

EL ESTADO DE DERECHO *

Por LUIS LEGAZ Y LACAMBRA
Rector de la Universidad de Santiago de Compostela

1.—El nombre de «Estado de Derecho», que en la ciencia del Derecho público obtuvo rápidamente carta de naturaleza y ha servido para expresar la realidad del Estado moderno en cuanto responde al ideal de una racionalización jurídica creciente de la vida, se debe a Roberto von MOHL; una expresión artificiosa del señor von MOHL, e *Kunstaussdruck des Herrn von Mohl*, según frase del príncipe Otto von BISMARCK (1). Efectivamente, en su obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, publicada en los años 1832 a 1834, Roberto von MOHL acuñó el concepto de Estado de Derecho, lo lanzó a la corriente circulatoria de las ideas jurídico-políticas y puso de relieve el hecho de que, desde GROCIO, toda la doctrina de Derecho natural y racional había sido un principio de elaboración de la concepción jurídica del Estado. Desde distintos puntos de vista, otros autores como von BAHR, Lorenz von STEIN, Rudolf GNEIST, IHERING, GIERKE, von SARWEY STAHL, Otto MAYER, etc., adoptaron el concepto y lo colocaron bajo el patrocinio de su alta autoridad intelectual.

El autor de este trabajo se ha enfrentado también hace algunos años con el problema de la realidad actual del Estado de Derecho (2). Situado en un plano eminentemente sociológico-político, el Estado de Derecho fué para mí nada más y nada menos que el Estado liberal: una traducción jurídica de la democracia liberal. Mi estudio fué una sociología del Estado liberal de Derecho, llevado a cabo en buena parte bajo la fecunda inspiración de Carl SCHMITT; me fijé en los supuestos sociológico-espirituales que habían dado origen al Estado liberal de Derecho y que le asignaron un sentido y una fisonomía histórica concreta y señalé las tendencias que estaban produciendo su desintegración, las cuales se ci-

(*) Texto de la ponencia presentada en el *Seminario sobre Problemas actuales de la Administración Pública*, del Instituto de Estudios Políticos, sesión del día 16 de marzo de 1951.

(1) Cit. por C. SCHMITT: *Disputation über den Rechtsstaat* (de G. KRAUSS y O. v. SCHWEINICHEN), Hamburg, 1935, pág. 85, nota.

(2) Cfr. L. LEGAZ Y LACAMBRA: *El Estado de Derecho en la actualidad*, Madrid, 1934; recogido con algunas modificaciones en *Introducción a la teoría del Estado nacionalsindicalista*, Barcelona, 1941 (en adelante, se citará según esta edición).

fraban para mí en el imperio de una democracia de masas de tendencias totalitarias y antiliberales que reducían la técnica del Estado de Derecho cada vez más a una fachada inestablemente mantenida en equilibrio por el juego de poderosas fuerzas en pugna, ninguna de las cuales participaba del espíritu que había inspirado el nacimiento del Estado liberal.

Este planteamiento sociológico del problema, esta vinculación del concepto del Estado de Derecho a la realidad sociológico-política del Estado liberal me llevó a considerarlo como una forma histórica contingente destinada a una rápida desaparición. El Estado totalitario sustituiría por todas partes al Estado liberal. El Estado totalitario era también un hecho sociológico que en todas partes se hallaba representado por las tendencias de la democracia radical de signo laicista, por ejemplo (3), y en otras revestía una forma específica como Estado soviético, Estado fascista, Estado nacionalsocialista, etc. El triunfo de las llamadas hoy «democracias populares», del otro lado del telón de acero, que usan el nombre y la idea de la democracia y constituyen auténticos totalitarismos, sería la confirmación de mis puntos de vista sobre la disolución del Estado liberal de Derecho, bajo el imperio de la democracia de masas.

Ahora bien, si el Estado liberal sólo puede realizarse como Estado de Derecho, el Estado de Derecho no se ha realizado ni puede realizarse sólo en la forma histórica del Estado liberal. Es posible afirmar con BLUNTSCHLI (4) que el Estado feudal era también un Estado de Derecho, puesto que un entresijo de derechos subjetivos y privilegios de variada índole impedía a veces toda acción política, toda intervención personal del Monarca. Es posible decir con Max WEBER (5) que el Estado medieval era un Estado de Derecho de derechos subjetivos, esto es, un haz de derechos bien adquiridos, a diferencia del moderno Estado de Derecho que se basa en un ordenamiento jurídico objetivo, en un sistema de reglas abstractas. Es posible que la monarquía medieval castellana y muy en particular la monarquía aragonesa (6), en la que la institución del «Justicia» representó un estadio importante en el proceso de lo que

(3) En este sentido escribí (ob. cit., cap. IV, especialmente págs. 61 y sigtes., 68 y sigtes.) que «el fenómeno sociológico de las democracias ha dado al traste con los supuestos liberales del Estado de Derecho» y traté de demostrar en qué consiste la ausencia dictatorial de las democracias.

(4) Artículo *Rechtsstaat* de su *Staatslexikon* (cit. por SCHMITT: *Verfassungslehre*, 1928, pág. 129).

(5) MAX WEBER: *Economía y sociedad*, ed. México, 1944, t. IV, pág. 239.

(6) Aunque bastante desenfocada desde el punto de vista histórico, puede verse en este sentido —antitético de como se presenta el asunto en los antiguos estudios de don Vicente de la FUENTE (no menos desenfocados bajo signo contrario)— R. LÓPEZ DE HARO: *La Constitución y libertades de Aragón y el Justicia Mayor*, Madrid, 1927.

llama Carl SCHMITT (7) la estructuración judicialista de la vida política, deban ser entendidas a la luz del concepto de Estado de Derecho. El Estado de Derecho es, pues, una forma de estructuración del Estado histórico, es una forma histórica de Estado que se da con una cierta constancia en distintos periodos frente a otras formas que no revisten las características propias de aquél. El Estado de Derecho no debe reducirse, según eso, ni a un concepto puramente «formal», en el sentido de ese formalismo cuyo cabo más extremo es la posición kelseniana que afirma la identificación pura y simple del Estado y el ordenamiento jurídico y, por tanto, hace de todo Estado un Estado de Derecho (8), ni debe servir, de otro lado, para convertirse en un instrumento de las ideologías contrarias a las que han dado origen al Estado liberal de Derecho, como si el único Estado posible de Derecho fuese precisamente lo que no es un Estado liberal, manejándose la oposición entre «Derecho» y «ley» para llamar «Estado legalista» o «Estado de ley» (*Gesetzesstaat*) al Estado del siglo XIX, que fué un Estado liberal, y «Estado de Derecho» (*Rechtsstat*), como «Estado de Derecho objetivo», al Estado antiliberal del siglo XX, y, concretamente, al Estado nacionalsocialista (9).

No todo Estado es Estado de Derecho, sino que éste es el Estado cuyo Derecho dota de una específica estructura y contenido a una comunidad política. En este sentido, al Estado de Derecho se contraponen históricamente el Estado despótico, el Estado patrimonial, la dictadura, etcétera. De otra parte, todo Estado tiene un contenido jurídico y al Estado le es esencial el Derecho, pero no todo Estado ve en el Derecho el valor fundamental integrante de su esencia, la razón de su ser, la forma en que debe transcurrir su actividad; y por eso, conceptualmente, al Estado de Derecho se oponen los conceptos de Estado de poder, de Estado de cultura, de Estado ético, de Estado económico, etc.

El «Estado de poder» no es otra cosa que el moderno Estado nacional,

(7) Cfr. *Verfassungslehre*, § 12.

(8) El prof. J. PÉRICH, considerando que todo Estado es *Rechtsstaat*, porque no es posible un *Ohnerechtsstaat*, esto es, un Estado sin Derecho, estima superflua y redundante la noción de Estado de Derecho y declara que el Estado es idéntico con el «principio de la legalidad», que para él equivale a la autoridad incondicional de la ley, que anula la posibilidad de un derecho de resistencia de los súbditos, que sería un «derecho contra el Derecho» (cfr. *La notion de Rechtsstaat et le principe de legalité*, en el «Boletim da Faculdade de Direito», Coimbra, 1949, págs. 305 y sigtes.).

(9) C. SCHMITT consideró caducada la fórmula del Estado de Derecho en relación con el estado nacionalsocialista, a diferencia de KOELLREUTTER y otros autores que quisieron ver en éste el verdadero Estado de Derecho. Igual dualidad de pareceres se produjo en Italia con referencia al Estado fascista. Véase bibliografía en LEGAZ: ob. cit., página 15; F. BATTAGLIA: *Stato etico e Stato di diritto*, en la «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», XVII, 3, 1937; SCHWEININGEN KRAUSS: *Disputation über den Rechtsstaat* (con prólogo y epílogo de C. SCHMITT. Hamburg, 1935).

cuyo gran teorizante fué MAQUIAVELO, que descubrió en el poder el principio del orden. La teoría alemana del Estado del siglo XIX ha sido en gran parte teoría del Estado de poder, lo mismo si en teóricos liberales, como DROYSEN (10), se afirma que la idea del poder es esencial al Estado y que en ella radica la cifra y compendio de toda política, aunque luego esta idea de poder se espiritualice y, como diría RITTER (11), se «desdemonice» hasta quedar reducida su misión a la de una cámara de compensación de las distintas esferas éticas de la sociedad en su libre juego, como si en la versión más conservadora de TREITSCHKE (12) se sostiene que el Estado consiste lo primero en poder, lo segundo en poder y lo tercero también en poder, y que quien no sea bastante varonil para entenderlo así debe dejar de lado la política, y que el aseguramiento del propio poder constituye el más alto deber ético del Estado, un deber ético absoluto. Sin embargo, TREITSCHKE vivía en un Estado de derecho, y él mismo afirmaba que el Estado, que no tiene sobre sí ningún otro poder, debía, no obstante, poner su propio poderío al servicio de los más altos bienes éticos de la Humanidad, y, a diferencia de HEGEL y de las modernas concepciones totalitarias, creía que el Estado podría exigir de sus súbditos obediencia, pero no convencimiento, con lo cual abría la posibilidad de un conflicto entre el poder del Estado y la conciencia moral de sus súbditos.

DARMSTAEDTER, que al estudiar la Constitución de Weimar defendió, con ideas genuinamente liberales, la idea del Estado de Derecho, entiendo, no obstante, que, en cierto sentido, Estado de Derecho y Estado de Poder constituyen una unidad. Pues Poder y Derecho son elementos necesarios por igual al Estado. La diferencia está en el modo como se origina cada uno de estos tipos de Estado. La base del Estado de Derecho es, para DARMSTAEDTER, un «contrato de sociedad»; la del Estado de poder, por el contrario, es un «estatuto de subordinación». En éste el poder preexiste y dicta su norma, aunque sea posible que, *a posteriori*, se estipule por los súbditos sobre las modalidades de su sumisión. Del mismo modo, en el Estado de Derecho es posible, sobre la base del contrato de sociedad, el establecimiento de un estatuto sobre las formas y condiciones de vinculación de los súbditos por la voluntad colectiva. Cree también DARMSTAEDTER que el poder es un hecho sociológico que va unido a la diferencia de clases y al dominio de unas so-

(10) J. G. DROYSEN: *Historik. Vorlesung über Enzyklopädie und Methodologie der Geschichte*, ed. de Hübner, 1937; cfr. RITTER: *Machtsstaat und Utopie*. München, Berlín, 1941, págs. 131, 168 y sigtes.; E. ROTHACKER: *Mensch und Geschichte*. Bonn, 1950, págs. 49 y sigtes.

(11) Ob. cit., pág. 131.

(12) TREITSCHKE: *Vorlesungen über Politik*, ed. de CORNICELIUS (5.ª ed., 1922).

bre otras, y por eso nunca podrá desaparecer plenamente de la realidad del Estado de Derecho (13).

También la idea del «Estado de cultura» se elaboró en el ámbito del nacionalismo liberal alemán. Para este liberalismo era tan insoportable la idea de un Estado que hubiese tratado de dominar la esfera de la vida espiritual de la persona, como la de una Iglesia dotada de una cierta potestad pública de garante y defensora de la moralidad. Pero, en cambio, cultivó con cariño la idea de que la «cultura» iría sustituyendo con el progreso de los tiempos a la religión, y de ese modo el Estado iría desplazando a la Iglesia en su función pública de promover la educación del pueblo, el cultivo de la ciencia, el fomento de la asistencia social, etc.; de ese modo el Estado, sin dejar de ser Estado de Derecho y sin dejar de ser Estado de poder, se iría transformando en «Estado de cultura», o sea, en un Estado que se subrogaría a la Iglesia como educador del pueblo y como defensor de la moralidad (14).

El «Estado ético» es el Estado de cultura, según la idea de HEGEL. Para HEGEL, el Estado es la encarnación terrena de la idea ética absoluta; su ley es, para la conciencia del sujeto pensante, ley ética de valor absoluto. Los antihegelianos, dice Giovanni GENTILE (15), quieren el Estado moral enderezado completamente hacia fines éticos; pero al materializarlo le niegan la posibilidad de investirse por sí mismo de ese carácter moral, y por eso le quieren sometido, como todo instrumento de que el hombre se sirve, o a la conciencia ética que el hombre tendría en sí mismo como individuo puesta frente al Estado, o a la Iglesia, que pretende detentar el principio y el poder de la moralidad del hombre y de toda su vida espiritual. Pero el Estado, en esta concepción, no es un instrumento, no es una cosa, ya que tiene en sí ese carácter divino que es la esencia de la vida moral y de toda la vida espiritual: la libertad; por eso es originariamente moral y vive como espíritu, que será más o menos moral, pero que tiende a ser absolutamente moral. En este sentido es verdad que *l'Etat c'est moi*: esto es, el Yo, el hombre, que es persona en cuanto es autoconciencia, libre y ética.

Para F. BATTAGLIA (16), el Estado, «la más alta cima alcanzada por el querer humano», no es mera economicidad, porque, como portador de los supremos valores, no se disuelve en los fines particulares del hombre; tampoco es moralidad en el sentido de la vacía universalidad, porque el Estado realiza lo absoluto en un plano histórico; el Estado es

(13) *Rechtsstaat oder Machtstaat?* Berlín, 1932, págs. 101-121.

(14) G. RITTER: Ob. cit., págs. 128-129.

(15) *Los fundamentos de la Filosofía del Derecho*, ed. Buenos Aires, prólogo de LEGAZ, 1944, c. VII, págs. 144-145; cfr. L. LEGAZ: *La filosofía jurídica de Giovanni Gentile*, Santiago, 1941, y en el volumen: *Horizontes del pensamiento jurídico*, Barcelona, 1947.

(16) *Stato etico e Stato de diritto*, págs. 261 y sigtes.

«eticidad», esto es, *ethos*, un universal concreto que plasma relaciones efectivas de vida, relaciones entre los hombres tal como pueden ser configuradas por una idea, el mundo de la historia. El *ethos* se pone en la forma necesaria de la relación o, mejor, de la juridicidad esencial, pues la juridicidad es la relación y postula la primacía de un querer: la ley. Por tanto, el Estado se configura como relación o complejo de relaciones, como organismo relacional, cuya sustancia ética asume la forma de la juridicidad. El Estado es, pues, jurídico, porque su forma es la de la juridicidad propia del *ethos*; porque el Estado es un Estado ético, por eso es el Estado también un Estado jurídico.

En cambio, STAHL (17), reconociendo el sentido ético del Estado, había incurrido en lo que para los partidarios del Estado ético constituye una desnaturalización de la esencia del Estado: el afirmarlo como un instrumento al servicio de las ideas morales, cuya realización plena, empero, corresponde al individuo. El Estado es un reino moral, decía STAHL, puesto que realiza ideas morales, como justicia, pública honestidad, pureza de los lazos familiares, etc.; además, su misma existencia, la unión de la nación y la institución de una autoridad suprema, es una idea moral; pero estas ideas sólo puede realizarlas en la forma del Derecho, mediante preceptos y organismos coactivos y en extensión limitada y negativa. El Estado es a la vez un reino jurídico, un «Estado de Derecho» y un reino de la moralidad, una «comunidad ética». Tiene que ser Estado de Derecho, pues ese es el destino y la tendencia evolutiva de nuestro tiempo. Tiene que determinar exactamente y asegurar inviolablemente los procedimientos y los límites de su actividad, así como la libre esfera de sus ciudadanos en la forma del Derecho, y ha de realizar estatalmente, esto es, directamente, las ideas morales no más allá de lo que afectan a la esfera del Derecho, es decir, dentro de los límites necesarios. El concepto de Estado de Derecho implica, no que el Estado no tenga cuidado más que del orden jurídico, prescindiendo de todo fin administrativo, ni más preocupación que los derechos individuales. El Derecho no es el fin y el contenido del Estado, sino únicamente el modo y el carácter de su realización (*nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen*). Pero el Estado ha de ser también ético, porque el orden jurídico ha de tener como principio las ideas morales. A este Estado se opone el «Estado mecánico», ya se revista de forma monárquica, constitucional o democrática. El Estado mecánico no puede ser un verdadero «Estado de Derecho», lo mismo que el Estado patrimonial o el Estado popular (según la idea de ROUSSEAU y ROBESPIERRE) no puede ser nunca un verdadero

(17) *Die Philosophie des Rechts*, II Bd.; *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*; IV Buch: *Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechte*, 5.ª ed., Freiburg i. Br., págs. 136 y sigtes.

Estado ético. Los dos aspectos del Estado constituían para STAHL una inescindible unidad.

2. El problema del Estado de Derecho, según eso, queda inscrito en el ámbito propio de la Filosofía del Derecho y no ya sólo en el de la Sociología política, ni siquiera únicamente en el de la teoría del Derecho público. Esto es, no es posible caminar con paso seguro por la senda de una teoría estrictamente jurídica del Estado de Derecho sin la previa posesión de un esquema interpretativo del valor y de la posición del Estado dentro de la esfera de la existencia personal.

La afirmación primaria de que partimos es la del valor absolutamente fundamental y radical de la persona humana. La persona es el ser del hombre, el ser que el hombre se da a sí mismo con su vida: algo, pues, que está sobre la vida, porque la vida es de la persona, y en este sentido ésta es, radicalmente, libertad; y porque el hombre es radical y ontológicamente libre, hay libertad ético-jurídica, esto es, libertad frente al deber ser de las normas, y hay libertad psicológica de la voluntad, es decir, libertad frente a la necesidad y al determinismo de la ley causal (18).

La libertad pertenece a la esencia del hombre. El hombre es un ser libre porque está más allá de todo mecanismo causal que le determine a ser esto o lo otro; es el único ser creado que como *suorum actuum dominus*, señor de sus actos, como decía SANTO TOMÁS, dispone del instrumento de su vida para con él darse aquel ser que es su personalidad. Por ser «persona», por tener esta posibilidad radical de darse el ser personal, el hombre es libertad. Esta condición conviene a todos, y si todo hombre es persona, todo hombre es igualmente persona. Por consiguiente, la libertad y la igualdad pertenecen a la esencia del hombre: la libertad, porque en ella consiste el ser de la persona; la igualdad, porque en cuanto persona, todo hombre es igual a otro hombre.

Ahora bien, el ser-persona tiene una dimensión genérica y abstracta; consiste en libertad; pero la libertad, que es radical en cuanto *facto*, postula intencionalmente un término; la persona es libertad para hacerse una personalidad, que es lo concreto, el ser real y verdadero de la persona. De aquí resulta lo siguiente: si es verdad que todo hombre es igual a otro en cuanto es persona, ninguno es del todo igual a los demás, porque cada personalidad es distinta de la otra, pues, al menos, hay distintos tipos de personalidad: hay la personalidad buena y la personalidad mala, la personalidad egregia y la personalidad vulgar, la personalidad santa y la personalidad política, el «tener personalidad» y

(18) Cfr. sobre esto lo que digo en mi artículo sobre *La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre*, en la «Revista de Estudios Políticos», número 55, 1951.

el «ser sin personalidad». En consecuencia, la libertad conviene siempre al hombre, como atributo de su ser persona; pero la igualdad sólo en lo fundamental y genérico, mientras que la desigualdad se funda en lo específico de la personalidad que se ha dado.

Cuando pasan al plano social, que es el plano del Derecho, estas ideas experimentan una transformación. La libertad se convierte en libertad civil y libertad política; la igualdad, en igualdad ante la ley. Una y otra se revisten de valor absoluto, porque así como se considera que la libertad —participación en el Estado y derechos subjetivos, incluso derechos políticos— es una exigencia irrenunciable del hombre ante el Estado, así también se piensa que la eliminación de las antiguas discriminaciones de clase, raza, religión, etc., con sus resultados de desigualdad de fuero, penalidad y consecuencias jurídicas en general, constituye el desiderátum del Estado moderno.

Hoy esto no se discute; pero el problema se plantea en términos que son del todo distintos y vitalmente más dramáticos. La cuestión es esta: ¿Hasta qué punto la situación en que de hecho vive inmerso el hombre —la economía, el Estado, las fuerzas sociales de todo orden que le presionan, las concepciones dominantes, etc.— facilita o dificulta el hecho de su libertad radical, de la libertad que es y tiene como persona? ¿Hasta qué punto la persona está en situación de conquistarse y crearse por sí misma una personalidad? Estas preguntas no tienen directamente sentido político ni jurídico, pero su importancia consiste en que tal vez el disfrute de la libertad política oculta el hecho, al mismo hombre que la disfruta, de la pérdida creciente de su libertad interior, de la libertad en sentido radical. Y ocurre que esa pérdida es decisivamente influenciada por el paralelo creciente aumento de la dimensión igualitaria entre los hombres, pues éstos son tanto más iguales cuanto más idéntico es el tipo de personalidad que realizan, a expensas de la libertad radical, que hubiera salvaguardado la variedad.

Pero lo grave es que en la sociedad moderna todo se concita para producir esta igualdad, que no es la igualdad ante la ley, sino una *igualación* de condiciones, que por colocar a todos, en el mayor número posible de situaciones, en un plano de homogeneidad, termina por producir una absoluta uniformización, ya en el campo de los espíritus, que seca y agosta por completo la libertad radical, reduciéndola a una pura potencia sin posibilidades efectivas de actuación. La igualdad, producto de la socialización integral del hombre, es, por eso, el gran enemigo de la libertad.

Esto conduce a situaciones bastante paradójicas y embarazosas en el orden político-social. La socialización es una tendencia que pertenece constitutivamente a la política. En la ciencia administrativa ha encontrado un refuerzo teórico, y en el Derecho administrativo, muy a me-

nudo, un instrumento técnicamente refinado. Los Estados totalitarios, producto de la corriente socializadora, la han robustecido y fortalecido todavía. El área de la libertad se restringe cada vez más, envuelta por las mallas de la estatificación y la planificación.

Y, no obstante, ello tiene que ser así en la presente situación. La restricción de la libertad en alguno de sus aspectos es cabalmente lo que hace posible una mayor igualdad, o sea, el medio de lograr una mayor justicia e incluso, en algunos aspectos, una más auténtica libertad. La intervención de apariencia socializadora del Estado se justifica cuando tiene el sentido de ser una emancipación del hombre del imperio de otras fuerzas sociales, de otros poderes de socialización, más opresivos que el poder estatal cuando se les deja en su libre juego.

De otro lado, la sociedad es un campo de posibilidades para la persona humana; la socialización, que reduce el área de la libertad y la intimidad, fuerza a la persona a aguzar y ahondar el sentido de su intimidad y su libertad, aplicándola a otros campos, obligándola a crearse nuevos reductos, y esto, en definitiva, la enriquece, proporcionándole nuevas coyunturas de efectividad. Y, sobre todo, hay el hecho de que la persona, en cuanto posee una dimensión social, no puede realizarse fuera de la justicia—que es el supremo valor social—, y la justicia implica fundamentalmente una igualdad, y la igualdad supone la socialización.

Pero la socialización produce como efecto una igualación o uniformidad en los gustos, en las opiniones, en las creencias, en los destinos: todo se torna impersonal, colectivo, preestablecido por los órganos de la opinión, por la propaganda, controlada en unos casos sí y en otros no por el Estado. Pero con esto no sólo se restringe la libertad, sino que muere poco a poco el sentido de la libertad, tanto más cuanto que la sustituye una falsa idea de la misma: la ilusión de los derechos y libertades políticas. Lo grave es que, cuando la personalidad se agota, la fuente de la libertad se seca.

La vida de la persona transcurre en dos planos ontológicos: el de la mismidad o autenticidad personal y el de la socialidad impersonal; categorías que no tienen nada que ver con la antítesis «aislamiento» y «relación», puesto que toda vida humana está condicionada por el hecho de que la existencia es una existencia compartida, de suerte que «el otro» está dado con la existencia de «uno mismo». Una especial intensidad de la relación con los otros, esa afección «bajo especie de nosotros», como ha dicho J. CONDE (19), por la que la potencia natural de la sociabilidad queda dispuesta con el modo de constancia y continuidad que puede ser llamada una «habitud», convierte la relación inter-

(19) *La relación social*, en la «Revista de Estudios Políticos», núm. 43, 1949, págs. 123-124.

subjetiva en relación social. Pero, además, lo social se especifica por la impersonalización de la relación; ya no se vive entre y con los otros según normas y módulos que emanan de la mismidad o autenticidad del yo, sino según módulos y normas impersonales, que se imponen en su «irracionalidad» y con su fuerza externa coercitiva por el hecho de que hay «la gente», o sea, el todo anónimo de «los demás», de los que, sin embargo, «uno mismo», aunque no como tal uno mismo, forma también parte.

El Derecho es una de las formas en las que vive socialmente el hombre. La desvinculación entre la validez de sus normas y la justificación subjetiva de las mismas, o sea, su relativa irracionalidad, la inexorabilidad de sus preceptos, al margen de su interno acatamiento, la necesaria intersubjetividad que presuponen sus determinaciones, le confieren el carácter de estructura y norma impersonal de vida que es característica de lo social. Pero si, por una parte, el Derecho implica una organización que impone coactivamente sus preceptos, al menos en el sentido de que aplica las sanciones consiguientes a su incumplimiento, y por eso es la más inexorable de las normas sociales, por otra parte la exigencia de racionalidad en éstas es más subida que en las restantes normas sociales, porque el Derecho va necesariamente unido a la justicia y porque una acentuación hipertrófica de la heteronomía de normas exentas de justificación ante la conciencia corre el peligro de que no sean aceptadas y su validez quede en el aire, sin base real de vigencia.

El Derecho es forma de vida social; pero la vida social es también vida de la persona, vida transformada, cristalizada en estructuras impersonales, pero de las que no puede estar ausente el soplo del espíritu y de la libertad creadora de la persona. Eso es lo que nos permitirá entender el modo de inserción del Estado en la existencia humana.

El Estado es una organización racional de la vida social. Como ha dicho J. CONDE (20), la realidad política sólo es positivamente valiosa cuando la *virtus omnium* de la organización no remata en una voluntad nuda y arbitraria, sino en una voluntad impregnada de eticidad, capaz de conferir a la idea absoluta de justicia la precisión y certeza que convierte la validez en vigencia dentro de una situación histórica concreta. El ámbito existencial del Estado es el de la vida social, en cuanto la vida social tiene forma jurídica; por eso el Estado va necesariamente referido al Derecho. Pero las raíces del Estado, como, por otra parte, las del Derecho, están en la vida personal. En cierto modo, el Estado se halla en el punto en que se insertan la vida personal y la vida social, como intermediario entre ellas y como factor decisivo de socialización de los contenidos que incesante y renovadamente recibe de la vida per-

(20) *Teoría y sistema de las formas políticas*, Madrid, 1944, pág. 87.

sonal. En este sentido, ha dicho Theodor LITT (21) que no se pueden separar el mundo del Estado y el mundo del Espíritu, porque es el mismo el fundamento vital de las creaciones políticas y de las creaciones espirituales; y si es verdad que el mundo político tiende a volverse contra el mundo espiritual y trata de subordinar al criterio de la fuerza las libres creaciones del espíritu, a éste le toca insuflar su soplo en el mundo de la política, precisamente para asegurarse la primacía frente a ésta. Por eso se puede afirmar que la libertad pertenece a la esencia del Estado. La libertad lo crea, lo sustenta, lo vivifica y anima; esto es, le da un alma y le impide ser un cuerpo inerte o un cuerpo que obra con la brutal y ciega necesidad de un hecho de la naturaleza. Pero, por otro lado, el Estado es *lo* creado, sustentado, vivificado, animado; es decir, es una estructura que se afianza en la vida social —en la región intersubjetiva o plurisubjetiva e impersonal de la vida humana—, organizándola y dotando de la máxima eficacia, perfección y fuerza coercitiva al ordenamiento jurídico, que es la expresión de esa misma vida social en cuanto es la encarnación de una idea de justicia.

El Derecho pertenece al Estado. No que el Derecho sea «voluntad del Estado», pues el Derecho no es sólo voluntad, porque la voluntad se expresa en la *lex* y el Derecho no tiene existencia sólo hájo la forma de *lex*; sino que al ser organización de la vida social, el Estado es necesariamente organización jurídica, porque el Derecho es la forma por excelencia de la vida social. Y como forma de la vida social, el Derecho es libertad, porque la vida social es vida y la vida es libertad, pero es vida en forma, vida estructurada normativamente, y, por lo tanto, es libertad organizada, libertad en la forma de libertad social, en su doble especificación como libertad jurídica y como libertad política.

El sujeto de la libertad es siempre la persona, sujeto de la vida, sede de la libertad; pero realidad bifronte, que de un lado vive en su mismidad creadora y de otro se inserta en estructuras colectivas por ella misma creadas, pero que alcanzan existencia «objetiva», esto es, desprendida de su raíz personal, estructuras impersonalizadas, que son como el tamiz por el que, al pasar, lo espiritual-personal se transforma en social, la persona en personalidad jurídica y la libertad del espíritu en libertad social. El Derecho no necesita, pues, del Estado para ser; pero el Estado no puede ser ni existir sin el Derecho.

En este sentido fundamental podría afirmarse que todo Estado es Estado de Derecho. Pero esta afirmación sólo puede significar que todo Estado contiene y realiza Derecho. La libertad pertenece a la esencia del Estado; es el Estado el que necesita de la libertad, no a la inversa. A través del Estado, la libertad metafísica se convierte en libertad jurí-

(21) *Das Geistesleben und der Staat*, en el «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», Bd. XXXVIII, H. 4, 1949/50.

dica y libertad política; pero con esta conversión no queda agotada la libertad, que ante todo pertenece a la persona misma como tal. Lejos de que la libertad sólo alcance sentido y realidad en el Estado, como se pretende en la concepción hegeliana, divinizadora del Estado, la verdad es que no sólo es posible un divorcio entre libertad y Estado histórico, sino que incluso la razón puede estar del lado de la libertad y en contra del Estado. Y es claro que ningún Estado puede físicamente suprimir esta libertad, como ya vió SPINOZA; pero sólo con ella no hay verdadera libertad social —jurídica o política— del individuo. La libertad política no es sólo la participación activa en la vida de la totalidad política, sino la eficacia jurídica del «no» a ciertas manifestaciones de la vida política. Y la libertad jurídica, desde la esfera de los derechos humanos a la del derecho subjetivo propiamente dicho, implica el reconocimiento previo de que aquéllos no son concesión arbitraria y caprichosamente revocable de las determinaciones positivas de la *lex*. Sin embargo, un Estado sin libertad política en el sentido expresado y sin respeto sustancial a los derechos humanos, no deja de poseer un ordenamiento jurídico, realiza de alguna forma el Derecho; pero no debe ser considerado como «Estado de Derecho». Le falta, en este supuesto, «legitimidad», valor sustancial a la idea de Derecho que realiza. Y el Estado de Derecho no puede renunciar a la legitimidad, que es la validez intrínseca de su contenido jurídico. Pero tampoco puede renunciar a la «legalidad», que es la afirmación del Derecho en su forma y, por consiguiente, lo contrario de la arbitrariedad, la cual, por esencia, es la negación de la justicia como principio del Derecho.

3.—Podría decirse que el Estado de Derecho es el Estado que está sometido a la limitación inmanente por el Derecho positivo o a la limitación transcendente-inmanente por los derechos individuales, o a la limitación transcendente por el Derecho natural.

La limitación por el Derecho positivo o es un puro *facto*, y entonces a la limitación, que es autolimitación, se contraponen con el mismo valor de *facto* la deslimitación, o se la entiende como limitación impuesta por el Derecho natural, y entonces no es limitación por el Derecho positivo.

Por lo que se refiere a la limitación por los derechos individuales —o por los derechos estamentarios, en el caso del Estado medieval de Derecho— o éstos son los derechos naturales, y entonces se trata de la limitación transcendente del Derecho natural, o se trata de derechos positivos reconocidos por el Estado, y entonces se daría la paradoja de que éstos derechos serían ratificados como derechos naturales, ya que si sólo eran reconocidos como derechos positivos, el Estado que con su ordenamiento los crea podría, modificándolo, suprimirlos, en cuyo caso no serían un límite del Estado. Y en plano especulativo siempre sería posible plan-

tearse la cuestión de si un derecho subjetivo del individuo tendría como tal fuerza suficiente para constituir un obstáculo a una acción estatal tendente a la instauración de un orden de Derecho más justo que el existente.

La afirmación de que el Estado se halla limitado por el orden transcendente del Derecho natural ha sido, históricamente, de importancia decisiva para la formación no sólo conceptual sino histórica del Estado de Derecho. La doctrina escolástica sobre la justicia de la ley y la obligatoriedad en conciencia de las leyes injustas y, sobre todo, la doctrina de 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. De otro lado, la escuela del *jus naturae* ha hecho las aportaciones directas y fundamentales a la noción del Estado de Derecho, pues desde GROCIO a KANT ha construido una teoría estatal sobre la base del Derecho y de los derechos, cuya influencia práctica y eficacia revolucionaria no es menester destacar aquí.

Si con la limitación transcendente por el Derecho natural se quiere afirmar la existencia de una ley moral y de un orden objetivo de principios que contengan las exigencias mínimas de honestidad y justicia a que debe de responder el ordenamiento jurídico y la estructura estatal en su relación con la persona humana, esta doctrina sigue poseyendo indudablemente validez y eficacia. Pero con ella no se resuelve el problema de la naturaleza del Derecho natural, pues creemos indiscutible que el Derecho *ut sic* es un precepto social, una forma de vida social, ni tampoco queda suficientemente resuelto el problema del Estado de Derecho, ya que éste implica no sólo el respeto de los principios del Derecho natural, sino la vigencia de determinadas «conclusiones» del mismo, que no derivan con evidencia inmediata.

En realidad, el problema de la limitación del Estado por el Derecho debe plantearse en plano distinto al en que lo han situado tanto el positivismo como el yusnaturalismo. Del yusnaturalismo continental procede como consecuencia, que no parece lógica, pero que se revela serlo, un proceso de concentración estatal más rápido y absorbente que el del antiguo régimen; a éste, en efecto, sucedió un Estado centralizado, ilustrado y racional, con la difusión de la práctica, ya que no siempre de la teoría de un derecho subjetivo derivado del Estado o de la colectividad entificada en el Estado (22). Si sólo en el mundo anglosajón este proceso no fué tan visible como en el Continente, ha sido por la vigencia social de una serie de derechos y vínculos locales derivados del pasado. El yusnaturalismo racionalista conduce a la idea de la voluntad general, la cual

(22) Cfr. G. GORLA: *Commento a Tocqueville. L'idea dei diritti*, Milano, 1948, págs. 37 y sigtes.

es siempre racional y justa. Y el Estado de derecho constituido sobre esa voluntad será, en rigor, un Estado ilimitado y el propio KANT lo considerará omnipotente y declarará inválida e ilícita la resistencia de los súbditos. Una voluntad unilateral como la voluntad general, no puede vincularse sino por pacto, como en Inglaterra, donde la fe en la justicia y en la racionalidad de la voluntad general se contrarresta y contrapesa por la fe en los derechos subjetivos de raigambre histórica, en los principios de libertad y en las tradiciones señoriales y localistas de autogobierno (23). Las libertades son resistencias, como decían los doctrinarios, posesión de la personalidad en situaciones de preeminencia; y siempre la activa defensa de las personalidades enérgicas (incluso de las personalidades colectivas de raigambre histórica) es más eficaz que cualquier yusnaturalismo abstracto que fácilmente cae por su propia dialéctica en omnipotencia estatal. Pero frente al positivismo de la autolimitación, que presupone esa omnipotencia estatista ha sido y será eficaz la fe en los atributos esenciales de la personalidad y la inserción del derecho de la persona en un orden moral que, de una parte, lo legitima y, de otra, lo limita.

El Estado es, pues, inseparable del Derecho y en esto se basan los que afirman que siempre es un Estado jurídico. Pero, con referencia a nuestro problema, esto implica el riesgo o de divinizar un Estado histórico o de incurrir en el formalismo kelseniano que identifica Estado y ordenamiento jurídico y que para el Estado despótico inventa una forma jurídica fundamental que señala el deber de comportarse como ordena el déspota. Es verdad que el Estado, por su naturaleza, da fuerza coactiva específica al Derecho de una sociedad dada, organiza la libertad, crea una esfera de facultades y deberes recíprocos, crea o deja subsistir un orden jurídico más o menos rudimentario o perfecto, que puede coexistir con una negación de Derecho en la esfera de actuación propia del poder público, donde puede imperar transitoria o permanentemente un régimen de arbitrariedad, que es la antijuridicidad formal. Pero hay que tener presente que la concepción moderna de la libertad política tiende a que sea precisamente esa esfera del Derecho público la que se juridice plenamente, porque da por supuesta la plena racionalización de los restantes ámbitos del Derecho, y por eso la idea del Estado de Derecho se orienta cabalmente hacia la juridización de esa esfera, y se mide por ella, porque en ella se hace radicar la defensa de la personalidad y su libertad.

Entonces, no es el hecho de la limitación extrínseca del Estado por

(23) Véase en este sentido las vigorosas argumentaciones de TOCQUEVILLE en sus clásicas obras sobre la *Democracia en América y la Revolución y el Antiguo Régimen* (cfr. la edición de las *Oeuvres complètes de Alexis de Tocqueville*, Paris, 1861-1868); de las obras antes citadas hay también edición española, Madrid, 1911.

el Derecho lo que constituye aquél como Estado de Derecho, sino el hecho de que la juridicidad que le es consubstancial, para servir a una concepción personalista, se extiende a cierto ámbito y se institucionaliza según ciertos contenidos que le confieren una fisonomía histórica concreta. Y de es modo sería posible un Estado que no siendo ontológicamente ajurídico ni formalmente antijurídico, no sería, sin embargo, «Estado de Derecho»; y así, por ejemplo, no tendría sentido decir de la Polis helénica que era un Estado de Derecho, aunque el Derecho formaba parte de la esencia de la Polis al modo de las demás manifestaciones del espíritu como el arte, la religión y la filosofía.

Con frase idealista, pero con las necesarias reservas en el sentido de cuanto llevamos dicho, podríamos decir que el Estado es la organización histórica del ethos, y puesto que el Derecho es algo que pertenece al ethos, el Estado según su esencia es ético y en cuanto ético es jurídico, porque tiene que ver con el Derecho, porque encierra, contiene, crea o ratifica Derecho. Pero el Estado de Derecho sólo es aquella forma histórica de Estado que sirve a una determinada concepción histórica del ethos, a la concepción personalista, que por esencia exige una organización concreta, una determinada técnica de organización jurídica de ciertos aspectos de la vida política.

Y esto enlaza la doctrina del Estado de Derecho con la teoría de la administración. Lorenz von STEIN (24) había afirmado que la exigencia de un Estado de Derecho significa el momento en que del Estado se exige no ya en general Derecho, sino Derecho del Gobierno, *Regierungsrecht*, como sistema válido de su nueva vida política, esto es, en que debe ponerse un límite al grande y poderoso organismo del Gobierno para asegurar la autonomía de la ley, la autoadministración y la esfera del individuo frente al poder gubernamental. Y Rudolf GNEIST, en su clásico estudio sobre el Estado de Derecho afirma: «nicht neue Kompetenzgesetze sondern nur eine Neugestaltung der Verwaltung kann den Rechtsstaat begründen» (25). Y señala que los pueblos cultos de Europa que desde hace muchos años justifican sus pretensiones sociales haciendo referencia a lo que ocurre en Inglaterra, han desconocido siempre que ésta logró su Constitución únicamente con el desarrollo de su derecho administrativo y que la libertad política a que aspiran sólo puede lograrse cuando cada pueblo da el mismo sentido de permanencia y de justicia al modo de enlazar su derecho y sus órganos administrativos con el orden actual de la sociedad (26).

4.—Hemos dicho que el Estado de Derecho no es el Estado que reali-

(24) *Die Verwaltungslehre*, 2.^a ed., 1869, I, pág. 297.

(25) *Der Rechtsstaat*, Berlin, 1872, pág. 16.

(26) R. GNEIST: ob. cit., pág. 19.

za Derecho, porque esto es esencial a todo Estado, ni el Estado con una vocación ética de justicia, pues esto o puede formalizarse también de todo Estado en cuanto realiza Derecho o es un Estado históricamente dado que de esa forma se realiza como Estado ético. Pero el Estado de Derecho es el Estado que precisamente realiza una determinada concepción de la justicia y a través de una técnica específica, cuyos rasgos nos corresponden señalar.

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, esa concepción no necesita vincularse al orden de ideas del liberalismo, 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 substancial al hombre que el que le confiere su inserción en una totalidad transpersonal.

Para su servicio, la concepción personalista requiere:

a) Afirmación de que el ordenamiento jurídico constituye un todo jerárquicamente estructurado, al que corresponde una primacía de la norma general de la ley. La norma general realiza justicia, porque la generalidad —el tratar igualmente lo igual— es de esencia de la justicia. La generalidad crea, además, seguridad, porque por la norma general la persona sabe a qué atenerse en su obrar y las consecuencias de ésta no dependen del azar o el capricho. Por otra parte, esto implica atribuir a la legislación formal todo lo que es susceptible de una regulación general; pero el problema de nuestro tiempo radica en que la Administración se reserva a su especial normación un amplio ámbito de zonas vitalmente importantes en las que se excluye la intervención de los órganos específicamente legislativos.

b) Afirmación de los derechos humanos fundamentales. Afirmación que se hace a sabiendas de las dificultades que implica. Estas provienen, en parte, de la vinculación de la idea de los derechos humanos al orden filosófico del liberalismo. Pero el liberalismo es sólo una forma de afirmar estos derechos basada en la hipótesis metafísico-relativista de la no verdad objetiva de ningún contenido religioso determinado, por lo cual la consecuencia sería la del derecho absoluto del hombre a cualquier religión, a cualquier filosofía, etc. Pero no se trata de ésto, sino de si es posible imponer o no coactivamente al hombre un contenido religioso, filosófico, etc., y sobre todo de si es lícita la imposición de una consecuencia jurídica desfavorable por el hecho de que se profesa tal religión o filosofía. Por otra parte, en la libertad religiosa sólo ha solido verse el aspecto negativo: el pretendido derecho del hombre a no profesar religión, y se ha olvidado el aspecto positivo: no ya el deber, sino el

derecho del hombre a tener religión, porque la religión constituye uno o el más sólido de los diques que la persona puede oponer a la corriente socializadora (27), y lo que, por tanto, puede crear un reducto más seguro a la libertad interior y a la personalidad, y esto implicaría el correlativo deber del Estado de proteger los contenidos religiosos y de refrenar o de impedir, en defensa de la libertad de la personalidad, la propagación de aquellas doctrinas cuya eficacia social actuase como disolvente de esta personalidad y libertad interior.

c) Existencia de un fuero de la personalidad jurídica. La personalidad jurídica es la personalidad humana viviendo en la forma social del Derecho. A imagen y semejanza que es de la personalidad humana la personalidad jurídica implica su propia libertad y dignidad; ya no es sólo el imperio de su radical libertad en el orden social —la no impedibilidad de ciertas manifestaciones suyas (de conciencia, religión, etcétera)—, sino de una libertad jurídica positiva, esto es, de posibilidades de obrar con eficacia jurídica. La vida social, vista *sub specie juris*, es una trama de relaciones jurídicas. Estas relaciones las mantiene el sujeto de derecho con otros sujetos, pero también con órganos del Estado. Cuando en esta relación al sujeto le corresponden determinadas posibilidades de exigir eficazmente algo de otro, se le reconoce como titular de un derecho subjetivo en la forma de la pretensión; y si el sujeto obligado de esta pretensión es un órgano del Estado, el sujeto es titular de un derecho público subjetivo.

La existencia de lo que se llama derechos públicos subjetivos, es, pues, esencial al Estado de Derecho. Su inexistencia no sólo implicaría que el ordenamiento jurídico acentúa la obligatoriedad con detrimento de las facultades, sino que éstas se reparten en el sentido de polarizar las obligatoriedades hacia los sujetos privados y las facultades hacia los órganos del Estado, lo cual significa una restricción de la libertad y, en definitiva, una negación del valor de la persona, puesto que frente a

(27) TOCQUEVILLE había visto muy claro en este punto: «Cuando la religión se destruye en un pueblo, la duda se apodera de las regiones más altas de la inteligencia y medio paraliza todas las otras. Cada uno se habitúa a tener nociones variables y confusas sobre las materias que más interesan a sus semejantes y a sí mismo; defiende mal sus opiniones o las abandona; y como se siente incapaz de resolver por sí solo los mayores problemas que el destino humano presenta, se reduce cobardemente a no pensar en ellos. Semejante estado no puede menos de debilitar las almas, de aflojar los resortes de la voluntad y de preparar los ciudadanos a la esclavitud. No sólo ocurre que ellos se dejan usurpar su voluntad, sino que aun con frecuencia la abandonan. Yo, por mí, dudo que el hombre pueda soportar alguna vez a un mismo tiempo una completa independencia religiosa y una entera libertad política; y me inclino a pensar que si no tiene fe, es preciso que sirva, y si es libre, que crea.» (*La democracia en América*, ed. española, vol. II (págs. 24-25). Cfr. L. LEGAZ: *El individuo entre el Estado y las fuerzas sociales*, en la «Revista Internacional de Sociología», 1948.

ésta es sólo el Estado, por medio de sus órganos, quien puede obrar y, por tanto, quien tiene a su favor, ya *a priori*, la razón y la justicia. He ahí por qué las ideologías neohegelianas que negaron el valor sustancial de la persona humana en beneficio de la idea de la comunidad popular, 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, al no reconocer al miembro de la comunidad más que facultades que no eran derechos, concedidas por el orden de la comunidad, y sólo frente a los otros miembros de la comunidad; pero frente a ésta y sus órganos, solamente deberes.

d) Un sistema de responsabilidad de la Administración y de recursos contencioso-administrativos es esencial a la existencia del Estado de Derecho. En los países de régimen administrativo subsiste, como un residuo de la organización política del antiguo régimen, más o menos amplia la idea de una Administración exenta de fiscalización jurisdiccional, y la misma teoría del acto administrativo de Otto MAYER, según la conocida interpretación de KELSEN (28), tiene como trasfondo político el designio de reservar al poder una esfera de libertad a la que no llegue la posibilidad de un control de su regularidad jurídica formal. Esta libertad queda asegurada, de una parte, por la existencia de las llamadas facultades discrecionales de la Administración; de otra, por la exigencia de unos llamados «actos de gobierno» o «actos políticos», de los que dice RUIZ DEL CASTILLO (29) que se refieren a la nación considerada como unidad superior y a diferencia de los actos administrativos propiamente dichos no son susceptibles de individualizarse y afectar a individuos concretos.

Es imposible negar la legitimidad de esta categoría de los actos de gobierno, al menos como «concepto de orden» para agrupar todos aquellos actos a los que el Gobierno, por consideraciones dimanadas de una concepción política, ha querido expresamente excluir de fiscalización jurisdiccional. En la misma Norteamérica, donde incluso existe un control de la legislación, desde el punto de vista de su constitucionalidad, por los órganos judiciales, las llamadas *political questions* no son objeto de apreciación por la *Supreme Court*. Y es que un Estado en el que estuviese el Gobierno sujeto en todos y cada uno de sus actos a fiscalización, por poder obrar sólo en forma de ley, sería un Estado políticamente imposible, como había advertido George JELLINEK y recuerda el profesor RODRIGUES QUEIRÓ (30). Hay un ámbito de cuestiones políticas

(28) *Teoría general del Estado*, ed. de LEGAZ, Barcelona, 1934, pág. 117.

(29) *Manual de Derecho Político*, Madrid, 1939, págs. 631-632.

(30) *Teoria dos actos de governo*, Coimbra, 1948, págs. 21-24.

que constituye el último baluarte del decisionismo no sólo contra el normativismo, sino contra su clásico y natural aliado, que es la jurisdicción; sólo aquí la Política afirma su autonomía frente a la Justicia, pero a la justicia en sentido judicial, *Justiz*, no a la justicia en sentido de intrínseca justicicia, *Gerechtigkeit*. Por eso dice RODRIGUES QUEIRO (31) que la Política es también una actividad jurídica a la que, sin embargo, le falta sanción jurisdiccional. Esto ciertamente implica una atenuación práctica de la *justitia* y el *ius scriptum* en favor de la *salus pública* y la *aequitas politica*, abriéndose así en fin de cuentas una puerta de comunicación entre la concepción técnico-jurídica y la concepción filosófica de la Política, que acentúa su subjetividad frente a la objetividad del Derecho.

Pero aquí radica precisamente la dificultad en el Estado moderno, por la extensión creciente que pueden alcanzar en la presente situación del hombre las «cuestiones políticas», ya que el definir esa politicidad corresponde exclusivamente al propio Estado. Desde un punto de vista filosófico, el problema de las facultades discrecionales de la Administración tiene un interés puramente académico, sobre todo porque si allí no llega la posibilidad de un recurso contencioso-administrativo *subjetivo*, llega el llamado recurso objetivo, con lo que se salva la necesidad de juridizar la acción administrativa. Pero el problema de las «cuestiones políticas» precisa verlo desde unos supuestos sociológico-políticos específicos, que le confieren gravedad y transcendencia singulares. Por virtud de una interpretación amplia de lo «político», el Estado se convierte en aparato que refuerza las tendencias de socialización y la libertad de acción que se reserva se institucionaliza, por así decirlo, en la actuación de unos órganos cuya actividad afecta a zonas importantes de la vida humana (v. g., propaganda, abastecimientos, dirección de la vida económica en general, etc.), y al propio tiempo contribuye a que la vida en otros aspectos se encuentra prendida en las redes de grandes empresas monopolísticas que imponen una especie de dictadura en su propia esfera de acción, ya sea la del transporte, suministro de energía eléctrica, etc., y de ese modo, en ambos casos, la esfera real de la libertad social del hombre y la del derecho subjetivo se van prácticamente aniquilando. Pues todo esto es el síntoma de una tremenda transformación social y de que estamos inmersos en una corriente socializadora muy difícil de detener y tanto más difícil de combatir cuanto que la misión liberadora que incumbe al Estado tendrá tal vez que revestir precisamente la forma de una afirmación de poder para contrarrestar otros poderes sociales que pueden ser más opresivos que el propio poder estatal.

(31) Ob. cit., pág. 180.

Es lo cierto que el Estado de Derecho sufre una fuerte limitación en su eficacia jurídico-administrativa por virtud de estas circunstancias. Quede para los administrativistas, como una incitación, el estudio de los fines de la Administración en nuestra presente situación de totalización y piensen cómo puede la Administración contribuir a la liberación del hombre del imperio cada vez más poderoso de las fuerzas de socialización espirituales, económicas y sociales de todo orden que sofocan y anulan cada vez más su libertad interior y su libertad social. Si la Administración cree que su única misión consiste en hipertrofiarse, administrativizándolo todo, y reforzando la tendencia a la estatificación de todo lo social, está perdido el hombre y está perdido el Estado de Derecho.

e) Por último, aunque esto no constituye una nota esencial sino más bien contingente, el Estado de Derecho tiende hacia lo que puede llamarse el control jurisdiccional de la legislación. Sería sin duda desorbitado plantear esta exigencia como un *a priori* respecto de cualquier forma de Estado de Derecho, porque las garantías políticas o sociales del sentido constitucional de la legislación pueden suplir, quién sabe si incluso con ventaja en cuanto a la eficacia, a las garantías jurídicas; pero es evidente que para ciertas situaciones políticas, esa garantía jurídica es tal vez la única que existe. Y también aquí, como en el caso de los recursos contencioso-administrativos, la organización de la justicia constitucional puede sufrir limitaciones y restricciones más o menos fuertes de orden político. Por otra parte, aquí no podemos entrar en la discusión —tipificada en la polémica KELSEN-SCHMITT— acerca de si un órgano jurisdiccional especial es el instrumento adecuado de defensa de la constitución. Podría propugnarse una atribución del examen de la constitucionalidad de las leyes a los jueces ordinarios, como propugnó HAU-RIOU, sin que ello implique una caída en un «gobierno de los jueces»; además, tal sistema puede ser más compatible con las características de un Estado de autoridad que no renuncie a ser o que quiera organizarse como Estado de Derecho. Pero esta nota, repetimos, no debe considerarse absolutamente esencial al Estado de Derecho, sino a su transformación en «Estado de justicia», no en el sentido de justicia ética absoluta, *Ge-rechtigkeit*, sino en el de justicia judicial, *Justiz*, y en este sentido se ha hablado de un *Justizstaat* para expresar el último grado de la estructuración judicialista de toda la vida política.

5.—El Estado de Derecho es, sin duda, la forma del Estado que merece ser más altamente valorada. En nuestra situación, creemos que el Estado de Derecho es la forma única posible de Estado ético, esto es, de Estado que contiene un valor de eticidad. Pues precisamente porque

creemos que el Derecho tiene sus raíces en el orden moral, la eticidad que a los juristas interesa como tales juristas es la juridicidad.

Pero, puestos en un plano especulativo, no podemos quedarnos en esta simple constatación. ¿Qué ocurre cuando se produce una discrepancia esencial entre las formas sociales de vida y las determinaciones positivas de las normas y la organización jurídica, entre la conciencia que aspira a una justicia más progresiva y la legalidad que está al servicio de un orden establecido cuyas injusticias aparecen acentuadas, entre el servicio a los valores de la persona que pueden aparecer sólo teóricamente afirmados pero de hecho desconocidos, porque el Estado de Derecho sólo sirve a los intereses de una clase privilegiada, entre la disolución de una comunidad nacional y el mantenimiento de una legalidad que ya no es capaz de producir su integración? Parece evidente que entonces está justificada la ruptura, incluso violenta, del orden existente, que en rigor sólo es un pseudo-orden o un desorden, y que quien encarna el poder del Estado haga predominar en éste la vocación ética por la justicia, aunque sea a costa de la legalidad existente. La juridicidad esencial, como la llama F. BATTAGLIA, vendría entonces a ocupar el puesto del pseudo-Derecho vigente. Y es natural que este cambio no puede verificarse en una hora y que el período transicional no puede reunir las características del Estado de Derecho.

Pero la finalidad del cambio tiene que ser siempre la instauración de un nuevo Estado de Derecho, porque sólo a través del Derecho se realiza la justicia. Y es verdad que el Derecho es un punto de vista sobre la justicia, esto es, cualquier punto de vista sobre la justicia. Pero en la justicia hay dimensiones esenciales e implica siempre una valoración de la persona humana; por eso, si creemos que hay una concepción de la justicia que sea objetivamente valedera, si creemos que hay en la justicia algo permanente por encima de la mutabilidad de sus contenidos, si no caemos en el error relativista y afirmamos el valor de transcendencia y perennidad de los postulados cristiano-yusnaturalistas, felizmente expresados con reiteración por S. S. Pío XII, sobre los derechos y atributos esenciales de la persona humana, llegaremos a la conclusión de que la forma legítima de realizar justicia en nuestra situación es el Estado de Derecho.

En él se cumple, en efecto, aquella concepción de la justicia que estimamos objetivamente válida, esto es, la que cree en el valor y dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales, sin perjuicio de las exigencias del bien común que derivan del hecho de que la vida de la persona es, desde su raíz, coexistencia en formas sociales y comunitarias que, desde la comunidad de los santos y la comunidad de la Iglesia, van a través del Estado a las formas, ya orgánicas, ya voluntarias

de la convivencia. Los derechos humanos son derechos del hombre que vive en esas sociedades y comunidades, y el Estado de Derecho no puede significar la adscripción exclusiva a una interpretación individualista y liberal del hombre. Pero un Estado que por creer y afirmar lo comunitario negase esos derechos e ignorase el fuero de la personalidad jurídica, no sería un Estado de Derecho, y por eso no sería tampoco un Estado ético, pues no habría en él una vocación esencial por la justicia.