los secretos oficiales”. REDA, No. 8. 1976.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales vigentes, de los cuales nuestro país es signatario.

En la “Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública” se persigue transparentar las actuaciones de las diferentes autoridades y organismos públicos, mediante la instrumentación de mecanismos que permitan a las personas acceder a la información pública en general, decisiones administrativas, actos administrativos, etc.

Es indiscutible que este instrumento jurídico ha abierto las puertas en el Ecuador para un mejor trato de la información pública y el acceso a él, por parte de la ciudadanía en general; sin embargo, no es menos cierto que por ser tan reciente esta ley, aún no ha logrado plasmarse en una realidad concreta y práctica, pero que aspiramos a que así lo sea.

Es particularmente importante tomar en cuenta para este estudio, el caso de la legislación italiana a quien debemos la elaboración de los contenidos de las regulaciones respecto al derecho de acceso a los documentos, de 7 de Agosto de 1990 y 26 de Noviembre de 1992. “Son dos regulaciones, denominadas “Ley de Procedimiento Administrativo y de Acceso a Documentos Administrativos” y “Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común”, las que coinciden en haber tenido como antecedente una pluralidad de normas sectoriales que recogían diversos aspectos de los que, de forma genérica, podemos calificar como derechos de información administrativa.⁵¹

Sin embargo, aun cuando vamos a dedicar gran parte de este estudio al derecho de acceso a documentos administrativos, no queremos pasar por alto

⁵¹ CARAMAZZA, I.F.. “Dal Principio di Segretezza al Principio di Trasparenza. Profili Generali di una Riforma”. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, núm. 4. 1995.

una mención a aspectos relacionados con información en general, al menos para tener presente el contexto en que se desarrolla el derecho mencionado.

“En este sentido, tenemos que referirnos, *en primer lugar*, al conocimiento que ofrece la Administración, por propia iniciativa, a los ciudadanos sobre documentación que mantiene en su poder y que afectan a la colectividad, sirviendo para la aplicación e interpretación de las normas, o los procedimientos vigentes”.⁵²

Constituyen lo que la doctrina italiana designa como “información administrativa” en sentido estricto, o la francesa “información sobre la información”, y se diferencia del derecho de acceso porque la Administración es obligada por la ley a hacer públicos una serie de documentos, obviando solicitud alguna de parte de los ciudadanos.

Esta información administrativa normalmente tiene lugar a través de la publicación de datos, instrucciones y otros documentos que posee la Administración o de la lista de documentos susceptibles de acceso. Esta publicación puede realizarse haciendo uso de los diarios oficiales del poder público (de haberlos), en boletines informativos específicos de carácter divulgativo o mediante cualquier campaña de información gubernamental, para lo cual deberá hacerse uso de los medios de comunicación.

En segundo lugar, la comunicación de la Administración con los ciudadanos se realiza mediante otros mecanismos que giran en torno a la idea de cognoscibilidad por parte de los administrados de las resoluciones o de las causas que las han originado. En este caso, estamos hablando de las garantías formales de publicación, notificación y motivación de las diferentes resoluciones administrativas que contribuyen también a la consecución de una Administración más transparente.

⁵² Ley italiana, núm. 241 de 1990; LRJPAC española, art. 37 núm. 9 y 10.

A través de la notificación y la publicación de determinados actos y resoluciones, la Administración da a conocer a los interesados, o a los ciudadanos en general, sus resoluciones; se trata de garantías procedimentales del ciudadano que existen desde el Estado Liberal de Derecho, y que siguen vigentes en el Estado Social y Democrático de Derecho. El Tribunal Constitucional Español ha ido más allá en ésta materia, pues considera necesario que para el cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, exigir determinados requisitos a las notificaciones, como es el caso de que sea preferentemente en el domicilio, debiendo ser completas y con todos los requisitos legales.

Todo esto motiva exclusivamente lo siguiente: “dar razón de los presupuestos de hecho y de los fundamentos jurídicos que han llevado a la Administración a adoptar una decisión en un sentido determinado”⁵³

Este cuadro heterogéneo de derechos-garantía se completa con otras instituciones previstas por diferentes normas tendientes a facilitar asesoramiento al ciudadano acerca del procedimiento administrativo o del funcionamiento de la administración.

Al lado de todos estos instrumentos de comunicación entre la Administración y los ciudadanos, existe el deber de carácter interno, de que los diversos órganos de la Administración se faciliten información entre sí.

Al hacer alusión genéricamente al derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos, estamos haciendo referencia a dos o tres derechos específicos:

⁵³ MODERNE, F. “Las relaciones entre Administración y los administrados”. In AA.VV., Modernización administrativa, Administración y autonomía, núm. 5, IVAP, Oñati. 1989.

1. Acceso al expediente durante el procedimiento de elaboración de actos administrativos por parte de los sujetos que intervienen.
2. Acceso a documentos administrativos guardados en archivos y registros; y,
3. Acceso a las dependencias de la administración.

El primer derecho señalado en la enumeración anterior, esto es, acceso al expediente del procedimiento, aparece como un derecho instrumental de la participación procedimental, puesto que se hace necesario previamente a presentar alegaciones, examinar el expediente. Esto trae limitaciones al derecho: Subjetiva, pues están legitimados solo los sujetos que intervienen en el procedimiento; y objetiva, ya que se reduce a los documentos y actos que integran el expediente y no a cualquier otro documento en poder de la Administración. Se trata de un derecho reconocido a los interesados compuestos de las facultades de examinar y obtener copia exclusiva de los documentos contenidos en el expediente.

Respecto del segundo de los derechos de la enumeración, se trata del acceso a files guardados en archivos y registros, a los que el ciudadano puede tener acceso para obtener copias de los mismos, en los que el tenga interés directo.

Por último, sobre el acceso a dependencias administrativas aunque no es un derecho plenamente establecido en algunas legislaciones modernas, por lo que su práctica es aún limitada, sin embargo resaltamos en este punto la ley Ecuatoriana que antes señalamos llamada “Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, que constituye un importante paso en este campo, aunque insuficiente en razón de no haberse visto todavía sus efectos en la práctica, tal vez por el corto tiempo de su vigencia.

Todos los derechos citados, tienen en común el objetivo de comunicar a la Administración y los ciudadanos.

Origen del principio de publicidad

Indudablemente, es una característica de nuestra época el principio de publicidad en la actuación de los poderes públicos.

Así, el obispo ilustrado italiano Michele Natale en su libro sobre el “Catecismo Republicano para la instrucción del pueblo en contra de la tiranía”⁵⁴, afirma claramente que se hace necesario el principio de publicidad, como regla de actuación de todo gobierno democrático y la consideración de supuestos concretos *de secreto como la excepción*.

“El Estado liberal de Derecho, se caracterizó por su reconocimiento normativo del principio de publicidad, pues es consubstancial a este tipo de Estado. Sus raíces pueden estar en Suecia, Reino Unido y Francia”.⁵⁵

En el primer liberalismo inglés, el carácter secreto de las sesiones parlamentarias y la prohibición al pueblo de acceder a las mismas eran entendidas como *garantías que protegían a los parlamentarios de las posibles venganzas de los monarcas y de las presiones populares*.

Sin embargo, en la medida que el Parlamento fue adquiriendo autonomía frente a los demás poderes del Estado, así como se fue difundiendo en el plano intelectual la idea de informar de las acciones de los representantes, el secreto comenzó a reducirse.⁵⁶

⁵⁴ NATALE, Michele. “Vico Equense”. 1978. Este obispo de Vico, murió en 1789.

⁵⁵ GOMEZ-REINO Y CARNOTA E. “El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales”. Ya citado antes.

⁵⁶ BENTHAM, J. “Tácticas Parlamentarias”. Textos parlamentarios clásicos, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid. 1991

Dos son las formas privilegiadas para ejercer el principio de publicidad parlamentaria tanto en Inglaterra como en Francia: a) el carácter público de las sesiones y las discusiones, y b) la publicación de las normas que eran aprobadas.

Durante la Revolución Francesa se crea un Boletín Oficial de Leyes, con lo que el principio de publicidad formal se impone sobre toda otra forma tradicional. Pero, es la Constitución Francesa de 1791 la que recoge ya el carácter público de las deliberaciones parlamentarias, así como se imprimen las actas de las sesiones, manteniendo un archivo.

“En España, las nuevas formas de publicidad también se recogen a lo largo del siglo XIX, por diversas normas, sin que las constituciones decimonónicas exigiesen ni la publicación de las normas como requisito para su observancia, ni tampoco sus condiciones”.⁵⁷

Pedro de Vega, mantiene que la “constitucionalización del principio de publicidad produjo tres efectos: a) medio de educación política del pueblo; b) control de la corrupción y arbitrariedad de los diputados; y c) rompió la barrera entre representantes y representados”.⁵⁸

Pero, luego de hablar de publicidad, *debemos entrar a tratar de la idea de opinión pública*. En Gran Bretaña y Francia se produce, casi simultáneamente, el nacimiento de la opinión pública, ligada al principio de publicidad parlamentaria y de representación. Gran Bretaña, ha sido la precursora de la participación ciudadana en la gestión del poder, más con la opinión que con el voto. En este Estado, se piensa que quien tiene el poder no

⁵⁷ BERMEJO VERA, J. “La publicación de la norma jurídica”. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid. 1977.

⁵⁸ DE VEGA, Pedro. “El Principio de Publicidad Parlamentaria”. Revista de Estudios Políticos, No. 44. Madrid. 1985.

puede ejercerlo *sin contar con la opinión pública*, que guía e inspira la decisión política.

Si la opinión pública expresa los deseos de los hombres, las instituciones políticas sólo se podrán legitimar en la medida en que traduzcan los contenidos de estos deseos.

Pero, ¿cómo podían llegar a conocimiento del pueblo las leyes aprobadas, cuando éste vivía al margen de la vida políticas?. Por esto, el reconocimiento de la publicidad y teorización de opinión pública tiene lugar en el Estado liberal, pero se trata de una publicidad formal y de una opinión pública formada por la burguesía y el resto de clases ilustradas.

Pero, faltaba la generalización de la información respecto de todos los ciudadanos, así como su extensión a todos los poderes públicos, en especial el ejecutivo. Y, justamente, la universalización del derecho de sufragio y el crecimiento de la Administración como consecuencia de la ampliación de las funciones del poder ejecutivo hacia la sociedad, *llevaron a la transformación del Estado Liberal de Derecho en el Estado Social de Derecho*.

Finalidad de la Información Administrativa

La finalidad única que persiguen los principios de publicidad y de información es conseguir la transparencia de la Administración.

Con el término transparencia queremos mencionar una nueva posición del ciudadano ante la Administración, “que engloba el derecho a saber lo que ocurre en el interior de la misma; el derecho a controlar el uso que hace de sus poderes; y el derecho a ser un actor-usuario en lugar de un espectador-administrado de las

decisiones administrativas, *con lo cual la transparencia culmina con la participación de los ciudadanos-usuarios en los procedimientos administrativos*".⁵⁹

La transparencia debe ponerse en relación con algunos de los valores y principios nucleares del Estado, pero sobre todo el pluralismo político y el principio democrático:

a) *El pluralismo político.*

En el Estado democrático, el principio de publicidad de los poderes públicos y sobre todo el derecho de información son instrumentos que sirven para la formación de una opinión pública documentada.⁶⁰

De esta manera, se ha venido considerando a la opinión pública a nivel general, como la vertiente objetiva de la libertad de expresión que asume en el ordenamiento constitucional, *una posición de primacía*, en virtud de su relación con el valor superior del pluralismo político.

El pluralismo político reconoce:

- a) La diversidad de opiniones de los ciudadanos en los planos social y político que se canaliza a través de los partidos, sindicatos, organizaciones empresariales y otro tipo de asociaciones. *Siempre se necesitarán para esto, unos poderes públicos transparentes;*
- b) La derivación que nace del pluralismo de la diversidad ciudadana, que trae la adopción de diferentes políticas y actuaciones, igualmente legítimas.

⁵⁹ RODRÍGUEZ-ARANA, J. "La Transparencia en la Administración Pública". Revista Vasca de Administración Pública, núm. 42. 1995

⁶⁰ LOJODICE, A. "Informazione (diritto alla)", in AA.VV., Enciclopedia del Diritto, vol. XXI. Giuffrè, Milán. 1971.

c) *La democracia.*

La democracia es entendida como predominio del poder público sobre los poderes privados, y como poder público por contraposición a poder reservado a los particulares.

El principio democrático, que se encuentra en el fundamento mismo del Estado diseñado por la Constitución de la República, supone facilitar a los titulares de la soberanía (el pueblo), el conocimiento de la actividad y de las decisiones que adopten los poderes públicos, porque el pueblo soberano ha de poder examinar cómo operan sus representantes.⁶¹

En este sentido, podemos afirmar que la transparencia se configura como un elemento esencial de la realización del principio democrático.

Titulares del derecho de acceso a documentos

Países como España y los escandinavos, en especial Suecia, atribuyen la titularidad del derecho a los ciudadanos, si tener que justificar la solicitud y sin prever regímenes privilegiados para los periodistas.

La práctica, en todo caso, ha llevado a extender el derecho a los extranjeros residentes en Suecia; igualmente, en este país, los parlamentarios y el *Ombudsman* se rigen por leyes específicas sobre el derecho de acceso.⁶²

⁶¹ ARENA, G. "Transparencia administrativa y democracia". Revista Vasca de Admin.. Pública, núm. 37. 1993.

⁶² POMED SÁNCHEZ, L.A. "El derecho de acceso d los ciudadanos a los archivos y registros administrativos". INAP, Madrid. 1989.

Así, Suecia se sitúa en un plano intermedio entre aquellas regulaciones más amplias (Estados Unidos, Francia, etc.) y las más restrictivas (Alemania e Italia).

En el caso de nuestra Constitución, cuando se refiere a “las Garantías de los Derechos”, en su art. 94 dice: “*Toda persona* tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, conste en entidades públicas o privadas...”

Al decir, “toda persona”, ¿deberíamos comprender acaso, a toda aquélla que vive bajo el cielo del Ecuador?. Pues, tan parece que así es, sea nacional o extranjero (al menos residente).

Sin embargo, preocupa cuando solamente se habla de datos personales del recurrente, y no de otro tipo de información general a la que debería tener acceso. En el caso de nuestra nación, como es el caso de otras naciones, como ya hemos dicho antes, existe un primer esfuerzo por garantizar este tipo de libertad, no sólo constitucionalmente, sino a través de normas adecuadas.

Esto, va a ayudar a que hoy el pueblo no sienta la necesidad de levantarse en contra de las autoridades gubernamentales, por sentir violentados sus derechos de diferentes maneras, pero principalmente *porque la corrupción ha llegado a rebasar todo límite lógico*, justamente porque el pueblo no ha tenido acceso debido a vigilar los actos de la Administración Central, ni a los del Parlamento, pero aún los de la Administración de Justicia.

Objeto del derecho de acceso a documentos

Por archivos administrativos se entienden los centros donde se conservan los documentos; en cambio, los registros son instrumentos de control de las entradas, salidas o circulación de los documentos de las oficinas públicas.⁶³

Incluyendo a ambos elementos señalados, se quiere asegurar que se incluya en el objeto del derecho, la variedad documental que el Gobierno y la Administración generan, recibe, conserva y difunde.⁶⁴

Con el término de documentos administrativos se alude en cambio, todo objeto material, sea o no escrito, que obra en poder de la Administración, y que sea elemento o medio de conocimiento de la actividad administrativa.

En el Derecho Comparado, se han confrontado varias legislaciones para conocer el concepto de documentos que cada uno tiene, respecto de archivos y registros generales administrativos.

En Francia, por ejemplo, la Ley núm. 78-753, de 17 de julio de 1978, opta por ofrecer una lista exhaustiva de documentos: reporte, estudios, directrices, instrucciones, circulares, previsiones, decisiones administrativas, entre otras.

De la Ley Italiana de procedimiento administrativo, destaca una voluntad de adecuación a los tiempos actuales y una técnica de delimitación precisa, pero también hay que subrayar el carácter abierto y la amplitud de regulación. Mantiene, en primer lugar, el deseo de definir qué debe entenderse hoy por documento administrativo, pero dejando abierta la posibilidad de nuevas formas de soporte material de los actos en el futuro. Pero, en segundo lugar, la amplitud de este precepto permite el acceso no sólo a documentos producidos por la propia Administración, sino también a aquellos que, teniendo un origen externo, utiliza en su actividad: documentos privados, informes técnicos, etc.

⁶³ SÁINZ MORENO F. "Secreto e información en el derecho público", in AA.VV., Estudios sobre Constitución Española. Homenaje a E. García de Enterría, vol. III, Civitas, Madrid. 1991.

⁶⁴ ÁLVAREZ RICO, M. "El derecho de Acceso a los Documentos Administrativos". Documentación Administrativa, núm. 183. 1979.

Por su parte, la norma Española permite, el acceso a documentos de origen externo a la Administración, además de los internos ya concluidos, ya que su redacción literal es “obrar en los archivos”. Lo malo de esta ley es que crea un doble régimen jurídico para el derecho de acceso: por un lado, acceso a expedientes concluidos, para el que están legitimados todos los ciudadanos; pero de otro lado, el acceso al expediente administrativo mientras esté en marcha el procedimiento, sólo para interesados.⁶⁵

Ejercicio del derecho de acceso a documentos

De conformidad con el Derecho Comparado, el Código de Conducta y las decisiones comunitarias sobre acceso a documentos señalan que se ha de intentar identificar el documento y que la solicitud se ha de hacer por escrito, ante cualquier oficina de la Comisión en los Estados miembros, en la sede central o en delegaciones de la Comisión en terceros Estados.

En Italia, en cambio, no basta con la solicitud dirigida a la Administración que ha producido el documento o que lo tiene guardado, sino que se requiere que sea motivada.

La motivación se hace necesaria, para valorar las razones que han impulsado la solicitud.

Sin embargo, ha sido el Decreto del Presidente de la República de 27 de junio de 1992, núm. 352, el que ha concretado las modalidades de ejercicio, distinguiendo dos formas a partir de los requisitos que se exigen en cada caso:

⁶⁵ PARADA VÁZQUEZ, J.R. “Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común”. Marcial Pons, Madrid. 1993.

- a) *Acceso Informal*. Se caracteriza por la simplicidad y rapidez del procedimiento. Se ejerce mediante una simple solicitud, que incluso puede ser verbal, en la dependencia administrativa donde se halla el documento. La Administración debe contestar: exhibiendo el documento, extrayendo copia, indicando donde está publicado.
- b) *Acceso Formal*. Contrario al anterior, introduce unos requisitos procedimentales que demoran la satisfacción del derecho. A diferencia de la informal, para su ejercicio se exige, como requisito por parte del solicitante, presentar una instancia completa a la dependencia administrativa pertinente, la cual tendrá que responder antes de cumplirse los 30 días desde la petición.

Tanto si se trata de una solicitud formal como de informal, el ejercicio del derecho requiere que la respuesta de la Administración especifique la dependencia a la que se han de dirigir para buscar la información y el período de tiempo que disponen para llevarlo a término, que no puede ser inferior a quince días.

Por su parte, en cuanto a la Legislación Española, para poder ejercer el derecho de acceso a documentos, la LRJPAC exige que no afecte a “la eficacia del funcionamiento del servicio” de que se trate.⁶⁶

Para ello dispone únicamente que la petición de los documentos que se quiera consultar, sea individualizada y no genérica sobre una materia o conjunto de materias, en cuyo caso la Administración no viene obligada a dar respuesta alguna.

⁶⁶ DE OTTO, I. “Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes”. 2ª. Ed.. Ariel, Barcelona. 1988.

A diferencia del caso italiano, en España la solicitud no tiene porque ser motivada. La ley no especifica ni los requisitos ni el período de que dispone la Administración para responder a la petición.

Materias excluidas del derecho de acceso

De manera general, los ciudadanos no tienen acceso, cuando los documentos afecten a determinadas materias:

- a) Expedientes con informaciones sobre la actuación del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas no sujetas al derecho administrativo. Es decir, se priva del derecho de acceso a los actos de dirección política, tradicionalmente designados como actos políticos o de gobierno, para aludir a su no sometimiento a control jurisdiccional ordinario.
- b) Expedientes que contengan información sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado. Lo que significa estos términos, ha sido considerado “bienes jurídicos protegidos”.
- c) Sin embargo, al igual que las decisiones políticas antes señaladas, es necesario precisar los citados conceptos para evitar una interpretación abusiva, que sólo busque impedir el acceso a la documentación requerida. Al respecto, Pomed Sánchez nos dice: “ Por seguridad y defensa del Estado, se entiende todas las intervenciones de los poderes públicos que tengan como finalidad la salvaguardia de la soberanía y de la independencia en el ámbito exterior, así como la protección de las grandes instituciones constitucionales ante todo intento de hacerlas caer por medios ilegítimos”.

- d) Los expedientes tramitados para la investigación de delitos, siempre y cuando pongan en peligro derechos de terceros y las propias investigaciones que se realicen.
- e) Los expedientes relativos a materias protegidas por los secretos comercial e industrial.
- f) Los expedientes referentes a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria, pues se trata de una modalidad de actos políticos.
- g) Estos constituyen un común denominador, de documentos excluidos del derecho de acceso por parte de los ciudadanos, en muchos Estados del mundo.

El Principio de Eficacia, como límite de los derechos participativos y de información

Este principio aparece, de conformidad con el Derecho Comparado, como uno de los principios a nivel general (Estados) que limita los derechos participativos y, particularmente, el de acceso a la información.

La razón es que se considera el “secreto” como instrumento de eficacia de la Administración.⁶⁷

Para Luciano Parejo, “con el concepto de *eficacia* se alude a la efectiva consecución de los objetivos prefijados y, como subespecie de ésta, *la eficiencia*,

⁶⁷ MARTÍN-RETORTILLO, L. “La participación en la Administración Pública. Principios y Límites”, in AA.VV.. La participación, Anuari de la Facultat de Pret, Estudi General de Lleida, Barcelona. 1985

incorpora la perspectiva de la relación medios-objetivos para prescribir un grado óptimo de cumplimiento”.⁶⁸

Sin embargo, siempre tengamos presente que este principio opera dentro de un contexto de un *Estado Social de Derecho*, y como dice Parejo, el principio de eficacia concreta y hace operativo en el plano administrativo el Estado Social. Pero, el Estado se define también como Estado de Derecho, y por tanto, uno de los principios que prevalece es el de sometimiento pleno a la ley y al derecho.

De lo dicho se infiere, por tanto, “que la contraposición entre actuación administrativa jurídicamente correcta y actuación administrativa eficaz es, en términos jurídico-constitucionales, falaz”.

Luciano Parejo, en todo caso, hace alguna referencia a la compatibilidad del principio de eficacia con el principio participativo y el de transparencia. Es nuestra opinión personal de que los considerandos anteriores son extensibles al principio democrático. Efectivamente, el acceso a documentos que lleva a la información administrativa y a la transparencia de la acción administrativa, concreta y hace operativo, en el plano administrativo, el principio del Estado democrático con las características que hemos venido hablando, pero que no tenemos problema en refrescarlas:

Por representación o democracia representativa se entiende la forma de ejercicio de la soberanía a través de representantes escogidos por el cuerpo electoral en elecciones periódicas. Esta forma de democracia implica la toma de decisiones siguiendo lo que se conoce como “circuito democrático” o “proceso representativo”.⁶⁹

⁶⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano. “La eficacia como Principio Jurídico de la Actuación de la Administración Pública”. Documentación Administrativa, núm. 218-219. 1989.

⁶⁹ LAVAGNA, C. “Istituzioni di Diritto Pubblico”. 5ª. Ed. UTET, Turín. 1982

Por participación o democracia directa, en cambio, se alude a la forma de ejercicio de la soberanía por los mismos ciudadanos sin ningún intermediario o, al menos, la atribución al pueblo de poderes de decisión sobre determinadas cuestiones.⁷⁰

Frente a lo dicho, debemos reconocer sin embargo, que en los Estados democráticos se ha visto la imposibilidad de aplicar el sistema de democracia directa, a excepción del autogobierno que se ejerce en pequeñas comunidades rurales o de sectores concretos, como barrios, estudiantes etc. Por ello, los ordenamientos jurídicos se han inclinado por adoptar mecanismos de “democracia semidirecta” al lado de instituciones de la democracia representativa.

Bajo esta categoría se hace referencia a un sistema mixto de toma de decisiones, que combina la intervención del pueblo con la de los poderes públicos en un concreto proceso decisorio, de forma que los ciudadanos condicionan con su participación la decisión de los poderes públicos. Es el caso de la iniciativa legislativa popular, el derecho de petición y el referéndum.

Garantías del derecho de acceso a documentos

Para el efecto seguiremos una clasificación comúnmente aceptada de las garantías de los derechos constitucionales que distingue:

- a) Garantías jurisdiccionales
- b) Garantías no jurisdiccionales.

⁷⁰ OLIET PALA, A. “El Principio Político Formal de Identidad en el Ordenamiento Español” (1ª. Parte), RDP, núm. 23. 1986.

Estas se ejercen, según que el peso de la tutela recaiga en los tribunales de justicia; o, por el contrario, se trate de velar por el cumplimiento del derecho mediante instrumentos jurídicos diferentes a órganos diferentes de los judiciales.⁷¹

Desde otra perspectiva, las garantías pueden ser:

- a) Garantías genéricas
- b) Garantías específicas

En función de que estén previstas en el ordenamiento para un grupo amplio de derechos, o en cambio, se reserven para tutelar un derecho concreto. Por ejemplo, en Derecho Comparado es frecuente la utilización de garantías específicas para la tutela del derecho de acceso a documentos tanto de carácter judicial como no judicial.

Dentro del Derecho Comparado, el Código de Conducta y las Decisiones del Consejo y la Comisión prevén un completo sistema de garantías del derecho de acceso, que constituye una de las partes más terminadas de la normativa comunitaria sobre el mismo.

Como una garantía institucional, muy importante, del derecho de acceso a la información destaca *el Defensor del Pueblo comunitario*, quien dispone de un particular derecho de acceso a documentos, y que sólo podría ser negado en caso de afectar a secretos pero que debería ser motivado. También puede citar a funcionarios públicos comunitarios, a fin de que presten declaración, excepto si están cubiertos por el secreto profesional. Pero, así mismo, frente al acceso privilegiado de que dispone, debe mantener un deber de sigilo sobre las informaciones obtenidas.

⁷¹ AGUIAR DE LUQUE, L. "Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española". Revista de Derecho Político, núm. 10. 1981.

En Francia, por su parte, se ha creado *la Comisión d'accès aux administratifs* (CADA), como un órgano administrativo independiente que ha significado un paso adelante en la tutela de la transparencia administrativa. Este Órgano tiene entre sus funciones, la de recibir de los ciudadanos “quejas” por el rechazo de parte de la Administración del derecho de acceso a documentos.

Además, la CADA tiene la obligación de presentar anualmente un informe sobre el estado del cumplimiento por las Administraciones del derecho en cuestión.

La Ley Francesa dispone pues, de un sistema de garantías en dos fases:

- a) La primera, *precontenciosa*, mediante la intervención de la CADA que emite un informe, dentro del plazo de un mes, que notifica tanto al administrado como a la Administración, la cual dispone de dos meses para decidir qué responder.
- b) La segunda, *contenciosa*, ante el juez administrativo, en el caso de que la Administración en el nuevo examen vuelva a rechazar la solicitud.⁷²

En Italia, la Ley de procedimiento administrativo habilita dos tipos de garantías:

- a) La más importante, *tiene connotaciones jurisdiccionales*
- b) La segunda, insiste en procurar unas medidas organizativas idóneas, dentro de la Administración.

⁷² LEMESURIER, J. “Vers une Démocratie Administrative: Du Refus d’Informer au droit d’être Informé”. *Revue de Droit Public*. 1980.

En el primer caso, se cumple en caso de que se produzca el rechazo de la solicitud de información, expreso o tácitamente. De esto suceder, se puede presentar recursos, en el plazo de treinta días, ante el Tribunal Administrativo Regional, que juzga en primera instancia, mediante un procedimiento abreviado. El juez tiene potestad, no sólo para pronunciar su decisión, sino que inclusive ordena la exhibición del documento, en caso de aceptación del recurso. Esto constituye una verdadera garantía de agilidad procesal.⁷³

En el segundo caso, de la garantía no jurisdiccional, el Art. 27 de la Ley antes mencionada, italiana, prevé la creación de una Comisión que es la misma CADA francesa. Ésta tiene atribuidas las funciones típicas de este tipo de organismos, básicamente de control de funcionamiento de la Administración y de garantía de la transparencia administrativa, además de consultivas.

En cambio, no interviene en nada, a diferencia de Francia, en el examen de la primera instancia de los recursos de los ciudadanos antes de acudir a la tutela judicial contra la denegación del derecho.

M. D'Alberti califica de débiles los poderes que la ley atribuye a la CADA, aunque reconoce que aún es pronto para evaluar sus resultados, poniendo por ejemplo la CADA francesa, que ha asumido altos niveles de eficacia, por la autoridad y credibilidad que ha adquirido en el camino.⁷⁴

3. ESTADO SOCIAL Y PARTICIPACIÓN ADMINISTRATIVA

Con la frase “derechos de participación en el procedimiento administrativo” nos referimos a las diferentes modalidades previstas por el ordenamiento jurídico, *de*

⁷³ CARAMAZZA, I.F. “Dal principio di Segretezza alla Trasparenza. Profili Generali di una Riforma”. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 4. 1995.

⁷⁴ D'ALBERTI, M. “Diritto Amministrativo Comparato”. Il Mulino, Bolonia. 1992

intervención de los ciudadanos en algunas de las fases del procedimiento administrativo, con el objeto de defender intereses sociales y no sólo posiciones jurídicas subjetivas.

Los derechos de participación en el procedimiento administrativo no equivalen ni al derecho de petición, ni a los derechos de información administrativa, ni a los derechos de defensa de los interesados, ni tampoco a la intervención de órganos consultivos por razones técnicas.

Se hace difícil una definición acabada de lo que constituye derechos de participación en el procedimiento administrativo, dado el carácter heterogéneo y cambiante de las previsiones legales. Cualquier intento de sistematización nos descubre una gradación en el reconocimiento de los mismos, que inicia por el simple derecho a contestar preguntas efectuadas por la administración, a la toma de acuerdos de forma negociada entre la administración y los particulares, como es el caso de los convenios, la información pública o las audiencias.⁷⁵

En España, los derechos de participación en el procedimiento que gozan de mayor tradición legislativa, tanto en ámbitos sectoriales como en el general, se articulan a través de la información pública.

Desde un punto de vista objetivo, la información pública es *el trámite de procedimiento administrativo en el que la Administración requiere de los ciudadanos la aportación de datos, puntos de vista y propuestas que complementen los criterios tenidos en cuenta por el órgano decisorio*.

⁷⁵ FORTES ENGEL J.M., “La información pública en el Derecho Administrativo”. Instituto de Estudios de Administración local, Madrid. 1977.

Desde un punto de vista subjetivo de los ciudadanos, la información pública consiste en el derecho a participar en un procedimiento administrativo en curso, para hacer valer intereses sociales implicados en la resolución administrativa.⁷⁶

Los Derechos de Participación y los Derechos de Información Administrativa.

Los derechos de participación en el procedimiento administrativo se distinguen de los derechos de información administrativa, que estudiamos antes, puesto que la participación presupone la información, pero no se limita a la misma sino que la trasciende al posibilitar la intervención activa de los ciudadanos, los cuales expresan pareceres y facilitan datos a la Administración sobre el procedimiento en marcha.

El más sustancial objetivo que persiguen los derechos de participación en el procedimiento y que es compartido con los derechos de información administrativa, “es la transparencia de la actividad pública”, al que hay que añadir “el facilitar opiniones a la Administración por los administrados”, lo cual garantiza el tomar parte en el proceso administrativo decisorio y con ello la oportunidad y el acierto de la decisión.

Hay tratadistas que al hablar de información pública dicen: “se trata de una información recíproca tanto de la Administración como del administrado, en que tanto se da como se recibe”.⁷⁷

Derechos de Participación y el Derecho de Petición.

⁷⁶ PARADA VASQUEZ, R. “Derecho Administrativo I. Parte General”, Décima Edición. Marcial Pons, Madrid. 1998.

⁷⁷ ALONSO-CORTEZ, A. “El trámite de las Informaciones Públicas”. Documentación Administrativa, Núm. 87-88. 1965.

“En el Estado Social y Democrático de Derecho, el Derecho de Petición es un derecho participativo, en contraposición a una finalidad garantista de solicitud de los súbditos al rey de gracia o reparación de agravios, predominante en el Estado absoluto”⁷⁸

El derecho de petición, primeramente, ha venido siendo reconocido como un derecho fundamental autónomo, pero su contenido esencial se reduce al derecho de ejercitarlo por parte de quien formula la petición escrita; segundo, al derecho a la recepción de la petición y a que se le otorgue el curso debido o se remita al órgano competente; y, finalmente, al derecho a recibir una respuesta de dicho órgano, oportuna y consecuente con lo solicitado.

El derecho de petición, en ningún caso incluye el derecho a recibir necesariamente respuesta favorable; simplemente a recibir respuesta.

Las leyes sobre la materia administrativa, por regla general, establecen la obligación que tiene la Administración de resolver expresamente, las solicitudes de los interesados.

A pesar de la naturaleza participativa tanto del derecho de petición como de los derechos de participación en el procedimiento, estos últimos, junto con los derechos de información administrativa, se diferencian de la petición así:

- a) En las facultades de que se compone su contenido: el derecho de examen del expediente y, por tanto, la obligación de la administración de remitirlo, lo cual crea el derecho de poner a disposición de los ciudadanos los datos e informaciones que obran en su poder.

⁷⁸ MURILLO DE LA CUEVA, M.C. “Aproximación al Estudio de la Participación Política como Concepto y como Proceso Político Constitucional”. Tesis Doctoral. Ed. Universidad Complutense. 1989.

- b) Se distinguen por el interés protegido, que en los derechos de participación supone la colaboración activa en el procedimiento de elaboración de una norma o un acto administrativo mediante la integración de los pareceres formulados en el expediente.

La Participación en el Procedimiento y la Audiencia de los Interesados.

Mientras los derechos de participación tienen por objeto la defensa de intereses sociales, en la audiencia de los interesados prevista en el procedimiento de elaboración de actos administrativos, de conformidad con varias legislaciones sobre todo europeas y algunas americanas, prevalece la tutela de posiciones jurídicas subjetivas de los interesados. Es decir, predomina una posición defensiva de los intereses en juego y no estrictamente participativa.⁷⁹

La audiencia de los interesados, desde un punto de vista objetivo, constituye un trámite previsto por las normas reguladoras del procedimiento administrativo que se inserta en su fase instructoria; y desde un punto de vista subjetivo, se trata de un derecho reconocido a los interesados para hacer valer sus posiciones jurídicas en el procedimiento.

Los Derechos de Participación funcional en el Procedimiento Administrativo y el Ejercicio de Funciones Consultivas.

⁷⁹ LÓPEZ MENUDO, F. “Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo”, in “El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado”. Civitas, Madrid. 1993.

Con el término de “función consultiva”, nos referimos a la actividad que llevan a cabo órganos que tienen la finalidad de asesorar al Gobierno y la Administración.⁸⁰

Dentro de lo que consideramos función consultiva de la Administración, se incluyen los dictámenes o informes técnicos realizados por los órganos administrativos especializados y diferentes de la Administración directa y activa, que tienen por objeto aportar los pareceres o criterios de peritos o técnicos especialistas, solicitados por razón de su cualificación profesional, para que el órgano administrativo responsable del procedimiento dicte una resolución acertada.⁸¹

El Tribunal Constitucional Español mantiene que la intervención de órganos consultivos, como el Consejo de Estado, o como los equivalentes de las Comunidades Autónomas que los han previsto en ejercicio de la competencia de autoorganización, es garantía de salvaguardia del interés general y de la legalidad objetiva; pero, también de los derechos e intereses legítimos de las partes de un procedimiento administrativo; en definitiva, del Estado de Derecho.

Existe una diferencia respecto de los anteriores que hemos estudiado, y es que se incluye dentro de la categoría de administración consultiva ligada al crecimiento de las funciones del Estado Social, de órganos de representación de intereses sociales, ya sea colectivos, difusos o sectoriales, de los que son portadores determinadas organizaciones destinadas a la colaboración con los poderes de dirección política en el diseño de políticas sectoriales.⁸²

⁸⁰ GARCIA DE ENTERRIA, E. “Aspectos de la Administración Consultiva”. R.A.P. Núm. 24. 1957.

⁸¹ FANLO LORAS, A. “Disposiciones Generales sobre los Procedimientos Administrativos”. La nueva ley de Régimen Jurídico de las Administraciones. Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón. Tecnos, Madrid. 1993.

⁸² FONTI. LLOVET, T. “Órganos Consultivos”. Nueva Enciclopedia Jurídica, Vol. XXVIII Seix. Barcelona. 1986.

La Participación Administrativa Propiamente dicha.

No podemos menos que reconocer la pertinencia y la importancia de la participación dentro de las decisiones que debe tomar la Administración, así como también, la necesidad de un desarrollo que actualice al máximo las posibilidades de la técnica, para lo cual contamos con dos vías claramente diferenciadas:

Participación Orgánica

Que consiste en la inserción en los órganos administrativos de representaciones sociales. Hay quienes consideran que la introducción de estos elementos participativos, pueden suponer la quiebra de principios como el de subordinación al Gobierno, responsabilidad parlamentaria y supremacía de la ley, así como también la del control judicial pleno y efectivo de la actuación de la Administración.⁸³

Hecha esta advertencia, revisaremos a continuación las ventajas e inconvenientes de la participación orgánica:

Ventajas:

Se resumen en la mayor integración social en las tareas administrativas que posibilita su mayor idoneidad para inducir legitimación, consenso y satisfacción sociales en torno a las mismas.

Inconvenientes:

⁸³ MARTÍN RETORTILLO, L. "La Participación en la Administración Pública, Principios y Límites, en la Obra Colectiva" *La participación*". Anuari de la Facultat de Pret, Estudi General de Lleida, 1985.

Existen algunos y son importantes, sin embargo resaltemos que la mayor integración que genera tiene como reverso el peligro cierto de la ruptura de la economía constitucional de la organización y el funcionamiento de la Administración, montados sobre la legalidad y la jerarquía.

Además, puede afectar a los principios de economía y eficacia y, en definitiva, se corre el riesgo de degeneración en apropiación cuasicorporativa de la definición del interés general, atentando contra la obligación que la Administración tiene de velar por los derechos e intereses de todos.

Participación Procedimental

La dificultad principal con que tropieza la participación, es la de armonización o compatibilización de esta técnica, con el estatuto constitucional de la Administración, en el que juegan los principios superiores de Estado de Derecho (legalidad y actuación objetivo-jurídica) y Estado Social (principios de economía y eficacia).

La participación procedimental consiste “en la previsión de la intervención de los agentes sociales en los procesos administrativos de toma de decisiones”. Este tipo de participación, al igual que la anterior, están permitidos por varias constituciones del mundo, debiendo resaltarse la Constitución española.⁸⁴

En el caso de nuestra Constitución Política, ya hemos explicado antes que, aunque incipientemente, sí encontramos una situación parecida a la que anteriormente hemos señalado; pero, mas concretamente, es el Art. 155 del “Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva - ERJAFE”, que dice así:

⁸⁴ PAREJO ALFONSO, L. “Perspectivas del Derecho Administrativo para el Próximo Milenio”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá. 1998

“Art. 155.- Terminación Convencional.-

1. La Administración Pública está facultada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, *a celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho Público como Privado* siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, *pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin*”.

Como puede verse, las convenciones a las que alude esta disposición se celebran en el *marco y contexto de un procedimiento administrativo*, esto es, en el *mismo proceso de formación de los actos administrativos*. Esto comporta una nueva visión del procedimiento administrativo, que a su carácter de instrumento de garantía, se le añade la propiedad de medio de composición de intereses relevantes a la decisión final, a través de la participación.

La norma se encuentra inserta en el título “Terminación Convencional” del procedimiento, pero se observa que dichas convenciones pueden tener, bien la consideración de “finalizadores de los procedimientos administrativos”, bien “insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”. En verdad, se trata de casos distintos, en razón del efecto

diferente que producen sobre el procedimiento. De una parte, la convención que finaliza el procedimiento iniciado *sustituye* a la decisión final *y funge como resolución*, solo que acordada, por lo que puede tener el contenido y alcance propio de ésta, con la misma obligatoriedad que el acto administrativo unilateral. De otra parte, la convención que se inserta en el procedimiento con carácter previo, no sustituye a la decisión final, sino que se explica con un carácter preparatorio de ésta, que puede ser vinculante o no de la resolución. En este último caso, cabe también aclarar que si la convención de carácter preparatorio es *vinculante*, la administración, evidentemente, habrá asumido un compromiso obligatorio respecto de la decisión final, de modo que ésta ya estará condicionada por el acuerdo. *Si no es vinculante, no podría hablarse de un acto administrativo consensual, pues la Administración conserva totalmente su disposición sobre la decisión final que, en todo caso, sigue siendo unilateral.*⁸⁵

Con estas precisiones, y según Luciano Parejo Alfonso, se puede formular la siguiente definición de acto administrativo consensual:

**(...) acuerdo de voluntades entre una Administración Pública y uno o varios sujetos de Derecho, regulado por el Derecho Administrativo, celebrado en el contexto de un procedimiento administrativo a través del que aquélla deba ejercer una potestad asimismo administrativa y para la terminación o preparación –en términos vinculantes– de éste, que está dirigido a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica”.*⁸⁶

El acto administrativo consensual, fruto de un acuerdo entre la Administración y otro sujeto de Derecho (público o privado), versa sobre un asunto concreto y particular, al igual que el acto administrativo ordinario unilateral. Como ya se

⁸⁵ PAREJO ALFONSO, L. “Perspectivas del Derecho Administrativo para el Próximo Milenio”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá. 1998.

⁸⁶ Ibid.

advirtió, se producen en el contexto de un procedimiento administrativo de formación de los actos administrativos ordinarios o unilaterales, y suponen el ejercicio de una *potestad administrativa distinta de la reglamentaria*, de modo que están llamados a incidir y producir efectos en una relación jurídica concreta, en una situación jurídica particular o respecto de un asunto singular.

La Administración siempre seguirá siendo titular de la potestad administrativa del que se trate y conservará su carácter de autoridad pública. Por ello, dicha potestad puede ejercerse de modo acordado con otros sujetos de Derecho, como una alternativa a la decisión unilateral, pero también existe la posibilidad de que se dicte el acto unilateral.

Esto quiere decir, que la decisión de adoptar una resolución consensuada o unilateral recae en la Administración y tiene carácter discrecional.

En el caso del Ecuador, existen situaciones en que hay un derecho de los administrados para condicionar las decisiones de la autoridad, de manera que la falta de consulta al grupo interesado puede viciar de ilegitimidad al acto administrativo correspondiente y hacer procedente una demanda de amparo constitucional.

De conformidad por lo que se establece en el ERJAFE, los requisitos de estas convenciones perfilan su objeto y delimitan su contenido. Son las siguientes:

- a) Que sean conformes al ordenamiento jurídico.
- b) Que versen sobre materias susceptibles de transacción; y,
- c) Que tiendan a satisfacer el interés público encomendado a la Administración.

A estos requerimientos de contenido y objeto se suma la exigencia de no-alteración de las mismas y la conservación de las responsabilidades de la autoridad. Por último, se exige el dictamen el Procurador General del Estado, unos requisitos de “contenido mínimo” y la publicidad.

El Art. 184 del ERJAFE determina quienes están legitimados para intervenir en el procedimiento administrativo. Como la lectura de esta norma lo descubre, en muchas ocasiones un acto de la autoridad, aunque parezca limitada a la esfera individual, puede afectar a terceros. También puede tener alcance general respecto a un grupo o incidir en el mismo. Como están legitimados terceros o grupos para intervenir en el procedimiento administrativo, también es menester que si el acto administrativo consensual puede afectarles, la Administración cuente con todos los interesados, aunque no hayan iniciado el procedimiento. Sin embargo, no cualquiera podría intervenir, pues se precisa legitimación sustentada en un derecho subjetivo que puede ser vulnerado o en lo que se llama “interés legítimo” respecto del resultado del procedimiento.⁸⁷

Señalado esto, vamos a pasar revisión seguidamente, a las ventajas e inconvenientes de la participación procedimental:

Ventajas:

Encontramos que existen varias e importantes. Permite la incorporación a los procesos de toma de decisiones tanto de las interpretaciones y posiciones de los sujetos individuales, como de las correspondientes a grupos sociales más o menos amplios en torno a lo que exige el interés general.

⁸⁷ BENALCAZAR, Juan Carlos. “El Acto Administrativo en materia tributaria”. Tesis de maestría. Universidad Simón Bolívar. 2004.

Paralelamente, hace lo propio con posturas y previsiones de otras Administraciones públicas, cuyas competencias o simplemente, los intereses colectivos a los que sirven pueden verse afectados por las decisiones resultantes de los procedimientos. Estas posibilidades de integración de posiciones privadas, sociales y públicas, representan en cualquier caso, la ventaja de aportación del mayor volumen útil de información y elementos de juicio para la correcta toma de decisiones.

La participación tiene lugar en forma que reduce los riesgos de interferencia de la responsabilidad administrativa última de la decisión. Tengamos en cuenta, que este tipo de participación puede contribuir de manera eficiente, al reforzamiento de la legitimación de la acción administrativa, al propiciar el consenso sobre las decisiones y la tutela jurídica de derechos e intereses individuales y sociales presentes en los procedimientos.

Sin embargo, debe tenerse cuidado en la participación ciudadana, en la toma de decisiones en ciertos procedimientos relativos a los asuntos más conflictivos del mundo actual, puede volverse un arma de doble filo a manejar con cautela, toda vez que puede avocar en un agudizamiento de las contradicciones, a incrementar divisiones y tensiones, que nunca serán buenas.⁸⁸

Dos premisas constituyen base de partida necesaria para estudiar la eficacia potenciadora de la tutela jurídica dispensada por la acción administrativa:

- a) En primer término, el cambio sufrido por el escenario de los derechos subjetivos como consecuencia de las profundas transformaciones experimentadas por el orden jurídico-público; cambio que se traduce en la progresiva afirmación, junto con los derechos individualizados de factura

⁸⁸ Sánchez Morón, M. "Participación, Neocorporativismo y Administración Económica", en la obra colectiva *Estudio sobre la Constitución Española*. Homenaje a Eduardo García de Enterría. Civitas, Madrid 1991.

tradicional de verdaderos derechos igualmente individuales pero de difícil imputación jurídica individualizada, en tanto que su decantación como tales depende de un proceso de agregación o generalización sociales, como por ejemplo: derecho de los usuarios y consumidores; como en la pérdida de sustancia real y efectiva, en el plano del ordenamiento general básico, por parte de los derechos subjetivos. Ejemplo: El derecho de propiedad del suelo, cuyo contenido no nace de la constitución y las leyes, sino de normas administrativas concretas que emergen de los planes de urbanismo.

- b) La reafirmación del deber de la Administración de observancia del derecho y de otorgamiento de tutela jurídica y, consecuentemente, de la tutela judicial. Sobre esta doble base, es clara la revalorización de la importancia del procedimiento en cuanto tal y de las posibilidades de intervención efectiva en el mismo, en cuanto condicionantes de primera magnitud de la realización de los principios constitucionales de servicio objetivo al interés general y sometimiento pleno a la ley y al derecho.

La participación procedimental, vista desde esta óptica, no será nunca contradictoria con dichos valores ni tampoco puede generar situaciones en el orden de la economía y eficacia en la actuación administrativa; la razón de esto es que estos principios de economía y eficacia carecen de contenido y significación únicos, lo que supone la imposibilidad de su contraposición a la seguridad jurídica y la protección de los derechos e intereses individuales o sociales. La eficacia y economicidad administrativas en el Estado Social equivale a la prosecución de objetivos conforme a derecho, por lo que resulta constitucionalmente prohibida cualquier apelación a los mismos para justificar una infracción de la legalidad.

Por tanto, ésta constituye una nueva ventaja de la participación procedimental, a la que se suma su contribución a la diferenciación del procedimiento respecto al proceso judicial, evitando la configuración cuasi judicial de aquél.

Inconvenientes:

Frente a las indudables ventajas, la participación procedimental presenta inconvenientes de orden menor. No cabe descartar una degeneración de la técnica conducente a una indebida dejación por la Administración de sus responsabilidades, a través de instrumentalizar posiciones de ciertos grupos sociales.⁸⁹

Tampoco cabe negar la eventualidad de una exageración de la técnica capaz de lesionar la economía con la eficacia de la actuación administrativa por la complicación excesiva del procedimiento, en un caso, o agudización de los conflictos y problemas en el otro.

En último término, es igualmente factible imaginar la hipótesis de desviación de la recta ponderación por la Administración del interés general en función de la capacidad de influencia de determinados sectores activos, vía apropiación en el procedimiento de la representación ciudadana.

Sin embargo, luego de haber estudiado la participación orgánica y procedimental, debemos afirmar que no basta con la reflexión sobre las características de los diversos tipos de participación; es pertinente añadir la valoración de las mismas a la luz de los principios constitucionales y de los

⁸⁹ ARIÑO ORTIZ, G. "Democracia y Administración". Notas sobre participación ciudadana en los procesos de decisión, en la obra colectiva *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Madrid. 1978.

bienes constitucionalmente protegidos que, como también conocemos, presentan composiciones y combinaciones distintas según los casos.

Así como el principio de Estado de Derecho y todos sus valores vinculados merecen la primacía en los ámbitos más cercanos al bien de la dignidad de la persona, así también *el principio de Estado Social y la constelación de valores con él articulados tienen rango preferente en los ámbitos más cercanos al orden económico-social.*

La heterogeneidad de la función administrativa y la diversidad de condiciones de ejercicio de la misma, obligan a discriminar la respuesta sobre la procedencia de la participación y el tipo concreto de ésta a emplear. Por esta razón, consideramos importante diferenciar tres grandes supuestos en la acción Administrativa:

- a) Basado en el principio de legalidad, es aquella acción que se cumple en asuntos típicamente ejecutivos, perfectamente normados y en los que sólo existe posibilidad para una simple aplicación de lo escrito.

Aquí, como nos podemos dar cuenta, parece claro que la técnica participativa poco o nada aporta, pues existe suficiencia en la función de la actuación administrativa.

- b) Se trata de aquella acción que se desarrolla sin la formalización propia del procedimiento administrativo o en términos ajenos a los modos típicos de la gestión administrativa y en aquellos temas en los que el Gobierno-administración goza de cierto margen de libertad, como por ejemplo: la formulación gubernamental o administrativa de directrices, medidas o programas de acción.

Indiscutiblemente, en este supuesto resulta mucho más amplia la posibilidad de incursión de la participación orgánica, cuya preferencia debe incrementarse a medida que la informalidad de la acción y el margen de libertad de la misma sean mayores.

En todo caso, por regla general la participación no debe entenderse por la incorporación directa y de pleno derecho a órganos administrativos dotados de facultades decisorias; es preferible más bien, la inserción vía órganos consultivos, de control-vigilancia, implementados con facultades de información, propuesta y denuncia, a lo que debemos añadir la *indispensable* transparencia de la Administración, condición indiscutible para la efectividad de cualquier fórmula participativa.⁹⁰

- c) Finalmente, esta acción no se lleva a cabo solo a través del cauce formal del procedimiento administrativo, sino en relación con asuntos o materia que quieran tal formalización y que son ordinariamente de índole compleja, gozando la Administración de amplia capacidad de configuración, como es el caso por ejemplo lo que tiene que ver con los planes vinculantes, los de ordenación territorial urbanística.

En este caso, el tipo de participación más pertinente es, sin duda, el procedimental. El tema entonces, consiste en la posibilidad de la extracción del orden constitucional de parámetros concretos vinculantes para el legislador, a la hora de determinar los términos de la participación. Es de aquí, lo que se apuntala el futuro de esa participación, su desarrollo y efectividad, sin dejar de reconocer que existe un gran grado de dificultad.

Todo lo anteriormente expuesto, nos lleva por fuerza a un planteamiento más general, es más, a la conexión de la participación con la singularidad

⁹⁰ MUÑOZ MACHADO, S. "Las Concepciones del Derecho Administrativo y la Idea de Participación en la Administración. Revista de Administración Pública, No. 84.

de la Administración local, especialmente la Municipal, sobre la cual existe mayor claridad respecto de la intervención de la ciudadanía.

En la medida en que tengamos a la Administración local, como la única instancia de la organización territorial del Estado, que es actuada por representantes populares electos y no por la masa burocrática, en ella tiene lugar una específica conjugación de la legitimación democrática y de la inducida por la acción eficaz del poder público; por ende, se hace presente una específica armonización de los principios de Estado Social y Democrático de Derecho.

Frente a este tipo de puntualización, debemos una vez más en este trabajo, resaltar que *los pueblos vienen reclamando algo más que la democracia representativa, pues con ella sola no alcanza. Se viene exigiendo la democracia participativa para sumar propuestas, compromisos y esfuerzos, pues ha llegado el momento de construir sobre las coincidencias.*

El individuo aislado, ocupado del “yo” y despreocupado del “vosotros”, ya ha caído en la cuenta de que también debe ocuparse del “nosotros”, en el que se juega su destino final. El Estado de Derecho Democrático debe quebrar insalvablemente la indiferencia social y la apatía política, si quiere seguir sobreviviendo dentro de un mundo de libertad.

Por ello, la necesidad de una democracia más participativa, pues el pluralismo impuesto por la sociedad es presupuesto obligado de la participación,⁹¹ y la participación es la causa eficiente de la democracia.

⁹¹ CARCASSONNE E, Guy. “Un Derecho para la Democracia Moderna”. Transformaciones del Derecho Público, ECA. Buenos Aires. 1994.

La institucionalización no debe quedar solo “en la letra de la ley, sino primordialmente en el espíritu de los pueblos”. No se puede pretender que el Estado monopolice la atención de todas las necesidades colectivas. El crecimiento cuantitativo y cualitativo de las mismas, propio de la complejidad vital moderna, requiere una participación más activa de los cuerpos intermedios en el quehacer de la Administración pública.

La democracia, aspira a la realización plena del hombre en libertad, por lo que demanda una *participación íntegra*, no solo política y peor electoralista, sino también administrativa, económica y social. El hombre debe ser *partícipe* de la gestión pública en sus distintos niveles institucionales.⁹²

Es indispensable que los intereses de los distintos sectores sociales, se compatibilicen para instaurar el equilibrio fundante de la democracia. Es la única manera, como encontraremos que el interés público constituirá una síntesis total del interés de todos.

El ideal de un Estado Social de Derecho debe estar dado por el equilibrio y el reparto proporcionado del poder. Los privilegios sectoriales y la polarización injusta hieren a la democracia en su misma esencia, donde además la participación se la ve reducida a un papel formalista.

La mayoría de constituciones desarrolladas del mundo, hacen efectivo el traspaso de la democracia representativa a la democracia participativa directa, con acceso a cargos electivos, con representación de las minorías, con procedimientos de democracia semidirecta, con la intervención de los interesados en los organismos de control, y otros medios participativos adicionales.

⁹² GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. “Derecho Público, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en España”. RRAP, No. 89, año 8, Buenos Aires. Ciencias de la Administración. 1986.

Es necesario aclarar, que la participación no debe ser entendida solamente ciudadana, popular, directa del individuo, sino también una participación institucional de aquellos organismos menores, de aquellos estados pequeños constituidos por las provincias, las regiones, los cantones, que conforman todo el elenco del aparato estadual, con la finalidad de llegar a la más íntima y directa relación con los ciudadanos, los habitantes y los administrados.

Debemos considerar ideal, una verdadera norma constitucional que conecte comunicativa y dinámicamente al hombre y el sistema, más concretamente, al ciudadano (protagonista individual) y la democracia (protagonista institucional).

Los ciudadanos, más allá de su carácter de usuarios, consumidores, trabajadores, dirigentes, afectados, interesados, carácter que nace de presupuestos constitucionales y legales que le dan la posibilidad de participar democráticamente en asuntos de interés privados o públicos, pero al fin intereses, hoy se busca en los estados modernos propiciar a este mismo ciudadano una suerte de *participación protagónica*, con su contrapartida necesaria y obligatoria, que radica en la defensa y fortalecimiento del sistema, de los valores y del orden democráticos.

En fin, la democracia como sistema dentro de un Estado Social de Derecho constituye una democracia gobernante, bajo la denominación de República. Esa democracia gobernante es la que predica, como requisito de existencia, la participación comprometida y responsable de los ciudadanos, ya sea en su propio nombre, en nombre del pueblo o en nombre de la soberanía popular.⁹³

Finalidades de la Participación en el Procedimiento Administrativo

⁹³ GARRIDO FALLA, Fernando. "Democracia y Estado de Derecho: Sometimiento Efectivo de Todos los Poderes a la Ley". RAP, No. 128, Madrid. 1992.

La participación del ciudadano en el procedimiento de adopción de decisiones por parte de la Administración no es homogénea, pues está condicionada al grado de autonomía decisoria de que dispone la misma en cada supuesto.

Cuanto mayor es el grado de discrecionalidad en la actuación administrativa y, consecuentemente, menor el control de parte de los poderes públicos, incluyendo el poder judicial, *existe mayor incidencia y necesidad de participación*.

Es importante que en este punto, veamos claramente la diferencia entre el campo que se abre a la participación en el Estado Social, del que se le da en el Estado Liberal. Por ejemplo, en éste último, no hay espacio para la participación en el ejercicio de las funciones estrictamente ejecutivas y en todas aquéllas que constituyen el objeto que se asigna al poder ejecutivo, como la potestad sancionadora y de policía.

A diferencia, con el apareamiento del Estado Social, el Gobierno y la Administración asumen nuevas funciones y nuevas áreas de actuación, haciéndose evidente la necesidad de introducir elementos democráticos en su funcionamiento.⁹⁴

En el Estado Social y Democrático de Derecho, se pueden reducir a dos los grandes objetivos de la participación del ciudadano en el procedimiento de elaboración de las decisiones que debe tomar la administración de aquél:

- a) El primero consiste en favorecer *la transparencia en la actuación administrativa, lo cual es imprescindible para el control de los ciudadanos sobre la actividad de la administración*.

⁹⁴ GIANNINI, M. S. "El Poder Público". Civitas, Madrid. 1991.

Se trata de un control de carácter preventivo, como en realidad ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo Español, pero que además se lo sostiene doctrinalmente cuando de la Cruz Ferrer, nos dice: “no parece suficiente limitarse a concebir el derecho administrativo como un control de remedio. Parece imprescindible, además y con carácter prioritario, la búsqueda y puesta a punto de técnicas que faciliten una actuación administrativa legal y eficaz, que efectivamente promueva una mejor realización de los intereses generales, facilitando el ejercicio de los derechos fundamentales”.⁹⁵

Todo lo expuesto demuestra la atención que se da al principio de eficacia en el funcionamiento de la Administración, sin dejar de tomar en cuenta la virtualidad que posteriormente constituye para el juez, tener un expediente administrativo con los informes y estudios realizados para poder juzgar más correctamente el caso sometido a su consideración.

El segundo objetivo de la participación busca dar entrada a los ciudadanos, que pasan a colaborar con los órganos políticos de decisión y con los administrativos; además pasa a aportar una pluralidad de intereses: sociales, políticos, económicos y profesionales presentes en la sociedad a cada momento, y exponentes del pluralismo político, lo que favorece el consenso en torno de los grandes temas de actuación administrativa y de proyectos de disposiciones generales.⁹⁶

A través de esta posibilidad, se permite la consideración de los variados intereses sociales, en orden a la formación del interés general, desde siempre

⁹⁵ DE LA CRUZ FERRER, J. “Sobre el Control de la Discrecionalidad en la Potestad Reglamentaria”. RAP, Núm. 116. 1988.

⁹⁶ GARCIA-PELAYO, M. “Las Transformaciones del Estado Contemporáneo”. Cuarta Edición. Alianza, Madrid, 1989.

atribuido al Parlamento y al Gobierno, con lo que se posibilita la intervención de los ciudadanos en la definición misma de este interés general.

De ahí que debe distinguirse diversos niveles de participación, según el tipo de actividad que realice el Gobierno y la Administración: mientras que en las funciones estrictamente ejecutivas el espacio para la participación sería escaso y de una eficacia básicamente informadora y consultiva, en cambio, por lo que respecta a las nuevas actividades prestacionales asumidas, la participación se hace cada vez más necesaria y activa.

Por nuestra parte, nos queda subrayar otro aspecto: *dar entrada a los ciudadanos y a los grupos sociales en el procedimiento administrativo supone tener en cuenta el pluralismo político que la Constitución Ecuatoriana, entre otras del mundo, asumen como valor fundamental y, conectado con éste, los derechos de las minorías políticas y sociales que, de esta manera, pueden estar presentes en el Gobierno y la Administración.*

De la influencia del pluralismo político sobre el principio de participación, se deriva la garantía de la participación de las diversas asociaciones y agrupaciones en los procesos de decisión política previstos en la Carta Magna y, en el ámbito de la Administración, en los procesos administrativos.

CAPITULO IV: EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO. SU NUEVO MODELO DE ORGANIZACIÓN.

El Ecuador ha venido sufriendo durante la última década, una serie de acontecimientos trascendentales para su vida democrática y constitucional. La sociedad civil ha tenido un preponderante protagonismo en todos ellos, habiéndose obligado a hacer justicia a la Nación, frente al grave estado de corrupción, carencia de liderazgo, inexistencia de sensibilidad por parte de los gobernantes, pobreza profunda de la gran mayoría del pueblo, privilegios brindados desde el Gobierno Central, desde el Parlamento y desde la propia alma de las Instituciones Jurisdiccionales, hacia un puñado de familias que han venido manteniéndose en el poder cualquiera haya sido el gobernante.

Pero, de ninguna manera “el hacerse justicia por propia mano” es lo lógico y aconsejable, pues dentro de los propios grupos que han incitado al pueblo a salir a las calles y a las plazas, se encuentran algunos de los personajes que tienen grave responsabilidad en lo que ha venido aconteciendo, pero que tan parece el pueblo no los ha identificado; y en otros casos, aparecen nuevos líderes, mal intencionados, que ayer nomás pactaban por debajo de la mesa, con los gobernantes a los que hoy denigran e insultan. Por ello, el verdadero pueblo, el sufrido y esforzado pueblo del Ecuador no puede ni debe dejarse manipular más por este tipo de “personajes trasnochados”, atrás de los cuales nada bueno hay.

Es hora de que ciudadanos, líderes, personajes de otra estirpe, imbuidos de un claro y sincero espíritu de verdad, inspirados por un ánimo de unidad, armonía, bienestar; en fin, corazones y mentes claras levanten la bandera patria, poniéndola muy en alto por sobre todo otro tipo de sentimiento que no sea de amor a la Nación, a su pueblo, a los principios que la constituyeron, a los verdaderos libertadores de ayer, buscando *la reestructuración y reforma*

que el Estado Ecuatoriano necesita, que es lo único que llevará al surgimiento de un nuevo Estado, relocalizado, renovado.

Conjuntamente, con ciudadanos bien intencionados, con claras ideas, con corazones limpios de odios y venganzas, en los que primen solo pensamientos y sentimientos en bien de todos, deben hallarse juristas, que sí los hay, que pongan en funcionamiento las “ideas” cristalizadoras del tan anhelado cambio, para conducir directrizmente a la sociedad y al propio Estado, dando lugar a un “nuevo derecho”, mismo que nos orientará necesariamente a una nueva “Constitución Nacional”, que a su vez fijará los alcances de la relocalización del Estado.

El nuevo Estado y su organización se identifica con un derecho que se reconstruye sobre los valores que deben servirle de soporte, los mismos que lo fijan, lo consolidan y lo garantizan.

Esos valores fundamentales son los siguientes:

1. Participación

Como ya lo vimos en el capítulo anterior, la participación entraña que ambos sujetos de la relación, Estado y ciudadanos, actúen en un marco de autoridad y libertad suficientes y mínimas al mismo tiempo, pero responsables y eficaces. Nadie puede negar que hay una natural distancia entre el individuo y el Estado, la misma que debe ser respetada; pero distancia no supone distanciamiento ni eliminación de las relaciones, sino más bien, establecer la posibilidad de entablar un diálogo y de generar el hábito del diálogo.⁹⁷

Los poderes pueden y deben ser interrogados, discutidos y participados de muy variadas formas, para lo que es necesaria una comunicación

⁹⁷ DROMI, Roberto, “Constitución, Gobierno y Control”. Mendoza, ECA. 1983.

activa y responsable del ciudadano en los diversos niveles que el sistema social provee para tal fin. Y es la Constitución Política del Estado la que instala una comunicación dinámica entre el hombre y el Estado, por lo que se hace necesaria la incorporación de nuevas y efectivas herramientas que movilicen el sistema democrático hacia la participación.

2. Integración.

El Estado moderno se enfrenta a la realidad que le impone resignar una porción del poder político que ejerce soberanamente, debidamente justificado en que al hacerlo tiene un bien concurrente a la realización del interés común.

En este sentido, la consecución de mejores niveles de vida para sus habitantes, en el marco del desarrollo económico o basándonos en aquellas condiciones que aseguran la paz internacional, se erigen en suficientes motivos para que un Estado consienta en delegar parte de su soberanía.⁹⁸

La situación que describe estas condiciones es “la integración” de Estados en comunidades, cuya proyección se perfila desde lo económico hacia lo político. Paralelamente a la integración comunitaria que se produce con otros países en un contexto de relacionamiento, se plantea en nuestro Estado Ecuatoriano la necesidad de concebir a la región como la herramienta operativa para el desarrollo de ciertas zonas, lo que constituye una suerte de descentralización funcional que otorgue respuestas con un mayor grado de inmediatez a los problemas y estrategias que cada región requiera.

Es la Constitución del Estado, la que debe apuntar a delinear una real integración en los ámbitos políticos, sociales, geo-económico y

⁹⁸ GRANILLO OCAMPO, Raúl. “Estado de Derecho, Justicia y Seguridad Jurídica”. RRAP. Año XX, No.3 Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998.

culturales, proponiendo soluciones prácticas para lograr el integracionismo a niveles interno y externo.

3. *Solidaridad*

Este valor incalculable, no es ni puede constituir un abstracto. Por el contrario, es el socorro oportuno y tangible, la empresa común en que coinciden el trabajo y el capital, la asistencia fraterna y personal, la acción de dar y hacer para el todo y sus partes, es un camino de calidad en las circunstancias ordinarias de la vida, es la responsabilidad del nuevo humanismo, es parte del desarrollo integral y es la ruta del progreso. En fin, la solidaridad constituye uno de los medios hacia la paz y el desarrollo.

Este valor se expresa en diversas normas constitucionales, cuando hablamos de igualdad real de oportunidades, acciones de amparo contra cualquier forma de discriminación, distribución equitativa, mejoramiento de calidad de vida y otras, que se encuentran regladas en nuestra Constitución, pero que en la práctica no vemos que se cumplan y que han llevado a un estado de agobio y desesperación a la sociedad ecuatoriana.

El orden existencial presenta una doble realidad: *la realidad física* que constituye el orden dado de carácter forzoso, causal, determinado, comprensivo del mundo de la naturaleza; y *la realidad social*, es decir, el obrar humano, moral y libre, que constituye el mundo de la cultura.

Esa realidad, “hecha” por el hombre se designa con el nombre de *sociedad*. “La sociedad es algo más que un conjunto relacional de individuos, *es una misión de hombres para su “hacer común”*.”⁹⁹

⁹⁹ DROMI, Roberto. “Nuevo Estado. Nuevo Derecho”. Buenos Aires, ECA. 1994.

La existencia social presupone la existencia individual. La sociedad se conforma a través de una pluralidad de hombres inteligentes y libres, unidos en torno a la consecución del bien común. La pluralidad es el complemento de esa individualidad.

La relación hombre-sociedad se conjuga a través del orden, entendiéndose por tal la particular disposición de las partes para alcanzar una determinada finalidad asociativa, *que persigue un fin natural perfecto*. Traduce así, la vocación societaria del individuo en la persecución de su propio bien y el de toda la comunidad.

La realidad social como producto del obrar humano es una unidad de acción, un obrar en común para el bien. La realidad social supone un orden y persigue un fin. Pero, entendamos, que no hay más realidad sustancial que la de los individuos; por ello, *sociedad, Estado, comunidad y otras formas de asociación son realidades accidentales, motivadas por los individuos, en cumplimiento de una voluntad común*.

Más aún, *la realidad política* afecta solo un sector de lo social. *La realidad administrativa* se apoya sobre un sector de lo político; conforma una estructura organizacional (administración pública), que se articula relacionamente con los individuos (administrados) en ejercicio de una función (la administrativa), y cuya regulación jurídica constituye el objeto específico del Derecho Administrativo.

La relación social individuo-sociedad, se traduce en el plano político en la relación política, ciudadano-Estado. La bilateralidad social se adjetiva de política, generando derechos y deberes a las partes de la relación. La correspondencia entre gobernantes y gobernados, autoridad y libertad, mando y obediencia, refleja la sustancia de una realidad política integrada por los

contenidos subjetivos de la acción política. Esta es ejecutada por autoridad pública, mediante el imperio que le otorga el contenido objetivo del orden jurídico.

El Estado de estos tiempos, representa la especie moderna del género de la organización política. Refleja además, una de las formas de la realidad pública dentro del contexto de la realidad social; inserta en esa realidad política se ubica la realidad administrativa, que se halla compuesta por un sistema integrado de funciones y prestaciones públicas con miras al bien común.

El individuo participa simultáneamente de muchas sociedades: políticas y civiles, generales y particulares, obligadas y espontáneas. Pero de ellas, la sociedad política, traducida como realidad estatal con un modelo de organización administrativa y pública permanente, le impone su intervención por razones de naturaleza y en busca de una ordenación unitaria que asegure el bien del todo y de cada uno de sus partes. Justamente por ello, el Estado es la sociedad perfecta o soberana.¹⁰⁰

Valga dar mi opinión en éste punto, respecto *al conflicto que encuentro entre el Estado de Derecho y el Estado de Legalidad:*

Estado de Derecho

Constituye aquel sistema de leyes iguales para todos, que sirva de salvaguarda de derechos individuales, anteriores y superiores al Estado. El Estado de Derecho, como fin supremo, es el ideal del sistema constitucionalista, sistema que se originó como una medida de defensa de la población para limitar el poder discrecional de los gobernantes.

¹⁰⁰ EMBID IRUJO, Antonio." El Ciudadano y la Administración." Ministerio para las administraciones públicas, Madrid. 1994.

Estado de Legalidad

Es el sistema de leyes que se caracteriza por la preeminencia de la norma por encima del derecho, en donde lo importante no es la defensa de los derechos anteriores y superiores al Estado, sino regular la conducta de los individuos.

En tal virtud, *la elaboración de las leyes requiere amplio debate para superar el simple Estado de legalidad*, pues no es solo la necesidad del sistema democrático sino la afirmación de los derechos individuales anteriores y superiores al Estado por encima de la norma.

Somos críticos del Estado Ecuatoriano, que se halla conformado por una serie de funciones e instituciones invadidas por la corrupción de sus administradores y gobernantes, sistema que ha colapsado y que no da abasto para solucionar en ningún aspecto, los graves problemas que aquejan a nuestra sociedad.

Dentro de este estado de corrupción, son actores principales los legisladores elegidos por el pueblo ecuatoriano para que cumplan una sagrada misión, cual es la de legislar, pero que lejos de ello no solo que no han cumplido tal misión, sino que más bien con toda impudicia han creado unas pocas leyes basadas en la inmoralidad y el compadrazgo. Bien podríamos afirmar, que las razones que motivan hoy a gran parte de esos legisladores, para legislar son:

- a) Intereses de la clase política.
- b) Intereses de grupos de poder.
- c) Crear una sociedad maniatada a esos intereses.

Problemas de este modelo.

Las instituciones actualmente irrespetan los derechos humanos, coartan la libertad en todas sus expresiones, invitan al individuo a actuar en contra de las normas y generan la destrucción del propio sistema.¹⁰¹

Como consecuencia de esta problemática, los individuos procreados por las instituciones se encuentran esclavizados, sometidos a un sistema de injusticia que les ha traído: pobreza, violencia, impunidad, y exclusión.

El sistema actual, imperante en nuestro país y en muchos países del mundo, irrespete la justicia, desconoce el derecho y coarta la libertad.

Lo que ha producido el sistema en nuestra sociedad.

Este mundo de corrupción e injusticia ha generado un orden social de inconformes, ha fomentado la indiferencia y la insatisfacción con la ley, impidiendo que el pueblo defina, promueva, facilite el camino a la identidad nacional, pues es lógico que con esas características de Estado y de Gobierno, lo único que se ha producido es la exaltación y ahondamiento de las desigualdades sociales.

Cierto es que todo pueblo debe rendir honor y obediencia a sus autoridades; incluso la Biblia afirma que debemos someternos a las autoridades superiores. Sin embargo, el mismo Lutero que fue uno de los padres de la reforma protestante definió así la relación frente al poder temporal: “Cuando un príncipe no tenga razón, ¿debe seguirlo culpablemente todo el pueblo? La respuesta es NO. Porque nadie debe actuar contra derecho”.

¹⁰¹ CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. “Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional”. Revista Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, No. 6 Bogotá, 1996.

En la realidad, el pueblo ecuatoriano se ha levantado contra el sistema porque no desea seguir viviendo bajo el yugo de la esclavitud, creado por malos políticos y gobernantes que han desilusionado sus anhelos y esperanzas, y que para conseguir sus protervos fines se han valido de leyes y normas nacidas de la injusticia y la prepotencia, mismas que, por tanto, ya nacieron en contra del derecho.

Esta visión de Estado se concibió, en el marco de “las siete partidas”, como un Estado corporativo, patrimonial y estamental, cuyos conceptos vamos a verlos brevemente a continuación:

- a) Corporativo: Pues sobre la concepción de la autoridad y las lógicas de obediencia, en tanto es un todo orgánico e indiferenciado de pueblo y monarca, *no se rinde cuentas a nadie*.
- b) Patrimonial: Basado en la concepción del Estado como un bien omnímodo de los gobernantes.
- c) Estamental: Basado sobre la creación de una “clase social” de administradores, expertos en el teje y maneje de la cosa pública.

Toda esta herencia fue traducida al ámbito local por “los letrados” que se constituyeron en una suerte de clase política.

Sin embargo, poco se dice hoy que esa visión centralista del poder del Estado, y del derecho positivo en que se sustenta, lleva aparejada impunidad,

violencia y pobreza, absolutamente inmoral e inaceptable para toda persona honesta y con principios.¹⁰²

Esto significa que en el Estado Latinoamericano en general, se cree que los hombres son buenos, que no necesitan controles y que, alejado de sus intereses personales, velarán por el bienestar de los demás.

Se asume que entre los miembros de esa sociedad de “hombres buenos” existe una relación vinculante como la que se da en la familia, en virtud de tal reciprocidad.

Pero esa conducta solidaria entre individuos, por más buena que parezca, a la hora de implementarse resulta perversa, porque se traduce en deshonor y eliminación de la normas, como fundamento de la vida, y en su lugar se colocan las relaciones y la discrecionalidad, sobre todo en la relación entre gobernantes y gobernados.

En el ordenamiento jurídico producto del derecho continental romano y del derecho positivo se cree que la solidaridad, como atributo moral, surgirá a partir de la beneficencia del Estado.

Sin embargo, dado que los Estados tienen muchos intereses en juego, y aunado a la discrecionalidad sin control de instituciones cuya finalidad no es ejercer la moral de las personas reales, se termina por facilitar procesos de enriquecimiento ilícito, de abierta injusticia y de impunidad.

Generalmente, en la gran sociedad, la solidaridad se expresa de espaldas a las normas. El policía pide solidaridad al infractor y este al policía y ambos traicionan las reglas y la justicia. El trabajador que llega tarde pide

¹⁰² MENDEZ, Guillermo. “Tesis Sobre Nuestra Relación con Dios, a la Luz de Nuestras Responsabilidades Públicas”. Instituto de Servicios a la Nación, Guatemala. 2003.

solidaridad al supervisor y este la otorga, sabiendo ambos que traicionan los principios de la empresa.

Pero, la obediencia civil se *ordena por causa de conciencia*. En otras palabras, lo más sensible de la fibra moral del ser humano se nutre al obedecer la autoridad, expresado como seguir el bien y apartarse del mal.

NUESTRO PLANTEAMIENTO SOBRE EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y SU MODELO DE ORGANIZACIÓN

Luego de revisar brevemente la problemática que aqueja al modelo de Estado que rige en gran parte del mundo y particularmente en el Ecuador, a continuación vamos a señalar las ideas básicas de lo que esperamos constituya un planteamiento de Estado Social renovado, mismo que contendrá los elementos básicos que requiere una sociedad moderna para buscar solucionar los problemas acuciantes que vive.

Primeramente, comencemos por ratificar nuestro criterio favorable acerca de que el Estado Social superó la separación presupuesta por el Estado Liberal de Derecho entre individuo y Estado. Sin embargo, no implica el irse al otro extremo como para confundir Estado y Sociedad.

Se trata solo de la difuminación de la contraposición de dichas dos realidades, ciertamente distintas, sin negar su diferencia pero compenetrándolas.

La idea de la responsabilización de las condiciones de la vida social es capital. Alude, en efecto, a la vinculación del Estado, el conjunto de los poderes constituidos, al complejo total de tareas previstas constitucionalmente para la efectividad del orden determinado por la norma

fundamental, sin prejuzgar en absoluto las condiciones y los instrumentos a emplear a este efecto y expresando así, por tanto, la diversidad de los términos en que la indeclinable responsabilidad estatal puede ser afrontada y, por tanto, de los medios y procedimientos de que al efecto puede valerse para su eficacia.¹⁰³

El Estado Social, a nuestro modo de verlo, representa el principio que completa la determinación histórica evolutiva del Estado Constitucional, conforme a los ciclos establecidos por T.H. Marshall: Desde la garantía de la ciudadanía civil (Estado Liberal de Derecho), pasando por la de la ciudadanía política (Estado Democrático de Derecho), hasta la de la ciudadanía social (Estado Social y Democrático de Derecho).

De ahí que, debemos tener claro los siguientes puntos que establecen la idea de Estado Social:

- a) La complementariedad con los principios democráticos y de derecho que también contribuye, a mismo título y jerarquía, a definir el Estado como un todo. Se trata de armonizar la libertad y la igualdad real en los términos del orden constitucional como unidad para alcanzar la dignidad de la persona y, por tanto, la calidad de vida que debería constituir la finalidad del Estado.

El principio social complementa así los principios democrático y de sometimiento pleno al derecho para dotar al Estado de la completa legitimación constitucional, que resulta de la cohesión social que proporciona un ordenamiento justo.

- b) La vocación “configuradora” del Estado Social, que es universal, se manifiesta allí donde deban crearse o restablecerse las condiciones

¹⁰³ CASCAJO CASTRO, J.L. “La voz Estado Social y Democrático de Derecho. Materiales para un Léxico Constitucional Español”. RCEC, Núm. 12. 1992.

precisas para la efectividad plena el orden constitucional y, por tanto, el valor libertad como el valor igualdad.

El Estado es social, en efecto, tanto cuando opera decididamente para generar o restaurar las condiciones de libertad e igualdad en un mercado, o en el proceso político de formación y manifestación de la voluntad popular, como cuando organiza el sistema de la seguridad social o articula prestaciones para minorías, sectores sociales o individuos en desventaja. Ocurre que, por su propia naturaleza, la acción del Estado ha de ser distinta y más intensa cuando se trata de establecer las condiciones que son presupuesto de la libertad y la igualdad en la dimensiones cultural y social de la vida colectiva; porque en éstas, el proceso de producción de libertad-igualdad hace referencia a bienes que, por definición pertenecen al círculo de intereses de la solidaridad y, por tanto, colectivos, generales, o públicos.

Dicho en otros términos, el principio social no es sino la manifestación en el doble plan organizativo y ordinamental del Estado de la consagración por el orden constitucional, a partir del valor central de la dignidad de la persona, de un status de plena ciudadanía; status que, junto con la civil y política, cuenta, a mismo título que éstas con una específica dimensión social.

Puede decirse que la presencia activa y adecuada en esa trilogía del Estado Social es indispensable para la plena y cabal efectividad del referido orden.¹⁰⁴

El Estado de Derecho, nacido con posterioridad al constitucionalismo liberal, le asigna a la comunidad política una finalidad humanista.

El Estado de Derecho, per sé, significa “sumisión a las leyes”, pero especialmente a un particular modelo legislativo: “las leyes de libertad”. Es

¹⁰⁴ GONZALEZ NAVARRO, F. “El Estado Social y Democrático de Derecho”. Pamplona. 1992.

decir, aquellas normas cuyo objeto es hacer posible el libre desenvolvimiento de los miembros del grupo social.

El principio de legalidad “a solas” no dice nada, *pues debe enmarcarse en una orientación filosófica-política; es más, está enraizado siempre en una cuestión política.*

Esa orientación política-finalista es la que permite distinguir lo “verdadero” de lo “falso”, pues la axiología cataloga una graduación de valores que define la rectitud o no de obrar.

El imperio del derecho (rule of law) supone la conformidad del orden jurídico con el escalonamiento normativo formal y con valores sustanciales, meta jurídicos, sin cuyo respeto integral no existe Estado ni derecho. El sentido de la consagración constitucional de las libertades públicas, conlleva la imperatividad directa de las libertades y la apertura total de los derechos humanos.

Si esos valores supra jurídicos nacidos de la esencia misma del ser humano, que por lo demás son políticos (dentro de una comunidad política), no están exteriorizados dentro de los artículos de una constitución de Estado, mal podríamos denominar a ese Estado como social, democrático y peor aún de derecho.

Vimos al inicio de este trabajo, la diferencia entre un *Estado Benefactor* y *Estado Facilitador*, que bien vale la pena volver a recordarla.

Estado Benefactor

Es aquel sistema de distribución de la riqueza, prevalente en un Estado, que se caracteriza por el uso de compensadores sociales absolutamente creados, administrados y adjudicados por el Estado, para quienes este discrecionalmente interpreta que padecen necesidad.

Estado Facilitador

Constituye aquel sistema de distribución de la riqueza, prevalente en un Estado, *basado en el principio de justicia social*, que se caracteriza por crear las condiciones necesarias para lograr la utilización equitativa de compensadores sociales, permitiendo que la población sea protagonista de su propio desarrollo.

Es muy clara la diferenciación entre un tipo de Estado y el otro, pues en el primero prevalece la posición de “papá Estado” que todo lo da, que todo lo reparte, conforme a su criterio y discreción; mientras en el segundo, prevalece el principio de “justicia social”, que debe propiciar la creación de condiciones para lograr la utilización equitativa de los compensadores sociales, pero lo más importante, *que la población sea protagonista de las decisiones que deben tomarse en beneficio de su propio desarrollo.*

El desarrollo de la sociedad ecuatoriana y sus consecuentes necesidades, nos demuestra la importancia de regular, de mejor manera, las relaciones entre los ciudadanos, con leyes que orienten la conducta de los mismos en la búsqueda del desarrollo integral del país. Para conseguir esto, se torna indispensable la participación del Estado como un ente tutelar, pero al mismo tiempo facilitador que vele y garantice los derechos y libertades inherentes a la persona humana. Finalmente, éste aspecto creará las condiciones para que

los ciudadanos puedan ser protagonistas de su propio desarrollo; esto nos quiere decir, que no se puede tener un Estado 100% benefactor ni un Estado 100% facilitador.

El Derecho Natural como un aporte importante

Si estamos hablando de un Estado Social de Derecho, por ende sujeto o sumiso a las leyes, no podemos menos que remitirnos a lo que debería constituir su inspiración.

Por ello, queremos señalar mediante este válido instrumento, que consideramos por *derecho natural* lo siguiente: “el orden justo por sí mismo, que inspira y se sitúa por encima del derecho positivo. El derecho natural posee validez y eficacia jurídica por sí mismo, en tanto que la validez del derecho positivo depende de una norma legal vigente”.¹⁰⁵

A lo largo de la historia se contemplan diversas concepciones del derecho natural, pluralidad a la que no es ajena el gran número de sentidos que puede atribuirse al término naturaleza.

Así, se establece el derecho natural desde una perspectiva teológica, escolástica, al afirmar que la ley natural es aquella que participa de la ley eterna y ordena la conducta de la criatura racional, llamándose así porque lo que manda o prohíbe lo hace en razón de la naturaleza del hombre y el ser humano posee conocimiento por la sola fuerza de la razón, siendo una misma e igual para todos los hombres y en todos los lugares y épocas.

Visto de esta manera, el derecho natural no es algo impuesto al hombre, desde una instancia superior, sino algo inmanente a éste y fruto de su propia razón y conocimiento.

¹⁰⁵ LOOR BRYCE. “The Law of Nature” en *Studies in History and Jurisprudence*. 1901.

Desde una perspectiva histórica se han sucedido numerosos movimientos que cuestionan esta interpretación jurídica y manifiestan su radical escepticismo respecto de la existencia del derecho natural. Del mismo modo, hay corrientes en el pensamiento jurídico que niegan la posibilidad de que la ley positiva tenga su origen en unos principios inmutables y superiores, a los que se halla subordinada.

Frente a estos criterios que hemos señalado, los filósofos y pensadores griegos, pioneros en discutir el derecho natural, luego de analizar la variedad de leyes y costumbres en las diferentes naciones, se dieron cuenta que lo que una nación aprobaba, otra lo condenaba, llegando a distinguir dos líneas de pensamiento.

- a) La primera que mantiene que el derecho natural consiste en la existencia de principios generales guías, siendo meros productos de la convención, la utilidad o la convivencia.
- b) La segunda mantiene que el derecho natural consiste en estos principios generales guías permanentes y uniformes, válidos en todos los tiempos y para todos los pueblos.

Algunos sofistas (“experto”, “maestro artífice”, “hombre de sabiduría” enseñaron en el Siglo V a.C. que existen principios eternos e inmutables y no meros arreglos casuales que cambian con los tiempos, los hombres y las circunstancias.

En nuestro criterio final sobre lo que a derecho natural atañe, debemos señalar que “generalmente es aceptado, que la realización del derecho natural radica en la idea de que debe existir un cuerpo de normas jurídicas fundadas

en la naturaleza humana; por tanto, obligatorias para todos los hombres y para todos los tiempos”.

Fundamento del Nuevo Estado Social de Derecho

Luego de pasar revisión, a lo que en nuestro criterio es el derecho natural, debemos señalar entonces que el Estado, materia de nuestro estudio, debe fundamentarse en un derecho positivo inspirado previamente por los principios inmutables del Derecho Natural. No pueden seguir creándose normas constitucionales y legales, basados en la discrecionalidad de malos elementos políticos, que además desconocen de lo que hacen.

Es necesario crear un sistema transparente y sabio para la creación de las leyes, que lo quisiéramos llamar: “Ley para hacer leyes”.

Para esbozar algunas de las ideas, en las que podría basarse este nuevo sistema, deberíamos iniciar por definir algunos conceptos de instituciones y técnicas jurídicas que nos ayudarían a llevar adelante este nuevo sistema:

a) *El Derecho como ciencia*

“Conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas en toda sociedad civil, y a cuya observancia pueden ser compelidos por la fuerza”.¹⁰⁶

¹⁰⁶ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Ediciones Océano, Gráficas Ramón Sopena S.A. Edición 1989.

b) *El Derecho como Valor*

Viene del latín *directus*, que significa directo, y es la facultad natural del hombre para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida.

c) *Jurisprudencia Técnica*

Es la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinados; y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación.

d) *Sistemática Jurídica*

Es la disciplina nomográfica (sistema de cálculo) cuyo objeto estriba en exponer, de manera ordenada y coherente las disposiciones consuetudinarias, jurisprudenciales y legales que integran cada sistema jurídico.

e) *Lógica Jurídica*

Es el estudio sistemático de la estructura de las normas, los conceptos y los raciocinios jurídicos.

f) *Norma Jurídica*

Es un juicio de carácter imperativo o atributivo por medio del cual se conocería lo que el hombre debe, puede o no puede hacer. Las normas jurídicas son de dos tipos:

- Normas jurídicas que se refieren a deberes.
- Normas jurídicas que conceden derechos.

g) *Técnica Jurídica*

Es el arte de interpretación y aplicación de las disposiciones jurisprudenciales y legales.

La revisión que acabamos de efectuar, que puede servirnos de base para la creación de normas, son algunos de los que podrían utilizarse; sin embargo, los consideramos los más importantes que hoy por hoy, ni se los recuerda entre nuestros legisladores y autoridades en general. Por ello, tenemos la constitución y las leyes que nos rigen pues si comprendiéramos que la ciencia del derecho, recoge la concepción de derechos humanos dentro de los principios contenidos en el derecho natural, podríamos realmente orientar de debida forma la finalidad última de todas y cada una de las normas que se crearen.

Los principios de derecho natural sumado a las concepciones filosóficas de los racionalistas en el Siglo XVII, dan lugar a una justificación racional de la existencia de los derechos humanos, denominada ius naturalista racionalista. Ius naturalista porque posee un vínculo con la naturaleza humana; y racionalista por encontrarse basado en las concepciones filosóficas de los racionalistas del Siglo XVII.

En su contexto histórico espiritual, Antonio Tuyol y Sierra, dice que los *derechos humanos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad, derechos que le son*

*inherentes, y que lejos de nacer de una concesión de una sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados.*¹⁰⁷

El fundamento de los derechos humanos, en esencia, descansa en dos valores:

- a) Dignidad: Que quiere decir correspondiente, proporcionado al mérito y condición de una persona; e,
- b) Igualdad: Conformidad de una cosa con otra en naturaleza, forma, calidad y cantidad.

La ley jurídica natural y las leyes positivas forman el derecho de un pueblo y representan el elemento constante y el variable

Por ello, son igualmente falsos el *positivismo jurídico*, que no admite ninguna fuente de derecho superior al positivo; *el estatismo*, que considera derecho toda norma que proviene del Estado; *el voluntarismo*, que partiendo de la autonomía de la voluntad, da valor jurídico a todo y a solo lo que acuerdan las partes; y finalmente, *el historicismo*, para el cual el derecho es un mero hecho o producto de la vida nacional.

Todas estas escuelas caen en el relativismo y no aciertan a explicar la fuerza obligatoria del orden jurídico.

Es un hecho que el derecho objetivo no existe completamente preparado, terminado, sino que se trata de construirlo.¹⁰⁸

Ahora bien, en el régimen que no es del Estado de Derecho, la construcción se produce de un modo arbitrario, en el sentido de que no está sometida a reglas de derecho preestablecidas, tanto en cuanto al fondo como en la forma.

¹⁰⁷ MINISTERIO DE GOBERNACIÓN DE GUATEMALA. ¿Qué son los derechos humanos? Evolución Histórica. Tipografía Nacional. 1991.

¹⁰⁸ DABIN, Jean. "El Derecho Subjetivo". Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1955.

Incluso en el Estado de Derecho, en el que la creación del derecho objetivo está sometida a reglas más o menos estrictas de competencia de procedimiento, la norma sigue siendo la obra propia y personal, subjetiva, de los agentes calificados para esa creación. Es que las reglas de competencia y de procedimiento son puramente formales, pues el derecho objetivo decide quien tiene facultades para dictar la norma, y de qué manera será elaborada esta; en éste sentido, la creación de la norma se produce como ejecución del derecho objetivo, de un derecho objetivo superior a la norma y, por consiguiente, a los autores de la norma.

Parece lógico entonces, admitir que una vez establecida la norma, puedan los sujetos pretender una aplicación correcta de la misma, tanto en el fondo como en la forma, con tal que, por supuesto, esa pretensión encuentre apoyo y sanción en el derecho objetivo.

El derecho objetivo se esfuerza en vano por ser tomado como bastándose a sí mismo, pues existe para la sociedad y por consiguiente para los individuos que la componen. De donde resulta que estos individuos tienen un interés, no solo privado sino personal, en su calidad de miembros del grupo, en que esa regla de derecho, que es la carta de la vida común, sea respetada por todos, gobernantes y gobernados y en todos los órdenes de relaciones.

De suerte que en cada individuo humano cabe distinguir dos partes: una destinada a la comunidad política, a la conservación de su ser y a la realización de sus fines, sobre la cual tiene el Estado derechos más o menos amplios, conforme a las circunstancias de tiempo y lugar; otra que alude a la comunidad y su poderío, y cuyo señorío y libre disposición conserva el individuo, salvo su responsabilidad frente a su conciencia y frente a Dios. Por tanto, de un lado la parte de lo público; y del otro, la parte de lo privado.

Hay que entender muy bien, la posición que el individuo mantiene frente al Estado y frente a sí mismo, pues solo le debe al Estado servicio y sacrificio en la parte de sí mismo y de sus actividades que lo ponen en comunicación con lo público, excluyendo todo lo que es y merece seguir siendo privado, encerrado en el círculo de su personalidad íntima o de sus relaciones privadas, familiares o no.

El individuo, es decir el hombre en cuanto fragmento individuado de la especie humana, es parte del todo social; al contrario, la persona, esto es el hombre en cuanto subsiste espiritualmente, como ser racional y libre, *rebasa a la comunidad*, que le está subordinada.

Desde este punto de vista, no basta decir que el Estado está obligado a respetar el derecho individual, sino que también debe elevarlo al rango de institución jurídica positiva, *definiéndolo y garantizándolo*. El definirlo no es solo darle forma, que procede de la técnica, sino una verdadera determinación de fondo que deriva de la política.¹⁰⁹

El Estado es la única forma política que arranca de la afirmación *de principio de igualdad* y que solo alcanza su pleno desarrollo cuando dicho principio ha adquirido políticamente la fuerza de un auténtico *prejuicio popular*. Este es el secreto del Estado, aquello que explica la configuración específica que asumen los *tres elementos* comunes a todas las formas políticas, cuando del Estado se trata:

- a) El poder del Estado.

¹⁰⁹ DABIN, Jean. “La Técnica de la Elaboración de Derecho Positivo”. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1956.

Se trata del elemento más conocido y más pacíficamente admitido de todos los que definen el Estado. El Estado no es solamente un poder político sino un poder en régimen de monopolio, un poder que no tolera la existencia de competidores.

Sin embargo, el vínculo entre *el monopolio y la igualdad* se explica por sí mismo. La afirmación de la igualdad supone por principio la exclusión de toda relación de dependencia personal, de toda relación de supra o subordinación política entre los individuos. Nadie está por encima o por debajo de nadie. *Todos están en pie de igualdad.* En consecuencia, el poder o bien no debe existir; o bien, en el caso de que se lo considere necesario, tiene que ser colocado en una instancia objetiva, despersonalizada, que se relaciona *por igual* con todos los individuos. Los individuos son “políticamente iguales”, pues todos están sometidos igualmente al Estado.

De ahí el carácter *liberador* del Estado, en la medida en que suprime todas las desigualdades personales de las formas políticas anteriores, *transformando un orden social presidido por el concepto de “privilegio” en otro presidido por el concepto de “derecho”.*

El Estado se encuentra sometido al derecho, no tan sólo en el plano internacional, en sus relaciones con los demás Estados que son iguales, sino también en el plano *interno*, en las relaciones con sus súbditos, individualmente o en conjunto, únicos con respecto a los cuales posee la soberanía.

Duguit escribe que, si la soberanía es por definición, ese derecho de una voluntad que no se determina jamás como no sea por sí misma, esta voluntad no puede estar limitada por una regla de derecho, porque si lo estuviese, no podría ir más allá del derecho, toda vez que habría entonces

un punto fuera del cual ya no se determinaría por sí misma y dejaría de ser, así, una voluntad soberana.

Por lo tanto, puesto que el problema de la conciliación de la soberanía y de la sumisión al derecho es insoluble, y en caso de cualquier desacuerdo es el derecho el que debe quedar a salvo (porque de otra manera sería “el aniquilamiento del individuo por el Estado”, “la negación del derecho público”).

Duguit sacrifica la soberanía, noción de suyo irreal, y se pone del lado del derecho.¹¹⁰

Sin embargo, criticando un poco la posición de Duguit, pues su razonamiento peca por su base, ya que procede de una concepción errónea y exagerada de la soberanía. Esta no es precisamente el derecho de una voluntad “de no determinarse jamás como no sea por sí misma”, ni tampoco, como escribe Duguit en otro pasaje, “de fijar ella misma el dominio de su acción”, “de dar órdenes incondicionadas”. Soberanía no significa voluntarismo puro, sin acatamiento a ninguna regla de fondo o de competencia; en una palabra, arbitrariedad. Soberanía significa derecho de disponer por sí solo, en última instancia, pero no haciendo a un lado toda regla, sino *por aplicación y en virtud de una regla en contrario*. Esta regla es la que rige al Estado y todas las actividades que están al servicio del mismo, es decir, el bien público temporal, que justifica la soberanía del Estado, y determina, por ello mismo, su sentido y su límite.

¹¹⁰ DABIN, Jean. “Doctrina General del Estado”, Elementos de Filosofía Política. Traducción de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera Edición. 2003.

No pertenece, pues, al Estado “fijar por sí mismo el dominio de su acción”: Este dominio está prefijado por el fin del Estado, que no tiene ningún poder para extenderlo, restringirlo o rebasarlo. Tampoco tiene el Estado el derecho de “dar órdenes incondicionadas”: sus órdenes no son legítimas sino en cuanto están condicionadas por su fin y permanecen fieles al espíritu de la Institución. Y si puede admitirse que la voluntad del Estado tiene el derecho de no determinarse jamás como no sea por sí misma, es siempre bajo la reserva capital, esencial, de que utilice su libertad de determinación en el cuadro y en función del bien público temporal.

Puesto que el Estado no es el todo para el hombre, y puesto que es una Institución de competencia definida y de finalidad específica, su soberanía, como cualquiera de sus derechos, no podría existir lógicamente más que dentro de esos límites, aún siendo, dentro de ellos, absoluta.

Hay, pues, límites *objetivos* de la soberanía del Estado, que derivan, como la soberanía misma, de la naturaleza del Estado, de su fin y de su misión. Precisamente el conjunto de esos límites es el que forma *el derecho* al que el Estado está sujeto y del que no puede apartarse sin renunciar a su ley constitutiva, esencial.

Derecho *sui generis*, por consiguiente, tanto por el fondo como por la forma, que no es el derecho común de las relaciones inter-individuales, o sea, el derecho privado, sino el derecho propio del cuerpo y de la institución estatal, es decir, *el derecho público o político*.

No se trata, de someter al Estado a una norma exterior, “apolítica, sin relación con la materia misma a la que debe dedicar sus esfuerzos, sino a

una norma directamente basada en las exigencias funcionales de lo político y que lo regula según su principio propio”.¹¹¹

De este modo, logramos conciliar perfectamente la soberanía estatal con la sumisión del Estado a un derecho objetivo, de naturaleza propiamente política, a más que no se comprende ni concibe sino mediante esta sumisión: El concepto de una soberanía absoluta del Estado o de sus órganos, haciendo abstracción del fin del propio Estado, destruye la idea misma de la agrupación estatal. Por alto que sea un poder, aunque sea soberano, permanece, por su naturaleza de poder, encadenado a su función, dominado por su fin.

Entendido de otra forma distinta a lo que acabamos de señalar, deja de ser un poder de derecho para degenerar en un puro fenómeno de fuerza.

Los límites objetivos de la soberanía, contenidos en la regla del bien público temporal, pueden clasificarse como sigue:

1) Por una parte, negativamente, *un límite de competencia*: el Estado no está facultado para rebasar los límites de lo *temporal* y de lo *público*, ni para inmiscuirse en dominios extraños a su fin o a sus medios de acción, o sea, en el dominio de lo *espiritual* y en el dominio de los asuntos estrictamente *privados*.

2) Por otra parte, un programa *positivo*: la realización efectiva del bien público en sus diversos elementos de orden y de ayudas materiales y morales, de fin o de medio. Acerca de éste punto, más inclusive que con respecto a la cuestión de la competencia,

¹¹¹ Es lo que olvida la crítica nacional-socialista cuando reprocha a la tesis de la sumisión del Estado al derecho que quiera “privatizar” el derecho público. Véase Makiewicz, *Le National Socialisme Allemand*. Tomo I Núm. 106.

pueden surgir discusiones doctrinales, no en cuanto al principio mismo del bien público, sino en cuanto a sus condiciones y a la mejor manera de realizarlo en la práctica.

Hay algunos que se han decidido por una concepción netamente liberal, estimando que la mejor manera para el Estado de servir al bien público, la más económica y más fructífera, es dejar su libre juego a las actividades individuales.

Otros que no confían en la libertad pura, son partidarios de una amplia intervención, no solo de sostén y de suplencia, sino también de control y de dirección.

Frente a éste conflicto de tendencias, a lo largo de este trabajo, ya hemos tomado partido por una línea media de intervencionismo o de liberalismo moderados.¹¹² Esto justamente constituye el Estado Social de Derecho.

Pero además, y en suma, a título previo y dominando todas las demás limitaciones, el Estado está también ligado por los preceptos de la honestidad común. El Estado debe comportarse como un *hombre honesto*, no tan sólo por una razón ejemplar, sino porque “todos” estamos sujetos a las normas de conducta que gobiernan a la humanidad.¹¹³

En este sentido, puede decirse que el respeto de la regla moral se impone tanto al Estado como a los particulares y que la mentira o

¹¹² Especialmente en lo que toca a las relaciones entre la economía y la política, acerca del carácter *humano* de lo político que, en efecto, se extiende a todo lo humano y debe, por consiguiente, respetarlas jerarquías de lo humano.

¹¹³ Así pues, cuando se habla de *moral* internacional, se trata de reglas que rigen a los *individuos*, gobernantes y ciudadanos, en el dominio de las relaciones internacionales, mientras que el *derecho internacional* tiene como sujeto a los *Estados* mismos.

el crimen de Estado no tienen mayor licitud que cualquiera otra mentira o crimen.

Es indudable también que la posición del Estado con respecto a sus súbditos no es la misma que la que los particulares guardan entre sí: el Estado, porque es Estado y en razón de su fin, tiene el derecho de exigir de sus súbditos prestaciones y sacrificios que no serían obligatorios de particular a particular.

A ese derecho del Estado corresponde, de parte de los súbditos, un deber que los moralistas designan con el nombre de *justicia legal* y que tiene por contrapeso, de parte del Estado, el deber de distribuir entre los ciudadanos, de manera equitativa, las ventajas de la vida común (deber llamado de *justicia distributiva*).

Tales son los límites, de competencia y de fondo que tienen que ver con el poder soberano del Estado. Son numerosos y graves, sin que sea posible precisarlo de antemano, especialmente en lo que concierne a la norma del bien público, cuyas exigencias concretas dependen de un elemento de variabilidad (materia) y de oportunidad (medio) y reducible a toda solución a priori.¹¹⁴

b) El pueblo del Estado.

Entre la población anterior al Estado y la población “del Estado” existe, pues, una vinculación clara e inequívoca. Más aún, son las mismas personas las que son súbditos de la Monarquía Francesa antes de Julio de 1789 y ciudadanos del Estado Francés después de esa fecha. Pero esa identidad personal no debe ocultar la diferencia radical que separa a la

¹¹⁴ LECLERCQ, J. “Lecciones de Derecho Natural”. Tomo II. (El Estado y la Política). Núm. 45, Paris (no se precisa año).

población del Estado de la población anterior a la Constitución del mismo bajo el Antiguo Régimen, que consiste en que el individuo deja de ser un *súbdito* sobre el que se ejerce el poder para pasar a ser un sujeto conformador de dicho poder en condiciones de igualdad con todos los demás, por lo tanto, un *ciudadano*.

Justamente esto es lo específico de la población del Estado: *la ciudadanía*. Esto no se conoce hasta la imposición del Estado Constitucional a finales del Siglo XVIII, y, más aún, a partir del Siglo XIX.

En 1785, en el diccionario de “nuevos sinónimos franceses”, se distinguía entre nación y pueblo en los siguientes términos: “La nación es el cuerpo de ciudadanos, el pueblo es el conjunto de los habitantes del reino...en la nación tomamos en consideración el poder, los derechos de los ciudadanos, las relaciones civiles y políticas. En el pueblo tomamos en consideración la sujeción, la necesidad, sobre todo de protección y de relaciones de dependencia de todo tipo. El rey es el jefe de una nación y el padre de un pueblo”.

Tres años más tarde, es decir en 1788, *Sieyès* en *¿Qué es el tercer Estado?* afirmaría que el “tercer estado comprende...a todos los que pertenecen a la nación, y todo lo que no es tercer estado no puede ser considerado como parte integrante de la nación”. De una población de súbditos a un pueblo de ciudadanos, es el cambio que se produce con el tránsito del Antiguo Régimen al Estado Constitucional.¹¹⁵

La ciudadanía es una expresión limitada del principio de igualdad, ya que la ciudadanía no supone la afirmación pura y simple del principio de igualdad en abstracto, es decir, el no sometimiento de nadie a otra

¹¹⁵ GARCIA PELAYO, M. “Derecho Constitucional y Comparado”, Madrid. 1991.

voluntad personal, sino que la ciudadanía supone la afirmación de la igualdad, y, por tanto, de la libertad en la pertenencia a una determinada organización política, a un Estado.

Por *pueblo* (nación o multitud), debe entenderse no un cuerpo dotado de personalidad jurídica, sino simplemente el conjunto de individuos agrupados en el Estado. A falta de unanimidad, hay que contentarse con una mayoría: es la única solución posible en el caso de que haya hombres que deban decidir juntos y que no se pongan de acuerdo. De ese derecho de elegir el régimen, la naturaleza o la razón no impone excluir más que a los individuos incapaces de elección, es decir, los niños y los incapaces.

De hecho sucede que sólo ciertas categorías de la población se interesan por la política o están preparadas para tareas de esa índole; por ende es normal la influencia que estos grupos poblacionales tienen en la vida política de los pueblos.

Yendo un poco al pasado, debemos recordar que en la edad media, el *consensus popular* intervenía, en la teoría del poder, con una significación muy especial. No solo los súbditos tenían que consentir en el régimen, sino que establecían las condiciones del mismo. La designación del príncipe daba lugar a un verdadero contrato sinalagmático, expreso o tácito denominado pacto de sujeción,¹¹⁶ en virtud del cual los súbditos prestaban obediencia al príncipe, a cambio de que éste gobernase honestamente y con respeto a las cartas y costumbres. Venía a añadirse así una cláusula resolutoria a la elección o a la adhesión, de modo de justificar sin esfuerzo,

¹¹⁶ Este pacto –denominado a menudo por los autores modernos, entre los que se cuenta De La Bigne de Villeneuve (T.I), “Contrato Político”– no debe ser confundido con el “pacto social”, que considera no ya los titulares del poder y el régimen, sino la vida política misma. Por otra parte, es un error interpretar el pacto de sujeción o contrato político como una cesión al príncipe de la soberanía que pertenecería originariamente al pueblo. Por el contrato político el pueblo no transfiere la soberanía; promete obediencia, que es un concepto enteramente distinto.

por una violación del contrato, la desligadura de la obediencia en caso del mal uso del poder.

Esta construcción contractual bilateral de las relaciones entre príncipe y súbditos no debería ser aceptada, a más que ya no se encuentra de moda. Podía justificarse en una época en que las relaciones de orden político estaban concebidas según el modelo de las relaciones del derecho privado. Esto ya no compagina con la idea moderna del Estado en que el soberano y los súbditos representan un papel que ya no es el estrictamente personal, sino los miembros del Estado.

La obediencia no es una cosa que se dé al príncipe como un vendedor entrega un inmueble o un obrero su trabajo; es una cosa que se ofrece al Estado, del que el príncipe no es más que el representante.

De acuerdo con lo precedente, el pueblo está calificado para escoger los depositarios de la autoridad, es decir, para determinar las personas y las instituciones que estarán encargadas de gobernar.

Con ello no se dice que el derecho de gobernar resida con título originario en el pueblo, sea que ejerza ese derecho por sí mismo o por intermediario, o bien que haga sesión de él a otros de manera libre o forzada.

El pueblo designa al soberano; el no es, de derecho el soberano. A este respecto, ciertas fórmulas de teólogos han podido parecer equívocas. Santo Tomás dice en alguna parte de sus obras que la tarea de mandar en vista del bien común emana “ya de la multitud, ya de una persona llamada a gobernar en lugar de la multitud”,¹¹⁷ lo que deja suponer que sólo la multitud sería soberana, pero que podría ser sustituida por delegados. En parecidos

¹¹⁷ Suma teológica. I Ed. q 90. Artículo 3º. Véase otros textos citados por Schwalm. Tomo II.

términos se expresan Belarmino: “ el poder tiene por sujeto inmediato a toda la multitud”, que, por lo demás, “está forzada a transferirlo a uno solo o a algunos”,¹¹⁸ y Suárez: “aunque el poder sea como la propiedad natural de la comunidad perfecta de los hombres como tal, sin embargo, no está en ella de manera irremovible, sino que, por el consentimiento de la comunidad misma o por algún otro camino legítimo, puede ser separado de ella y ser transferido a otros”.

Nada impide, sin duda, interpretar estos textos por antítesis, en el sentido de que el poder de mandar no reside en el príncipe personalmente, sino que encuentra su fuente y su razón de ser en la comunidad política, es decir, en la multitud en cuanto está agrupada en Estado.

En todo caso, estoy seguro que nunca han querido significar, los ilustres autores antes citados, que podría depender de la voluntad de la multitud, propietaria del poder, hacer de él lo que ella quisiera, e incluso no instituir gobierno alguno.

Sean cuales fueren empero, las posibles divergencias de interpretación, León XIII ha precisado la doctrina de la manera siguiente:

“En algunos casos, aquellos que han de regir y mandar a los pueblos, pueden ser elegidos por la voluntad y juicio de la muchedumbre. Con tal elección, se designa ciertamente al gobernante, pero no se le confiere el derecho a gobernar: No se confiere el mando, sino que se designa quien lo ha de ejercer”.¹¹⁹

Esto significa que el poder de la multitud no es más que un poder de *designación* y de ninguna manera un poder de *creación o de disposición* de la soberanía, siendo además, libre el pueblo elector para hacer su

¹¹⁸ BELARMINO, H. “De Laicis”, Libro III, Cap.VI, Citado por Vareilles-Sómmieres.

¹¹⁹ Encíclica *Diuturnum* del 29 de Junio de 1881.

elección, según las circunstancias y haciendo uso de la razón, de entre cualquiera de los regímenes existentes, o de una combinación cualquiera de los mismos. Como actualmente, la democracia es el sistema establecido en la política moderna, como instrumento para que el pueblo haga valer su derecho a elegir, su derecho a decidir, entonces debemos recalcar que es este pueblo el que realmente, según el derecho natural, decide el tipo de gobierno que ha de regirle.

La soberanía, entendida como derecho de mandar o derecho de ejercer el mando, no podría ser concebida como una cosa susceptible de apropiación y, por consiguiente, como la propiedad, sujeta a ocupación en unos casos y a transmisión entre vivos entre otros. La soberanía es esencialmente función, oficio. Pues bien, si la función debe pertenecer al pueblo ¿cómo podría tener la facultad de desasirse de ella? O el pueblo es soberano, porque el derecho o la naturaleza lo designan como tal, y entonces su soberanía es inalienable y está obligado a cumplir con su oficio sin ninguna posibilidad de descargarse en provecho de cualquiera o por un tiempo indefinido, o bien la pretendida facultad de enajenación de que se habla no es otra cosa que el derecho que le hemos reconocido de *designar*, si está en situación de hacerlo, al soberano, de elegirse a sí mismo o de elegir a otras personas que serán por voluntad suya, sus representantes o sus cesionarios.

El pueblo soberano estaría obligado a transferir la soberanía, porque estaría en la imposibilidad material de ejercerla por sí misma. Más si esto es así, y suponiendo que se estime insuficiente o mal la solución de la delegación, ¿cómo pretender que el pueblo, incapaz de ejercer la soberanía por sí mismo o por delegados, sea por derecho el soberano? ¿Cómo podría el derecho natural garantizar una solución condenada por la naturaleza de las cosas? O el derecho natural señala al pueblo como soberano, y entonces, es que está en estado de ejercer la soberanía, o bien el pueblo jamás se encuentra en

estado de ejercer la soberanía y entonces no está indicado por el derecho natural.¹²⁰

Concluamos, pues, que cuando la soberanía debe existir a título de derecho, es necesariamente inalienable: por una parte, el que la naturaleza designe para el mando no puede, sin desconocer a la naturaleza, renunciar al mando o cederlo; y por otra, no se concibe que la naturaleza designe para el mando a un titular radicalmente inepto para el ejercicio del mismo.

El régimen es el instrumento del gobierno, y si el instrumento es malo o está mal adaptado, la acción gubernamental se resentirá como resultante de ello. Más, desde luego, parece cierto que el pueblo determinado como se ha dicho, sea más alto para hacer la elección de un régimen, es decir, de la forma de gobierno, que para ejercer el gobierno mismo, por sí o por medio de sus representantes.

Tal tarea requiere, en realidad, una competencia demasiado universal y demasiado especial a la vez, para que pertenezca de pleno derecho al pueblo. Elegir el régimen o, como sucede más a menudo, prestarle adhesión después de que se ha establecido, exige sin duda menos luces y, en todo caso, menos esfuerzo. Nada impide, que para la elección del régimen como para el ejercicio del gobierno, el pueblo eche mano de hombres de confianza libremente elegidos por él: Es la combinación habitual y, en la actualidad, la única práctica.

No existe en la actualidad, otra solución a la cual recurrir, cuando se trata de la elección del régimen, que la solución popular. ¿A qué autoridad dirigirse sino a la masa del pueblo interesado? Seguramente que el

¹²⁰DABIN. Jean. "Doctrina General del Estado", Elementos de Filosofía política. Traducción de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno. Universidad Nacional Autónoma de México, México. 2003.

pueblo puede equivocarse y aún abusar de su derecho de opción reservándose una soberanía que no estaría capacitado para ejercer.

Pero sin contar con que el riesgo es exactamente el mismo en la teoría de la ocupación ¿el pueblo incapaz no puede adueñarse del poder lo mismo que un particular? ¿Cuál es el derecho que no sea susceptible de error o de abuso?. El porvenir, ciertamente, es siempre reservado: Si la experiencia demuestra que el régimen elegido o aceptado por el pueblo es inadecuado, la cuestión podrá plantearse bajo la forma de un cambio.

Por otro lado, tomando en cuenta que si bien todos los seres humanos son iguales por naturaleza, no todos son ciudadanos. Ciudadanos son aquellos que tienen una determinada relación con el Estado, aquellos que participan en el *poder constituyente*. Por eso la ciudadanía siempre tiene apellidos, por eso la *ciudadanía* acabaría en *nacionalidad*. Naturalmente todos los hombres son iguales; pero, políticamente sólo lo son los ciudadanos o nacionales de un Estado, radicando aquí el alcance político de la igualdad.¹²¹

La ciudadanía – nacionalidad es, por tanto, una expresión limitada del principio de igualdad. Con una potencialidad expansiva prácticamente ilimitada hacia el interior del Estado; con limitaciones importantes cuando se intenta penetrar desde afuera. De ahí todas las dificultades que se han planteado y se siguen planteando en relación con los *extranjeros*, como titulares de derechos y de ahí también los obstáculos que los Estados establecen para dificultar la obtención de la nacionalidad.

Justamente por eso, la *historia interna* del Estado Constitucional ha sido la historia del avance del principio de igualdad en todas las esferas de la

¹²¹ KRIELE. M. “Introducción a la Teoría del Estado”, Buenos Aires. 1980.

vida social y política, con la consiguiente extensión a las mismas de la categoría en que la igualdad se expresa: *El derecho*.

Los derechos fundamentales, aunque teóricamente han sido formulados como derechos inherentes a la persona humana y, por tanto, previos a toda organización política, históricamente han sido una creación del Estado, esto es, de la supresión de la desigualdad característica de las formas políticas anteriores. El Estado ha sido no solo el presupuesto teórico, pero sí histórico de los derechos fundamentales. Y de ahí, que tales derechos, hayan ido creciendo en calidad y cantidad a medida que se ha ido expandiendo el ámbito de acción del Estado como consecuencia del avance del principio de igualdad.

En ese terreno se ha seguido una línea de evolución, por la que a lo largo del Siglo XIX e incluso en los primeros 10 años del Siglo XX, los Estados no ponían excesivos obstáculos a la adquisición de la nacionalidad por el extranjero, exigiendo para ellos exclusivamente la vecindad o residencia durante un período de tiempo, pero el extranjero que no tenía la nacionalidad no era considerado en general como titular de derechos o, al menos, de manera muy limitada. En la segunda mitad del Siglo XX los Estados han endurecido notablemente las condiciones para adquirir la nacionalidad, pero han sido mucho más generosos en lo que toca al ejercicio de los derechos por los extranjeros, con la exclusión de los derechos estrictamente políticos.

c) El territorio del Estado.

Cuando se trata del Estado y, de una manera general, de las agrupaciones políticas, el elemento territorial cobra, al lado del elemento humano, una importancia de primer orden. Con esto se quiere significar no solo que los

hombres llamados a componer el Estado deban estar establecidos permanentemente en un suelo, que constituye, su patria, sino que la formación estatal, misma supone un territorio sin el cual no podría haber Estado. Es lo que se expresa diciendo que el Estado es corporación territorial.¹²²

El hombre no es puro espíritu; depende del espacio, del suelo y, además, no conviene a pretexto de espiritualismo, desarraigarlo de sus soportes vitales.

Se ha invocado, ciertamente, el caso de ciertas sociedades políticas nómadas e igualmente el de la iglesia católica. Pero comparación no es razón: La iglesia es universal y no constituye un Estado; la misión y el fin de la iglesia son espirituales y por consiguiente, independientes en sí de toda contingencia territorial,¹²³ mientras que el Estado se mueve en lo temporal y, consecuentemente, en un dominio en que la tierra, valor temporal de primer orden, está llamada a representar un papel.

La ocupación del territorio siempre ha sido importante. El proceso productivo ha sido siempre un proceso de apropiación de la naturaleza por el hombre y, en consecuencia, la ocupación real y efectiva de una determinada parcela de la naturaleza ha sido siempre un elemento de importancia capital para todo grupo humano.

Poco importa, desde el punto de vista de la existencia del Estado, que el territorio sea grande o pequeño; protegido o no por fronteras naturales, dotado de acceso marítimo o puramente continental, rico o pobre en

¹²² DELBEZ, L. "Du Terroire dans ses Rapports avec L'état", Revue Générale du droit International Public. Paris. 1932.

¹²³ En sí, decimos. De hecho es útil que la iglesia encuentre un punto de la tierra en el que no esté sometida a ningún poder temporal: Esto constituiría la garantía de su independencia contra las tendencias imperialistas de los Estados en el dominio de lo espiritual.

recursos. La extensión del territorio, las fronteras, el acceso al mar, los recursos, son para los Estados cualidades generadoras de potencia, a veces inclusive, en determinadas circunstancias políticas y económicas, condiciones más o menos necesarias de viabilidad. Pero no son esenciales a la noción de Estado, puesto que de hecho existen y han existido siempre Estados de pequeña dimensión, Estados privados de fronteras naturales, Estados de suelo pobre, incapaces de proveer a la subsistencia de sus habitantes. Es que, a pesar de cierta concepción geopolítica, el Estado es ante todo formación política y no, puramente, expresión geográfica o unidad económica.

Agreguemos que la noción de territorio comprende no solo la superficie del suelo, sino también lo que está debajo (subsuelo) y el espacio aéreo o atmosférico que cubre el suelo; finalmente, añadamos, las extensiones marítimas.

Ahora bien, mientras el poder arranca de la desigualdad *de iure* y tiene por tanto, un carácter personal, el interés por la delimitación del territorio es un interés que podríamos calificar de derecho privado, de fijación de la titularidad que permite la dominación y la consiguiente explotación económica del territorio.

Es con el proceso de objetivación del poder, que se inicia de forma muy rudimentaria con la monarquía absoluta y que se afirma de manera resuelta e inequívoca con el Estado, con el que se va a producir el cambio en la concepción del soporte físico sobre el que el poder se ejerce. Del poder de base personal se pasará al poder de base territorial, delimitado de manera precisa por las fronteras que separan un Estado de otro.

La lógica del proceso nos lleva a decir que si el poder del Estado se ejerce en condiciones de monopolio sobre individuos que tienen la condición de

ciudadanos en la medida en que han participado en el pacto social, en la creación del Estado, es evidente que dicho poder monopolizado no puede tolerar la existencia de ningún otro poder y que los ciudadanos no pueden tolerar tampoco que en la definición del Estado puedan participar quienes no sean expresamente reconocidos como tales. Tanto el ejercicio del poder estatal como el ejercicio de los derechos ciudadanos exige separar con precisión el ámbito territorial en que dichos procesos se desarrollan, porque son incompatibles con cualesquiera otros sobre la misma base territorial. De ahí la necesidad de delimitación estricta del territorio tanto hacia adentro como hacia fuera.¹²⁴

Hacia adentro, suprimiendo todas las divisiones internas del territorio que impedían el libre tránsito de personas y mercancías y que hacían que los individuos, ahora ciudadanos, no fueran titulares de derechos en condiciones de igualdad y de manera uniforme en todo el territorio del Estado.

Hacia fuera, erigiendo barreras mediante las cuales se separa físicamente de manera visible el ámbito de ejercicio del poder por el Estado y de los derechos individuales y políticos por los ciudadanos.

Sin embargo, importa precisar en qué sentido, o de qué manera interviene el territorio en el sistema del Estado:

Una primera función *negativa*, del territorio, es admitida por casi todo el mundo: El territorio permite asignar al Estado fronteras. En un régimen de Estados múltiples, es indispensable, para prevenir conflictos, señalar los límites de las respectivas competencias. Pues bien, aún prescindiendo del derecho de que los pueblos presididos por diversos Estados habiten en una región determinada del globo, el límite más preciso es el límite

¹²⁴ PEREZ ROYO, J. "Introducción a la teoría del Estado". Barcelona. 1980.

territorial, que consta en el espacio, en el suelo, mientras que un límite puramente personal, obtenido del sólo acuerdo de personas, sin atender al espacio, contradiría la realidad de las cosas, es decir, el hecho de la sedentariedad de las poblaciones y las exigencias de un orden internacional claro que excluye a los riesgos de las rivalidades.

Cada Estado tiene así su circunscripción territorial, en la que ejerce su correspondiente papel: Gobierna, legisla, juzga con relación a todos aquellos que se encuentran en el territorio, nacionales o extranjeros.

Ese acantonamiento no significa, que cada Estado pueda arbitrariamente desconocer, en su territorio, los derechos de los Estados o de los individuos extranjeros, o inclusive negar a los Estados extranjeros toda autoridad sobre sus súbditos más allá de sus fronteras: El derecho internacional público y privado (por lo menos el derecho natural, sino siempre el positivo, limita, a este respecto, la libertad de los Estados).¹²⁵

Otra función del territorio en el sistema del Estado, la podemos denominar *positiva* que es más discutida en nuestros días, quizá por razón de cierta dificultad en precisarla, pero que no es menos innegable.

En efecto, el Estado, para realizar convenientemente su misión, tiene necesidad de un territorio, es decir, de una porción delimitada del suelo, de la que puede sacar partido como un instrumento en vista de sus fines de Estado. Por una parte, en el plano interno, el territorio viene a reforzar la autoridad del Estado, al que proporciona una base de control y de coacción. En el plano exterior, el territorio proporciona al Estado una línea de defensa, que le permite hacer frente al enemigo y cerrar el camino a la invasión.

¹²⁵ DABIN, Jean. "El Derecho Subjetivo." Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1955.

Así, de la posesión del territorio depende la autoridad del Estado sobre sus súbditos, al igual que su independencia frente al extranjero.

Superación de los particularismos locales, supresión de las divisiones territoriales internas; afirmación del interés general, del interés nacional frente a dichos particularismos y defensa de dicho interés nacional frente a los intereses nacionales y extranjeros. Éste ha sido el proceso seguido por el Estado; la delimitación estricta del territorio del Estado hacia adentro y hacia fuera mediante la supresión de las aduanas internas y el establecimiento de las fronteras exteriores, ha sido el instrumento del que se ha hecho uso en dicho proceso.

En tal operación el Estado ha recurrido a todos los recursos disponibles de tipo científico y técnico, de tal manera que la separación de su territorio del de los demás fuera lo más absoluta posible. De ahí también la protección marítima y aérea de las fronteras, que aíslan el territorio del Estado de cualquier intervención externa que no cuente con su consentimiento.¹²⁶

La génesis del Estado ha sido, pues, la gran revolución política en la historia de la humanidad. Revolución que, aunque tuvo inicialmente una configuración territorialmente limitada, ha tenido capacidad para proyectarse a nivel planetario, homogeneizando el mundo del poder de manera desconocida en el pasado.

Precisamente por eso, la forma estado está empezando a dar muestras de insuficiencia, pues la globalización de los procesos históricos, la afirmación del principio de igualdad en cuanto tal, está empezando no a hacer saltar por los aires, pero sí a poner de manifiesto la inadecuación de la *traducción estatal de dicho principio*.

¹²⁶ HELLER, H. "Teoría del Estado", México 1942.

De ahí los procesos de integración supraestatal en curso y en diversas partes del mundo, procesos de integración que están cambiando de manera muy significativa el concepto de Estado con que hemos operado a lo largo de estos dos últimos siglos.

Basta en efecto y para terminar, lo que tiene que ver con este punto, con concebir el territorio como la base terrestre del Estado, como uno de esos instrumentos indispensables y sobre el cual tiene derechos el Estado, sin que haya necesidad de introducirlo en el corazón mismo de éste. En una palabra, el territorio no es el Estado, ni en todo ni en parte; no es más que un *medio* al servicio del Estado. El territorio es una condición de la existencia del Estado, pero esta condición de existencia no puede confundirse con el elemento esencial o constitutivo del mismo.

Hemos revisado varios temas importantes, en cuanto tienen que ver con el modelo que estamos planteando, como una alternativa al actual, que en nuestro criterio viene agotándose, a punto de colapsar. De ninguna manera existe en mí la soberbia y la pretensión de considerar que el planteamiento que realizo en este trabajo, deba considerárselo algo totalmente nuevo, y peor aún sin falla ninguna. Es un simple aporte, que pretende sumarse al de tantos otros, que buscan lo mismo: conseguir encaminar el Ecuador a un nuevo rumbo, para lo cual se hace necesario romper esquemas, este statu quo que nos está ahogando, y que a nada nos ha llevado ni lo hará.

CONCLUSIONES

Para quienes somos creyentes, y vivimos valores nacidos de principios cristianos, vemos con pena que la sociedad ecuatoriana vive en la actualidad lo que podríamos denominar “la razón de la sinrazón”. Existe un desenfreno, a todo nivel, que se inicia en el mal ejemplo de nuestros principales, nuestros gobernantes, nuestros líderes, que han llevado a que muchos de los que no compartimos este estado de cosas, levantemos nuestra voz para reclamar sobre el mismo.

Sin embargo, no podemos quedarnos ahí sino plantear alternativas para salir de esta acuciante crisis espiritual, moral, económica, social y política.

En la parte anterior de esta tesis, ya hemos venido planteando algunos puntos que pueden servir de base para un nuevo esquema, modelo, como lo queramos llamar. Pero, no hemos topado aún algo que es fundamental, que en este punto lo hago con enorme satisfacción, por considerar que sin este elemento, mal podemos lograr los objetivos que nos tracemos. Entremos en materia.

Al considerar el problema de la designación de los titulares de la autoridad o de la elección del régimen, que ya vimos antes, se encuentran, en primer lugar, en el orden cronológico como en el orden lógico, las soluciones llamadas de *derecho divino*, que revisten formas múltiples y muy matizadas¹²⁷

¹²⁷DUGUIT (3ª. ed. t. I) habla de doctrinas “teocráticas”. Mas, como se ha hecho observar (Leclercq), la palabra teocracia se usa para calificar a determinado régimen en que lo espiritual domina de manera excesiva o absorbe a lo temporal, sin hacer referencia a la cuestión de origen del poder.

Según la concepción radical, llamada del *derecho divino sobrenatural*,¹²⁸ Dios intervendría de manera especial para conferir el poder a un titular único elegido en determinada familia, convertida así en su soberana, y cuyo título se transmitiría por herencia sin el concurso del pueblo.

“El rey no adquiere su reino sino de Dios y de su espada”: tal era la doctrina de la antigua Francia. Podrá, por lo demás, si lo quiere, asociar a sus súbditos al ejercicio del poder, o incluso “otorgarles” una carta por la cual concederles derechos políticos. Pero, como comprenderemos, esas concesiones dejan intacto el derecho originario del soberano. Esta tesis carece de valor.

Otra forma de la tesis del derecho divino es la que se encuentra expresada en ciertos pasajes de J. de Maistre y de De Bonald, tesis llamada del *derecho divino providencial*, que se resume en estos términos: “Dios determina el sujeto del poder, no por una manifestación sobrenatural de su voluntad, sino por la dirección providencial de los acontecimientos y de las voluntades humanas”.¹²⁹ O bien la Providencia “hace surgir un hombre extraordinario, dotado de cualidades eminentes, en que irradia una especie de carácter sagrado y cuya superioridad revela su derecho”, o bien la Providencia “hace germinar insensiblemente (el gobierno), como una planta, por el concurso de una infinidad de circunstancias que nosotros llamamos fortuitas”. Esta teoría, sin embargo, ve las cosas demasiado alto y roza tangencialmente el problema.

Finalmente, existe otra teoría denominada de la *monarquía de derecho divino*, según la cual el régimen monárquico sería el único conforme a las leyes de la naturaleza, y por consiguiente, a la voluntad divina. Otra teoría falsa.

¹²⁸VAREILLES-SOMMIÉRES. “Los Principios Fundamentales del Derecho”. París. 1889.

¹²⁹Vareilles-Sommières, ibidem.

Se perciben sin dificultad las diferencias entre estas teorías, sin embargo de lo cual debemos afirmar que si Dios es Creador, *cada aspecto de la creación le importa a Él*. Nuestro deber humano es formar y reformar cada momento de nuestra existencia, según la ley divina, pues en mi modesto entender, fuera de la relación con Dios no hay sentido último para la vida humana. Todo cae en distorsión.

Uno de los reformadores de la Iglesia, y uno de los pensadores mas grandes de la humanidad, Juan Calvino, en sus tratados siempre habló y predicó sobre la justicia, el como estimular la vida y el desarrollo comercial, promover la obra social, como escuelas, hospitales etc., además de que impulsaba la industria de tejidos para proveer trabajo para los refugiados, las mismas necesidades de ser atendidas que hoy, en mayor grado, se tienen que hacer. En fin, en muchos libros sobre la historia del desarrollo económico se encuentra el nombre de Calvino, junto a otros que pensaban como él, que había que tener una mente abierta y positiva acerca de los negocios, empresas, industria y la producción.

Por tanto, y a lo que quiero llegar es que cuando se habla de esta “reforma”, no debe entenderse en un orden solo de “iglesia”, sino integral: social, económica y política.¹³⁰

Calvino era partidario de no separar al pueblo y al gobierno, pues pregonaba: “los gobernantes locales deben defender al pueblo contra cualquier despotismo de los gobernantes mayores”. Orden justo para todos.

La diferencia de lo que estoy citando en estos párrafos, frente a lo que se dijo antes respecto a las tesis sobre el derecho divino, es que “el pacto político” de Calvino y sus seguidores llegaba a ser no solo un pacto entre Dios y los reyes, sino un pacto entre Dios, los gobernantes y el pueblo.

¹³⁰ BIELES, André. “El Humanismo Social de Calvino”. Escatón, Buenos Aires. 1973.

En todo caso, esta no es una tesis que trata de asuntos confesionales, sin embargo de lo cual he querido dejar planteadas algunas ideas, en materia de principios, que son esenciales a la hora de gobernar, y que deberían ser tomados en cuenta por parte de los personajes a quienes se les entrega el “privilegio” y “la responsabilidad”, al mismo tiempo, de hacerlo.

Se hace necesario entonces, que se reconozca los fines esencialmente humanos de la existencia política, de sus raíces más profundas: justicia, ley y mutua amistad. También se necesita que las vivas, móviles estructuras y órganos del cuerpo político sirvan al bien común, la dignidad de la persona humana, y el sentido del amor fraternal, basando así la vida política no sólo en avaricias, celos, egoísmos, orgullos y supercherías infantiles.

Los planteamientos que antes hemos realizado, deben servir de base del Nuevo Modelo de Organización para un Estado Social de Derecho. Sin embargo, nada podremos hacer sin reivindicar el prestigio y transformar la mala práctica en reglas sagradas del más serio juego, al alcanzar conciencia madura de las más íntimas necesidades de la vida de la humanidad, de los auténticos requerimientos de la paz y el amor, y de las energías morales y espirituales del hombre.

Nadie puede negar que *la democracia* es el único camino para obtener una *racionalización moral* de la política.¹³¹ Porque la democracia es una organización racional de las libertades fundada en la ley y en los valores.

Por ello, fortalezcamos la democracia, mediante sistemas de control y fiscalización que coadyuven a que el Estado, no se transforme en una organización policial, pero si pueda proteger mínimos de ética y orden.

¹³¹ MIRKINE-GUETZEVITCH, B. “Les nouvelles tendances du droit constitutionnel”. París, Giard. 1931.

Las democracias llevan en un frágil buque la esperanza terrena, diría también la esperanza biológica de la humanidad. Desde luego el buque es frágil, y por supuesto nos hallamos aún en los primeros pasos de este proceso. Pagamos y seguimos pagando excesivamente por los graves errores y las fallas morales. La democracia puede ser tosca, torpe, defectuosa, sin embargo, es el único camino por el que deben pasar las energías progresivas de la historia humana.¹³²

Por ello también resaltamos, *la responsabilidad que pesa sobre la democracia*, así como podemos advertir la importancia única, dramática, del problema del fin y los medios para la democracia. Varios elementos que tiene que ver con esto, ya los hemos señalado a lo largo de esta tesis, y deben haber más. Pero, siempre en el proceso de racionalización moral de la vida política, los medios utilizados han de ser necesariamente morales.

Por su parte, el fin para la democracia, es tanto libertad como justicia. Por ello, el empleo para la democracia, más aún dentro de ella, para un Estado Social de Derecho, de medios incompatibles con la libertad, la justicia y la ética, es en cierta medida un acto de autodestrucción.

Discrepamos totalmente con la “sofística maquiavélica” que mantiene que la justicia y el respeto por los valores morales provocan debilidad y ruina, y que la fuerza sólo es fuerte cuando se eleva al nivel supremo de la existencia política. Todo esto es mentira.

La fuerza misma de un cuerpo político democrático presupone justicia, porque utiliza energías humanas como energías de hombres libres y no de esclavos. Hoy, mas que nunca, requerimos de un esfuerzo supremo, de todas las energías de la libertad, de la justicia, de los valores éticos, en un mismo sentir espiritual y moral, para *compensar* el momentáneo y temporal

¹³² GIRAUD, Emile. “La Nulidad de la Política Internacional de las Grandes Democracias”. París, Recueil Sirey. 1948.

desarrollo de la fuerza física obtenido, en las potencias maquiavélicas, al recurrir a cualquier medio para alcanzar sus fines.

Como ya hemos visto, la mayoría de Constituciones del mundo, propugnan como valores superiores de sus ordenamientos jurídicos: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Los valores superiores, cumplen cuatro funciones primordiales:

1. Se supera al positivismo cerrado a valores.
2. Se matiza el rígido formalismo Kelseniano en la consideración del ordenamiento, reconociendo la realidad de los contenidos materiales del ordenamiento.
3. Los valores superiores son fundamento y criterio para las normas de conducta, para las normas primarias, y parece muy difícil sostener que el derecho es sólo regulación del uso de la fuerza.
4. Los valores superiores son los objetivos máximos del ordenamiento, el sentido que –por acuerdo de la mayoría- se atribuye a ese fenómeno cultural, que a través del Estado Social de Derecho, se propugna.

Por eso, un problema a estudiar con profundidad corresponde a los medios, merced a los cuales el pueblo puede supervisar y fiscalizar al Estado. Ese problema está relacionado con el anterior, porque el pueblo está interesado en la justicia, al menos cuando la pasión no lo ciega, y el Estado transformado en absolutista o despótico se coloca por encima de la justicia. En los Estados democráticos, la fiscalización del Estado por parte del pueblo, constituye un

mandato constitucional, que desgraciadamente muchos gobiernos e incluso Estados tratan de eludir. El pueblo ha dispuesto en el pasado de medios regulares, para ejercer su vigilancia. No solamente el pueblo puede elegir a sus representantes, directa o indirectamente, a sus funcionarios administrativos, sino que puede destituirlos de sus cargos, en señal de desaprobación de su gestión. Sin embargo, se hace necesario buscar otros medios como asambleas populares, cabildos ampliados, encargo a ONG's calificadas y otros medios de este tipo que puedan servir para supervisar y presionar a los gobiernos el cumplimiento de sus funciones constitucionales, legales, compromisos adquiridos, propuestas sociales inatendidas, etc.

Por otro lado, debemos resaltar en este punto los medios de participación que ya tratamos en el capítulo tercero de este trabajo, a través de los cuales el pueblo, la ciudadanía, los individuos, pueden hacer oír su voz y reclamar sus derechos, por derecho propio.

Finalmente, hay otro orden de medios el cual apenas lo tiene en cuenta nuestra civilización occidental, que ofrece a la mente humana un campo infinito para el descubrimiento, y que ya lo mencionamos anteriormente: El medio espiritual aplicado al reino de lo temporal. Jesucristo sostuvo mientras estuvo en la tierra que la fuerza del amor, de la verdad y de la justicia es un instrumento del reino de los cielos invariable, inmutable y que se establecerá algún día en este mundo.

Esta misma tesis podemos hoy plantearla como un instrumento o medio para la acción política y social, manifestando que la defensa de la verdad se logra, con paciencia y aceptación de la realidad a la que nos enfrentamos.

El principal acto de la virtud del fuerte no consiste en atacar, sino en responder inteligentemente, buscando los mejores medios y palabras para contestar al adversario.

Debemos elevar el nivel del debate político, volviéndole más consistente y menos agresivo. Nuestro país desgraciadamente ha vivido espectando debates públicos en el que han prevalecido intereses personales o de grupo, palabras soeces y gritos altisonantes, con un resultado vergonzoso. Podríamos decir en este punto que “la blanda respuesta calma la ira”.¹³³

El Ecuador de estos días demanda de sus gobernantes, de sus líderes, de sus principales, actitudes y decisiones llenas de sabiduría, de solidaridad, de realidad y de fraternidad. Estas actitudes positivas son las únicas que van a llevar al pueblo ecuatoriano a la unidad y a la armonía, elementos consustanciales a países que quieren salir del subdesarrollo.

Un país grande es *un país con visión*, que cuenta con líderes sabios que saben desarrollar las potencialidades de su pueblo a favor de esa visión. Necesitamos levantar la autoestima del ecuatoriano, creyendo en sus potencialidades y en la riqueza de su país.

Que Dios ilumine al pueblo para que sepa elegir a sus representantes, a aquellos que reúnan los requisitos indispensables para los objetivos que estamos planteando.

Damos así por concluido este trabajo, esperando haber aportado con algo a favor de un cambio para el Ecuador, tan ansiado por su pueblo y sus instituciones.

¹³³ SANTA BIBLIA, “Versión Scofield”, Proverbios 15:1. Edición No. 27. 1998.