

A R T I G O S

ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

Elías Díaz¹

SUMÁRIO: 1. Introducción; 2. Parte Primera; 2.1. Democracia como moral y cultura de la Ilustración; 2.2. Caracteres definitorios del Estado de Derecho; 3. Parte Segunda; 3.1. El Estado social de Derecho: realidades y limitaciones; 3.2. El Estado democrático de Derecho como utopía racional. 4. Conclusiones. Notas e Referências

RESUMO: O presente trabalho busca avaliar algumas características centrais do conceito de Estado de Direito e sua fundamental relação com a democracia como processo histórico de legitimação sempre aberto a uma revisão crítica. Por conseguinte dita análise permite entender a essencial conexão da formação jurídico-política que é o Estado de Direito com diferentes tipos de sociedade e de Estado (liberal, social, democrático) em função precisamente do grau de exigência, de reconhecimento e de realização das prescrições morais que são os direitos humanos. Essa apreciação será útil para estabelecer criteriosamente as diferenças fundamentais entre Estado liberal, social e democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito; Democracia; Direitos Humanos; Direitos Sociais; Legitimidade.

RESUMEN: El presente trabajo busca estudiar los rasgos centrales del concepto de Estado de Derecho y su fundamental relación con la democracia como proceso histórico de legitimación siempre abierto a una revisión crítica. Por consiguiente dicho análisis permite el entendimiento de la esencial conexión de la formación jurídico-política que es el Estado de Derecho con diferentes tipos de sociedad y de Estado (liberal, social, democrático) en función precisamente del grado de exigencia, de reconocimiento y realización de esas prescripciones morales que son los derechos humanos. Esa apreciación será útil para establecer las diferencias fundamentales entre Estado liberal, social y democrático de Derecho.

PALABRAS-CLAVE: Estado de Derecho; Democracia; Derechos Humanos; Derechos Sociales; Legitimidad.

ABSTRACT: This work seeks to evaluate some key characteristics of the concept of Rule of Law and its fundamental relationship with democracy, as a historical process of legitimization which is always open to a critical review. This analysis enables an understanding of the basic connection between the legal-political formation which is the Rule of Law, and different types of society and State

(liberal, social, democratic) which are the result of the level of demand, recognition and realization of the moral prescriptions which comprise human rights. This appreciation will be useful for establishing the basic differences between liberal, social and democratic States.

KEY WORDS: Rule of Law; Democracy; Human Rights; Social Rights; Legitimacy.

1 Introducción

Hay tres asertos que, desde tiempos ya casi inmemoriales y por considerarlos básicos, vengo yo reiterando en mis frecuentes escritos sobre estas cuestiones: a) que no todo Estado es Estado de Derecho: así comenzaba, recuerdo, mi libro de 1966²; b) que el Estado de Derecho es la institucionalización jurídica de la democracia política (y de la democracia como moral); c) que los derechos humanos constituyen la verdadera razón de ser del Estado de Derecho. De la conjunción de ellos, de sus implicaciones y derivaciones, proceden estas mis consideraciones de ahora, resumiendo y reasumiendo propuestas ya avanzadas, como digo, en otros anteriores trabajos.

Del primer aserto deriva, entre otras cosas, el entendimiento de que sólo es Estado de Derecho cuando se construye desde el imperio de la ley (y de la Constitución) como expresión de la voluntad popular, como bien dice nuestra Constitución: que no basta, pues, con un denominado Estado administrativo de Derecho, aunque siempre sea, desde luego, positivo el establecimiento de ciertas responsabilidades y controles en unos u otros niveles del Ejecutivo. El segundo aserto significa entender la relación entre democracia y Estado de Derecho como procesos históricos y, a la vez, como construcciones racionales siempre abiertos, unos y otras, a crítica revisión: esta perspectiva es, por lo demás, exigencia común para todo cuanto se trata aquí. El tercero es, a mi juicio, el que permite insistir en la fundamental conexión de esa formación jurídico-política que es el Estado de Derecho con diferentes tipos de sociedad y de Estado (liberal, social, democrático) en función precisamente del grado de exigencia, de reconocimiento y realización de esas prescripciones morales que son los derechos humanos.

En los dos primeros epígrafes (parte primera) de este trabajo me ocuparé más de cuestiones relacionadas con los asertos uno y dos, mientras que en los dos últimos (parte segunda) se aludirá más a esa ya referida y habitual diferenciación mía entre Estado liberal, social y democrático de Derecho.

2 Parte Primera

El Estado de Derecho, como proceso histórico y construcción racional, es (significa, representa) la institucionalización jurídico-política de la democracia. Con aquel se trata de convertir en "legalidad" (normas, Constitución) el sistema de valores (libertad como base) que caracteriza a la "legitimidad" democrática. Los modos de esa específica interacción entre legalidad y legitimidad han ido variando en la historia de la modernidad, desde un núcleo común fundamental, en la medida también en que ambas han ido avanzando en la consecución de un mayor apoyo fáctico social, es decir en "legitimación".

Del Estado de Derecho puede, pues, hablarse como "legalidad", es decir como sistema normativo, como ordenamiento jurídico que responde en sus construcciones de ese carácter institucional a una determinada "legitimación/legitimidad": aquella que trata en definitiva de convertir en Derecho (positivo) la que puede calificarse como plural concepción (democrática) de la justicia. Esto es lo que, en sus normas generales y en sus concretas articulaciones analizan en prevalente perspectiva interna los juristas, la Ciencia del Derecho. Pero, evitando aislar e incomunicar lo anterior, más bien

completándolo y dándole pleno sentido, del Estado de Derecho puede y debe asimismo tratarse como, digamos, "legitimación/legitimidad": es decir como interrelación de aquél con sus presupuestos históricos y sociales, en esa su siempre conexión abierta con la democracia y sus exigencias éticas y políticas. Ahí, en esa perspectiva de comunicación, es donde precisamente surge y se justifica la no esencialista diferenciación entre los modelos en evolución del Estado liberal, social y democrático de Derecho. Y ésta es la concepción que corresponde tomarse más en consideración, como aquí haremos, por la filosofía jurídica y política.

2.1 Democracia como moral y cultura de la Ilustración

Puede desde esta concepción decirse que el Estado de Derecho donde encuentra sus raíces de más fondo es precisamente en la filosofía de la Ilustración. La cultura del Estado de Derecho -génesis liberal, potencialidad democrática- es, implica, la cultura de la Ilustración, la razón y la libertad ilustrada. Deriva así, primero, del iusnaturalismo racionalista (desde esta clave es como se entiende mejor la legitimidad legal-racional de Max Weber) y, después, del racionalismo crítico que no es ya, desde luego, iusnaturalista pero tampoco positivista. La cultura del Estado de Derecho no se comprende, se falsea, reduciéndola, como quería Carl Schmitt, a las posiciones doctrinales del positivismo formalista. La razón crítica ilustrada implica, en relación con la democracia y el Estado de Derecho, que todos y cada uno personalmente han de atreverse a saber (*sapere aude*), comprender y deliberar, para de ese modo mejor participar y decidir, para poder salir definitivamente de la autoculpable minoría de edad, tanto individual como colectiva. En eso -y en sus decisivas derivaciones sociales- consiste substancialmente la Ilustración tal y como hoy puede todavía invocarse y hacerse valer en la actual polémica con/sobre la posmodernidad.

Correlación, pues, coherencia interna en ese contexto de la razón crítica entre (a) principios "éticos" basados en la libertad y la efectiva autonomía individual, (b) exigencias "políticas" de carácter democrático y participativo, y (c) construcciones "jurídicas" institucionales para la protección de libertades y derechos fundamentales. O, si se quiere y con otro modo de expresarlo, correlación entre democracia como moral, democracia como política (imprescindible pero deficiente siempre de calidad sin aquella) y democracia como institucionalización jurídica de las dos anteriores (Estado de Derecho). El proceso de decisión democrática es el que más se identifica con el proceso de decisión ética (autonomía moral) y, a su vez, es el que contiene en su interior mayor y mejor posibilidad para la actuación y realización de tales autonomías individuales. El sistema democrático es, también por eso, el más ético, el más justo. Esta coherencia interna -hay que advertir- no implica negación ni ocultación de la constante tensión entre ética, política (y derecho) -las relaciones son complejas y no hay siempre soluciones fáciles para los conflictos- pero aquella tampoco se conforma acriticamente con la total escisión e incomunicación entre una y otra de tales dimensiones.

Derivada de la mejor Ilustración, y desarrollando las anteriores correlaciones, (a) la "ética" hoy (la democracia como moral) es, ha de ser, autonomía individual en libertad pero también -como exigencia coherente- autorrealización personal (el ser humano como ser de fines), es decir autorrealización de todos sin exclusiones. Por su parte, (b) la "política", la democracia política, se define y alcanza legitimidad fundamental y correlativamente como efectiva participación en una doble vertiente: como participación en (la formación y toma de) las decisiones y como participación en (la producción y distribución de) los resultados, medidos en términos de satisfacción de necesidades y de reconocimiento de derechos y libertades. Precisamente para tratar de asegurar tales exigencias éticas y políticas, (c) el "ordenamiento jurídico", la institucionalización jurídica de la democracia, el Estado de Derecho lo que hace es legalizar, convertir en principio de legalidad, con la fuerza coactiva detrás, tales valores éticos (libertad-igualdad identificados en el valor justicia) y políticos (doble participación como síntesis del valor legitimidad).

De este modo, en complejas interrelaciones, primer nivel, la autonomía moral individual y la participación política en las decisiones se concretan así en el Estado de Derecho en la exigencia social de autolegislación, es decir en el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular; a su vez, segundo nivel, el objetivo de la autorrealización personal y de la participación en los

resultados se reafirman a través del correspondiente cuadro institucional y de su organización jurídica/judicial coactiva para la protección y garantía efectiva de las libertades y los derechos fundamentales. La razón de ser del Estado de Derecho es la protección y efectiva realización de los derechos fundamentales; pero esta no se logra, en la medida en que en la historia se ha ido logrando, si no es a través de la participación de todos en la toma de decisiones, es decir -jurídicamente- a través del imperio de la ley (y de la Constitución) como expresión de la voluntad popular.

Todas estas son, creo, razones válidas para argumentar en pro de una legitimidad democrática, traslación de una teoría ética de la justicia, capaz de encontrar fáctica legitimación social y hacer así posible y efectiva su coherente legalización en el marco de un Estado de Derecho que opere en las condiciones nacionales y transnacionales de nuestro tiempo. Estas y otras son, a mi juicio, buenas razones del Estado alegables siempre ante las prepotencias de la mala razón de Estado.

Los derechos humanos constituyen, pues, la razón de ser del Estado de Derecho: la cultura de este y de aquellos es la común cultura de la Ilustración. Los complejos mecanismos jurídicos y políticos que se articulan y se institucionalizan en ese especial tipo de Estado que permite denominarse Estado de Derecho es algo que se ha ido inventando y construyendo en el tiempo como propuestas coherentes para una mejor garantía, protección y efectiva realización de exigencias sociales y morales calificadas como derechos fundamentales. Estos, por lo tanto, y esa coherente institucionalización, es lo que viene de hecho a definir al Estado de Derecho y, a su vez, lo que en mayor o menor medida justifica y legitima, o no, a aquél. El análisis crítico de tales procesos históricos -hoy hacia uniones o federaciones de Estados supranacionales- y la consecuente argumentación racional, instrumental y ética, acerca de ello constituyen, pues, los elementos básicos para la determinación de aquella «razón de ser».

De acuerdo con dicha metodología y caracterización, reenlazaría yo ahora estas puntualizaciones con las mismas con las que comenzaba mi viejo libro de 1966, "Estado de Derecho y sociedad democrática"³, que tomo aquí como base y punto de referencia: recordando que «no todo Estado es Estado de Derecho». Expresaba así mi discrepancia, a la vez, con Carl Schmitt en desacuerdo radical con su decisionismo totalitario pero también, de manera más matizada y en mayor cercanía a su ideario político, con Hans Kelsen y su teoría pura del Derecho⁴. Por supuesto que todo Estado genera, crea, un Derecho, es decir produce normas jurídicas; y que, de un modo u otro, las utiliza, las aplica y se sirve de ellas para organizar y hacer funcionar el grupo social, para orientar políticas, así como para resolver conflictos concretos surgidos dentro de él. Muy difícil, casi imposible, sería imaginar hoy (y quizás en todo tiempo) un Estado sin Derecho, sin leyes, sin jueces, sin algo parecido a un sistema de legalidad; y esto aunque los márgenes de arbitrariedad hayan tenido siempre alguna, mayor o menor, efectiva y, en todo caso, negativa presencia. De manera correlativa, el Derecho es hoy Derecho estatal (y supraestatal) aunque también, no contra él, autonormación social y trabajo de los operadores jurídicos. Pero, a pesar de ello, de esa constante correlación fáctica entre Estado y Derecho, no todo Estado merece ser reconocido con este, sin duda, prestigioso rótulo cualificativo y legitimador -además de descriptivo- que es el Estado de Derecho. Un Estado con Derecho (todos o casi todos) no es, sin más, un Estado de Derecho (sólo algunos). Este implica, desde luego, como suele señalarse, sometimiento del Estado al Derecho, autosometimiento a su propio Derecho, regulación y control equilibrado de los poderes y actuaciones todas del Estado y de sus gobernantes por medio de leyes, pero -lo cual es decisivo- exigiendo que estas sean creadas según determinados procedimientos de indispensable, abierta y libre participación popular, con respeto pues para valores y derechos fundamentales concordes con tal organización institucional.

El Estado de Derecho, así básicamente concebido, es un tipo específico de Estado, un modelo organizativo nuclear y potencialmente democrático que ha ido surgiendo y construyéndose en las condiciones históricas de la modernidad (de la Ilustración) como respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de la vida real, de carácter socioeconómico y, unido a ello (como siempre ocurre), también de carácter ético y cultural. Un resultado, pues, de teoría y praxis o, si se quiere invertir la relación, de praxis y teoría (estos no son nunca términos escindibles): ambas dimensiones, es decir instancias fácticas más o menos inmediatas impregnadas u orientadas desde filosofías, ideologías, concepciones del mundo o como quiera llamárseles -en definitiva hechos y valores- es lo que está detrás de los mecanismos y aspiraciones que, a lo largo

del tiempo, han ido configurando a aquel. El Estado de Derecho, tanto en su (descriptiva) plasmación positiva como -relación no lineal ni mecánica- en su (prescriptiva) formulación ética, responde desde esa consideración histórica a concretas exigencias de certeza y aseguramiento de propiedades, y de su tráfico, así como a protección de otras valiosas libertades (de religión, pensamiento, expresión, etc.) y a garantías de derechos de diversa especie (penal, procesal, etc.) que no pueden prescindir tampoco -por coherencia interna- de una cierta referencia inicial a algún tipo de igualdad real (socioeconómica, cultural, etc.).

Situado en esas coordenadas, básicamente liberales pero incoativa y potencialmente democráticas, se hace -creo- preciso evitar a toda costa su determinación e inmovilista reducción conservadora desde un elemental y simplista quiasmo que concluyera que, por tanto, esta clase de Estado no es y no puede ser sino un Estado de clase. Pero tampoco habría que desconocer, o que ocultar ideológicamente, esas históricas y reales dependencias de desigualdad respecto de sectores sociales -la referencia aquí a la burguesía como clase en ascenso es, desde luego, inevitable- especialmente interesados en su momento en tales construcciones (jurídico-políticas) y en tales concepciones (filosóficas y éticas). A mi juicio, sin embargo, la mejor dialéctica histórica, intransigente con esas desigualdades, y la propia lógica interna de la libertad y de la razón ilustrada en su fundamentación de los derechos humanos (vistos allí incluso como derechos naturales) han operado, y deben operar, hacia consecuentes propuestas de universalización: es decir, hacia la efectiva realización de esas exigencias, básicas para la teoría de la justicia -y para el Estado de Derecho-, que son la seguridad, la libertad y la igualdad.

El Estado de Derecho es, así, decíamos una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual (también dual, bifronte), hecha por gentes e individuos, sectores sociales, que, frente a poderes despóticos o ajenos, buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades - *no taxation without representation* - y que, a su vez, ampliando el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad. Y ello, en forma tanto de intervención positiva para la toma de decisiones en los asuntos públicos como de, la denominada, negativa no interferencia de los demás en zonas a salvaguardar legítimamente. Se trata de lograr a la vez una mayor participación de los individuos y una mayor responsabilidad de los poderes, velando por la libertad de todos. Pero es asimismo verdad que, en el contexto histórico y conceptual de esa directa defensa de la libertad, de la seguridad y de la propiedad, con frecuencia también se alegaban y se alegan -de manera más o menos explícita y/o condicionada- algunas básicas y potenciales, todavía muy insuficientes, razones relativas al valor de la igualdad. Por de pronto, desde el Renacimiento, la Reforma, y siempre con algún tipo de precedentes, los Estados modernos - frente a los privilegiados fraccionamientos medievales y feudales - reclaman y logran asumir para sí la suprema y única soberanía (Maquiavelo, Bodino). Y es en ese marco donde van a manifestarse con fuerza y con diferentes prioridades dichas demandas y su reaseguramiento (Hobbes), reconocidas y pronto institucionalizadas a través precisamente de una coherente regulación jurídica y de un (auto) control efectivo de tales poderes públicos: Estado liberal, Locke, Declaraciones de derechos de 1689 en Inglaterra y de 1776 en América del Norte (Jefferson como buen símbolo). Sobre esas vías políticas teórico-prácticas incidirá, con acento y potencialidades más democráticas, la Revolución francesa (antecedentes, la Enciclopedia o Rousseau) y, en concreto, la «Declaración de derechos del hombre y del ciudadano» de 1789 de tanta influencia hasta hoy. En el trasfondo, como vengo insistiendo aquí, habrá de estar siempre la huella profunda de la filosofía de la Ilustración y del mejor racionalismo e idealismo alemán (Kant como fundamento).

Puede, como vemos, señalarse que esta triple tradición nacional y cultural, siempre con interrelaciones plurales en su interior, aporta conceptos e ingredientes que, a pesar de sus insuficiencias, van a permitir definir al Estado de Derecho (hechos y valores, legalidad y legitimidad, formando parte de él) como la institucionalización jurídica de la democracia política. La carga conservadora, recelosa de la soberanía popular, que la fórmula liberal (antiabsolutista) del *Rechtsstaat* posee, cuando se acuña y difunde en la Alemania del primer tercio del siglo XIX (por A. Müller, T. Welcker, J.C.F. von Aretin, R. von Mohl), su preocupación por el control jurídico de los poderes, no iba a resultar incompatible con los elementos de mayor garantía y protección judicial del individuo y de sus derechos y libertades que históricamente estaban presentes en la más compleja institución anglosajona del *rule of law*; ni -andando el tiempo- podría coherentemente oponerse a las influencias democráticas derivadas de manera muy principal de aquella Declaración de la Revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad, (pero también propiedad), *regne de la loi*, ley como expresión

de la voluntad general, separación de poderes con predominio del legislativo, Estado constitucional, nueva legalidad versus vieja legitimidad, etc. Desde ahí se habría de hacer posible que, sobre esa base liberal pero impulsado principalmente por las luchas de importantes y mayoritarios sectores sociales de hecho allí excluidos -de manera muy decisiva por los movimientos sindicales y las plurales organizaciones socialistas-, es decir contando siempre con las fuerzas históricas más progresivas (siglos XIX y XX), aquella institucionalización jurídico-política pasara a constituirse coherentemente en nuestro tiempo como Estado social y democrático de Derecho.

El Estado de Derecho, vengo reiterando aquí, es la institucionalización jurídico-política de la democracia. Pero ni uno y otro de esos términos (democracia y Estado de Derecho) tienen el mismo idéntico significado en sus inicios - siglos XVIII y, más claramente, XIX, América y Europa) - de carácter liberal y con participación más limitada, que el que tienen en las propuestas de nuestro tiempo, con muchas mayores exigencias de participación social, económica y cultural. Son partes, no obstante, de ese común mundo moderno que procede de la Ilustración. La democracia, como tantas otras cosas, es un proceso histórico mensurable desde la razón y la libertad. Ello implica reconocer tanto las graves insuficiencias de ella en sus orígenes (participación censitaria, por ejemplo) como, a pesar de los indudables progresos, también las muy diferentes que siguen lastrando los que hoy denominamos como Estados sociales y democráticos de Derecho: así, grandes desigualdades fácticas incluso en la igualdad ante la ley, en la efectiva protección de derechos y libertades, pero sobre todo en la participación en los resultados, económicos, sociales y culturales, tanto a escala interna como en sus determinaciones globales, interestatales. Por eso creo que, asumiendo dicha historia, cabe hablar con carácter general de todo Estado de Derecho como institucionalización jurídica de la democracia, y, a su vez, de modo más específico, respondiendo a las mejores exigencias éticas y políticas del mundo actual, de un necesario más progresivo y justo Estado social y democrático de Derecho.

2.2 Caracteres definitorios del Estado de Derecho

Vertebrando no sin conflictos ni contradicciones toda esa decisiva evolución histórica y esos diferentes (no indiferentes) modelos de Estado de Derecho, tenemos -ya se indicó antes - ciertos componentes, ciertos mecanismos, procedimientos, valores, que han sido y deben ser considerados como fundamentales, básicos, imprescindibles para que pueda en rigor hablarse, con aplicación a todas esas relacionadas situaciones, de un verdadero, pero no estático ni esencialista, Estado de Derecho. Tales necesarios caracteres generales (entendiendo siempre que el Estado de Derecho, como la democracia misma -acabo de referirme a ello-, es siempre una realidad de carácter procesual, perfectible y abierta en el tiempo), serían, a mi modo de ver, principalmente los cuatro siguientes:

a) Imperio de la ley, que impera sobre gobernantes y ciudadanos, pero precisando que -como ya se señalaba en el artículo seis de la Declaración francesa de 1789- «la ley es la expresión de la voluntad general»: es decir, creada (pero no, según los tiempos, por debajo de unos mínimos censitarios) con libre participación y representación de los integrantes del grupo social, o sea a través de la "voluntad de todos". Por supuesto que el imperio de la ley es también, y ante todo, imperio de la ley fundamental, es decir de la Constitución a la cual se subordinan todas las demás. Tal imperio de la ley producida ésta como libre expresión de la soberanía popular es condición necesaria e imprescindible para una eficaz protección hoy de libertades y derechos fundamentales.

b) División de poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, diferenciación más que separación, con lógico predominio en última y más radical instancia del poder legislativo. Este en su más amplio sentido, como representante legítimo del grupo social, es primero poder constituyente, constitucional y luego, ya constituido, poder parlamentario, concretado en la producción de las correspondientes normas jurídicas. La institución que representa la soberanía popular es - no se olvide - quien suministra legalidad y legitimidad a la institución que ejerce la acción gubernamental.

c) Fiscalización de la Administración, actuación según ley en todos los ordenes y niveles de ella (poder ejecutivo), así como consecuente y eficaz control por los competentes órganos constitucionales

y jurisdiccionales: control jurídico ante los Tribunales de Justicia e interdicción de la arbitrariedad pero no de la legítima discrecionalidad con subordinación, pues, al principio de legalidad y a sus determinaciones e implicaciones por todos los funcionarios y servidores del Estado. Junto a ello, pero diferenciado, control político de los Gobiernos desde el Parlamento. Frente al Estado absoluto -incluso en el «despotismo ilustrado»- donde el «Rey es la ley» (*Rex = lex*), donde el Rey es ab-soluto (*Rex legibus solutus*), es decir donde el poder real ejecutivo es la ley, y se libra de ella, el Estado de Derecho implica someter al Rey (al poder ejecutivo) a la ley, creada en el responsable órgano de representación popular (Parlamento) y aplicada por jueces independientes, sólo dependientes de la ley. El Estado de Derecho es así el establecimiento de límites y controles legales (y legítimos) a todos los poderes y, muy en especial, al poder ejecutivo, a la Administración, al Gobierno.

d) Protección de derechos y libertades fundamentales que -decíamos- constituyen precisamente la razón de ser del Estado de Derecho. Las certeras garantías jurídicas (penales, procesales y de todo tipo) así como la efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, especificadas y ampliadas en el tiempo como derechos económicos, sociales, culturales y de otra especie (minorías, etc.), constituyen la base para una progresiva igualdad y dignidad entre todos los seres humanos. El Estado de Derecho no se restringe hoy, ni debe restringirse, a una concepción de él que únicamente se defina y se reconozca por la simple y sola protección de las libertades que derivan de la seguridad jurídica (ni siquiera en la mejor versión liberal de ésta), con ser aquellas fundamentales y esenciales pero no exclusivas ni excluyentes. Entre otras razones, porque tal aislamiento y reducción lleva de hecho al propio falseamiento y negación de la tan alegada, supuestamente pretendida, universalidad de tales seguridades.

A nadie se le ocultarán las muchas y grandes complejidades y dificultades de muy diferente índole y alcance que están presentes, o que subyacen, en el mero enunciado prescriptivo de todos estos objetivos. Ni tampoco cabe desconocer el carácter gradual y procesal, histórico, que - con el necesario cumplimiento de un contenido básico esencial- caracteriza a tales rasgos definitorios en los diferentes tiempos y en los ya mencionados modelos de Estado de Derecho, como por lo demás ocurre con la más o menos traumática evolución de la democracia. No habrá nunca que olvidar, en este sentido, la fundamental correlación no mecánica entre uno y otro, es decir - repetidamente se viene subrayando aquí- el entendimiento del Estado de Derecho como institucionalización jurídico-política de la democracia. Contando, sin embargo, con todo ello y evitando, así, perfeccionismos desmovilizadores, también habría que señalar con rotundidad que tales complejidades y dificultades serían, son, infinitamente mayores, realmente insalvables, si -como se hace en los regímenes absolutistas, dictatoriales, totalitarios- se suprimen todas esas propuestas, aspiraciones, garantías e instituciones propias del Estado de Derecho. Pero, desde luego, los Estados que pretendan ampararse y legitimarse bajo este prestigioso título habrán de ajustar rigurosamente sus normas jurídicas y sus actuaciones fácticas a esas exigencias de ética política, con compromisos serios de justicia y cohesión social, y a esas reglas y prácticas de deliberación, funcionamiento y organización derivadas, en definitiva, de la libertad y la responsabilidad de todos, gobernantes y ciudadanos.

A todos incumbe ciertamente el Estado de Derecho, también a todos los ciudadanos y a todos los poderes (económicos, mediáticos, etc.) que actúan en la sociedad exigiéndoles respeto hacia las libertades y los derechos de los demás así como consecuentes comportamientos en el amplio marco de los cauces institucionales y constitucionales. Pero, junto a ello, debe enseguida indicarse que a quien en última y más decisoria instancia se dirige el Estado de Derecho es precisamente al propio Estado, a sus órganos y poderes, a sus representantes y gobernantes, obligándoles en cuanto tales a actuaciones en todo momento concordes con las normas jurídicas, con el imperio de la ley, con el principio de legalidad, en el más estricto sometimiento a dicho marco institucional y constitucional. El Derecho en cuanto sistema jurídico es y lleva consigo precisamente la posibilidad de coacción-sanción institucionalizada, es decir la capacidad de exigir el cumplimiento de sus normas, o de imponer efectos y consecuencias derivados de su cumplimiento o incumplimiento, con el empleo de uno u otro tipo de fuerza: incluso -claro está- con la fuerza material que para nada es, por lo demás, incompatible con la «fuerza moral» (legitimidad) ni con un mayor o menor grado de necesaria legitimación social. El Derecho es, implica, uso de la fuerza y, a su vez, regulación del uso de la fuerza. Pero no todas estas regulaciones tienen el mismo carácter y significado: no todo Derecho valido (ciencia jurídica) vale para lo mismo (sociología jurídica), ni vale lo mismo (ética y filosofía

jurídica). También las dictaduras pueden convertir en normas sus negaciones de la libertad, su despotismo, aunque por lo general se reservan mayores márgenes no sólo de legal discrecionalidad sino también de ilegal arbitrariedad. El Estado de Derecho, estamos viendo, es aquel en que esas regulaciones normativas se producen hoy (deben producirse cada vez más) desde la libre participación democrática, incorporando eficazmente los derechos fundamentales e, insisto en ello, obligando con todo rigor a que los poderes públicos se muevan siempre dentro de un estricto respeto y sometimiento a las leyes (Constitución y demás), prohibiendo y persiguiendo toda actuación o respuesta estatal que utilice cualquier tipo de fuerza o coacción que pueda considerarse ilegal.

El Estado, señala Weber, es el monopolio legítimo de la violencia: sinónimo para él de creencia en tal legitimidad, más bien por tanto sociológica legitimación. Pero poniendo esta en cuestión, para que aquél sea y merezca con mayor radicalidad el título de legítimo, habrá de tratarse -a mi juicio- de una fuerza, de una coacción, de una violencia de ese modo producida y regulada en el Estado de Derecho. No bastan para la legitimidad las meras, supuestas, razones de eficiencia instrumental. El Estado no puede, no debe, de ningún modo, responder al delito con el delito, a la violación de la ley por el delincuente con la violación de la ley por el gobernante o sus representantes: alegando una supuesta eficacia, se convertiría así en un Estado delincuente. No puede, ni debe, cometer el gravísimo delito y el gravísimo error de, por ejemplo, intentar acabar con el terrorismo implantado por unas u otras bandas o asociaciones armadas cayendo en un correlativo terrorismo de Estado, ejercido o ayudado ilegalmente por las legítimas instituciones y tal vez con cierto apoyo social. Si tal hiciera, pondría en cuestión su propia legitimidad: por acogerse a la razón de la fuerza perdería la fuerza de la razón. El delito y la violencia contra el sistema jurídico y político de libre participación, sistema que prevé incluso cauces para su propia reforma y transformación, deben ser en todo caso contestados, perseguidos y dominados precisamente desde esa misma legalidad que aquellos violan, atacan o pretenden destruir: ¿qué diferencia habría si ambas partes la niegan y, en este sentido, la menosprecian por igual? La mejor defensa de la legalidad y la legitimidad exige actuar siempre en el marco de la Constitución y del Estado de Derecho: no sólo esto es más justo, y más legal, sino que incluso -ésta es mi convicción- tanto a corto, como a medio y largo plazo, preocupándose por contar con adhesiones sociales más fundadas e ilustradas, una mayor y mejor legitimación, será además mucho más eficaz para todo el sistema político y social.

El Estado de Derecho -retomemos la línea general- es, pues, el imperio de la ley: aquél, sin embargo, no es ni se reduce sin más, como a veces parece creerse, a cualquier especie de imperio de la ley. Esto es aquí lo decisivo. También las dictaduras modernas y los regímenes totalitarios, con doctos dóciles juristas a su servicio, podrían alegar el imperio ((indiscutible imperio!), de la ley: los dictadores suelen encontrar bastantes facilidades, sirviéndose siempre del miedo, del terror, de la mentira y de la falta de libertad, para convertir en leyes sus decisiones y voluntades (individuales o de sus poderosos allegados), es decir para legislar sus arbitrariedades. Podrían incluso aceptar y aducir que su poder está reglado por el Derecho (por el mismo dictador creado) y sometido a (sus propias) normas jurídicas. Eso también es Derecho (ilegítimo, injusto), también es Estado (dictatorial, totalitario) pero no es Estado de Derecho. Lo que en definitiva diferencia, pues, de manera más radical y substancial al Estado de Derecho -como bien se señala en el Preámbulo de nuestra Constitución desde esa su necesaria correlación fáctica y prescriptiva con la democracia- es su concepción del «imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»: es decir, creada (con variantes históricas, pero no bajo unos mínimos) desde la libre participación y representación hoy de todos los ciudadanos. Si la ley, el ordenamiento jurídico, no posee ese origen democrático, podrá haber después imperio de la ley (de esa ley no democrática) pero nunca Estado de Derecho. Desde luego que cuanto mayor y mejor en cantidad y calidad -cuanto más amplia, ilustrada y consciente- sea dicha participación, por de pronto en las decisiones (deliberación, diálogo, consenso, mayorías) mayor legitimación y mejor legitimidad tendrán esa democracia y ese Estado de Derecho. Íntima y profunda conexión, pues, entre democracia deliberativa y democracia participativa.

Obsérvese, con implicaciones teóricas y prácticas de la más decisiva importancia, que tal concepto de imperio de la ley se comprende y se fundamenta en y desde valores y exigencias éticas (derechos, preferirán decir otros) que constituyen el núcleo de su misma coherencia interna y también de su justa legitimidad. Su raíz está precisamente en el valor de la libertad personal, de la autonomía moral y de las coherentes implicaciones y exigencias (sin perfeccionismos ahistóricos) que la hacen

más real y universal. El Estado de Derecho es imperio de la ley producida en las instituciones democráticas (Parlamento) pero, en coherencia con esos mismos valores, de ningún modo es indiferente a sus contenidos (debate sobre ley formal y ley material). La democracia y el Estado de Derecho no son sólo cuestión procedimental: su fundamento ético, también su validez y efectividad, radican en ese valor de la libertad. En ésta, en la autonomía moral personal, en el ser humano como fin en sí mismo, radica el origen y fundamento tanto del imperio de la ley como de la afirmación de los derechos fundamentales. Estos por tanto no debieran verse, de modo prioritario y negativo, como «límites» o «triumfos» (o «coto vedado») frente a aquella sino más bien, de manera positiva, abierta y creadora, como resultado ineludible, como parte constitutiva de esa misma libertad real.

Estos, los derechos fundamentales -ya se ha señalado aquí- constituyen la razón de ser del Estado de Derecho, su finalidad más radical, el objetivo y criterio que da sentido a los mecanismos jurídicos y políticos que componen aquél. La democracia, doble participación, es, ya veíamos -además de participación en decisiones-, demanda de participación en resultados, es decir en derechos, libertades, necesidades. El Estado de Derecho, en esa su empírica y también racional vinculación e interrelación con la democracia, lo que hace es convertir en sistema de legalidad tal criterio de legitimidad: y en concreto, en esa segunda perspectiva, institucionaliza de uno u otro modo esa participación en resultados, es decir garantiza, protege y realiza (en una u otra medida según tiempos y espacios, historia y lugar) unos u otros derechos fundamentales.

3 Parte Segunda

Bien claro y firme todo lo anterior, que es básico y fundamental, pero siempre abierto a crítica y revisión, sobre los caracteres y finalidades del Estado de Derecho, habría ahora que subrayar con específica atención que tanto la necesaria búsqueda de una mayor *legitimación*, adhesión y participación, como también la indagación por una más justa y ética *legitimidad*, implica de manera muy decisiva no inmovilizar con caracteres esencialistas el significado de esos elementos, de esos requisitos y de esos contenidos que configuran a aquél. Tampoco aislar de ellos sus específicas conclusiones de "legalidad", como ya se señaló al principio de estas páginas. De manera muy especial implica no aislar de la historia y de la realidad social esas demandas políticas y exigencias éticas tampoco sus determinaciones y articulaciones jurídicas, que se concretan en los que llamamos derechos humanos fundamentales. En el fondo, de ahí deriva -sobre la base de «las luchas por las condiciones reales de la existencia»- toda esa evolución histórica, propuesta también como idea de futuro, que yo he resumido en estas tres grandes fórmulas o modelos, diferenciados pero relacionados, del Estado liberal, social y democrático de Derecho: modelos que no son para nada intemporales, fijos, eternos, cerrados e inmutables.

Destacando la prescripción constitucional del art. 1.1⁵, proponiendo superar las insuficiencias e inconsecuencias del paradigma liberal, comenzaré yo aquí por ocuparme de lo que significó -bien entrado el siglo XX, aunque siempre con demandas y precedentes en el anterior- la necesaria construcción del Estado social. Los problemas de este, incluso sus imborrables éxitos, están siendo analizados y enjuiciados hace ya algún tiempo desde muy distintas, y hasta opuestas, perspectivas: pero tales problemas exigen hoy, sin duda, la formulación de alternativas de presente y futuro. La propuesta aquí defendida, y por otros muchos por supuesto, siempre abierta a debate, crítica y transformación, no es desde luego la hoy tan prepotente doctrina neoliberal conservadora (liberista, por reducir todo el problema a libertad económica), sino más bien -mejor explicitar el propio punto de vista- la que partiendo de perspectivas socialdemócratas se propone intentar hacer cada vez más reales y universales, para todos, esos componentes de la doble participación que caracterizan a la democracia a la altura de nuestra época, demandas exigibles también a escala mundial y transnacional: por ello, asumiendo lo mejor del Estado social, he preferido hablar siempre y también aquí de Estado democrático de Derecho.

Este es, pues, el mencionado -conclusivo- resumen de tal filosofía política, de estos dos principales paradigmas del Estado de Derecho y, correlativamente, de los elementos de esa doble participación

democrática. Resaltar estos caracteres es, a mi parecer, de importancia sustantiva: tanto la íntima vinculación entre Estado de Derecho y sistema democrático como el entendimiento procesual, histórico, evolutivo de ambas conexas dimensiones. Pero aquí, como digo, se trata sólo de un inevitablemente abreviado esquema de algunas de sus respectivas condiciones, circunstancias y principales implicaciones que -desde aquellos básicos elementos comunes- vendrían a configurar las principales fases de esa evolución y sus potencialidades actuales y futuras: todo ello en conexión también con las razones de legitimidad y justificación presentes en las diferenciables concepciones generales, filosóficas y políticas.

3.1 El Estado social de Derecho: realidades y limitaciones

El Estado social de Derecho se muestra, pues, a lo largo del pasado siglo como alternativa dual y gradual -con firme rechazo de las falsas salidas de carácter totalitario impuestas por el comunismo burocrático y por las dictaduras fascistas- ante las graves crisis y las insostenibles carencias e insuficiencias del modelo liberal. La necesidad y posibilidad de tal alternativa se muestra ya con toda claridad desde, al menos, los años de la primera guerra mundial, 1914-1918. Colaborarán en la construcción de aquél, proponiendo importantes diferenciados cambios, tanto algunos sectores más abiertos e inteligentes defensores de dicho orden económico (para su saneamiento y fortalecimiento) como otros -partidos socialdemócratas y movimientos sindicales- que se proponían una más progresiva y profunda transformación. John Maynard Keynes y Hermann Heller, cada uno en su área, podrían ser respectivamente un buen símbolo -hay muchos más- de tal aproximación dual.

a) El Estado va a hacerse así decididamente intervencionista con objeto de poder atender y llevar a la práctica esas perentorias demandas sociales de mayor participación y mayores cotas y zonas de igualdad real: sufragio universal (incluido ya el sufragio femenino), por un lado, amplio pacto social con compromiso por el Estado para políticas de bienestar (sanidad, educación, seguridad social, etc.), por otro, serán los dos principales componentes de ese indudable fortalecimiento de la legitimación y de la doble participación democrática.

La expansiva acción social de este Estado intervencionista, Estado de servicios - donde éstos se demandan cada vez en mayor cantidad, mejores en calidad y para más amplios sectores sociales -, va a suponer un protagonismo y una lógica preeminencia para las tareas y las funciones de la Administración, del poder ejecutivo. Este, desde luego que sin negar ni prescindir del Parlamento (sin negar el Estado de Derecho), se convierte de hecho y en no corta medida en poder legislador. Y también se señala que su otra actividad -la de ejecución y administración- con frecuencia desborda, aunque no necesariamente contradiga, los propios cauces de las normas jurídicas. Desde las estrictas exigencias del Estado de Derecho, del principio de legalidad y del control y responsabilidad de la Administración, se suscitan por tanto serias dudas y reservas ante el riesgo de que tales disposiciones jurídicas y acciones políticas y sociales puedan debilitar y llegar a romper o hacer caso omiso del sistema parlamentario y constitucional. Salvado este y el Estado de Derecho, lo que hay en cualquier caso son importantes transformaciones que es necesario tomar seriamente en consideración.

En el fondo, pero en un contexto de mucho mayor riesgo y con muy diferentes interpretaciones, orientaciones e, incluso, intenciones, estos eran ya algunos de los problemas y alegatos que aparecían en las polémicas de los años veinte y treinta con Carl Schmitt, por un lado, y Hermann Heller, por otro. En buen acuerdo, por mi parte, con el segundo de ellos -«el Estado de Derecho, resuelto a sujetar a su imperio a la economía»-, y frente a las reducciones y distorsiones del primero (con su negación del Estado de Derecho), yo aquí sólo insistiría por el momento en la ineludible necesidad de que las instituciones y los poderes públicos actúen en esa doble coordinada dimensión: tanto en los horizontes del Estado social, receptivo ante tales demandas de los ciudadanos (participación en los resultados para hacer efectivos tales derechos), como en las exigencias internas del Estado de Derecho, (participación en las decisiones para el imperio de la ley), con eficacia por lo demás en el cumplimiento y desarrollo progresivo de la Constitución en ambos bien trabados niveles.

b) Sociedad de masas, con sus componentes buenos y menos buenos (depende también para quién), sociedad industrial, más tarde postindustrial, tecnológica y de servicios, desbordante sociedad de consumo, incluso de derroche y despilfarro, sociedad orgánica y corporativa: estos son algunos de los rótulos y calificativos utilizados por los sociólogos para referirse a estas diferentes dimensiones entre las que se mueve el Estado social. Como es bien sabido -y, por no pocos, sufrido- se constata en nuestros días una alarmante insistencia en la reducción y/o degradación del *Welfare State*, Estado del bienestar, y también consecuentemente de la pretendida «sociedad del bienestar» que, de modo acrítico, a veces se alega como clausula de sustitución ideológica desde algunos sectores neoliberales.

Las corporaciones económicas y profesionales, también las asociaciones patronales y sindicales, junto a otras de diverso carácter, adquieren en el contexto del Estado social una mayor presencia y explícito reconocimiento público, incluso oficial. La legislación -suele señalarse- se hace así pactada, concertada, con el propio Parlamento. Con ello, con la más directa participación, faceta positiva, se amplían los potenciales de legitimación, cohesión y paz social pero, a su vez, faceta negativa, límite de la concertación, se produce algún mayor riesgo de que se subordinen en ocasiones los intereses generales a esos -bajo presión no fácilmente soportable- de las más fuertes corporaciones, con residuos casi de democracia orgánica. El resultado, se ha criticado, puede acabar siendo un Estado fuerte con los débiles y débil con los fuertes. No todo el mundo tiene, en efecto, el mismo peso, la misma fuerza, el mismo poder, en la mesa de la negociación: y prácticamente ninguno poseen los no corporativizados, o los pertenecientes a débiles corporaciones. De la vieja desigualdad individualista liberal se podría así estar pasando o haber pasado a una - en cualquier caso no del todo equiparable - desigualdad grupal o corporativa, desde luego disfrutada o sufrida también en última instancia por individuos particulares. Es verdad, no obstante, que sin pactos también hay riesgos -¿mayores?- de que se impongan tales fuertes poderes.

c) La economía del paradigma político expresado en el Estado social, adviértase en relación con todo lo anterior, no pretendía romper sin más con el denominado modo capitalista de producción, aunque -en sus mejores manifestaciones, tendencias socialdemócratas y grupos de apoyo- tampoco renunciaba a reformas progresivas que transformasen realmente el sistema. La lógica de tal actitud implica entender, desde luego, que «capitalismo» y «socialismo» no son esencias cerradas y absolutas, totalmente aisladas e incomunicadas entre sí, el mal o el bien radicalmente incuestionables (o viceversa), sino que deben verse como momentos, partes o sectores de un siempre abierto e inacabable proceso histórico. Para nada esto significa que se trate de meros procesos naturales o evoluciones espontáneas o que no existan diferencias importantes, a constatar y a valorar, entre ellos. En cualquier caso, en el Estado social la incorporación de las demandas de mayor igualdad, derechos y libertades, para los tradicionalmente menos favorecidos se pretendía hacer aceptando y trabajando dentro de los esquemas definitorios de tal modo de producción (especialmente acumulación privada y economía de mercado), si bien -como digo- introduciendo sustanciales reformas, correcciones, regulaciones y redistribuciones compatibles en principio con ellos y que, se pensaba, incluso hicieran más reales y asequibles a todos dichos mecanismos, aparatos y espacios de intercambio. No faltaron tampoco lecturas que, desde una cierta izquierda radical, negaban la posibilidad e, incluso, utilidad de tales propuestas, haciendo resaltar casi exclusivamente los aspectos ideológicos (alienantes) de esa pretendida integración social. El balance, con todo, fue y es -a mi juicio- altamente positivo.

Entre aquellas medidas correctoras introducidas por el Estado social la que se mostró como más relevante fue la creación y potenciación de un sector público estatal operante en el campo de la producción así como la de una más decidida acción de los poderes políticos para avanzar en esos objetivos de mejor redistribución. El Estado interviene de este modo en la economía, contribuyendo a regular el volumen de inversiones a través de políticas que exigen aumento del gasto público e ingresos fiscales para generar empleo, consumo, ahorro y, otra vez, inversión. Desde esa perspectiva, el sector público -se señala- aparecería, pues, como muy funcional, incluso como el más apropiado y dinámico, para dicho modo de producción (Keynes). Sus tensiones, su significado y estructura dual permitirán, sin embargo, que tal sector público estatal sea también favorable para quienes desde ahí pretenden no ya la creciente e ilimitada «reproducción ampliada del capital», sino más bien la consecución de una mayor y más decisiva participación real para las fuerzas del trabajo. Junto a esto, es asimismo verdad que el predominio, al lado de aquél, de poderosas formas

de organización de carácter oligárquico o monopolista, especialmente a escala mundial, global, con muy influyentes redes de agencias transnacionales -a pesar del mito del capitalismo competitivo y de la alegada economía social de mercado- dificultarán y frenarán en amplia medida tales potencialidades de desarrollo progresivo y redistribución más igualitaria, nacional e internacional, de manera más clara y explícita a partir ya de la gran crisis de los años setenta. El problema, uno de los problemas, es ¿cómo extender hoy lo mejor del Estado social -no ya la imposible e indeseable lógica del consumismo, menos aún del despilfarro- a lo que antes llamábamos «tercer mundo»? ¿Es moral y/o materialmente universalizable el paradigma cuantitativista de tal modo de producción?.

d) Lo que, a pesar de todo, no puede de ningún modo olvidarse desde la necesaria coherencia democrática es que, como base imprescindible, en el Estado social se buscaba hacer también más reales e iguales para todos esas libertades y esos derechos civiles y políticos proclamados pero tantas veces postergados y convertidos en ficción por los regímenes liberales. Junto a ello y muy fundamentalmente se reclamaba implantar y hacer efectivos con carácter de universalidad los derechos sociales, económicos y culturales derivados de las necesidades básicas de la salud, la enseñanza, la vivienda, un régimen de prestaciones de seguridad y sistema público de pensiones, exigibles a fin de dar un muy diferente sentido y una mejor esperanza de vida real a millones y millones de seres humanos. Estas eran, específicamente desde la perspectiva de la izquierda, las principales metas a que se debía aspirar y que darían mayor y mejor legitimidad y legitimación al Estado social. Su garantía jurídica e, incluso, realización efectiva quedaban ahí indefectible pero flexiblemente unidas al concepto y al sentido mismo del Estado (social) de Derecho. También sería Estado de Derecho, desde luego, el (anacrónico) modelo liberal o neoliberal pero difícilmente encontraría hoy legitimación fáctica, menos aún legitimidad racional, un Estado de Derecho que no acogiera el núcleo esencial de tales derechos sociales. Y se trata de avanzar hacia ello, sin revoluciones, sin perturbaciones traumáticas y precipitadas, sino de manera gradual, integrando y procurando tales objetivos en el marco, transformado y democráticamente más regulado, de ese modo de producción de aparente libre mercado y de efectiva acumulación privada de los medios de producción.

Tal sistema, y el pacto social partidos-sindicatos que estaba en su base, funcionó con amplia vigencia y efectividad operativa, no sin altibajos, insuficiencias de fondo y crisis coyunturales, durante buenos decenios en algunos de los países más desarrollados; y especialmente lo hizo tras la segunda guerra mundial hasta los años setenta aprovechando bien el ciclo expansivo de las economías occidentales en ese período. Así fueron posibles esas políticas redistributivas y de importantes servicios sociales y prestaciones de bienestar que han caracterizado las mejores e insuprimibles aportaciones del Estado social y que como Estado de Derecho fueron en amplia medida garantizadas por leyes y tribunales. Pero, por un lado, las repercusiones de los complejos procesos de descolonización, de mayor alcance en la política que en la economía, con todas las contradicciones y dificultades que suponía, por otro, los límites de la financiación de tales políticas sociales en el marco -no se olvide- del sistema capitalista llevaron a la situación que se ha denominado, por decirlo con James O'Connor, de «crisis fiscal del Estado», resumen muy abreviado de los actuales problemas del Estado del bienestar y del Estado social de Derecho. Ni la economía -se resalta y se admite, con unas u otras muy diferentes implicaciones y derivaciones- tiene posibilidades en ese marco (ni en ninguno, se remacha por los neoliberales más conservadores con acrítica contumacia), para pretender financiar esas expansivas políticas sociales, ni el Estado puede, por tanto, comprometerse con garantías jurídicas, como Estado de Derecho, a proteger tales exigencias, demandas y derechos fundamentales (crisis de gobernabilidad).

¿Qué puede y debe hacer hoy el Estado y, de ello hablamos aquí, el Estado de Derecho ante tan, sin duda, difícil y compleja situación? ¿Qué filosofía, qué paradigma político, puede con carácter más general servir de plausible orientación? Por de pronto, una reductiva primitiva supuesta salida -en mi opinión cerrada salida- ya se ha venido imponiendo fácil y fácticamente desde hace tiempo: el símbolo de iniciación fue, claro está, la era Reagan-Thatcher que en modo alguno puede darse por acabada; al contrario, se sigue manteniendo con fuerte e irresponsable prepotencia. Es sin duda una vuelta atrás, no, desde luego, absoluta y total a los tiempos de la abstención estatal pues ocasionaría una ruptura de la cohesión social y una deslegitimación política imposible de soportar, tanto para los gobiernos (con inevitables retrocesos autoritarios contrarios al Estado de Derecho) como, sobre todo, para los ciudadanos, para sus derechos y libertades. Pero lo que se exige y se

produce en ella, invocando el determinismo cientificista, es una substancial paralización e incluso desmantelamiento de buena parte de esas políticas de bienestar social; y así la imposición de un muy conservador, disminuido, mínimo, «anoréxico» y muy desigual Estado neoliberal, en la línea, con variantes, de Friedrich A. Hayek, Milton Friedman, Robert Nozick y bastantes más.

Frente a esta hoy muy preponderante e insostenible posición (sostenible sólo con gravísimos daños humanos), formularía yo aquí una serie de propuestas que estimo válidas para mejor afrontar esta nuestra situación actual. Lo que va a continuación es, pues, una sucinta exposición de la alternativa -así la veo yo- que, a partir y sobre la base fundamental del Estado social, asumiendo muchas de sus conquistas, pueda progresivamente contribuir a profundizar y hacer más real esa doble participación en que consiste la democracia y, también (insisto en ello) ese tercer prescriptivo paradigma del Estado de Derecho.

3.2 El Estado democrático de Derecho como utopía racional

El Estado democrático de Derecho constituiría, pues, esa propuesta alternativa a tomar, por tanto, en consideración en cada una de sus específicas dimensiones, como -a mi juicio- posibles vías de solución de futuro, y actual, ante las dificultades y problemas que han ido localizándose en el imprescindible Estado social y, especialmente, en la reducción neoliberal del Estado de bienestar. Así:

a) Se trataría en dicha propuesta del paso necesario desde un tipo de Estado que en el pasado resultó a veces involucrado en exceso en un inabarcable e indiscriminado intervencionismo cuantitativo, hacia un Estado de intervención mucho más cualitativa y selectiva con importantes revisiones y correcciones dentro de él. Que éste, el Estado, por querer hacer demasiadas cosas no deje de ningún modo de hacer, y de hacer bien (sin corrupciones, chapuzas, ni despilfarros), aquello de contrastada superior entidad racional que -variable, en parte, según las condiciones históricas y sociales- le corresponde hacer en función de las metas, necesidades, intereses generales y particulares, obligaciones éticas y políticas que asimismo los ciudadanos puedan y deban exigirle. Hay valores, bienes, derechos que, desde luego, no pueden ni deben quedar a entera disposición del mercado. Importancia, pues, del Estado, de las instituciones jurídico-políticas, frente a las evasivas liberales, por la derecha, pero también frente a los voluntarismos libertarios, por la izquierda, aunque recuperando de estos el énfasis en la sociedad civil. Lo que se quiere aquí remarcar es, por un lado, que no puede haber una «sociedad del bienestar», ni, por otro, una real emancipación en una nueva sociedad sin un Estado que trabaje con fuerza en tal dirección. Recuperación, pues, de la política y recuperación a la vez de la política institucional, es decir de las instituciones políticas. Pero también es verdad que el Estado (nacional, central) es hoy demasiado pequeño para las cosas grandes (ahí, la Unión Europea o la propia ONU) y demasiado grande para las cosas pequeñas (Comunidades Autónomas y Administración local en nuestro sistema constitucional). Ese criterio cualitativo y selectivo es, pues, fundamental en más de un sentido para el buen funcionamiento en nuestro tiempo del Estado democrático de Derecho.

También de este modo, con atención muy prevalente hacia los verdaderos intereses generales (compuestos asimismo por legítimos intereses particulares), será más factible la superación de las actuales críticas de paternalismo dirigidas al Estado social. Pero no se trata con ello de una reducción de aquél al más acomodaticio y conservador «principio de subsidiariedad»; no se trata de que el Estado haga únicamente aquello que los demás no pueden ni les interesa hacer: donde hay que mirar es al interés real de los ciudadanos. No, pues, cómoda autocomplacencia en una ética de la irresponsabilidad individual esperándolo todo del denostado Papá-Estado, sino más bien libre autoexigencia personal para una ética del trabajo, del esfuerzo, del mérito, la capacidad, la intervención participativa y solidaria. Me parece que estos valores, estos principios, configuran una ética pública y una cultura crítica, una concepción abierta del mundo y un modelo flexible y plural de organización social y económica que -asumiendo también las buenas luchas de una dura historia - cabe considerar como propios del que es posible seguir denominando socialismo democrático.

Puestos a proponer rótulos cercanos, pero no sin diferencias con aquél, otros han preferido hablar más bien de un liberalismo igualitario. Se trataría de actitudes, unas y otras, en cualquier caso muy lejanas de los dogmas neoliberales que derivan, entre otras cosas, de la beatífica total preeminencia del mercado y de la acumulación privada del capital, así como de la exclusiva práctica de la individualista y agresiva competitividad.

b) En concordancia con ello estarían los esfuerzos por construir desde aquellos valores más democráticos una sociedad civil más vertebrada, más sólida y fuerte, con un tejido social más denso, de trama mejor ensamblada e interpenetrada: en definitiva, más ajustada en las dos significaciones del término, como organización (ajuste de las piezas) y como justicia (el ajuste más ético). Una sociedad donde la presencia de las corporaciones económicas, profesionales, laborales, sea en efecto complementada y compensada con la de los nuevos movimientos sociales (ecologistas, feministas, de acción frente a la xenofobia y el racismo) o la de las plurales organizaciones no gubernamentales con su tan decisiva acción altruista a través del voluntariado social. Pasar, se ha dicho, del corporativismo al cooperativismo, de una exclusiva ética de la competición o de la competencia (a veces totalmente incompetente) a una ética también de la colaboración y la solidaridad. La calidad de vida y no tanto la cantidad de productos consumidos y destruidos - medio ambiente incluido - serían objetivos más concordes, creo, con tal modelo de sociedad. Todo ello implica, desde luego, una nueva cultura y un nuevo concepto de ciudadanía.

Se afirma ahí una mayor presencia e intervención, pues, de la sociedad civil pero operando ahora en toda su plural plenitud y no sólo en privilegiados sectores, estamentos o poderosas corporaciones. Y, junto a ello, hay que considerar, desde luego, como imprescindible en el Estado de Derecho la decisiva acción de las instituciones jurídico-políticas, Parlamento, Administración, Tribunales de justicia, etc. Intentando superar las reducciones unilaterales, por un lado, de algunas fases de la socialdemocracia y el Estado social, que confió en exceso y casi en exclusiva en las instituciones, y, por otro, de los movimientos libertarios, siempre recelosos de éstas, esperándolo todo de una mitificada sociedad civil, en otros escritos míos -desde fructíferos desacuerdos y acuerdos con Claus Offe- he insistido en la necesidad actual y futura de una progresiva y abierta síntesis entre ambas: es decir, en un entendimiento imprescindible y un nuevo pacto entre instituciones jurídico-políticas y organizaciones de la sociedad civil así comprendida. Y, en este sentido, he denominado socialismo democrático a esa hipotética conjunción y síntesis dialéctica (pero sin final de la historia) entre, por una parte, la socialdemocracia y el Estado social y, por otra, los movimientos libertarios y la justa reivindicación de la sociedad civil.

c) Para esta alternativa democrática y de doble participación, en el campo de la economía y de la producción el necesario sector público de ella ya no sería sólo ni tan extensivamente sector estatal (en cualquier caso con función selectiva y cualitativa) sino que asimismo actuaría y se configuraría a través de un más plural y dinámico sector social. Y junto a esos dos componentes del sector público (estatal y social) -en una economía mixta con las ya incuestionables «tres patas»-, está el espacio, que tiene y debe tener muy amplia presencia, del sector privado que opera de forma más inmediata con los criterios y las demandas del libre mercado. Lo decisivo sería entonces determinar y establecer en tal compuesto las prevalencias de políticas concretas más y mejor orientadas a lograr hacer realidad esos valores éticos, constitucionales y de cohesión social que son la libertad, el bienestar, la solidaridad y la igualdad. Por supuesto que no es nada fácil ensamblar todo ello en la práctica (ni en la teoría) de una manera armoniosa, justa y con previsión de funcionamiento eficaz; desde luego, pero nada es fácil y no sólo en el campo de la economía. Es preciso estar, pues, abierto a todas las dudas y sugerencias, aunque sin desconocer que en nuestros días destacados, economistas, como entre otros John Kenneth Galbraith, Alec Nove o Amartya Sen, por recordar sólo algunos ejemplos concretos, han ayudado desde diferentes perspectivas a entender todo esto un poco mejor. A ellos, y a otros críticos, reenvío pues para el debate y la necesaria ampliación y precisión de estas páginas.

En el Estado democrático de Derecho el imperio de la ley no es, ni debe ser, en modo alguno reducible al imperio de la iusnaturalista ley del mercado. Esta ley no es por sí sola la más justa ni la más democrática: tampoco la más eficiente. Son muchos, por el contrario, los que más bien denuncian, y constatan, la dictadura y/o la anarquía - abandonado a sí mismo - del tal mercado. Se pone ahí de manifiesto que -con la automática e inmediata movilidad de capitales en el mercado transnacional- las economías especulativas, financieras y monetarias, jugando a su favor con las

nuevas tecnologías en la famosa globalización, se hacen muchísimo más rentables y con más fuerte incentivo para los inversores, pero con ello ahogando y destruyendo en frecuentes ocasiones a otras economías realmente productivas y a enteros sectores sociales a ellas vinculadas. Por otro lado tendríamos el denominado (R. Sennet) "capitalismo de casino", aquel que se mueve donde sea buscando los beneficios más inmediatos, con repercusiones negativas para los proyectos personales de cierta necesaria estabilidad (el "hombre modular" de E. Gellner o Z. Bauman). En cualquier caso, se avisa, estaríamos en una mundialización libre del capital *versus* una inmigración muy restringida y acotada del trabajo: o, en el lenguaje de la «demagogia de los hechos», *internet* para el capital y *pateras*⁶ para el trabajo. Se subraya también, por otro lado, que, a diferencia de la acumulación privada del capital (guiada, como es lógico, por fines de lucro, rentabilidad y creciente aumento de las tasas de beneficio, con riesgos en gran parte asumidos por el capital social), el Estado y el gasto público actúan en sectores que no generan ganancias ni, por tanto, acumulación, pero que son absolutamente necesarios (servicios, infraestructuras) para la cohesión del grupo social: esto - pienso- debiera destacarse mucho más en la educación y la cultura democrática de los ciudadanos, así como la necesidad de una adecuada política fiscal que, entre otras cosas, luche de verdad contra el gran fraude que no es precisamente el de los asalariados y funcionarios públicos que cobran por nómina.

En definitiva, el establecimiento de prioridades en la economía de un país (o de una unión de países), así como las concordantes leyes de presupuestos, base para ella, es algo que debe, pues, hacerse con criterios de racionalidad que no son sólo los de un reductivo análisis instrumental y los de las imposiciones sin más del mercado, nacional y/o transnacional. En esa economía mixta, el sector público y, dentro de él, el Estado -representante de intereses generales en los sistemas democráticos (otra cosa es que, pero dígame así, esto no se acepte)- debe, a mi juicio, cumplir por tanto esa triple imprescindible función: de producción (selectiva y cualitativa), de redistribución (proporcional y progresiva) y de regulación y organización (flexible y revisable) desde esa doble participación del grupo social que, téngase siempre en cuenta, es básica para la identificación de la democracia, del Estado de Derecho y, en consecuencia, para el Estado democrático de Derecho.

d) Las cosas se hacen, se han ido haciendo también mucho más comprensivas y complejas en cuanto a los derechos fundamentales, a las exigencias éticas que en nuestros días, y en relación con la búsqueda de posibles alternativas políticas, deben encontrar -se piensa por muchos- reconocimiento legal y eficaz realización. Asumiendo, claro está, los derechos civiles y políticos (protegidos en el Estado liberal), así como los derechos sociales, económicos y culturales (objetivo prevalente, junto a aquellos, del denominado Estado del Bienestar o, mejor, del Estado social), ahora son nuevos derechos -tercera generación- los que reclaman de un modo u otro su incorporación a la legalidad: derechos de las minorías étnicas, los derivados de las diferencias sexuales, lingüísticas, de la marginación por diferentes causas, derechos de los inmigrantes, ancianos, niños, mujeres, derechos en relación con el medio ambiente, las generaciones futuras, la paz, el desarrollo económico de los pueblos, la demografía, las manipulaciones genéticas, las nuevas tecnologías, etc. en una lista todo menos que arbitraria, cerrada y exhaustiva.

4 Conclusiones

¿En qué medida tales demandas, o algunas de ellas pues no son todas de idéntico alcance y significado, pueden ser asumidas por el Estado de Derecho de nuestro tiempo o del próximo futuro? No se olvide que la tesis restrictiva respecto de estas también ha negado y sigue negando -a veces con refinados argumentos- que caracterice y corresponda propiamente al Estado de Derecho la protección jurídica de los derechos sociales, económicos y culturales. Disiento, como se puede ver a lo largo de estas páginas, de semejante reductiva interpretación tanto por razones de fáctica legitimación como (el Estado de Derecho es una fórmula prescriptiva) de racional legitimidad y justificación: lo cual para nada implica desconocimiento de las dificultades planteadas tanto en la garantía jurídica de tales exigencias éticas como, más aún, en su efectiva realización en un determinado contexto social. Con todo, no pocos autorizados juristas advierten hoy con una cierta

lógica interna acerca de la relación inversamente proporcional que pudiera darse entre extensión e intensidad a la hora de lograr eficaz protección jurídica para unos u otros derechos fundamentales. Y tampoco dejan de estar ausentes los avisos sobre condiciones objetivas (la escasez, por ejemplo) que impiden o dificultan sobremanera -con las inevitables consecuencias de frustración y deslegitimación- el completo reconocimiento de determinadas aspiraciones humanas o exigencias éticas como auténticos derechos subjetivos ejercitables con plenas garantías en el marco de un sistema jurídico avalado por la Constitución y los competentes tribunales de justicia, nacionales o internacionales.

Todo ello es bien cierto, realista y razonable y habrá de ser tomado muy en consideración por los legisladores y por la propia sociedad si se quiere construir algo con responsabilidad. Pero el mundo no se acaba ni se cierra -tampoco el mundo jurídico- con los estrictos derechos subjetivos. Quiero decir que las exigencias éticas asumidas en el ordenamiento pueden, por ejemplo, servir para orientar con fuerza, es decir con sólidas razones, la futura legislación que dará lugar, entonces sí, a nuevos estrictos derechos. Y mientras tanto, pueden valer muy bien para interpretar de un modo u otro los actuales reconocidos derechos o para orientar coherentemente unas u otras políticas sociales. Como se ve, todo menos que inútil tal presencia y su diferenciado reconocimiento en el ámbito jurídico-político. Sin olvidar asimismo que si la política (o el Derecho) es el «arte de lo posible», la filosofía y la ética son, y deben ser, el arte de hacer posible lo necesario. Utopías de ayer son, no siempre pero sí en muchos casos, realidades de hoy. Y tampoco es algo «neutro», o producto del mero azar, que unos derechos hayan logrado, en la historia y/o en la actualidad, plena protección judicial (por ejemplo, la propiedad) y otros, por el contrario, no la hayan alcanzado (todavía) con ese mismo rigor (por ejemplo, el trabajo).

Seguro, sin duda, que todas estas exigencias éticas u otras que podrían formularse (tampoco aquí puede cerrarse la historia), todas esas justas pretensiones y esperanzas humanas desgraciadamente no resultan hoy por hoy por completo susceptibles de su juridificación de manera plena y responsable como rigurosos derechos subjetivos en el marco actual del Estado de Derecho. Reconozcámoslo así, con sensatas dotes de realismo para las más complicadas y difíciles de ellas, a pesar de todas las buenas intenciones y voluntades que pudieran, sin duda, manifestarse. Sin embargo -a mi juicio-, en modo alguno, tales voluntades e intenciones, así como los valores y principios que las inspiran, carecen de sentido y trascendencia para la acción social, política y también jurídica. El mundo del Derecho no puede estar ajeno a ellas. Por un lado, la cohesión social, es decir razones de eficacia, y por otro, la ética pública (y privada), es decir razones de justicia, así -creo- lo exigen. En consecuencia, tales pretensiones y esperanzas no deben quedar fuera o al margen de los proyectos de futuro respecto de esas mencionadas transformaciones de todo tipo, desde económicas a culturales, que en cambio deben siempre impulsarse en el marco de una sociedad democrática y de su sistema jurídico para la necesaria construcción de un correlativo, aquí auspiciado, Estado democrático de Derecho. Todas ellas, y otras más, son hoy razones para una necesaria recuperación de la política y son también razones para una no menos imprescindible política institucional: éstas exigencias de diálogo con deliberación ilustrada y de doble real participación (en decisiones y resultados) son -pienso que puede hablarse así- las razones fundamentales en nuestro tiempo para un Estado democrático de Derecho.

Referencias

En mi libro **Estado de Derecho y sociedad democrática** (1966), y en concreto en su última edición (Madrid, Taurus, 1998), puede encontrarse un muy amplio "Apéndice Bibliográfico" sobre los principales temas aquí tratados. Solo haré, pues, ahora una breve selección de obras más cercanas y asequibles para el lector.

ACTAS DEL IV CONGRESO NACIONAL DE CIENCIA POLÍTICA. **Problemas actuales del Estado social y democrático de Derecho**. Presentación de Manuel Ramírez. Universidad de Alicante, 1985.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Ed.). **Corrupción y Estado de Derecho**. El papel de la jurisdicción. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. **El imperio de la ley en España**. Ginebra: 1962.

- CORCUERA ATIENZA, J. y GARCÍA HERRERA, Miguel Angel (eds.). **Derecho y economía en el Estado social**. Madrid: Tecnos, 1988.
- COTARELO, Ramón. **Del Estado del bienestar al Estado del malestar**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. **Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho**: la racionalidad política. Madrid: Dykinson y Universidad Carlos III, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1981.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1977.
- GARRORENA, Angel. **El Estado español como Estado social y democrático de Derecho**. Universidad de Murcia, 1980 (2ª ed., corregida y aumentada, Madrid: Ed. Tecnos, 1984).
- HIERRO, Liborio: **Estado de Derecho**. Problemas actuales. México: Fontamara, 1998.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. **Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho**. Salamanca: Acta Salmanticensia, 1955.
- MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael (Compilador). **Crisis y futuro del Estado de bienestar**. Madrid: Alianza Editorial, 1989.
- PECES-BARBA, Gregorio. **Derecho y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- PÉREZ LUÑO, Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1984.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco. **A orillas del Estado**. Madrid: Taurus, 1996.

Notas (por Marcos Leite Garcia)

- 1 Professor Catedrático em Filosofia do Direito da Universidad Autónoma de Madrid. Autor de uma série de importantes obras sobre diferentes temas como: *"Estado de Derecho y sociedad democrática"*; *"Sociología y Filosofía del Derecho"*; *"Ética contra la Política"*; *"Los viejos Maestros: la reconstrucción de la razón"*; entre outras. E-mail: elias.diaz@uam.es
- 2 O autor se refere à primeira edição de seu livro: DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Madrid: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1966.
- 3 Edição mais atual: DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. 9. ed. Madrid: Editorial Taurus, 1998. Existe uma edição portuguesa: DÍAZ, Elías. **Estado de Direito e sociedade democrática**. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1969.
- 4 Sobre o tema da polémica entre o "decisionismo totalitário" de Carl Schmitt e a "teoria pura do Direito" de Hans Kelsen, veja-se: DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y sociedad democrática**, 9. ed., 1998, p. 78-93.
- 5 O citado artigo 1.1. da Constituição espanhola de 1978, em seu texto original, dispõe: "España se constituye en un **Estado social y democrático de Derecho**, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político" (Grifo acrescentado).
- 6 No sentido aludido pelo autor: *Pateras* são embarcações precárias utilizadas pelos imigrantes econômicos, principalmente africanos, para atravessar águas profundas e ingressar ilegalmente nos países da União Européia. No caso da Espanha, seja na península ou nas Ilhas Canárias, *pateras* superlotadas de imigrantes de todas as idades nem sempre conseguem atingir o seu objetivo e muitos pagam com suas próprias vidas a tentativa de realizar o "sonho de uma vida melhor" na Europa. Originalmente a palavra *Patera* no idioma de Cervantes significa "[...] barco de fundo muito plano usado para caçar patos em águas pouco profundas". MOLINER, Maria. **Diccionario de uso del español**. Madrid: Gredos, p. 668.

Recebido em: outubro de 2005

Avaliado em: novembro de 2005

Aprovado para publicação em: março de 2006

