

TEORIA GENERAL DEL ESTADO DE DERECHO

SUMARIO :

- I. ESTADO LIBERAL DE DERECHO : 1. No todo Estado es Estado de derecho : El Estado de derecho como Estado limitado por la ley : El «imperio de la ley». El Estado de derecho como Estado liberal de derecho. 2. Antecedentes del Estado de derecho. Especial consideración del yusnaturalismo racionalista como antecedente del Estado de derecho. 3. El Estado de derecho en la crisis del individualismo liberal : Weimar, los fascismos y el paso al Estado social de derecho.—II. NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO DE DERECHO : 1. *Imperio de la ley*. Ley en sentido formal y ley en sentido material. Primacía de la ley en sentido formal, emanada del órgano legislativo de representación democrática. 2. *Separación de poderes*. Distribución de poderes frente a concentración de poder. Sistema de relaciones y controles entre los tres poderes del Estado. 3. *Legalidad de la Administración*. Sometimiento de la Administración a la ley. Control jurisdiccional de la Administración. 4. *Derechos y libertades fundamentales*. Su institucionalización en el Estado de derecho. Carácter personalista del Estado de derecho. Cuadro de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana.—III. ESTADO SOCIAL DE DERECHO : 1. Del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho. De la sociedad individualista a la socialización y del Estado abstencionista al Estado planificador. El Estado social de derecho, auténtico Estado de derecho. La instauración de una democracia material y formal como meta del Estado social de derecho. 2. Institucionalización del Estado social de derecho : Dos fases : A) Fase actual : *El Welfare State*. El Estado de bienestar como Estado de los países desarrollados capitalistas. B) Fase futura : El Estado social de derecho como coordinación de democracia y socialismo. 3. El Estado social de derecho como Estado de justicia : Estado de justicia = Estado legítimo. La democracia económica, social y política, la libertad y la paz internacional como principios legitimadores del Estado social de derecho.

I. ESTADO LIBERAL DE DERECHO

1. No todo Estado es Estado de derecho. Es cierto que todo Estado crea y utiliza un derecho : todo Estado funciona con un orden jurídico, con un sistema normativo ; hoy no cabe pensar un Estado sin derecho, sin orden jurídico, sin sistema de legalidad (sistema de legalidad = existencia de un conjunto coherente de normas). Pero la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad en un Estado no autoriza a hablar sin más de Estado de derecho : un Estado dotado de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, puede muy bien no constituir un Estado de derecho. No todo sistema de legalidad se configura como Estado de derecho (1). No todo Estado es Estado

(1) Véase en esta línea, entre la reciente bibliografía española, el valioso trabajo de RAÚL MORODO : «Constitución, legalidad, legitimidad», en el *Boletín informativo*

de derecho. Designar como tal a todo Estado, por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo, constituye una imprecisión terminológica y conceptual que sólo lleva —a veces intencionadamente— al confusioinismo.

Cabe adoptar como punto de partida la siguiente tesis: El Estado de derecho es el Estado sometido al Derecho, es el Estado limitado por la ley: el Estado de derecho consiste en el «imperio de la ley». Desde este elemental punto de vista, el Estado de derecho, como Estado limitado por la ley, se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto, en cuanto Estado ilimitado (2). Ahora bien: en la realidad y en la Historia no se dan tipos puros: ni el Estado totalmente ilimitado y absoluto ni el Estado perfecta, puntual y exactamente limitado. Lo que se da es una escala gradual de limitación; la cuestión entonces radica en saber a partir de qué momento, es decir, a partir de qué condiciones, el grado de limitación existente autoriza a hablar de Estado de derecho; por debajo de esas condiciones, el Estado, sometido a una insuficiente limitación, se denomina absoluto; una excesiva limitación significa, por otra parte, la negación y la real inexistencia del Estado. Se trata, pues, de una cuestión de límites: el Estado de derecho existe cuando se instaura el «imperio de la ley», es decir, cuando se crean las instituciones y mecanismos necesarios y adecuados y cuando se realizan las condiciones por él exigidas.

Pero todo esto es quizá excesivamente abstracto; hay que ir a la realidad, a la Historia, para poder entender el concepto de Estado de derecho. En todas las épocas, es cierto, y también en aquella en que se da un predominio de los denominados Estados absolutos, cabe constatar la existencia de limitaciones impuestas al Estado. Ahora bien —y esto es aquí lo decisivo—: estas limitaciones pueden ser de diferentes tipos y sentidos: tendríamos un Estado cuyo poder viene limitado por un determinado sistema de creencias religiosas o de exi-

del Seminario de Derecho Político, núm. 26, Princeton (U. S. A.), marzo 1962, páginas 56 y 57; escribe: «no todo sistema de legalidad tiene que ser forzosamente un Estado de derecho»; «se puede plantear el problema de la legalidad socialista, de la legalidad democrático-liberal y de la corporativa»; «hay distintos sistemas de legalidad, pero un solo tipo de Estado de derecho». «La expresión Estado de derecho hace referencia a un concreto sistema de legalidad normativa; legalidad que descansa, ideológicamente, en los supuestos filosófico-políticos de la democracia liberal u occidental.»

(2) GUIDO FASSÓ: *Stato di diritto e Stato di giustizia*, ponencia presentada al VI Congreso Nacional Italiano de Filosofía del Derecho, celebrado en Pisa del 30 de mayo al 2 de junio de 1963; publicada con antelación en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, año XL, fascículo 1 (enero-febrero 1963), págs. 81-119; dice FASSÓ (página 84): «Ello contrapone esencialmente el Estado de derecho antes que a cualquier otra concepción del Estado, al Estado absoluto.» Véase también sobre el mismo tema general estudiado en dicho Congreso, y bajo idéntico título, la ponencia de GIACOMO PERTICONE, publicada en el citado número de la *Rivista*, págs. 121-130.

gencias morales, y éste sería, generalizando mucho, el supuesto de los mundos antiguo y medieval, que en algunos aspectos se prolonga también durante todo el «ancien régime»: el absolutismo del príncipe está limitado, se dice, por el respeto y la obediencia a la ley eterna de Dios, a la ley moral y al Derecho natural; constituyeron indudablemente estos criterios, junto a otros de carácter socioeconómico propios de este tipo de sociedad, importantes limitaciones y suavizaciones del arbitrio de la autoridad estatal en esas situaciones históricas; son, además, como veremos, antecedente muy directo —sobre todo, el Derecho natural— de las posteriores limitaciones propias del Estado de derecho, pero por sí mismas no autorizan a hablar, en rigor, de Estado de derecho. Este sólo surge con las limitaciones impuestas al Estado por la ley positiva, cosa que se produce históricamente con la Revolución francesa y la implantación del Estado liberal, montado precisamente sobre la doctrina del «imperio de la ley».

Se considera, pues, que las limitaciones de carácter religioso, ético o yusnaturalista son insuficientes para dar lugar a un auténtico Estado de derecho; éste sólo existe con el «imperio de la ley» y las limitaciones impuestas por la ley positiva, supuesto que, repetimos, empieza a hacerse realidad con la implantación del Estado liberal. Hay, pues, que vincular íntimamente en su origen y desarrollo Estado de derecho y Estado liberal; como escribía el profesor Legaz (3): «El Estado de derecho no es sólo una determinada estructura del Estado, sino un Estado informado por una ideología liberal, a cuyo servicio se crea aquella determinada estructura; el Estado de derecho es, en este sentido, la traducción jurídica de la democracia liberal.» Hay que tener, pues, muy en cuenta el hecho de la vinculación Estado liberal y Estado de derecho.

2. El Estado de derecho se institucionaliza de modo coherente por vez primera con la Revolución francesa y el Estado liberal. Resulta, no obstante, sumamente interesante y clarificador de la indagación de sus antecedentes históricos y la evolución que desde antigüedad, Edad Media y «ancien régime» ha permitido llegar en el siglo XIX al sistema del «imperio de la ley».

Como ha escrito el profesor Lucas Verdú (4), «la antigüedad griega mantuvo

(3) LUIS LEGAZ Y LACAMBRA: *El Estado de derecho en la actualidad*. Madrid, Editorial Reus, 1934; pág. 17. También, «El Estado de derecho», en el libro *Introducción a la Teoría del Estado Nacional-Sindicalista*. Barcelona, Ed. Bosch, 1940; págs. 12-126, y con el mismo título y algunas modificaciones, posteriormente en la *Revista de Administración Pública*, I. E. P., Madrid, núm. 6 (septiembre-diciembre 1951), recogido en el libro *Humanismo, Estado y Derecho*, Barcelona, Ed. Bosch, 1960, págs. 60-86, por el cual citamos esta última versión del tema.

(4) PABLO LUCAS VERDÚ: *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*, Acta Salmanticensis, 1955; págs. 8 y 9.

el ideal del dominio de la ley frente al capricho despótico»: es cierto que ese ideal no llegó a institucionalizarse suficientemente, pero existe indudablemente (en Aristóteles, por ejemplo; más tarde, en Cicerón, por citar algún autor de primera línea), como pretensión, como ideal, la exigencia de ser gobernados por leyes antes que por el puro arbitrio y voluntad de los hombres.

Señala igualmente Lucas Verdú cómo «en la Edad Media cristiana las controversias sobre el constitutivo formal de la ley, entre voluntaristas e intelectualistas, contribuyen a perfilar las características de la racionalidad de la ley frente a los caprichos de la voluntad despótica». Asimismo Legaz insiste en que «la doctrina escolástica sobre la justicia de la ley y la no obligatoriedad en conciencia de las leyes injustas, y sobre todo, la doctrina sobre la vinculación del príncipe por sus propias leyes deben considerarse como jalones importantes en la etapa que ha conducido a la juridización racional del Estado y a la eliminación de la arbitrariedad» (5). En efecto, requisitos materiales de la ley, tales como adaptarse a la justicia o realizar el bien común, constituyeron, ciertamente, límites a la voluntad omnímoda de una autoridad legisladora. Ahora bien: se trata aquí de limitaciones más bien de carácter ético-religioso yusnaturalista que no autorizan a hablar en rigor, ya lo hemos dicho anteriormente, de Estado de derecho. Esto no quita, como veremos, que el yusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII deba ser efectivamente considerado como antecedente directo e inmediato de la Revolución francesa, del Estado liberal y del Estado de derecho.

No cabe, en modo alguno, hablar de Estado de derecho en la Edad Media basándose en la peculiar organización propia del feudalismo. Como ha escrito también Legaz (6), «es erróneo sostener con Bluntschli que también el Estado feudal era un Estado de derecho (puesto que un entresijo de derechos subjetivos y privilegios impedía, a veces, toda acción política, toda intervención personal del monarca)»; y añade: «En la Edad Media es inconcebible la idea del Estado de derecho en su sentido actual; sin embargo, también entonces hay una complicada malla de situaciones jurídicas estamentarias por cuyo respeto se vela escrupulosamente; el Rey jura mantener los fueros y franquicias de los vasallos —y entonces el juramento tiene un valor social paralelo a su hondo sentido religioso—...; a pesar de esto, no puede hablarse entonces de «imperio de la ley» al modo actual; faltan, dice Legaz, los supuestos sociológicos del mismo.»

Así, pues, ni en la Antigüedad ni en la Edad Media faltan antecedentes del Estado de derecho; antecedentes que, sin embargo, se presentan aislada

(5) LEGAZ: *El Estado de derecho*, 1960, cit., pág. 73.

(6) LEGAZ: *El Estado de derecho en la actualidad*, 1934, cit., págs. 15 y 29.

e inconexamente, más bien como ideal, como «desiderátum» carente de base sociológica necesaria para una suficiente institucionalización. Habría que mencionar ahora brevemente los supuestos ideológicos del yusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, considerados como antecedente ya más directo e inmediato del Estado de derecho del liberalismo.

Un análisis de los postulados de la escuela racionalista clásica del Derecho natural muestra claramente sus numerosas conexiones con los principios doctrinales en que se asienta el Estado de derecho; autores como Grocio, Puffendorf, Rousseau o Kant constituyen, con sus peculiares variantes, puntos centrales de la evolución del yusnaturalismo al Estado de derecho. El profesor Legaz señala acertadamente (7) que lo característico del yusnaturalismo racionalista es poner frente al arbitrio personal el imperio de la ley: «Sólo la ley puede ser garantía de la libertad y respetar el «orden natural» de las cosas. La autoridad, incluso la autoridad soberana, ha de estar sometida a la ley. Ahora se ve, pues, dice Legaz, que el Estado de derecho es una exigencia directa del «Derecho natural democrático».

La Revolución francesa proclama la absoluta primacía de la ley; ley en un sentido muy concreto —ley en sentido formal—, como disposiciones emanadas de la Asamblea Nacional; la ley, en este sentido, prevalecerá sobre todos los demás actos estatales, y sólo podrá ser modificada o anulada por otra ley formal que reúna también el requisito de haber sido creada por el órgano popular legislativo, que es la Asamblea Nacional. Esa participación popular sería, en definitiva, la razón de legitimidad de la legalidad liberal. Como ha escrito Legaz (8): «Así, pues, en el Estado liberal de derecho la legitimidad de su ordenamiento no ha consistido tanto en su conformidad con una ley superior de justicia, sino en el hecho de que ha impuesto la primacía de la ley positiva en todos los ámbitos vitales y ha exigido el estricto ajuste a la misma de todas las acciones estatales, incluidas las de los órganos rectores de la Administración y el Gobierno. Pero esta ley no necesitaba justificarse en ningún orden superior, sino que se consideraba autolegitimada en cuanto expresión de la voluntad general, de la que se consideraba que era por sí misma expresión de la justicia.» «Esto explica —dice Legaz— la disolución de la legitimidad en la legalidad.»

Junto a la primacía de la ley, otros principios centrales de la teoría del

(7) Cfr. el capítulo sobre «El Estado de derecho en la ideología del Derecho natural democrático» del trabajo del profesor LEGAZ, citado en la nota anterior; en concreto, página 25.

(8) LEGAZ: «Legalidad y legitimidad», en REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, número 101, 1958; recogido en el libro *Humanismo, Estado y Derecho*, cit., págs. 91 y siguientes.

Estado de derecho, como la separación de poderes, y sobre todo, el respeto a los derechos fundamentales del hombre —a la vida, a la libertad, a la propiedad primordialmente—, proceden también de modo directo de la doctrina yusnaturalista; lo propio ocurre con el postulado de la igualdad ante la ley.

Este sistema de legalidad liberal era considerado justo: los liberales le miraban como un Estado de derecho justo; se resolvía, hemos visto, la legitimidad en legalidad, pero es porque se consideraba que esa legalidad era la legítima, la justa; ocurre esto precisamente por esa influencia que perdura del yusnaturalismo anterior a la Revolución. Como muy acertadamente escribe Legaz, «esta supervivencia del Derecho natural es lo que ha dado alguna justificación y legitimidad al positivismo jurídico»; «en realidad —dice—, la ley positiva era aceptada en su positividad porque se la suponía dotada de intrínseca racionalidad». «De ese modo —concluye—, la ciencia jurídica positivista, en la medida en que oculta rescoldos de Derecho natural, disuelve la legitimidad en legalidad porque cree en la legitimidad inmanente de la legalidad.»

3. La realidad de este estado de cosas y de la organización propia de la Europa postrevolucionaria decimonónica fué conceptuada por Roberto von Mohl (1799-1875) con la expresión *Rechtsstaat* (Estado de derecho), usada por vez primera en su obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, publicada en 1832-1833. Desde entonces el concepto alcanzó gran difusión y fué acogido muy favorablemente por la ciencia del Derecho público, convirtiéndose en una de sus ideas centrales. Hace notar Lucas Verdú (9), en relación con la señalada contraposición Estado de derecho-Estado absoluto, que «el Estado de derecho es el Estado racional que ha surgido tras lenta evolución, rebasando las cuatro especies anteriores: Estado patriarcal, patrimonial, teocrático y despótico». La evolución del concepto de Estado de derecho se conecta así, en líneas generales, a la del liberalismo político. Junto a Von Mohl, autores que han contribuido a perfilar su noción son, entre otros, F. J. Stahl (1802-1861), Lorenz von Stein (1815-1890), O. von Bahr (1817-1895), Rudolf Gneist (1816-1895) y Otto Mayer (1846-1924); asimismo Gerber, Laband, Bluntschli, Fleiner, Anschütz y Thoma. Puede afirmarse que hasta 1914 la noción de Estado de derecho —paralelamente a la de Estado liberal— resulta casi unánimemente aceptada por los tratadistas de Derecho público; desde esos años (primera guerra mundial, revolución

(9) LUCAS VERDÚ. *Op cit.*, págs. 14, 15 y 16.

rusa) comienza en seguida a hablarse de la crisis del Estado liberal y de la crisis del Estado de derecho.

Un momento central, sumamente interesante, lo constituyen las polémicas de la Alemania de Weimar entre, por un lado, los representantes de la vieja escuela de Gerber y Laband, reanimada por Kelsen, y por otro, los partidarios de la «nueva doctrina» (Carl Schmitt, Félix Kaufmann, R. Smend, etcétera); frente al enfoque denominado formalista, positivista o lógico normativo de los primeros, la «nueva doctrina» propone el uso de métodos extrajurídicos teleológicos o de ciencia histórico-espiritual (10). Para el tema que aquí tratamos interesa, sobre todo, hacer constar que el grupo de autores pertenecientes a la «nueva doctrina» mantuvo, frente al liberalismo y al Estado de derecho de Weimar, posiciones que, en diferente medida, iban a servir de apoyo a la concepción del Estado totalitario del nacionalsocialismo alemán. Como acertadamente escribe Gallego Anabitarte (11), «si Weimar enseña algo es que —frente a las exposiciones que hasta ahora se han solido hacer, frecuentemente carentes de objetividad, superficiales y al servicio de ideologías—, justamente fueron los llamados «positivistas» (formalistas, etcétera), los que respetaron el orden constitucional y los principios que en él estaban contenidos, y fué la «nueva doctrina» la que, con su integración, decisionismo, idea del Derecho, etc., directa o indirectamente contribuyó a producir la catástrofe».

El nazismo alemán y el fascismo italiano suponen una reacción totalitaria al liberalismo y al Estado de derecho; en ambos sistemas se produjo una marcada oposición a esta visión del Estado. En Alemania, sobre todo, si bien autores como Kollreuter y Merk intentaron mantener la postura de armonización conceptual, la mayoría de los juristas adoptaron, más coherentemente, la posición impuesta por Hohn en el sentido de negar la incompatibilidad entre el Estado nazi y la noción de Estado de derecho. En la Italia fascista muchos juristas prefirieron seguir esta idea de la incompatibilidad propuesta por el sistema alemán, mientras que otros intentaban una imposible y artificiosa conciliación entre las fórmulas Estado ético y Estado de derecho; ello quizá

(10) De la situación de la ciencia del Derecho público alemán en Weimar trata, desde un punto de vista primordialmente metodológico, con gran documentación y rigor, ALFREDO GALLEGO ANABITARTE: «Sobre el Comentario constitucional. Prolegómenos metodológicos al Derecho estatal», separata, ampliada, de la REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, número 121, especialmente págs. 15 a 30. Su propósito es la necesaria y justa reivindicación de Weimar, de sus métodos y exigencias jurídicas, frente a la postura meta-jurídica y abstracta de la ciencia del Derecho de la denominada «nueva doctrina».

(11) A. GALLEGO ANABITARTE, *Op. cit.*, pág. 27.

con el propósito de ocultar, al menos, las últimas implicaciones totalitarias y transpersonalistas de los sistemas fascistas que constituyen una indudable y manifiesta negación del carácter personalista que subyace en la idea del Estado de derecho (12).

Pero, aparte de la fracasada y desenmascarada seudoperación fascista, que, en definitiva, no hace sino reunir todos los males de fondo del liberalismo (por ejemplo, la explotación capitalista), sin reunir ninguna de sus ventajas (por ejemplo, su base personalista) (13), los sistemas demoliberales occidentales han intentado evolucionar desde sí mismos, desde sus postulados esenciales, a fin de adaptar sus estructuras políticas y jurídicas a las nuevas necesidades del desarrollo social y económico de los últimos decenios; se trata de ver hasta qué punto esta estructuración resulta o no posible dentro de los supuestos liberales e individualistas que aparecían como elementos constitutivos del originario Estado de derecho; tendremos ocasión de abordar directamente este tema más adelante; aquí basta con dejar indicado que desde posiciones demoliberales occidentales se habla ahora de un Estado social de derecho que a través, según parece ser, de una revisión y reajuste del sistema evite los defectos del Estado abstencionista liberal, y sobre todo, del individualismo que le servía de base, sin caer por ello en claros totalitarismos de corte fascista. Se trata de dar entrada a las necesidades planificadoras y sociales en el marco de un auténtico Estado de derecho. Se habla así del paso de un Estado liberal de derecho a un Estado social de derecho: éste es el sentido actual que parece haber alcanzado la evolución de los sistemas políticos demoliberales occidentales y su concepción del Estado de derecho.

Pero antes de examinar la problemática de esta situación actual de los países occidentales —resumida en la fórmula Estado social de derecho—, resulta necesario dejar perfecta y claramente señaladas cuáles son las notas características y rasgos fundamentales que corresponden a la idea general del Estado de derecho, que en su noción clásica liberal hemos venido considerando hasta aquí y que en lo esencial pretende pervivir dentro del moderno Estado social.

(12) Cfr. sobre este punto mi trabajo «Sustanciación de lo colectivo y Estados totalitarios», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VIII, Madrid, 1961, págs. 77-118, especialmente págs. 96 y sigs. y 116 y sigs.

(13) Cfr. mi nota sobre «Fascismo y neofascismo», en el *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, núm. 28. Salamanca, marzo 1963; págs. 67-72.

II. NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO DE DERECHO

Frente a los Estados absolutos de todo tipo veíamos que el Estado liberal se había constituido como único Estado de derecho institucionalizado: el origen y desarrollo del Estado liberal y del Estado de derecho están íntimamente vinculados: el Estado de derecho comienza siendo Estado liberal de derecho. Hemos adelantado ya que la evolución posterior conduce en nuestro tiempo al tipo de Estado social de derecho. Se trata ahora de reseñar brevemente los rasgos característicos fundamentales válidos para todo Estado de derecho, liberal o social.

Escribía el profesor Legaz (14) que «hay que conformarse con un mínimo de características formales para designar el Estado de derecho: la existencia de un régimen de distinción de poderes, de un mínimo de «libertad», especialmente en el sentido de «libertad política» (organización democrática de los poderes) y de un mínimo de «igualdad ante la ley». E insistía en otro pasaje: «Ese orden jurídico de que se habla en el Estado de derecho ha de ser dictado en régimen de distinción y separación, al menos relativa, de poderes; el órgano legislador ha de ser precisamente un Parlamento «democráticamente» elegido, y el contenido de ese orden ha de ser precisamente una afirmación y garantía de libertad de los ciudadanos en todos los órdenes: ético-religioso, político, civil y económico. El Estado de derecho es, se dice, el «imperio de la ley».

Están aquí contenidos los elementos fundamentales del Estado de derecho tal como vienen formulados generalmente por la doctrina (15); cabe enumerar dichos elementos en la forma siguiente, como exigencias imprescindibles de todo auténtico Estado de derecho:

- 1) Imperio de la ley.
- 2) Separación de poderes.
- 3) Legalidad de la Administración.
- 4) Derechos y libertades fundamentales.

En estos cuatro elementos esenciales podría, en efecto, resumirse el concepto de Estado de derecho; analicemos separadamente cada uno de ellos:

1. Ya hemos visto cómo el imperio de la ley constituye la nota fundamental del Estado de derecho: imperio de la ley, que desde la contextura

(14) LEGAZ: *El Estado de derecho en la actualidad*, cit., págs. 14 y 17.

(15) Véase el cuadro que presentan, por ejemplo, LUCAS VERDÚ, *Op. cit.*, pág. 16, o con algunas diferencias, LEGAZ: *El Estado de derecho*, cit., págs. 77 y sigs., y *Filosofía del Derecho*, 2.^a ed., 1961; págs. 642 y sigs.

del Estado demoliberal, fruto de la Revolución francesa, significa primacía de la ley entendida en sentido formal, es decir, ley creada precisamente por el órgano popular representativo (Parlamento) titular del Poder legislativo; cualquier otra prescripción de carácter jurídico (ley en sentido material) no emanada del Parlamento deberá estar subordinada a la ley en sentido formal; las modificaciones o derogaciones de una ley formal sólo podrán, por tanto, ser realizadas a través de otra ley formal; es decir, la voluntad popular representada en el Parlamento, voluntad legisladora, sólo podrá ser modificada por ella misma y no por disposiciones jurídicas de los órganos ejecutivos o jurisdiccionales del Estado. Esto lleva a la afirmación de que el ordenamiento jurídico constituye un sistema de normas jerárquicamente estructuradas con la primacía de la norma general de la ley en sentido formal.

Así, pues, en el Estado de derecho, en cuanto vinculado a un Estado de representación popular, el imperio de la ley no significa sólo —es necesario insistir en ello— sustitución de la voluntad caprichosa, arbitraria y asistemática de la autoridad, propia de los Estados absolutistas, por un complejo normativo de coherente y ordenado funcionamiento; no se trata solamente de que en lugar de hombres gobiernen leyes; no basta con que exista un sistema de leyes, un sistema de legalidad, para que pueda hablarse de Estado de derecho; no basta con una autoridad legislativa cualquiera; deberá ser una autoridad legislativa de representación popular, elegida democráticamente; sólo las disposiciones emanadas de un órgano de este tipo tendrán carácter de leyes formales; resulta así algo que ya sabemos: que no todo sistema de legalidad es Estado de derecho, que no todo Estado es Estado de derecho.

Se exige imprescindiblemente que el imperio, la primacía de la ley sea primacía de la ley en sentido formal, es decir, que la ley haya sido creada por el órgano legislativo del Estado que son las Asambleas representativas populares o Parlamentos; las disposiciones jurídicas del Poder ejecutivo y judicial no son leyes en sentido formal. El imperio de la ley es imperio de la ley formal, y éste es el primer requisito de todo Estado de derecho. Los Estados carentes de ese órgano legislador de carácter representativo no constituyen propiamente un Estado de derecho.

2. La existencia de un régimen de separación o distinción de poderes es, en segundo lugar, exigencia ineludible para un Estado de derecho: sin separación de poderes no hay, en rigor, Estado de derecho. Significa este principio lo siguiente: la creación de las leyes (función legislativa) corresponde al Poder legislativo; la aplicación de las leyes (funciones ejecutiva y judicial) corresponde bajo esas dos formas a los poderes ejecutivo y judicial

Quiere ello decir, fundamentalmente, que no podrán ser legisladores (no podrán, pues, dictar leyes formales) los órganos ejecutivos o judiciales del Estado, que los titulares de los poderes legislativo o ejecutivo no podrán juzgar y que los encargados de la función ejecutiva no serán los órganos legislativos ni los judiciales.

No obstante, como es bien sabido, el principio de la separación de poderes no debe entenderse en una forma absoluta y rígida, como si las diferentes funciones y poderes de un mismo Estado constituyesen compartimientos aislados, totalmente comunicables entre sí; al contrario, no se trata propiamente de una rígida separación, sino, más bien, de una distribución o división de funciones y poderes, necesitada de una serie de relaciones, controles o intervenciones mutuas y recíprocas. Y esto, como dice Kelsen (16), por un doble tipo de razones: una primera, de carácter general, debido a que «la distinción entre creación y aplicación del Derecho —que constituye la base del dualismo entre Poder legislativo y ejecutivo (entendido éste en su sentido amplio, es decir, comprendiendo, tanto el ejecutivo propiamente dicho como el judicial)— posee solamente un carácter relativo», y otra segunda, de carácter más específico, basada en que «el significado histórico del principio de la separación de poderes reside precisamente en el hecho de que dicho principio, más que una separación de poderes, lo que pretende es evitar la concentración de los mismos».

La separación de poderes constituye, en efecto, históricamente el resultado de la lucha contra el absolutismo de los Reyes en nombre de los derechos del pueblo: legislativo popular, pues, intentando limitar el poder omnímodo del ejecutivo real, y junto a ello, lucha por la independencia judicial. El sentido del principio de la separación de poderes es, así, evitar la concentración de poder en manos del titular del ejecutivo, a fin de lograr el respeto a los derechos y libertades de los individuos que, representados democráticamente, constituyen ahora el Poder legislativo. Nuevamente aparece, como vemos, el principio de la limitación del Poder estatal; los tres poderes, limitándose recíprocamente, constituyen una garantía frente al absolutismo. La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes es requisito indispensable para todo Estado de derecho.

La trama del sistema de «pesos y contrapesos» que equilibran el régimen de separación de poderes puede resumirse del modo siguiente (17): prima-

(16) HANS KELSEN: *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Milán, 1959 (traducción italiana de la *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945); páginas 275 y 287.

(17) Véase sobre este punto, KELSEN, *Op cit.*, págs. 274 y sigs.

cía del Poder legislativo, creador del Derecho, frente a los poderes ejecutivo y judicial, aplicadores del mismo; imperio de la ley, primacía de la ley formal. ¿Cabría pensar en un absolutismo del legislativo, en una falta de limitación en la creación del Derecho realizada por los Parlamentos? Hay que contestar en forma negativa: el Poder legislativo está limitado por la Constitución y por los Tribunales, ordinarios o especiales según los sistemas, que velan por la garantía de la constitucionalidad de las leyes. Asimismo el Poder legislativo está sujeto a limitaciones de carácter político, derivadas del funcionamiento del sistema democrático-liberal (elecciones, partidos políticos, libertad de información, crítica de la opinión pública, etc.; instituciones todas ellas tan ligadas al Estado de derecho).

La independencia del Poder judicial frente a las presiones, tanto del ejecutivo como del legislativo, constituye una pieza insustituible del Estado de derecho: el Poder judicial aplica la ley dada por el legislativo, pero, a su vez, como hemos señalado, puede juzgar y limitar al propio Poder legislativo, pronunciándose sobre la constitucionalidad de las leyes dadas por él. Es requisito esencial de todo Estado de derecho el funcionamiento del Poder judicial —o sea la Administración de Justicia— a través de un sistema procesal regular, ordenado y coherente, que garantice la seguridad jurídica de todos los ciudadanos.

El punto central de las conexiones entre los diferentes poderes del Estado lo constituye quizá el relativo al «status» del ejecutivo —Gobierno y Administración—, dentro del sistema de un Estado de derecho, en relación con los poderes legislativo y judicial; dicho «status» se configura a través de lo que se viene denominando legalidad de la Administración. El principio de la legalidad de la Administración —punto que examinaremos a continuación— constituye, en efecto, el tercer requisito esencial de todo Estado de derecho; requisito, como vemos, directamente derivado del principio de la separación de poderes.

3. De manera muy general, el principio de legalidad de la Administración puede enunciarse como exigencia de sometimiento de la Administración a la ley (ley, se insiste, entendida en sentido formal, emanada del órgano legislativo de carácter representativo popular). Quiere ello decir que la Administración, en su actuación, deberá siempre respetar esa primacía de la ley, ajustando a ella su modo de proceder; la Administración realizará sus actos basándose en una ley preexistente. La ley constituye el límite de la Administración.

El principio de legalidad de la Administración, la sumisión de ésta a la ley, se manifiesta, sobre todo, a través de un sistema de control y respon-

sabilidad de la Administración que asegure su comportamiento conforme a Derecho y que sirva de garantía a la seguridad jurídica de los particulares; se trata, pues, de un control jurisdiccional contra las posibles infracciones legales llevadas a cabo por la Administración; éste es el llamado «régimen jurídico de la Administración», o sistema de «justicia administrativa». Como es bien sabido, en todos los Estados —sean o no Estados de derecho— existe, es cierto, dicho régimen jurídico y control jurisdiccional de la Administración. Ahora bien: como hemos señalado, el problema del Estado de derecho es un problema de límites, es decir, de grado de extensión y garantías de efectividad de ese control, comprobado a través de la existencia de los adecuados mecanismos e instituciones. Lo que caracteriza al Estado de derecho es que la fiscalización jurisdiccional evita el absolutismo y la excesiva concentración de poder —poder ilimitado e incontrolado jurídicamente— en manos del ejecutivo. El control jurisdiccional de la Administración asegura su sumisión a la ley, su proceder conforme a Derecho y la garantía de los ciudadanos.

En el Estado de derecho, a diferencia de lo que ocurría en el «antiguo régimen», la actuación de la Administración está fiscalizada jurídicamente a través de un sistema de recursos contencioso-administrativos a favor del particular contra las posibles infracciones legales de la Administración; esto, por lo que se refiere a los actos reglados de la Administración. Los actos discrecionales y los actos políticos o de Gobierno tienden a reducirse en los Estados de derecho a sus justos términos, ampliándose al propio tiempo las posibilidades de fiscalización jurídica en ambas esferas. En los Estados de inspiración totalitaria, las absolutas inmunidades de los amplios poderes discrecionales y políticos de la Administración, es decir, la total falta de control jurisdiccional sobre ellos, constituyen válvulas importantísimas para la concentración ilimitada de poder en el ejecutivo o Gobierno. Como acertadamente ha escrito el profesor García de Enterría (18), «proclamar la inmunidad jurisdiccional de la Administración en estas materias, así genérica e imprecisamente llamadas políticas, implica, ni más ni menos, que consagrar que la Administración pueda obrar en las mismas sin límite legal alguno, incluso atropellando los derechos más elementales y más obvios de los ciudadanos, puesto que no existe medio técnico ninguno, ni de imponerle esos límites legales, ni de exigirle el respeto a esos derechos hipotéticamente atropella-

(18) Para el tema de la legalidad de la Administración véase el magnífico trabajo del profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA sobre «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, mayo-agosto 1962; páginas 159 a 205, cit., págs. 186 y 204.

dos». Toda la actividad de la Administración debe sujetarse a un control jurisdiccional; sólo así, con responsabilidad de todos, cabe hablar de Estado de derecho. Enterría propugna, pues, la progresiva eliminación de las inmunidades diciendo: «El poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable.»

Similar fiscalización jurisdiccional hay que mantener en el Estado de derecho con respecto a los poderes normativos de la Administración, y esto, tanto en relación con los reglamentos como con las diferentes formas de legislación delegada. Toda la potestad normativa de la Administración debe estar sometida al principio del imperio de la ley y a la fiscalización jurídica de sus disposiciones. Como escribe también el profesor Enterría (19), resulta «fundamental para la sociedad actual organizar técnicas eficaces de control respecto de estos poderes normativos de la Administración». En este punto la técnica de las materias reservadas a la ley contribuye también poderosamente a instaurar un régimen de legalidad de la Administración y de Estado de derecho (20).

Estas son, muy esquemáticamente expuestas, las implicaciones fundamentales del principio de legalidad de la Administración (21). Más adelante habremos de volver sobre el tema a propósito del llamado Estado social de derecho.

4. Puede muy bien afirmarse que el objetivo de todo Estado de derecho y de sus instituciones fundamentales que venimos examinando —imperio de la ley, separación de poderes, legalidad de la Administración— se centra en la pretensión de lograr una suficiente garantía y seguridad jurídica para los derechos fundamentales del ciudadano; derechos que se consideran anteriores y previos a todo ordenamiento jurídico positivo. El establecimiento jurídico-constitucional de los derechos humanos fundamentales aparece como

(19) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Op. cit.*, pág. 197.

(20) LORENZO MARTÍN RETORTILLO: «La doctrina de las materias reservadas a la ley y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 39, septiembre-diciembre 1962 págs. 287 a 304. Véase también ALFREDO GALLEGO ANABITARTE: «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración: Contribución a la teoría del Estado de derecho», en *Revista de Administración Pública*, núm. 34, enero-abril 1961, págs. 11-51.

(21) Desde un enfoque predominantemente administrativista véase el número monográfico sobre «El Estado de derecho» de la *Revista de Administración Pública*, número 6, septiembre-diciembre 1951. También RAFAEL ENTRENA CUESTA: «Notas sobre el concepto y clases de Estado de derecho», en *Revista de Administración Pública*, número 33, septiembre-diciembre 1960, págs. 31 a 45.

eje del funcionamiento de todo Estado de derecho; lo que éste pretende, frente al Estado absoluto del «antiguo régimen» y frente a todo Estado totalitario, es la protección, garantía y seguridad de los derechos y libertades del ciudadano ante una excesiva autoridad del Estado. Es cierto que en el Estado liberal decimonónico estos derechos se configuran con un criterio marcadamente individualista, que indudablemente resulta hoy insuficiente e inadaptable a la sociedad actual, donde las necesidades del desarrollo y de la nivelación de carácter económico han originado concepciones políticas de sentido profundamente social, que insisten en la total superación del anterior individualismo liberal; también volveremos sobre este tema al hablar del Estado social de derecho; aquí basta con afirmar que, a pesar de la crisis del individualismo, la garantía jurídica efectiva de los derechos humanos fundamentales continúa siendo pieza insustituible de todo Estado de derecho y uno de sus objetivos centrales (22).

Esta inescindible vinculación entre el Estado de derecho y los derechos humanos fundamentales conexiona al Estado de derecho con las concepciones personalistas; como ha escrito Legaz (23): «La concepción de la justicia propia del Estado de derecho es la que llamamos personalista; a esa concepción han de servir objetivamente sus instituciones. Por otra parte —añade—, esa concepción no necesita vincularse al orden de ideas del liberalismo (24), aunque comulgue con éste en el mismo respeto hacia el valor de la personalidad. Pero será incompatible con cualquier filosofía que no reconozca más valor sustancial al hombre que el que le confiere su inserción en una totalidad transpersonal.» «He aquí —dice Legaz— por qué las ideologías neohegelianas que negaron el valor sustancial de la persona humana en beneficio de la idea de la comunidad popular (25) se opusieron al concepto de persona jurídica y trataron de eliminar la idea del derecho subjetivo, sustituyéndola por la de situación. Por eso negaron también la idea fundamental del Estado de derecho.» Así, pues, íntima vinculación y conexión entre personalismo y Estado de derecho.

(22) En una perspectiva no individualista de los derechos humanos véase la obra de GEORGES GURVITCH: *La dichiarazione dei diritti sociali* (trad. italiana). Milán, 1949.

(23) LEGAZ: *El Estado de derecho*, cit., págs. 77 y 79.

(24) Sobre este punto se hablará precisando su sentido al tratar del Estado social de derecho.

(25) Sobre la concepción transpersonalista del neohegelianismo y sus relaciones con los sistemas totalitarios del nacionalsocialismo alemán y del fascismo italiano, véase mi mencionado artículo «Sustanciación de lo colectivo y Estados totalitarios», especialmente páginas 25 y sigs., y 35 y sigs.

Ahora bien: este carácter personalista del Estado de derecho no puede quedar en una mera declaración programática y declamatoria de los derechos humanos fundamentales, sino que han de hacerse realmente vigentes y eficaces a través de una determinada técnica de organización jurídica, de un sistema de instituciones y mecanismos adecuados; sin éstos, sin base institucional, las declaraciones y reconocimientos de derechos carecerán de las necesarias garantías jurídicas de efectiva realización; ya hemos visto que en el Estado de derecho, el imperio de la ley, la separación de poderes y la legalidad de la Administración (con sus respectivas implicaciones y exigencias) forman una estructura que precisamente se propone como objetivo hacer posible esa garantía y respeto de los derechos humanos fundamentales.

Planteando históricamente el tema del reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales del hombre se llega también como origen a la Revolución francesa, punto de arranque de la institucionalización del Estado de derecho, y en especial, a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789. Se resumía aquí una larga tradición de declaraciones de derechos, que se hace remontar hasta la Carta Magna del Rey Juan II de Inglaterra (Juan Sin Tierra) en 1215, y que tiene como escalas importantes el «Bill of Rights» inglés de 1689, la «Declaration of Rights» de Virginia de 12 de junio de 1776 y la propia Constitución de los Estados Unidos de 1787. En estos últimos textos, así como en el francés de 1789, está presente el influjo directo y principal del yusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII y su afirmación de los derechos naturales del hombre, derechos innatos, inalienables y sagrados; derechos, sobre todo, a la vida, a la libertad y a la propiedad, que constituyen el núcleo de los garantizados por el Estado de derecho, que reserva, en mayor o menor grado, estas materias a la competencia única de la ley formal emanada del órgano legislativo de representación popular.

No cabe presentar un cuadro cerrado y completo del conjunto de los derechos humanos fundamentales, entre otras razones más inmediatas, porque esos derechos tienen siempre un fuerte componente de carácter histórico-situacional; el cuadro ha de ser abierto y flexible; nuevos derechos fundamentales van constantemente incorporándose como conquistas históricas del hombre. De las Constituciones y Declaraciones de derechos que llenan los siglos XIX y XX, hasta llegar, por ejemplo, a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de la Organización de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, o la Convención europea para la salvaguardia de los derechos del hombre de 1950 y 1952, cabe deducir el siguiente esquema indi-

cativo de los principales derechos reconocidos y jurídicamente garantizados por los ordenamientos constitucionales de los Estados de derecho (26):

1) Derecho a la vida y a la integridad física. 2) Derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. 3) Derecho a la libertad religiosa y de creencias. 4) Derecho a la libertad de reunión y asociación. 5) Derecho a la libertad de circulación y residencia e inviolabilidad del domicilio. 6) Derechos económicos y sociales para una nivelación de la sociedad. 7) Derechos políticos para una participación efectiva de los ciudadanos en la vida política. 8) Derecho de todos los hombres a la propiedad. 9) Derecho de igualdad ante la ley. 10) Derecho a la seguridad y garantía en la administración de justicia, concebida ésta independientemente de toda instancia política.

Este breve esquema, repetimos, no pretende, ni mucho menos, agotar el cuadro de los derechos y libertades que deben ser reconocidos y jurídicamente garantizados a todo hombre en un Estado de derecho. Solamente se ha pretendido indicar el núcleo central de aquellos cuya falta o arbitraria limitación impide la existencia de un auténtico Estado de derecho y favorece la implantación de un sistema absoluto y totalitario.

La estructura del Estado de derecho, que en sus grandes líneas hemos esbozado, se ha venido apoyando durante mucho tiempo en una concepción individualista de la sociedad y en un Estado liberal de carácter más bien abstencionista, conceptos ambos que en nuestro siglo han entrado en crisis y exigen una sustitución: frente al individualismo, una concepción «social» de los problemas económicos y políticos, y frente al Estado liberal abstencionista, un Estado intervencionista y planificador. El marxismo muestra el carácter meramente formal de los derechos y libertades reconocidos por los Estados liberales e insiste en que la sociedad burguesa y sus libertades —sobre todo económicas— sólo llevan a la lucha de clases y a la explotación capitalista.

Los sistemas demoliberales, urgidos por los argumentos y las realidades socialistas, y a fin de adaptarse a las necesidades del desarrollo económico y social de los últimos decenios, intentan dejar atrás como inservibles, tanto la concepción individualista de la sociedad como la abstencionista del Estado, a través de su sustitución, diremos de momento, por una visión de carácter social y un Estado intervencionista: la estructuración jurídica de la nueva

(26) El núcleo central de los derechos y libertades garantizados en las Declaraciones y Constituciones de los Estados de derecho viene a coincidir con el cuadro de derechos fundamentales que el fallecido Pontífice JUAN XXIII enumeraba en la primera parte de su Encíclica *Pacem in terris*, y cuyo reconocimiento efectivo consideraba como uno de los requisitos necesarios para la existencia en un país de la genuina democracia.

situación se configura a través del llamado Estado social de derecho; el problema, a grandes rasgos, será ver si las nuevas necesidades planificadoras y sociales caben todavía en el marco de un auténtico Estado de derecho.

III. ESTADO SOCIAL DE DERECHO

1. Existe unanimidad total en el tema de la insuficiencia y necesaria superación del Estado liberal de carácter individualista; ello, de modo evidente, desde los años de la primera postguerra y la revolución rusa. Las que, en cambio, resultan divergentes son las opiniones sobre los modos de superación propuestos; modos que pueden muy bien reducirse a tres grandes grupos: primero, la superación fascista; segundo, la superación comunista (y los sistemas de democracia popular); y tercero, la superación de sentido «interno» democrático liberal propia de los actuales países occidentales, y que, como ya hemos dicho, plasma en la fórmula del Estado social de derecho; el Estado social de derecho no es, pues, sino la concepción en que trata de expresarse esa superación interna o evolución de las democracias occidentales. En este sentido se acostumbra a hablar del paso del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho.

No vamos a insistir aquí en los cambios sociales y económicos sobrevenidos en el mundo en los últimos decenios ni tampoco en las condiciones actuales de los Estados occidentales desarrollados; ambas cosas son suficientemente conocidas, y sobre ellas existe abundantísima literatura. Se habla insistentemente del paso de una economía individualista liberal a una economía planificada y socializada, y paralelamente, del cambio de un Estado más o menos abstencionista a un Estado planificador, fuertemente intervencionista; un Estado, se dice, dotado de un ejecutivo fuerte. Todo ello para lograr dentro de los cauces del sistema de Estado de derecho un adecuado desarrollo económico, una justa nivelación social y económica, y, en definitiva, una democratización real y material de la sociedad; se ha hablado también, con fórmulas correlativas a la del Estado social de derecho, de Estado material de derecho, de Estado comunitario de derecho e incluso, después lo veremos, de Estado de justicia.

Una cosa, casi perogrullesca, conviene dejar claramente asentada desde el principio: el Estado social de derecho es, y tiene que ser, un auténtico Estado de derecho; tienen que mantenerse en él las características —imperio de la ley, separación de poderes, legalidad de la Administración y derechos y libertades fundamentales— que anteriormente hemos señalado corresponden a todo Estado de derecho. Sin ello no cabría hablar de Estado social de

derecho. A pesar de que pueda parecer obvio, conviene insistir en esta idea, porque modernamente se advierte la tendencia a querer denominar Estados sociales de derecho a sistemas en realidad más cercanos al tipo que hemos denominado «superación fascista del liberalismo» que a un auténtico Estado de derecho. Esta «superación fascista del liberalismo», recordemos, era cosa diferente de la superación comunista, por un lado, y de la superación interna democráticoliberal, que aquí examinamos, por otro. Parece como si el calificativo «social» (o «material») pretendiera trivializar allí la expresión Estado de derecho, originando un sistema ambiguo y queriendo calificar de Estados sociales de derecho a todos los Estados que, al menos verbal y teóricamente, presenten «un cierto retórico afán por lo social», con lo cual hoy realmente ningún Estado quedaría excluido de semejante calificación. Frente a ello hay que dejar bien en claro que el calificativo «social» no sirve, ni debe servir, para hacer, sin más, de todo Estado un Estado de derecho. El Estado social de derecho significa, ciertamente, progreso económico, desarrollo social, nivelación, democratización material, pero todo ello logrado a través, diríamos de la democratización formal, es decir, de la vía estructural del Estado de derecho con sus exigencias, características e instituciones. Sin imperio de la ley, separación de poderes, legalidad de la Administración y derechos y libertades fundamentales (mas, añadiremos, desde la otra perspectiva, nivelación social, desarrollo económico, democracia material), no puede hablarse de Estado social de derecho. Podría resumirse diciendo que el Estado social de derecho lo que pretende es la instauración de una democracia material y formal.

La pregunta que surge inmediatamente —y que constituye en realidad el centro de toda la cuestión— es entonces la siguiente: ¿Cabe conciliar Estado de derecho y Estado social? ¿Es posible el Estado social de derecho? ¿Puede realizarse la política de nivelación y democratización social y económica que exige nuestro tiempo desde las estructuras e instituciones de un Estado de derecho? El problema radica, entre otras cosas, en que dicha política social y económica de planificación y democratización exige, ya lo hemos dicho, no un Estado débil abstencionista, sino, por el contrario, un Estado fuertemente intervencionista, un Estado que dirige y organiza, un Estado planificador. Paralelamente se estima, con lo cual el problema se complica, que el órgano estatal más adecuado para llevar a cabo esa función directiva de la vida económica y social no es ya el Parlamento clásico, demasiado lento y poco especializado, se dice, sino más bien el ejecutivo, o sea la Administración y sus técnicos; se viene así a hablar de un Estado con ejecutivo fuerte y de un Estado administrador o Estado de la Administra-

ción (27). Se hace necesaria, en esta situación de nuestro tiempo, una constante, rápida y eficaz intervención en los asuntos del país; como consecuencia, la legislación se dinamiza extraordinariamente y la Administración legisla muy frecuentemente. Todo esto, se afirma, solamente puede hacerse con una Administración dotada de gran capacidad dispositiva y decisoria, provista de un amplio margen de libertad y discrecionalidad. Es cierta esta tendencia y no lo es menos la necesidad de evitar una Administración y un ejecutivo demasiado débiles e ineficaces; hoy los países democráticos ensayan fórmulas que permiten la capacidad de maniobra del Gobierno y de la Administración sin consagrar con ello, ni mucho menos, la inmunidad de sus poderes. Como sabemos, para un Estado de derecho el peligro de un Estado «con ejecutivo fuerte» es llegar a convertirse en un Estado con ejecutivo incontrolado, y el ejecutivo incontrolado es la total discrecionalidad, la imposibilidad de limitar su poder, es decir, en una palabra, algo muy cercano al totalitarismo o a la dictadura; el Estado social de derecho dejaría de ser entonces Estado de derecho. Si quien de modo casi absoluto dirige y dispone jurídicamente es la Administración, no cabe entonces hablar de imperio de la ley, ni de separación de poderes, ni de legalidad —limitación y control— de la Administración, ni de garantías en el respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos (28); es decir, no cabe hablar de Estado de derecho.

Volvemos a formular, por tanto, a la vista de estas dificultades, la pregunta anterior: ¿Cabe hablar de Estado social de derecho? ¿Puede realizarse

(27) ERNST FORSTHOFF: *Begriff und Wesen der sozialen Rechtsstaates*, Berlín, 1954. y OTTO BACHOF con el mismo título, Berlín, 1954. (Ponencias de las «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», cuaderno 12.) También, DWIGHT WALDO: *The Administrative State* (traducción castellana, *Teoría política de la Administración Pública: El Estado Administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1961). ERNST FORSTHOFF: *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Stuttgart (Kohlhammer), 1956; en relación con esta problemática, LORENZO MARTÍN RETORTILLO: «La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de *Daseinsvorsorge*», en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, mayo-agosto 1962, págs. 35-65. GIOVANNI DEMARIA: *Lo Stato sociale moderno*, Cedam, Padua, edición de 1962.

(28) Véase respecto al debatido tema de socialización o planificación y libertad: ERHARD C. DENNINGER: «Das Mass als Mitte von Freiheit und Zwang; Zum Begriff des sozialen Rechtsstaates», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1962, 3, página 315. ERICH FECHNER: *Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat* (Mohr), Tübingen, 1953. MANLIO MAZZIOTTI: «Libertà e socialismo nell'attuale diritto pubblico inglese», en *Rassegna di Diritto pubblico*, vols. 2 y 3-4, págs. 167 y sigs., 306 y sigs. ALBERT LAUTERBACH: *Economic security and individual freedom*, Princeton, 1948. También GUNNAR MYRDAL: *Beyond the Welfare State*, Yale, 1960 (traducción castellana, *El Estado del futuro*, Fondo de Cultura Económica, 1961).

la planificación y dirección económico-social, con su Estado y su Administración todo lo contrario de abstencionista, dentro de las exigencias, estructuras e instituciones de un Estado de derecho? Esta sería la cuestión a examinar en relación con los sistemas de los países occidentales que se han pronunciado por semejante posibilidad y ensayan la vía de la institucionalización del Estado social de derecho.

2. En general, los países occidentales han adoptado la línea de la institucionalización del Estado social de derecho; se piensa que cabe cumplir esos objetivos socioeconómicos sin abandonar los rasgos fundamentales del Estado de derecho; así —con matices diferenciales—, Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, Francia, Italia, etc. (29); sus textos legislativos, ordinarios y constitucionales proponen constantemente como objetivo la edificación de un auténtico Estado social de derecho, insistiéndose, tanto en las garantías jurídicas como en las finalidades socioeconómicas. Analizando las características generales de los sistemas de estos países occidentales, podríamos prefigurar la existencia de dos etapas sucesivas y consecutivas en la vía de la institucionalización del Estado social de derecho; en la primera, el Estado social de derecho se constituye, todavía bajo esquemas capitalistas, como *Welfare State*, o Estado del bienestar; ésta sería propiamente la fase en que actualmente se encuentran los países capitalistas occidentales de economía desarrollada. Pero hay base para estimar que, en virtud sobre todo de circunstancias de carácter económico-político internacional, se producirá el paso a una segunda etapa, en la cual el Estado social de derecho alcanzará su objetivo propio y final, constituyéndose como Estado capaz de conciliar y coordinar democracia y socialismo, meta que aparece como necesaria para una generalización y universalización del Estado social de derecho.

Como acertadamente ha escrito Raúl Morodo (30), «el problema de la nueva expresión Estado social de derecho que se viene extendiendo por la

(29) Sobre la vía de la institucionalización del Estado social de derecho en los países occidentales véase el citado trabajo del profesor LUCAS VERDÚ, especialmente capítulos III, IV y V. Concretamente en relación con la República federal alemana, entre la abundantísima bibliografía existente, véanse: ERNST FORSTHOFF: «La republica federale tedesca como Stato di diritto e Stato sociale», en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, julio-septiembre 1956; págs. 547 y sigs. FRIEDRICH KLEIN: «Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat», en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* (Mohr), Tübingen, 1950. C. F. MENDER: *Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz* (Mohr), Tübingen, 1953. JESCH: *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1961. ALBRECHT LANGNER: *Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik*, Bonn, 1959, etc.

(30) MORODO, *Op. cit.*, pág. 57, nota 6.

doctrina europea en un intento de adaptación del Derecho a las nuevas situaciones socioeconómicas, tiene todavía un carácter más doctrinal que institucionalizado». En efecto, la institucionalización no ha pasado en estos países de la primera etapa que es el *Welfare State*, como hemos señalado, y algunos de ellos ni siquiera esta fase tienen todavía institucionalizada, esforzándose la doctrina por proponer métodos y fórmulas capaces de lograr esos objetivos socioeconómicos dentro del marco del Estado de derecho (31).

Así, pues, los Estados desarrollados occidentales se presentan hoy como Estados del bienestar; bienestar que se intenta lograr a través de los métodos y esquemas capitalistas. No hay que menospreciar excesiva, y un poco retóricamente, el Estado del bienestar; pero es cierto que para un enjuiciamiento a fondo del sistema no cabe enfocar la cuestión únicamente desde un punto de vista nacionalista (bienestar del país propio), ni siquiera del que podría denominarse «nacionalismo europeísta»; las metas de democratización económica, social y política deben tener hoy validez universal, cosa realmente difícil de lograr con la ideología que sirve de base a los Estados del bienestar. Se dice así que la desigualdad y explotación capitalista que el Estado liberal individualista ocasionaba entre los hombres en el interior de los países ha venido a ser sustituida en el sistema del *Welfare State* por una desigualdad y una explotación capitalista en el plano internacional de los países ricos desarrollados (países capitalistas) sobre los países pobres subdesarrollados (países proletarios). Rasgos belicistas de la política internacional de algunos de los mencionados países occidentales están indudablemente basados en esta coyuntura; frente a ello hay que propugnar también una nivelación económica de los pueblos como base para la paz internacional.

Como superación de esta primera fase, actual, propia del *Welfare State*, se proponía una segunda, en la cual el Estado social de derecho, asumiendo toda la evolución democrática (incorporación de masas, etc.), se constituyese como Estado capaz de conciliar en un mismo sistema democracia y socialismo (32); éste es el objetivo hacia el cual puede marchar la evolución de Occidente una vez superada la etapa capitalista del *Welfare State*.

(31) Entre la inabarcable bibliografía en todos los países, véanse, como ejemplo, dos libros recientes: PIERRE MENDES-FRANCE: *La république moderne*, Gallimard, 1962, y MAURICE DUVERGER: *Francia: Parlamento o Presidencia*, Taurus, 1963 (trad. RAÚL MORODO).

(32) Véase JOSEPH A. SCHUMPETER: *Capitalismo, Socialismo y Democracia*. Aguilar, 1961.

Puede verse este problema como continuación del planteado ya en Tocqueville, y presente siempre durante los siglos XIX y XX, sobre la posibilidad de coordinar libertad e igualdad, es decir, liberalismo y democracia. Véase LUIS LEGAZ Y LACAMBRA: «Actuali-

Cabe, no obstante, pensar hasta qué punto el Estado de bienestar se está convirtiendo no en la fase primera de esa señalada evolución, sino, precisamente, en obstáculo insalvable para ella; obstáculo para esa democracia económica, social y política extendida a todos los países, que constituye el objetivo último de un Estado social de derecho. Existe, indudablemente, esta resistencia en determinados grupos políticos conservadores de estos países occidentales, pero la evolución general y la dinámica de la realidad misma parecen, sin embargo, conducir más bien por ese otro camino de la progresiva democratización a escala universal.

El paso de la fase del *Welfare State* al sistema de coordinación entre socialismo y democracia es totalmente ineludible para lograr el objetivo final de un auténtico Estado social de derecho. El capitalismo —tanto a escala interna como internacional— puede falsear el sentido de la planificación, canalizando, en favor de fuertes grupos privados de intereses, las decisiones de las inversiones proyectadas. Ello, como decimos, incluso con grave riesgo para la paz internacional.

El profesor Lucas Verdú (33), en una visión quizá demasiado optimista en relación con los Estados del bienestar, señala que «el meollo de la política social del Estado social de derecho es el justo reparto de los beneficios sociales»: justo reparto que quiere lograrse a través, sobre todo, de dos medios: una política fiscal adecuada y un intervencionismo del Estado en la propiedad privada. Escribe en este sentido: «Parece que hay una opinión bastante generalizada que caracteriza al Estado social de derecho como Estado que ejerce una fuerte presión fiscal sobre ciertas clases de la sociedad que gozan de elevados recursos económicos, con el fin de redistribuir las riquezas entre los miembros de otras clases peor dotadas económicamente. Naturalmente —continúa— esto implica limitaciones, intervenciones —a veces profundas— en el ámbito de la propiedad privada, y ello es, precisamen-

dad de Tocqueville», en el libro *Humanismo, Estado y Derecho*, cit., págs. 191-212, y PABLO LUCAS VERDÚ: «Tocqueville y la democracia liberal», en el *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, núm. 26, Princeton (U. S. A.), marzo 1962, páginas 37-54, donde escribe: «La lección que Tocqueville nos ha dado sobre la libertad puede sintetizarse así: ante todo intuyó la posibilidad de la libertad dentro de la democracia.» El pensamiento aristocratizante de horror a «las masas» y la democracia está bastante generalizado entre los pensadores liberales conservadores.

(33) PABLO LUCAS VERDÚ: *Introducción al Derecho político: Las transformaciones sociales del Derecho político actual*, Studia Albornotiana, Barcelona, 1958, especialmente el capítulo sobre «El Estado social de derecho como estructura de la convivencia política occidental». La obra incluye una abundante bibliografía sobre el tema del Estado de derecho, tanto de los autores ya clásicos como de las nuevas posiciones en torno al Estado social de derecho.

te, uno de los aspectos que diferencian al Estado social de derecho del Estado liberal de derecho: su posición ante la propiedad privada. El intervencionismo estatal, la socialización de la propiedad, las expropiaciones por razones de utilidad general, llevadas en gran escala, han cambiado completamente el concepto de la institución.»

El profesor Aranguren ha analizado claramente el problema de la insuficiencia del llamado Estado del bienestar: resumamos su pensamiento (34): «Económicamente —escribe—, el *Welfare State* supone y significa la culminación del capitalismo. De ahí —añade— (y ello es sumamente importante para comprender la necesidad del paso anteriormente señalado) que no sea aplicable sino a los países que habiendo franqueado ya las etapas económicas previas del gran desarrollo de la producción y del pleno empleo, estén maduros para el ingreso en una economía de consumo.» E insiste más adelante: «Pero el *Welfare State*, más allá de esas desventajas morales a las que acabamos de referirnos («El mayor inconveniente del *Welfare State* —escribe— es el aflojamiento de la tensión moral. El modelo de "consumidor satisfecho" es más materialista que el modelo marxista del "proletario revolucionario"»), en lo que tiene de positivo, la implantación de un alto nivel de vida, es imposible de extender o generalizar, puesto que, como veíamos antes, supone una economía superdesarrollada de plena producción y pleno empleo.»

Ante estas características e inconvenientes del *Welfare State*, el profesor Aranguren propone el paso a lo que él denomina Estado de justicia, y que, como veremos, coincide en lo fundamental con esa segunda fase final de la evolución del Estado social de derecho que hemos señalado, y que se propone la conciliación de democracia y socialismo.

3. El sentido de la evolución señalada por Aranguren (35) insiste, pues, en ese paso necesario: «Esto significa —dice— que el viejo *Estado de derecho*, sin dejar de seguir siéndolo, tendrá que constituirse en *Estado de justicia*.» Su concepción del Estado de justicia coincide, como decimos, en lo fundamental con el Estado social de derecho entendido como Estado que plantea la posibilidad de una conciliación y coordinación entre democracia y socialismo. Escribe así Aranguren, explicitando el contenido de su Estado de

(34) JOSÉ LUIS L. ARANGUREN: *Ética y política*, Madrid, 1963, págs. 293 y 298; anteriormente en *Ética social y función moral del Estado*, Colección de conferencias del Ateneo de La Laguna, 1962, pág. 15. Véase mi recensión a este trabajo del profesor ARANGUREN en el núm. 127 (enero-febrero 1963) de la REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, páginas 200 y sigs.

(35) ARANGUREN, *Op. cit.*, pág. 303.

justicia: «La tendencia actual al *socialismo en el plano económico*, y cualquiera que sean el grado cuantitativo y el carácter estatificado o no de este socialismo, parece estar inscrita en la realidad misma. En cualquier caso, el motor no puede ser —no debe ser— el interés capitalista determinado a dar la primacía a los bienes suntuarios de consumo para conseguir así, como un subproducto ético, el bienestar material de todos, sino la organización, inspirada en una auténtica voluntad de justicia, de dar a cada uno lo suyo, de la *democratización económicosocial*.» «También la *democracia política* —una democracia compatible con un poder ejecutivo eficaz— tiene que ser promovida, es decir, organizada socialmente.» Puede verse cuáles son las ideas centrales de ese Estado de justicia a que debe aspirar un auténtico Estado social de derecho: democracia y socialismo.

El sentido que puede tener la calificación del Estado social de derecho como Estado de justicia —fórmula bastante generalizada— parece radicar, por un lado, en la idea de que el Estado actual debe implantar eso que se denomina la «justicia social», y por otro, con significación más profunda y general, en la afirmación de que el Estado social de derecho realiza los postulados que hoy se consideran justos, es decir, que legitiman un sistema político actual. Ellos son, fundamentalmente, la democracia económica, social y política, la libertad y la paz en el orden internacional (36). Desde este punto de vista considera que hoy el Estado legítimo, el Estado justo o de justicia en nuestra situación histórica viene encarnado por el Estado social de derecho. En cualquier caso, la fórmula Estado de justicia no puede servir para encubrir, con su posible vaguedad, tipos de Estados que, ya lo hemos dicho se acercan más a las concepciones fascistas que a las propias de un Estado de derecho. En nuestra situación, el Estado de justicia ha de ser Estado social de derecho, es decir, Estado democrático, Estado social y Estado de derecho; sobre este punto no caben ambigüedades. Hoy, la legitimidad y la justicia se realizan y se identifican con el sistema de legalidad que instaura un Estado de derecho, con sus exigencias institucionales —imperio de la ley, separación de poderes, legalidad de la Administración, derechos y libertades fundamentales—, y que, a través de sus estructuras, se propone como objetivo la consecución de una auténtica democracia económica, social y política. Ello es lo que pretende y debe pretender todo auténtico Estado social de derecho.

ELÍAS DÍAZ

(36) Paz, libertad, bienestar y democracia son para RAÚL MORODO (*Op. cit.*, pág. 64) las notas que hoy legitiman una legalidad.

R É S U M É

Tous les Etats ne sont pas des Etats de droit. Tout Etat crée et dispose d'un système de légalité, d'un ordre juridique, mais tout système de légalité ne se façonne pas en Etat de droit. L'Etat de droit est l'Etat assujéti au droit et limité par la loi; l'Etat de droit (Etat limité) s'oppose ainsi à tout autre genre d'Etat absolu ou totalitaire (Etat illimité). L'empire de la loi est le trait caractéristique de l'Etat de droit.

Les traits caractéristiques de l'Etat de droit peuvent être ramenés aux quatre suivants:

1. Empire de la loi. Primauté de la loi formelle émanée de l'organe législatif à représentation populaire (Parlement) constitué au moyen d'élections libres.

2. Séparation des pouvoirs en tant que moyen d'éviter la concentration du pouvoir dans l'exécutif ou le gouvernement.

3. Légalité de l'Administration, celle-ci étant soumise à la loi et au contrôle juridictionnel qui pèse sur elle.

4. Protection des libertés et des droits fondamentaux. Institutionnalisation d'un système de garanties et sécurités juridiques.

L'Etat de droit surgit dans l'histoire rattaché à l'Etat libéral; assi, parle-t-on de l'Etat libéral de droit. Pour surmonter la crise de l'individualisme de l'Etat libéral (qui a lieu aux environs de 1914 et 1917) et l'adapter aux nouvelles circonstances sociales et économiques, trois solutions sont proposées: la solution fasciste, la communiste (démocraties populaires, etc.) et la solution interne démolibérale dans laquelle prend place le passage de l'Etat libéral de droit à l'Etat social de droit.

L'Etat social de droit suppose le passage de la société individualiste et de l'Etat libéral à l'Etat-planificateur et à la socialisation, tout en maintenant les principes fondamentaux de l'Etat de droit. L'institutionnalisation de l'Etat social de droit dans les pays occidentaux semble s'engager, à présent, dans deux stades successifs:

Stade actuel: le "Welfare State" propre aux pays capitalistes développés, stade insuffisant que l'on vise à dépasser.

Stade futur: l'Etat social de droit en tant qu'Etat de coordination entre la démocratie et le socialisme.

Entendu de cette dernière façon, l'Etat social de droit devient synonyme d'Etat de justice (Etat de justice = Etat légitime), car ses objectifs —démocratie

cratie, liberté, paix— coincident avec ceux que l'on exige généralement dans notre situation historique pour légitimer un régime politique quel qu'il soit.

Il est extrêmement important d'insister sur les points que l'Etat social de droit doit offrir les traits caractéristiques signalés comme étant propres à tout Etat de droit, car, autrement il s'agirait d'un Etat social mais non pas d'un Etat social de droit. L'Etat social de droit doit être un Etat de droit.

Il lui échoit, d'ailleurs, comme objectif final, une fois la phase capitaliste du Welfare State dépassée, de coordonner le socialisme et la démocratie pour parvenir à une démocratie économique, sociale et politique authentique.

S U M M A R Y

Not every State is a system of "rule of law". Every State creates and makes of a system of legality, of juridical law, but not every system of legality is formed as a system of "rule of law". A system of "rule of law" is a State subjected to law, limited by law. A system of "rule of law" (limited State) is thus opposed to any form of absolute or totalitarian State (unlimited State). A system of "rule of law" consists mainly of the "law empire".

The characteristic features of every system of "rule of law" can be summed up in the following four points:

- 1) Rule of law. Superiority of formal law emanated from the legislative organ of representation of the people (Parliament) constituted by free elections.
- 2) Separation of powers, as if it were a distribution that avoided the concentration of power in the executive.
- 3) Legality of Administration. Subjection of Administration to law, and jurisdictional control over the former.
- 4) Protection of fundamental rights and liberties. Institutionalization of a system of guarantee and juridical security.

The system of "rule of law" is historically linked to the liberal State: it is called the liberal system of "rule of law". In the face of the crisis of individualismo in the liberal State (brought about around 1914 and 1917) three solutions arise as an adaptation to the new social and economical circumstances; the fascist, the communist (popular democracies, etc.), and the "internal" demo-liberal; the step from liberal system of "rule of law" over to social system of "rule of law" is made from this third perspective.

The social system of "rule of law" means the changeover of individualist society and liberal State to the planned State and socialization, keeping the fundamental principles of the system of "rule of law". The institutionalization

of the social system of "rule of law" in Western countries appears to be going through two successive phases:

1) Present phase: the Welfare State in developed capitalist countries is insufficient and in the process of being overcome.

2) Future phase: the social system of "rule of law" as a State of co-ordination between democracy and socialism.

Take in this second form, the social system of "rule of law" becomes synonymous to a State of Justice (State of justice = legitimate State), owing to its objectives —democracy, liberty and peace— coinciding with those generally required in our historical situation to establish any political system.

It is an important point to note that the social system of "rule of law" must have the characteristic features that are recognized as being proper to every system of "rule of law"; on the contrary it would only be considered as a social State and not a social system of "rule of law". The social system of "rule of law" must be a system of "rule of law".

The final objective —the capitalist phase of Welfare State having been overcome— starts with the co-ordination of socialism and democracy in order to obtain a real economic, social and political democracy.