

EL ESTADO DE DERECHO: PROBLEMAS, PERSPECTIVAS, CONTENIDO Y MODELOS

THE STATE OF LAW: PROBLEMS, PERSPECTIVES, CONTENT AND MODELS

Reynaldo Bustamante Alarcón
Profesor del Departamento de Derecho
Universidad del Pacífico
rbustamante@isdeh.org
Perú

Recibido: 01 de junio de 2018

Aceptado: 01 de julio de 2018

SUMARIO

- Algunos problemas en torno al concepto de Estado de Derecho
- Perspectivas conceptuales sobre el Estado de Derecho
- El contenido básico esencial del concepto
- Un modelo genérico y otro mínimo sobre el Estado de Derecho
- Un modelo exigente de Estado de Derecho
- El Estado constitucional de Derecho
- Conclusiones

RESUMEN

En este trabajo abordamos el concepto de Estado de Derecho presentando algunas perspectivas útiles para su análisis y edificación, a la par que fijamos los elementos que, tras su desarrollo histórico, configuran su contenido básico esencial. Dicho contenido pone de manifiesto que, para que exista un auténtico Estado de Derecho, el poder debe encontrarse limitado y sometido al Derecho, debe existir una separación y equilibrio de sus manifestaciones funcionales, un efectivo control jurisdiccional en su ejercicio, además del reconocimiento y la vigencia real o efectiva de los derechos fundamentales. Con esa constatación, abordamos también algunos modelos teóricos que, desde distintas posturas, plantean diferentes ideas sobre el Estado de Derecho, y finalizamos con una aproximación al Estado constitucional como expresión avanzada del Estado de Derecho.

ABSTRACT

In this paper, we address the concept of the Rule of Law, presenting some useful perspectives for its analysis and edification, at the same time that we set the elements that, after its historical development, configure its essential basic content. This content shows that, for there to be an authentic Rule of Law, the power must be limited and subject to law, there must be a separation and balance of its functional manifestations, an effective judicial control in its exercise, in addition to the recognition and effective or actual enforcement of fundamental rights. With this observation, we also approach some theoretical models that, from different positions, raise different ideas about the Rule of Law, and we conclude with an approximation to the constitutional State as an advanced expression of the Rule of Law.

PALABRAS CLAVE

Estado de Derecho, democracia, derechos fundamentales, derechos humanos, Estado constitucional.

KEYWORDS

Rule of Law, democracy, fundamental rights, human rights, Constitutional State.

ALGUNOS PROBLEMAS EN TORNO AL CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO

El Estado de Derecho ha logrado un estimable nivel de consolidación en la cultura occidental

de nuestro tiempo. Se ha convertido en un valioso instrumento para analizar e interpretar el Estado, en una fórmula que encauza y permite evaluar a los que pretenden ser considerados con ese signo. Sin él los derechos fundamentales y la democracia no tendrían virtualidad. La construcción de una sociedad justa, orientada al pleno desarrollo del ser humano, no sería más que una quimera. La experiencia histórica lo demuestra y la doctrina lo recuerda: “El complejo mecanismo, construido y mejorado a lo largo del tiempo, que llamamos Estado de Derecho surge para intentar lograr una mejor protección de los derechos humanos”: limitar el poder político, garantizar la participación de los ciudadanos, promover las condiciones para que pueda realizarse la dignidad humana, etc. Esas “fueron asimismo las motivaciones fundamentales que dieron lugar a los procesos históricos en que surge y se desarrolla la democracia, como sistema político justificado en efecto por la protección de libertades y derechos humanos”. A “esa institucionalización jurídico-política de la democracia se llama Estado de Derecho; sin este no hay [...] democracia alguna: ni formal, ni material, ni liberal, ni social, ni ‘burguesa’, ni ‘popular’” (Díaz, 2000, página 123-124).

Al profundizar en su estudio se aprecia, sin embargo, varios problemas: desde la pluralidad de definiciones por la ambigüedad y vaguedad del término, la disparidad en su origen y desarrollo histórico, hasta la presencia de diversos factores que lo rodean: ideológicos, culturales, históricos, etc. Genaro Carrió (1973) lo destaca al poner de manifiesto los problemas de definición de naturaleza terminológica que, en términos generales, presentan las categorías jurídico-políticas como esta. Lo hace también José Luis Cascajo (1973, página 81) al dar cuenta de “la ambigüedad y frondosidad conceptual de las múltiples acepciones del término, que provocaban su resistencia a una categorización simple y definitiva”. Pese a ello, el término en estudio ha logrado, con el transcurso de los años, un uso generalizado. Quizá porque es “menos polémico” que otras categorías. Lo explica Manuel Atienza (1997, página 465-466): “El concepto de ‘Estado de Derecho’ puede que sea impreciso, pero al menos es unívoco: nadie parece haberlo usado para referirse a otra cosa que no sea un tipo de organización política que aparece en un determinado momento histórico y con características más o menos bien definidas”.

A pesar de su éxito, estamos ante uno de los conceptos más problemáticos de la ciencia y la filosofía jurídico-política. Basta con pensar en el diverso significado que se atribuye al concepto de Estado de Derecho al utilizar diferentes concepciones sobre el Estado o sobre el Derecho, o la heterogeneidad de sus fines o contenidos al partir de antropologías o sociologías distintas. Prueba de ello es que con el transcurso de los años se han multiplicado sus significados y el contenido que se le asigna, siendo utilizado en ámbitos de conocimientos distintos y, dentro de ellos, con objetivos y puntos de vista diferentes.

Por tales motivos no le falta razón a Alessandro Baratta (1977, página 11), al afirmar que “una investigación sobre el significado de la fórmula ‘Estado de Derecho’ no nos daría hoy un resultado coherente. El cúmulo de definiciones ofrecidas se diferencian y contradicen en tal forma unas de otras, que el observador adquiere la impresión de que no se trata del mismo concepto”. Tal situación agudiza las dificultades para investigar el estado de la cuestión, al punto de haber sido calificada como un esfuerzo “un tanto enojoso y desazonante, habida cuenta, además, de la variopinta manipulación y la tautológica logomaquia a que se ha sometido el problema” (Cascajo, 1977, p. 159). A pesar de ello, la lucha y la reflexión por el Estado de Derecho deben proseguir. La edificación de una sociedad justa: libre, abierta, plural y democrática lo demanda.

Estamos ante un concepto esencialmente controvertido, como Francisco Javier Ansuátegui (2000) se encarga de señalar; es decir, ante un concepto que, si bien es primordial y nuclear para un modelo cultural, no goza de un uso general claramente definido que sea considerado correcto por todos. Si bien no faltará quien estime que su definición es la mejor y que sus argumentos son los más convincentes, lo cierto es que ninguna posición conceptual es, necesariamente, la única correcta. Existen diversas posturas sobre el Estado de Derecho que pueden serlo, desde sus respectivos puntos de vista. Tal situación se debe a las distintas ideologías y concepciones que inciden en su concepto, pero también a las diferentes metodologías y estrategias definitorias con las que puede ser abordado, entre factores diversos (la finalidad perseguida, los condicionamientos sociales, etc.). Las controversias se presentan —y han de

presentarse— pero no pueden resolverse a través de los propios argumentos que intervienen en el debate, a no ser que se demuestre que se incurrió en un error de coherencia o de correspondencia. Si no hay tal error, otros elementos deben considerarse, como el examen sobre su valor y conveniencia. Frente a la posibilidad de la pluralidad definitoria no queda más que una toma de posición, justificando la elección. Lo recuerda Uberto Scarpelli (1955, página 37): “No existe la definición de un concepto, sino posibles definiciones y elecciones entre definiciones; [...] las controversias sobre definiciones consisten a menudo en una mezcla de desacuerdos sobre la elección de definiciones y de disensos sobre las cosas a las que las definiciones se refieren”¹.

Con ese marco, nos aproximaremos al concepto de Estado de Derecho presentando algunas perspectivas útiles para su análisis y edificación, a la par que fijaremos los elementos que, tras su desarrollo histórico, configuran su contenido básico esencial. Abordaremos luego algunos modelos teóricos que, desde distintas posturas, plantean diferentes ideas sobre el Estado de Derecho, y finalizaremos con una reflexión sobre el Estado constitucional como expresión avanzada del Estado de Derecho.

PERSPECTIVAS CONCEPTUALES SOBRE EL ESTADO DE DERECHO

Existen diversas perspectivas sobre el Estado de Derecho. Algunas no son independientes y pueden relacionarse entre sí. La que se utilice incidirá en su concepto, pudiendo dar lugar a definiciones o modelos distintos. La ciencia y la filosofía pueden adoptar la que resulte más adecuada con sus respectivos presupuestos cognoscitivos. Gregorio Peces-Barba (1995) da cuenta de la descriptiva y la prescriptiva, al referirse al diferente sentido que suele dársele cuando se emplea alguna de ellas: “Cuando se utiliza el concepto de Estado de Derecho nos dice se usa en dos sentidos diferentes, uno genérico, que supone un juicio de hecho y otro específico que supone un juicio de valor”. Desarrollando estas ideas explica: “En el primer sentido todo Estado, es el hecho fundante básico de un tipo de Derecho. O planteado de otra forma todo Estado es Estado de Derecho, porque siempre se organiza y organiza la

vida social por medio del Derecho”. Por el contrario, “en el segundo sentido se prescribe un determinado tipo de Estado [al que se le ha dotado de determinadas características...], y que solo con esos rasgos es Estado de Derecho. Supone la prescripción de unos determinados contenidos de justicia y solo se predica de ese tipo específico de Estado”. Generalmente “las disputas sobre este tema derivan de que se usa el concepto de Estado de Derecho, desde esos dos puntos de vista” (Peces-Barba, 1995, página 95).

En sentido similar se pronuncia Luigi Ferrajoli: “Con la expresión ‘Estado de Derecho’ se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, ‘Estado de Derecho’ designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos”. En este sentido — que corresponde al uso alemán del término *Rechtsstaat*— todos los ordenamientos jurídicos modernos son Estados de Derecho, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. “En un segundo sentido, fuerte o sustancial [agrega], ‘Estado de Derecho’ designa, en cambio, solo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no solo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos”. Según este significado más restringido —que es el predominante en el uso italiano— “son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2003, página 13-14).

A partir de estas ideas podemos decir que la perspectiva descriptiva se ocupa de estudiar qué es el Estado de Derecho buscando reflejar su uso, es decir, detalla sus aspectos tal como se presentan en la realidad. Es apropiada para una reflexión desde la Teoría general del Derecho o desde la Ciencia Jurídica que se ocupen de él en un ordenamiento jurídico concreto, o en un ámbito de la realidad delimitado espacial y temporalmente. También lo es para una reflexión desde la Teoría del

¹ Traducción personal.

Derecho que pretenda brindar una definición general de él, independientemente de los contenidos de legitimidad o de justicia que en cada ordenamiento se le asignen. Es útil para aquellas concepciones que consideran que la conexión entre la moral y el Estado de Derecho es, a lo más, contingente por lo que no necesariamente está orientado a la consecución de determinados fines morales.

En cambio, la perspectiva prescriptiva se preocupa por determinar cómo debe ser el Estado de Derecho, sin que necesariamente tenga una plasmación en la realidad. Permite realizar una reflexión desde la Teoría de la Justicia para postular un modelo ideal que se encuentre dotado de contenidos de legitimidad o de justicia. Es apropiada para aquellos planteamientos que asumen una conexión cierta entre la moral y el Estado de Derecho, al orientarlo a la consecución de determinados fines morales (por ejemplo, el desarrollo integral de la persona). Facilita la construcción de un modelo que sirva como referente a cualquier otra realidad o construcción teórica que persiga fines similares.

En estricto, es difícil que estas perspectivas aparezcan en estado puro: ni el punto de vista descriptivo puede prescindir de realizar alguna acción prescriptiva (verbigracia, elegir la concepción jurídica que se va a utilizar), ni esta última puede dejar de realizar alguna acción descriptiva (por ejemplo, explicar el concepto de poder según el sentido que se le otorga en la realidad). Existen perspectivas marcadamente descriptivas y otras que son marcadamente prescriptivas.

Estas perspectivas suelen combinarse con otras para tener una mejor comprensión de su objeto de estudio. Destacan entre ellas la analítica y la histórica.

La perspectiva analítica se interesa por examinar el significado de cada uno de los términos que componen la expresión Estado de Derecho y a partir de allí dar sentido a su unión. Supone analizar de manera teórica los conceptos Estado y Derecho (su estructura, funciones, fines, etc.) para hacer lo mismo con su relación (sus implicancias, alcances, etc.) (Asís 1999). Es un punto de vista que solo puede ser utilizado por posturas que establezcan algún tipo de relación entre los dos términos que integran la expresión. Los

modelos de Estado de Derecho a los que puede dar lugar dependerán de la distinta concepción con la que se analicen los conceptos Estado y Derecho (verbigracia: funcionalista, finalista, sistemática, tópica, etc.), así como la distinta forma como se considere expresada la relación del poder y el Derecho con la moral, por tanto, entre el Estado de Derecho y una determinada moralidad. Es una perspectiva útil porque permite un examen minucioso y detallado sobre sus componentes, las funciones que cumplen o podrían llegar a cumplir, sobre sus fines, etc. Su uso contribuye a fortalecer la racionalidad del concepto y a procurar su progreso teórico. Sin embargo, si prescinde del todo de las enseñanzas de la historia puede dar lugar a modelos contradictorios con la experiencia histórica. En ese caso, o estaremos ante un modelo que podría servir como referente para los cambios que se postulen o ante un ejercicio que, si bien puede resultar coherente y relevante desde un punto de vista teórico, podría resultar desacertado o inoperante desde un punto de vista empírico por su falta de correspondencia con la realidad.

La perspectiva histórica, por su parte, permite construir un concepto de Estado de Derecho apoyándose en su origen y evolución histórica (Asís 1999). De esa manera pretende sustentarse en la prueba empírica y ser susceptible de verificación fáctica. Puede ser estática o dinámica. La perspectiva histórico-estática efectúa su análisis acudiendo al significado que tuvo en su primera formulación, es decir, al momento en que hizo su aparición como construcción doctrinal, señalando que esa es la construcción que habría que manejar (esto es, de manera coherente a como fue concebida en su versión original) (Asís 1999). En cambio, la perspectiva histórico-dinámica examina cómo ha evolucionado el concepto de Estado de Derecho a partir de su origen histórico: analiza su evolución y las distintas concepciones doctrinales que han tenido una plasmación histórica, siendo posible que cualquiera de ellas pueda ser utilizada (Asís 1999). En cualquiera de estos casos, resulta evidente que el análisis se ve fortalecido al estar acompañado de evidencia fáctica y de una delimitación espacio-temporal. Sin embargo, no está exento de problemas. Aunque existe cierto consenso (desde un punto de vista filológico) en que la expresión Estado de Derecho tiene su origen en Alemania y que el primero en utilizarla fue Robert Von Mohl, antes de 1848,

el origen histórico del concepto no es del todo claro (Baratta 1977). Por si fuera poco, su desarrollo histórico tampoco es uniforme: existen diferencias entre el sentido que se vincula con la cultura jurídica anglosajona y el que toma como referente a la cultura jurídica de Europa continental. Incluso en esta última hay marcadas diferencias. No existe identidad conceptual entre el *Rechtsstaat* (alemán), el *Rule of Law* (inglés) y la *Division des Pouvoirs* (francesa).

Comentando esas diferencias Alessandro Baratta refiere: “Las diferencias entre la ideología alemana del Estado de Derecho y las teorías iluministas francesas del Estado y la *Rule of Law* inglesa se explican principalmente por la diversa concepción de la *soberanía* imperante en estos países durante el liberalismo clásico”. En Francia, se estableció que la soberanía pertenece al pueblo y la ley fue considerada como expresión de la soberanía popular, como un instrumento para garantizar la libertad individual entendida como autonomía. “Desde este punto de vista, la teoría de separación de poderes constituye en Francia una técnica de organización del Estado que permite asegurar la supremacía del Poder Legislativo –expresión de la voluntad popular– sobre el ejecutivo y el judicial. Tanto el ejecutivo como el judicial, están obligados, en el ejercicio de sus funciones, a aplicar y a respetar las leyes”. En cambio, en Inglaterra la soberanía compete a las dos Cámaras y a la Corona de manera conjunta. “La *Rule of Law*, como expresión de la tradición constitucional inglesa, corresponde principalmente a la idea del límite que el poder de gobernar y de legislar recibe del *Law of the Country*, es decir, del Derecho consuetudinario acogido por la tradición jurisprudencial”. En Alemania, por su parte, se consideró que la soberanía pertenece al Estado y se encuentra personalizada en el monarca. Sobre esa base surgió la estructura autoritaria del Reich. El monarca se encontraba apoyado por la aristocracia agraria y la burguesía industrial. Juntos retenían el Poder Ejecutivo y el Judicial. Las estructuras democráticas y representativas se reservaban a la actividad del Parlamento, pero este no era el supremo poder del Estado, pues se encontraba condicionado por los otros dos. Ellos luchaban contra los éxitos formales obtenidos en el Parlamento por la clase obrera. Frente a ello “[l]a ideología jurídica alemana produjo una inversión en la jerarquía entre Poder Legislativo y Judicial (a la que se

vincula el origen de la idea de separación de poderes) y una equívoca contraposición entre ley y derecho [...] que rechaza la idea francesa de la soberanía de la ley para exaltar la fuerza de la tradición jurídica local y el papel de los jueces honorarios de extracción aristocrática, y [...] que atribuye la máxima importancia no a la ley, sino al control judicial de la actividad del Estado”. Con tales concepciones “se inicia el proceso que terminaría por transformar cada vez más el Estado de Derecho en el ámbito de su historia interna, típicamente alemana, de un Estado legal (*Gesetzesstaat*) en un Estado judicial (*Richterstaat*)” (Baratta, 1977, p. 17-8).

Este breve recuento pone de manifiesto que la evolución histórica del concepto de Estado de Derecho tampoco ha sido uniforme en las sociedades en las que fue apareciendo. Tanto su gestación como su desarrollo son producto de una conquista lenta y gradual desde la Modernidad –con aportes anteriores– hasta nuestros días. Desde entonces su realización y el sentido doctrinal que se le ha atribuido no han sido los mismos, como no han sido los mismos los intereses, necesidades y exigencias que motivaron su gestación y desarrollo (de tipo socioeconómico, ético, cultural, etc.). Por esa razón, son varios los modelos de Estado de Derecho que han tenido una plasmación en la realidad y que dan cuenta de su evolución histórica. Aunque pueden presentar matices en las sociedades donde se han realizado, se les identifica como: Estado liberal de Derecho, Estado social de Derecho y Estado democrático de Derecho (usándose también las locuciones: Estado liberal, Estado de Bienestar, Estado social y democrático de Derecho o Estado liberal, social y democrático de Derecho, etc.) para poner el acento en la ideología que les subyace o en el distinto contenido de legitimidad o de justicia con el que se les concibe.

En definitiva, todas estas perspectivas permiten la construcción de diversos modelos sobre el Estado de Derecho. Tanto para configurar modelos que corresponden con lo que se ha venido en denominar como Estado formal de Derecho, como modelos que armonizan con lo que se ha calificado como Estado material de Derecho. “El Estado formal de Derecho se refiere a la forma de realización de la acción del Estado y concretamente a la reducción de cualquiera de sus actos a la

ley o a la constitución, para lo cual establece unos determinados principios y mecanismos [...]; el Estado material de Derecho [...] no se refiere a la forma, sino al contenido de la relación Estado-ciudadano, bajo la inspiración de criterios materiales de justicia; no gira meramente en torno a la legalidad, sino que entiende que esta ha de sustentarse en la legitimidad, en una idea del Derecho expresión de los valores jurídico-políticos vigentes en una época” (García-Pelayo, 1977, p. 54)².

EL CONTENIDO BÁSICO ESENCIAL DEL CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO

A pesar de las dificultades antes anotadas, y de la variedad de perspectivas con la que podemos aproximarnos al concepto en estudio, la historia nos demuestra que el Estado de Derecho es una conquista histórica: un gran esfuerzo de racionalización –propio de las sociedades occidentales, aunque sin limitarse a ellas– que se ha gestado progresivamente, durante siglos, con múltiples luchas y aportes culturales; una conquista lenta y gradual realizada por individuos y sectores sociales diversos que, frente a poderes ajenos, han buscado seguridad y protección efectiva de sus derechos, así como garantías de diversa especie (Díaz 2000). Nos permite verificar también que la idea nuclear del Estado de Derecho es la de límites al poder, más precisamente, la de un poder regulado, sometido y controlado por el Derecho, que se encuentra articulado con la idea de dignidad de la persona y el reconocimiento de sus principales derechos. Nos permite constatar que el concepto de Estado de Derecho cuenta con un *contenido básico esencial* consolidado históricamente: se encuentra integrado por una serie de exigencias morales, políticas y jurídicas, sin las cuales no puede haber Estado de Derecho, independientemente de los modelos que se elijan o que han tenido una plasmación histórica. Por lo tanto, atendiendo al origen y desarrollo histórico que ha tenido este concepto, a pesar de que todo Estado genera Derecho, presenta cierto grado de organización, se encuentra más o menos sometido a su propia legalidad, e incluso puede estar orientado a una determinada finalidad

² La distinción es semejante a la formulada por Raymond Carré de Malberg entre “Estado legal” y “Estado de Derecho”; véase: CARRÉ DE MALBERG, R. (1920), pp. 293 y ss.

moral, no todo Estado es Estado de Derecho. Para serlo debe cumplir, por lo menos, con las exigencias de su contenido básico esencial.

Si se tiene en cuenta los rasgos que configuran el paradigma histórico que da a luz a este concepto (el Estado liberal), y que se mantienen en sus otros modelos históricos (el Estado social y el Estado democrático de Derecho), las exigencias de su contenido básico esencial se agrupan en torno a cuatro elementos, a saber³:

1°. El imperio de la ley, que rige sobre gobernantes y gobernados e implica la proscripción de la arbitrariedad. No se trata de cualquier ley: en el contexto ideológico-político en que surge y se desarrolla el concepto de Estado de Derecho (que arranca del liberalismo y continúa con la democracia, pasando por los aportes republicanos, socialistas, etc.) se trata de la que ha sido creada por el órgano popular representativo (Parlamento) como expresión de la voluntad general; es decir, con participación y representación de los integrantes del grupo social. Es la concretización racional de la voluntad general, manifestada a través de un órgano de representación libremente elegido. El término “ley” incluye aquí tanto la ley ordinaria como la ley fundamental (Constitución), encontrándose la primera condicionada y vinculada a esta última.

2°. La separación funcional del poder en legislativo, ejecutivo y judicial. El poder se encuentra distribuido en esos órganos o poderes del Estado, sin que alguno de ellos pueda inmiscuirse indebidamente en las funciones de los demás. No se trata de una rígida separación, como si fuesen compartimentos estancos o no comunicables entre sí. Tampoco que uno de ellos no pueda realizar alguna actividad cercana a la de los otros dos (el ejecutivo elabora cierto tipo de legislación, el legislativo realiza una forma de fiscalización y el judicial efectúa algunas prácticas ejecutivas). Se trata de una distribución de funciones que admite interrelaciones y que se complementa con

³ Entre los autores que apoyan la existencia histórica de los cuatro elementos que configuran el contenido básico esencial del concepto de Estado de Derecho, se encuentra Elías Díaz: uno de los más importantes investigadores que ha estudiado ha profundidad este concepto. Véase su libro: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Edicusa, Madrid, 1966, pp. 18-28; también sus artículos: “Derechos humanos y Estado de Derecho”, ob. cit., pp. 125-129; y: “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, N.º 125, marzo de 1995, pp. 6-13.

el sistema de pesos y contrapesos, es decir, con controles e intervenciones recíprocas. Su sentido histórico e ideológico es evitar la concentración del poder, constituyéndose en una garantía frente al absolutismo y la dictadura.

3º. La legalidad de la Administración: exige que su actuación, en todos sus órdenes y niveles, se encuentre sometida a la Constitución y las leyes, además de estar sujeta a control jurisdiccional. Significa que no debe incurrir en arbitrariedad ni actuar en contra de la legalidad; por el contrario, debe actuar razonablemente y conforme al principio de legalidad, según todas sus determinaciones e implicaciones. También que toda su actividad, incluyendo el ejercicio de sus potestades normativas, se encuentre sujeta a un sistema de control jurisdiccional y de responsabilidad jurídica, a fin de asegurar que su actuación sea conforme a Derecho y garantizar los derechos de las personas.

4º. El reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales, que incluye su garantía jurídico-formal, así como su efectiva realización material. Según el tipo de derechos que se asuma como fundamentales (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, etc.), se tendrá uno u otro modelo de Estado de Derecho.

Estas cuatro exigencias, que constituyen el contenido básico esencial del concepto de Estado de Derecho, experimentarán –como destaca Elías Díaz– variaciones importantes al hilo de los acontecimientos históricos, los conflictos humanos y las condiciones de la vida real en general. “Sobre unas y otras incidirán, a su vez, las reconstrucciones teóricas que operan desde las concepciones, paradigmas, proyectos o ideologías” que suscitan lo que, de manera más o menos convencional, se denominan como Estado liberal, Estado social y Estado democrático de Derecho, “en correspondencia con las correlativas filosofías políticas de uno u otro carácter y significado” (Díaz, 1995, p. 11).

Eusebio Fernández se ha referido también a estas exigencias básicas al perfilar lo que denomina un concepto restringido de Estado de Derecho. En su posición más perfilada precisa: “El concepto restringido de Estado de Derecho planea definir una serie de exigencias morales, políticas y jurídicas que delimitarían lo básico del Estado de Derecho,

independientemente de las modalidades que se elijan. Según este Estado de Derecho significa, fundamentalmente, imperio de la ley y sometimiento a la legalidad de gobernantes y gobernados, del poder político y de todos los poderes sociales”; a lo que agrega: “Para el ciudadano, además el Estado de Derecho se concreta en previsión y certeza de su conducta, saber a qué atenerse, seguridad jurídica y el reconocimiento y garantía de ciertos derechos, de seguridad jurídica, autonomía, cívicos y políticos, es decir, de derechos que se derivan de, y a la vez sustentan, las instituciones jurídicas y políticas propias del Estado de Derecho y medio inexcusable para que este funcione. Todo esto –señala– da lugar a que el sometimiento del Estado a la legalidad no lo sea a cualquier tipo de legalidad, sino a la de la tradición liberal democrática. Esa legalidad incluye exigencias materiales o de contenido en torno al concepto y papel de la ley, a la organización de los poderes y a los deberes de los ciudadanos que han de ser reconocidos y garantizados. En consecuencia –agrega– por un lado, se situarían los rasgos básicos del Estado de Derecho, que lo son de carácter moral, político y jurídico y por otro lado los que describen sus modalidades, que suelen tener, predominantemente, carácter económico y social.

Desde este punto de vista, “la principal diferencia entre el Estado liberal (y neoliberal) de Derecho y el Estado social (y socialista democrático) de Derecho gira en torno a la menor o mayor intervención del Estado en ámbitos sociales y económicos. La menor o mayor intervención del Estado suele también argumentarse para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales como prestaciones estatales o no”. Por lo tanto, concluye el autor, “cabe hablar de Estado de Derecho, en contra de la opinión de los neoliberales, con una economía social de mercado y derechos económicos, sociales y culturales. De la misma manera que cabe hablar de Estado de Derecho, en contra del parecer de los socialistas democráticos, con una Economía libre de mercado y con ausencia de ciertas prestaciones estatales importantes”. Sin embargo –precisa– “no es posible hablar de Estado de Derecho sin imperio de la ley, división de poderes, legalidad de la Administración y derechos de autonomía, seguridad jurídica, cívicos y políticos. Incluso podríamos hablar de

democracia auténtica (directa o asamblearia) y de sistemas sociales muy igualitarios en el terreno social y económico que no cumplen los requisitos de un Estado de Derecho” (Fernández, 2000, p. 119).

UN MODELO GENÉRICO Y OTRO MÍNIMO SOBRE EL ESTADO DE DERECHO

Uno de los planteamientos teóricos que califica como el sentido genérico con que suele utilizarse el concepto de Estado de Derecho, propio de una particular Teoría del Derecho, corresponde a los primeros trabajos de Hans Kelsen relacionados con este tema. Su modelo combina una perspectiva analítica con el punto de vista descriptivo. Es producto de una particular concepción sistemático-funcionalista, pues percibe al Derecho como una técnica normativa de control social organizada bajo la idea de sistema (con sus características de unidad, coherencia y plenitud), y al Estado como un poder que apoya su validez y se encuentra limitado por el Derecho.

Para esta concepción, la conexión de ambos conceptos con la moral es contingente: pueden incorporar contenidos de moralidad o de justicia, pero no es posible especificar a priori, de manera abstracta y general, cuáles son o deberían ser. Explica así Kelsen su posición: “Verdaderamente, no sé ni puedo afirmar qué es la justicia, la Justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Solo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar qué es la Justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi Justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia” (Kelsen, 1992, p. 63).

Por esa razón, el citado autor pone el acento en las funciones del Estado o del Derecho, no en sus fines, con lo cual la preocupación sobre la moralidad de lo jurídico y de lo político es, a lo más, de naturaleza formal, no de contenidos o de naturaleza sustancial. Dicho de otro modo, solo se preocupa por determinar cómo debería construirse el concepto de Estado de Derecho para que cada uno de los extremos de esta

relación pueda cumplir eficazmente con sus funciones, independientemente de los fines que persigan, es decir, para que el Derecho sea una técnica eficaz de control social y el Estado, además de regulado, se encuentre sometido y controlado por el Derecho (Asís 1999). Sus rasgos distintivos son: la separación funcional del poder, el principio de legalidad y la exigencia de que las normas jurídicas sean públicas, principalmente generales, y constituyan un sistema unitario, pleno y coherente. Para llegar a ser un Estado [dice Kelsen], el orden jurídico tiene que tener el carácter de una organización en el sentido estricto y específico de esa palabra, es decir: tiene que instaurar órganos que funcionen con división del trabajo, para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen; tiene que exhibir cierto grado de centralización. Y añade: “[E]l Estado, existente independientemente del Derecho como una realidad social, primeramente, crea el Derecho, para luego someterse, por decir así libremente, a ese Derecho. Solo entonces sería un Estado de Derecho. [...] Un Estado no sujeto a Derecho es impensable”. “Si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de Derecho” (Kelsen, [1960], 2000, p. 291, 314- 315).

Estamos ante un modelo genérico de Estado de Derecho que, sin embargo, por la manera como es formulado, abre peligrosamente las puertas al ingreso de ciertas figuras que no pueden ser calificadas como Estado de Derecho por carecer de alguno de los elementos que conforman su contenido básico esencial. En efecto, si bien el referido planteamiento kelseniano es coherente con sus presupuestos teóricos, no se corresponde siquiera con el modelo histórico que da a luz a este concepto: el Estado liberal. Si se le siguiera, hasta un Estado totalitario podría ser considerado como Estado de Derecho –siempre que cumpliera con sus rasgos formales– a pesar de vulnerar la libertad de elección o la autonomía moral de las personas⁴.

Quizá por esa razón, tiempo después Kelsen estableció matices a esta posición. En su

⁴ Gregorio Peces-Barba también lo advierte: “En ese primer sentido un Estado totalitario es un Estado de Derecho, y se puede afirmar el hecho de que no cabe un Estado sin Derecho”; por eso, inmediatamente se apresura a decir: “En nuestro caso cuando hablamos de Estado de Derecho lo hacemos en el segundo sentido como el hecho fundante básico de un ordenamiento jurídico que incorpora los valores políticos derivados de la ética pública de la Modernidad” (Peces-Barba, 1995, p. 95).

trabajo sobre “La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional” sostiene: “La simple amenaza del recurso al tribunal constitucional puede constituir, en manos de la minoría, un instrumento adecuado para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente los intereses jurídicamente protegidos de aquélla y para oponerse así, en última instancia, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría” (Kelsen, 1988, p. 152). Con esto parece añadir un requisito adicional a su posición inicial: la actuación de la mayoría no debe vulnerar los intereses jurídicamente protegidos de la minoría, con lo cual la preocupación por la finalidad o el contenido sustancial de las normas parece presente. De ser así, estamos ante una afirmación que se aparta del modelo genérico de Estado de Derecho para aproximarse a otras construcciones donde la preocupación sobre la moralidad sustancial se encuentra presente.

La construcción teórica de Friedrich A. Hayek (1975) se presenta como una alternativa neoliberal. Es un ejemplo del sentido específico con que suele utilizarse el concepto de Estado de Derecho, propio de una particular Teoría de la Justicia. Refleja el uso de un punto de vista analítico con una perspectiva prescriptiva, además de una determinada concepción sistemático-finalista que considera que no basta con que las funciones del Estado y el Derecho sean eficaces: interesa también que estén al servicio de una finalidad. Añade al modelo kelseniano la preocupación por un mínimo contenido moral: el respeto y la protección de la autonomía individual. Para esta construcción, no puede hablarse de Estado de Derecho si es que no se persigue el respeto y la protección de ese contenido. Sin embargo, no establece las exigencias que delimitan esa autonomía, simplemente que sea respetada y protegida para que las personas puedan diseñar y perseguir sus planes de vida. Plantea que debe reducirse lo más posible la discrecionalidad concedida al poder político y que, en todo caso, deben publicitarse previa y claramente las reglas de juego para que cada persona pueda procurarse sus fines y deseos libremente.

De esta manera la discusión sobre cuáles podrían ser las exigencias que se derivan de la autonomía individual, así como la corrección o conveniencia de su ejercicio, quedan abiertas.

No obstante, aquí la preocupación sobre la moralidad de lo estatal y de lo jurídico ya no es solo formal, sino también sustancial: el contenido también importa, aunque esté constreñido a ese mínimo moral.

Por esa razón puede calificarse como un modelo mínimo de Estado de Derecho. Un modelo que tiene como rasgos distintivos, además de los pertenecientes al modelo anterior, el respeto y protección de la autonomía de las personas. En palabras de Hayek: “Nada distingue con más claridad las condiciones de un país libre de las que rigen en un país bajo un gobierno arbitrario que la observancia, en aquél, de los grandes principios conocidos bajo la expresión Estado de Derecho”. Sobre el significado que atribuye a esta categoría, precisa: “Despojada de todo su tecnicismo, significa que el Estado está sometido en todas sus acciones a normas fijas y conocidas de antemano; normas que permiten a cada uno prever con suficiente certidumbre cómo usará la autoridad en cada circunstancia sus poderes coercitivos, y disponer los propios asuntos individuales sobre la base de este conocimiento. [...] Dentro de las reglas del juego conocidas, el individuo es libre para procurarse sus fines y deseos personales, seguro de que los poderes del Estado no se usarán deliberadamente para frustrar sus esfuerzos” (Hayek, [1944], 2005, p. 105-6). Y para que no quede dudas sobre su posición, sintetiza: “El gobierno no debe ejercer nunca coacción sobre el individuo excepto para hacer cumplir una ley conocida” (Hayek, 1975, p. 231-2).

Sin embargo, si bien en el planteamiento de este autor la relación entre Estado de Derecho y autonomía individual resulta patente, no ocurre lo mismo cuando se trata de la conexión entre autonomía individual y derechos fundamentales. Por un lado, rechaza la idea misma de derechos económicos, sociales y culturales al señalar que la concepción que defiende es “incompatible con toda actividad del Estado dirigida deliberadamente a la igualación material o sustantiva de los individuos, y que toda política directamente dirigida a un ideal sustantivo de justicia distributiva tiene que conducir a la destrucción del Estado de Derecho” (Hayek, [1944], 2005, p. 105-6). Por otro lado, cuando pareciera que su postura se acerca a los llamados derechos individuales, se presenta crítica de estos, por lo menos en la manera como han sido recogidos

en las declaraciones internacionales, pues algunas veces las cuestiona por superfluas, otras por insuficientes y en ocasiones por parecerles contrarias a la libertad misma.

Por tales razones, estamos ante otro modelo que, a pesar de la relevancia que puede tener en el plano teórico, no se corresponde con el origen ni con el desarrollo que el concepto de Estado de Derecho ha tenido en la vida social histórica. Por eso, es insuficiente para caracterizarlo correctamente. Con dicho modelo hasta un Estado autoritario podría ser calificado como Estado de Derecho: bastaría con que sus normas fuesen previamente definidas, fijas, públicas y claras, que cumpla con su propia legalidad y asegure a los individuos la libre disposición de sus asuntos, para que sea considerado como tal. Una conclusión desacertada desde el punto de vista histórico, y peligrosa para una convivencia civilizada, justa y pacífica porque deja de lado otras dimensiones importantes para el desarrollo integral de la persona (como las vinculadas con la satisfacción de las necesidades básicas: alimentación, educación, salud, trabajo, etc.). Como destaca Eusebio Fernández: “Existen más requisitos que el ya de por sí importante sometimiento a la ley. La ley no es cualquier modalidad de ley, sino la que cuenta con el consentimiento de los gobernados (más tarde, además, la que se ha elaborado con la participación de ellos); la que precisa de un sistema político con división de poderes y sistema de controles y la que respeta y garantiza unos derechos y libertades fundamentales”. La prueba de todo esto, como bien recuerda este último autor, es que “el proceso histórico hacia la construcción del Estado de Derecho es un proceso paralelo al liberalismo político, a las declaraciones de derechos y a una configuración democrática del Estado y la sociedad” (Fernández, 1997, p. 102).

UN MODELO EXIGENTE DE ESTADO DE DERECHO

Gregorio Peces-Barba nos propone un modelo exigente de Estado de Derecho. Hace uso de una concepción sistemático-finalista cuya preocupación por la moralidad de lo político y lo jurídico, además de ser formal y sustancial, se refiere a un contenido moral mucho más extenso: comprende los valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, así como

los derechos fundamentales y otros principios derivados de aquellos. Por eso se identifica con el Estado social y democrático de Derecho, al que también denomina como “Estado liberal social y democrático de Derecho”, por ser el modelo histórico que se corresponde con su construcción teórica al haber incorporado la totalidad de “los valores de la ética pública ilustrada [la moral relevante para la política y el Derecho, a diferencia de la ética privada que es la moral de las personas], como moralidad política, y que solo con esos rasgos es Estado de Derecho” (Peces-Barba, 1995, p. 95)⁵. Un modelo de organización jurídico-política que, según sus palabras, supone al menos los siguientes elementos:

1. Soberanía popular, de la que emanan todos los poderes del Estado.
2. Legitimación de los gobernantes por medio de elecciones periódicas por sufragio universal, y pluralismo de opciones.
3. Sometimiento de los gobernantes [y gobernados] a la ley, jerarquía de las normas, control judicial de sus decisiones y responsabilidad por sus actos y decisiones.
4. Preservación de la Constitución por el Tribunal Constitucional.
5. Separación de poderes.
6. Reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, con incorporación de los nuevos derechos económicos, sociales y culturales [sin perjuicio de los demás derechos que vayan apareciendo].
7. Función promocional de los poderes públicos para impulsar las condiciones y remover los obstáculos para la igualdad entre los ciudadanos.
8. Intervención de los poderes públicos en la organización económica con posibilidad de planificación y con subordinación de toda la economía del país al interés general.
9. Potenciación de las organizaciones sociales y culturales de los sindicatos y de otras fuerzas sociales favoreciendo su participación, en la educación, en la planificación y en el control

⁵ Los términos “Estado liberal social y democrático de Derecho” y “Estado social y democrático de Derecho” son utilizados indistintamente por este autor. Véase como ejemplo en ese mismo libro las páginas 57 y 95.

de los servicios públicos que afecten a la calidad de vida de los ciudadanos” (Peces-Barba, 1984a, p. 62-3).

Se trata de un cierto tipo de Estado de Derecho “que pretende el desarrollo de la condición humana en la vida social”, la dignidad del ser humano, “como dinámica de la libertad, desde la libertad inicial o psicológica a la libertad moral o libertad final, a través de la creación de una organización social adecuada a esos objetivos” (Peces-Barba, 1984a, p. 63).

Para ello, pone especial interés en la función promocional, a fin de crear condiciones de igualdad, solidaridad y de libertad que permitan que cada persona pueda alcanzar con su esfuerzo, pero con la ayuda de todos, su desarrollo integral.

El proyecto de Peces-Barba (1995) expresa un modelo de relación entre la moral, la política (el poder) y el Derecho, que postula una especial forma de comprender y vincular al Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales. Para construirlo, combina armoniosamente la perspectiva analítica, con la histórico-dinámica, ajustándolas a la razón situada en la historia que utiliza como método de sus elaboraciones teóricas. Se sirve de la perspectiva analítica para estudiar cada uno de los componentes que constituyen la expresión Estado de Derecho y determinar el sentido de su unión. Pero no lo hace sin tener en cuenta las enseñanzas de la historia. Se sirve de los aportes que le proporciona la perspectiva histórico-dinámica para realizar un análisis que tenga en cuenta las racionalidades parciales que le resultan útiles y que se han desarrollado a lo largo de la historia. Un proceder metodológico donde ambas perspectivas son usadas de manera complementaria: “Como ya he apuntado presento un modelo de ética pública, la de la Modernidad, y su relación con el poder y con el Derecho. Se trata de una construcción teórica, sobre la base de las distintas corrientes históricas que han actuado y que se han desarrollado en la Modernidad, con un modelo simulado que completa la realidad” (Peces-Barba, 1995, p. 12). Un modelo teórico que es expresión de la siguiente idea básica de su Teoría de la Justicia: si el poder sustenta la validez del Derecho y garantiza la eficacia de sus normas, si el Derecho juridifica el poder y es el mecanismo mediante el cual este se expresa; entonces, la reflexión sobre la justicia del Derecho debe ser

completada con la reflexión sobre la legitimidad del poder. Una reflexión que lo lleva a postular una teoría democrática de la justicia, a partir de tres afirmaciones básicas: (i) el fundamento del Derecho debe ser un poder democrático, porque no puede haber Derecho justo sustentado en un poder despótico; (ii) para que el poder sea democrático su origen y ejercicio deben estar racionalizados según unas reglas de juego que incluyan los cauces para su cambio, a través de elecciones periódicas por sufragio universal; y (iii) ese poder debe incorporar al Derecho un determinado contenido de justicia para que el Derecho sea justo (Peces-Barba 1984). Tres afirmaciones básicas que, junto con otras, integran su Teoría democrática de la Justicia: mientras las dos primeras concurren con otras para completar su idea de legitimidad del poder; la última se conecta con otras para configurar la justicia del Derecho, tal como es concebida por él. Una postura teórica que sostiene que no puede haber Derecho justo sin poder legítimo, y que no puede haber poder legítimo si no produce un Derecho justo (Peces-Barba 1988). Legitimidad y justicia que adquiere un Estado de Derecho cuando el poder político ha asumido, y el Derecho ha incorporado, dosis suficientes de una moralidad relevante, que el autor identifica con la ética pública de la Modernidad. Por eso define que el “Estado de Derecho [...] es la síntesis integradora de ambos términos [la legitimidad del poder y la justicia del Derecho], que identifica a la ética pública de la Modernidad en sus vertientes política y jurídica” (Peces-Barba, 2000, p. 320).

En este modelo, el Estado de Derecho se expresa en su vertiente política como un poder político que pretende el desarrollo de la condición humana en la vida social, como dinámica que va desde la libertad de elección hasta la autonomía moral, a través de la creación de una organización social adecuada a esos objetivos.

Para tal efecto, cuenta en el modelo con especiales características y, a causa de su función social, debe preocuparse de la justificación moral de sus normas para tener legitimidad. Debe interrelacionarse con la ética pública para que su actividad no solo sea exitosa sino también moralmente correcta; aceptar ser racionalizado y producir un Derecho justo para garantizar y promover la humanización del individuo y el bienestar de la sociedad en su conjunto. Un cierto

tipo de Estado que funciona como un poder único (soberano), abierto a la moralidad y a la realidad social; un poder institucionalizado (porque ejerce la fuerza a través del Derecho y con arreglo a unos valores que la justifican) y como poder complejo (debido a que presenta plurales fuentes en su estructuración).

Es además el hecho fundante básico del Derecho, el que sustenta su validez y garantiza su eficacia, así como las de cada una de sus normas jurídicas. Cuenta con el poder para asumir y definir qué contenidos específicos de la ética pública pasarán a ser parte de su programa y ser incorporados como normas jurídicas de su ordenamiento.

Por ese motivo, el modelo exige un poder democrático ya que solo éste es capaz de decidir racionalizarse y justificarse mediante la positivación de valores, principios y derechos fundamentales, a sabiendas de que actuarán sobre él delimitándolo y restringiendo su capacidad de actuación. Un poder democrático, abierto hacia esquemas propios de la democracia deliberativa, y que otorga primacía al Parlamento. Un poder que expresa fuerza más consenso, al estar legitimado mediante el consentimiento y la participación de sus ciudadanos –tanto en su origen como en su ejercicio–, como por el hecho de haber asumido y positivizado los contenidos de la ética pública expresados en valores, principios y derechos. Un poder que permite que el Derecho actúe sobre él racionalizando, mediante el establecimiento de límites y criterios de organización, expresados en derechos fundamentales y otros principios tales como: el imperio de la ley, la separación de poderes, la neutralidad de la Administración, la distribución y control del poder, la garantía de la Constitución, entre otros. Poder que toma sus decisiones colectivas mediante el principio de las mayorías y el de negociación, evitando sus patologías (Peces Barba 1995).

Según el modelo, este tipo de Estado de Derecho se expresa en su vertiente jurídica en un Derecho configurado como sistema normativo estatal, cuya unidad se encuentra representada por la norma básica de identificación de normas –que comprende criterios formales y materiales de validez jurídica–, y cuya plenitud y coherencia son exclusivamente formales al existir un órgano competente encargado de resolver los vacíos, defectos o antinomias

del sistema. Transmite la fuerza jurídica a los contenidos de la ética pública que le han sido incorporados. Presenta en este modelo una alta dosis de moralidad, al estar integrado por los cuatro valores superiores que provienen de la Modernidad: libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, así como por los derechos fundamentales y los principios de organización y otros principios que se derivan de aquéllos. Todos ellos integran la dimensión material de la norma básica de identificación de normas. Los valores superiores aparecen como los máximos ideales erigidos por la sociedad en objetivos a realizar por el poder político a través del Derecho. Los derechos fundamentales se presentan como instrumentos para que la organización social y política permita el desarrollo máximo de las dimensiones que configuran la dignidad humana y la libre elección de la ética privada de las personas. Por su importancia para concretar la libertad igualitaria, con solidaridad y en un contexto de seguridad jurídica, destacan entre ellos los derechos económicos, sociales y culturales.

En ese escenario los principios aparecen, por un lado, como elementos normativos que se encargan de estructurar el Derecho para que este se adecue a los valores superiores, y de configurar el poder contribuyendo desde esa condición a su racionalización y legitimación (son los principios de organización); y, por otro, como criterios que establecen fines, modelando el ordenamiento de conformidad con ellos, e instruyendo a los operadores jurídicos de los cauces para tener un comportamiento correcto en la producción, aplicación e interpretación del Derecho (son los principios que establecen criterios para la acción). La conexión de este Derecho con dimensiones de moralidad, que cuando están legalizadas aparecen como criterios de validez de lo jurídico, hace que su interpretación se conecte con criterios morales y políticos. La filosofía moral y política que se siga influirá decididamente en la interpretación de los valores, derechos y principios; por ende, en la interpretación del resto de normas jurídicas (Peces Barba 1995).

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Llegados a este punto resulta relevante advertir que, en las sociedades modernas, la parte más esencial de la ética pública se

encuentra positivizada en la Constitución –o en la fuente normativa que cumpla sus funciones–, en forma de valores, de principios y derechos fundamentales. De esa manera se convierten en verdaderas normas jurídicas de la mayor jerarquía que delimitan el poder para establecer quién manda, cómo se manda, y qué se manda, al punto de que el poder no puede hacer nada ni dejar de hacer algo que vaya contra ellas. Son normas que –entre otros aspectos– “establecen los criterios sobre los contenidos y particularmente sobre los límites de creación de todas las normas inferiores; ofrecen además una guía para la aplicación y la interpretación que deban realizar los operadores jurídicos, y especialmente los legisladores y los jueces” (Peces-Barba, 1999b, p. 125).

Al ser las normas de la más alta jerarquía, se encuentran protegidas –entre otros mecanismos– por la jurisdicción –ya sea a través de órganos especiales u ordinarios– para garantizar su eficacia real o efectiva⁶. Tal tipo de Estado suele recibir el nombre de “Estado constitucional”, un nombre con el que también puede calificarse al Estado de Derecho cuando se le vincula con la idea de Constitución como Norma Suprema del ordenamiento jurídico-político. En palabras de Peces-Barba (1999b, p. 125): “No parece desacertado dar a este tipo de Estado el nombre de ‘constitucional’, puesto que los criterios de validez de la norma básica [la norma que sirve para identificar a lo jurídico] se encuentran principalmente en el seno de la Constitución”. Y añade: “En esta nueva fase del Estado constitucional en desarrollo del Estado de Derecho, el Parlamento se somete al poder constituyente y a su expresión que es la Constitución” (Peces-Barba, 1999a, p. 24). De esta manera, el Estado constitucional aparece como la evolución del Estado de Derecho dotado de contenido material (verbigracia, el Estado liberal, social o democrático de Derecho), al que se le ha incorporado la idea de supremacía constitucional y la protección jurisdiccional de la Constitución (Peces Barba 1999b).

⁶ Tal situación ha dado lugar en el ámbito científico a la aparición de una fuerte corriente teórica a la que se ha dado por llamar “neoconstitucionalismo”. Puede verse al respecto los trabajos de Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchis, Gustavo Zagrebelsky, y tantos otros, reunidos en las dos ediciones de Miguel Carbonell: VV. AA. *Neoconstitucionalismos*, Colección Estructuras y Procesos, Trotta, Madrid, 2003; y VV. AA. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Colección Estructuras y Procesos, Trotta, Madrid, 2007.

No obstante, para que el Estado constitucional no suponga una ruptura con la democracia, autores como Peces-Barba destacan que si bien es posible la coexistencia entre un Parlamento representativo que produce leyes y unos Tribunales de Justicia que crean Derecho –ambos sometidos a la Constitución– la primacía debe corresponderle al Parlamento por ser el representante de la soberanía popular. En armonía con ello se exhorta a buscar la integración entre Constitución y Ley para restablecer el equilibrio entre los productos normativos del Parlamento y del Derecho judicial, según sus respectivos ámbitos de competencia (Peces Barba 1986).

Esto no significa desconocer que en un Estado constitucional o, si se prefiere, en un Estado de Derecho a la altura de nuestro tiempo, el Parlamento, al igual que todo órgano del Estado, se encuentra sometido a Constitución; pero sí reconocer que el Parlamento es el primero de los poderes del Estado por ser el representante de la soberanía popular; y, por tanto, el foro de deliberación por excelencia. Tampoco significa desconocer la creación judicial del Derecho, ni el control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa, allí donde exista, pero sí enmarcarlos dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. Lo explica así Peces-Barba: “En muchos ámbitos del pensamiento jurídico, y sobre todo entre los filósofos, existe un sector, yo desde luego no participo de eso, de los filósofos del Derecho, de los filósofos políticos, anglosajones y europeos, donde se está produciendo una distinción entre el Estado constitucional y el Estado de Derecho”. Según ellos, “[e]l Estado constitucional es el Estado donde la Constitución, sobre la base de la supremacía, plantea que los principios constitucionales van directamente a los jueces, y que los jueces, sobre la base de los principios constitucionales, interpretan de alguna manera, incluso modifican las leyes, sin necesidad del procedimiento de control de constitucionalidad” (Peces-Barba, 2003, p. 484). Tal concepción sobre el Estado constitucional produce en la práctica un activismo judicial exacerbado, que se convierte en una severa patología, cuando los órganos jurisdiccionales toman decisiones o se inmiscuyen en áreas cuya regulación corresponde a los otros poderes del Estado. Una cosa es que “los jueces crean Derecho, cosa que es correcta y que es adecuada”

–indica–, “pero una extraordinaria dimensión de este judicialismo patológico produce [...] una politización de la acción de los jueces sin legitimidad democrática”. La realidad histórica da cuenta de que tal situación “ha producido excesos, ha producido incluso modificaciones de las constituciones por los propios tribunales constitucionales”. Un exceso que “nos debe llevar, [...] a través de una recuperación de la teoría de la legislación, a que junto al papel central de la Constitución, este no debe oponerse al papel de las leyes, sino que haya que integrar las dos dimensiones”. Esto significa, “reconstruir de nuevo la integración Constitución-Ley, y no seguir avanzando en esa ruptura para no debilitar al Parlamento”. Por consiguiente, debe conducirnos al “restablecimiento [...] del equilibrio entre los productos normativos del Parlamento y del Derecho judicial” (Peces-Barba, 2003, p. 485).

Teniendo en cuenta esas particularidades, y por la especial forma de entender la relación entre la moral, el poder y el Derecho, así como por el positivismo abierto a valores que postula, dicho autor se opone a aquellos que plantean una ruptura entre la concepción del Estado de Derecho y la del Estado constitucional, a quienes consideran a este último como un modelo diferente que rompe definitivamente con el anterior. El Estado constitucional, concluye, “[n]o es una superación del Estado de Derecho, sino su etapa superior. Un Estado de Derecho, hoy, no se concibe sin Constitución. Contraponer Estado de Derecho y Estado constitucional es, a mi juicio, un error” (Peces-Barba, 1999b, p. 125).

CONCLUSIONES

Este recorrido nos ha permitido apreciar cómo el concepto de Estado de Derecho, además de ser crucial para la convivencia justa y pacífica de la comunidad humana, es una obra que siempre puede ser perfeccionada. Si tenemos en cuenta los modelos históricos que se han desarrollado, podemos decir conjuntamente con Elías Díaz (1966, p. 29), que no todo Estado es Estado de Derecho. Este supone, como mínimo, que el poder –tanto público como privado– se encuentre regulado y limitado por el ordenamiento jurídico. Una noción que se contraponen a cualquier forma de poder absoluto y totalitario o de cualquier Estado con poder

ilimitado, en el sentido de poder no controlado jurídicamente o insuficientemente regulado y sometido al Derecho.

Tal idea se plasma en cuatro exigencias que constituyen su contenido básico esencial: si alguna de ellas no es satisfecha o se encuentra ausente, no estaremos ante un auténtico Estado de Derecho, a saber: (i) el imperio del Derecho, esto es, de la Constitución y de las leyes; (ii) la separación y equilibrio de los llamados poderes del Estado (es el caso del Ejecutivo, Legislativo y Judicial); (iii) la actuación de la Administración según la ley y su sometimiento al control jurisdiccional; y (iv) el reconocimiento, protección y vigencia real o efectiva de los derechos fundamentales.

En esta concepción del Estado de Derecho, el poder se encuentra limitado y controlado, apareciendo los derechos fundamentales como su razón de ser, como su finalidad más radical. En él los derechos representan el objetivo y el criterio que dan sentido a los mecanismos jurídicos y políticos. Es por ello que este concepto se relaciona con la democracia, pues es en dicho sistema donde se producen las mejores condiciones para la idea de separación y equilibrio de poderes, los límites al poder y, en general, para el reconocimiento, protección y vigencia de los derechos fundamentales. Por lo tanto, allí donde el poder no se encuentre limitado y sometido al Derecho, o donde no exista un efectivo control jurisdiccional de su ejercicio, donde no haya una clara separación y equilibrio de poderes o donde no se respeten los derechos fundamentales o estos no tengan una vigencia real o efectiva; entonces, no existirá un Estado de Derecho.

Se trata, sin lugar a dudas, de una forma de organización jurídico política sin la cual no puede edificarse una sociedad justa donde cada persona pueda encontrar las condiciones adecuadas para el desarrollo de todas las dimensiones de su humanidad. Un proyecto difícil, pero posible, que requiere de esfuerzos serios y constantes para concretarse en la realidad; en especial, de un poder político comprometido con su realización y de una sociedad dispuesta a participar activamente para alcanzar esos objetivos. Su extensión requiere de la participación de todos en una pedagogía de la libertad, de la educación en todos los ámbitos de la enseñanza, especialmente en el seno de la familia. Será

esta la que contribuya a generar una cultura de los derechos humanos o fundamentales, así como la construcción de una auténtica sociedad democrática y de un verdadero Estado de Derecho. No puede haber Estado de Derecho sin sociedad democrática, ni sociedad democrática sin respeto y realización de este tipo de derechos, son máximas verificadas en la historia que no debemos olvidar.

FUENTES DE INFORMACIÓN

ANSUÁTEGUI, Francisco Javier (2000). Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales. *Sistema: Revista de ciencias sociales*. N.º 158. Páginas 91-114.

ASÍS, R. de. (1999). *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, España: S.L. - Dykinson,

ATIENZA, M. (1997). Estado de Derecho, argumentación e interpretación, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, tomo XIV, Madrid, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Página 465-484.

BARATTA, A. (1977). “El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, traducción de Marino Barbero Santos, N.º 17-18, Madrid, pp. 11-23.

CARRÉ DE MALBERG, R. (1920). *Contribution à la Théorie Générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, tomo I.

CARRIÓ, G. (1973). *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

CASCAJO, J. L. (1973). “Consideraciones sobre el Estado de Derecho”, en: *Revista de Estudios Políticos*, N.º 189-190, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 81-100.

CASCAJO, J. L. (1977). “La lucha por el Estado de Derecho”, en: *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, N.º 17-18, Madrid, pp. 159-173.

DÍAZ, E. (1966). *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Edicusa, Madrid.

DÍAZ, E. (1995). “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, N.º 125, pp. 5-22.

DÍAZ, E. (2000). “Derechos humanos y Estado de Derecho”, en: VV. AA. *Los derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho*, edición a cargo de José Antonio López García y J. Alberto del Real, Dykinson, Universidad de Jaen, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, pp. 123-146.

FERNÁNDEZ, E. (1997). “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, N.º 138, Madrid, pp. 101-114.

FERNÁNDEZ, E. (2000). “Apéndice [de ‘Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho’]”, en: VV. AA. *Los derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho*, edición a cargo de José Antonio López García y J. Alberto del Real, Dykinson, Universidad de Jaen, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, pp. 118-122.

FERRAJOLI, L. (2003). “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en: VV. AA. *Neoconstitucionalismos*, Colección Estructuras y Procesos, edición de Miguel Carbonell, traducción de Pilar Allegue, Trotta, Madrid, pp. 13-29.

GALLIE, W. B. (1955-1956). “Essentially Contested Concepts”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, volumen 56, pp. 167-198.

GARCÍA-PELAYO, M. [1977] (2005). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, undécima reimpresión a la segunda edición, Alianza Editorial, Madrid.

HAYEK, F. [1944] (2005). *Camino de servidumbre*, Ciencias Sociales, tercera reimpresión a la primera edición en la colección de Ciencias Sociales, traducción de José Vergara, Alianza Editorial, Madrid.

HAYEK, F. (1975). *Los fundamentos de la libertad*, traducción de J.-V. Torrente, Unión Editorial, Madrid.

KELSEN, H. [1960] (2000). *Teoría pura del Derecho*, décimo primera edición, traducción del original en alemán de la edición de aquel año, hecha por Roberto Vernengo, Porrúa, México D. F.

- KELSEN, H. (1988). “La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional”, en: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Colección Universitaria, selección, presentación y traducción de Juan Ruiz Manero, Debate, Madrid, pp. 109-155.
- KELSEN, H. (1992). “¿Qué es justicia?”, en: *¿Qué es justicia?*, segunda edición, traducción y estudio preliminar a cargo de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, pp. 35-63.
- PECES-BARBA, G. (1984a). *Los valores superiores*, primera reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986.
- PECES-BARBA, G. [1984b] (1993). “Nota sobre la Justicia”, en: *Derecho y derechos fundamentales*, El Derecho y la Justicia, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 203-218.
- PECES-BARBA, G. (1986). “Reflexiones sobre el Parlamento”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N.º 10, Madrid, pp. 207-219.
- PECES-BARBA, G. (1988). “Nuevas reflexiones sobre la Teoría democrática de la Justicia: los derechos fundamentales entre la moral y la política”, en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema Universidad: Textos de Apoyo, Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, pp. 215-226.
- PECES-BARBA, G. (1995). *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Cuadernos y Debates, N.º 54, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- PECES-BARBA, G. (1999a). “Derecho y Poder: el Poder y sus límites”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, N.º 7, año IV, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 15-34.
- PECES-BARBA, G. (1999b). “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, en: *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, N.º 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, pp. 111-130.
- PECES-BARBA, G. (2000). “Legitimidad del poder y justicia del Derecho”, en: VV. AA. *Curso de Teoría del Derecho*, segunda edición, con la colaboración de María José Fariñas y otros, Marcial Pons, Madrid, pp. 319-352.
- PECES-BARBA, G. (2003). “Parlamento, libertad civil y democracia”, en: *De las Cortes históricas a los Parlamentos democráticos: Castilla y León, siglos XII-XXI*, Actas del Congreso Científico, Benavente, 21-25 de octubre de 2002, directores: Eduardo Fuentes Ganzo, José Luis Martín, Dykinson, Madrid, pp. 475-487.
- SCARPELLI, U. (1955). *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milán.
- VV. AA. (2003). *Neoconstitucionalismos*, Colección Estructuras y Procesos, Trotta, Madrid.
- VV. AA. (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Colección Estructuras y Procesos, Trotta, Madrid.
- VON MOHL, R. [1848] (1987). “Concepto de policía y Estado de Derecho”, en: VV. AA. *Liberalismo alemán en el siglo XIX, 1815-1848*, estudio preliminar y selección de textos y notas de Joaquín Abellán, traducción de Joaquín Abellán y Gabriela Ossenbach, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 139-153.