

FUNDAMENTOS N.º 8

LA METAMORFOSIS DEL ESTADO Y DEL DERECHO

Coordinador: Miguel Ángel Presno Linera



Junta General
del Principado de Asturias

2014

FUNDAMENTOS

ISBN: 978-84-8367-470-3

Junta General del Principado de Asturias

Dirección de FUNDAMENTOS

Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

Campus de El Cristo, s/n. 33006 Oviedo. Asturias. España

E-mail: fundamentos@uniovi.es

Web: <<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/Portada.html>>

Pedidos: correo@krkediciones.com

Grafinsa. C/ Álvarez Lorenzana, 27. 33006 Oviedo

Depósito legal: AS-1503/2014

INDICE

La metamorfosis del Estado y del Derecho: presentación.	
MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA/PATRICIA GARCÍA MAJADO	7
Autores	21

PRIMERA PARTE

APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y METODOLÓGICA

La idea de Estado de Derecho. MICHAEL STOLLEIS	25
Debates sobre la metodología del Derecho público con la perspectiva de la multiculturalidad y la globalización. IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ .	57

SEGUNDA PARTE

LA METAMORFOSIS DEL ESTADO

Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad. JOSÉ ESTEVE PARDO	83
Rapporti tra poteri nello Stato di Diritto del secolo XXI. ROBERTO BIN	121
Le teorie del costituzionalismo globale e la sfida dei mercati finanziari. CESARE PINELLI	141
Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI: su independencia (especial referencia al caso español). EDUARDO VIRGALA FORURIA	161
Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza. MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA	213

TERCERA PARTE

LA METAMORFOSIS DEL DERECHO Y DE LOS DERECHOS

La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado.	
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ	255
El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales. FERNANDO REY MARTÍNEZ	289
¿Una teleología de la seguridad sin libertad? La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas.	
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA	313
Il sublime dell'eccezione.	
MASSIMILIANO GUARESCHI/FEDERICO RAHOLA	355

I

La idea del «Estado de Derecho» (*Rechtsstaat*) es hoy un elemento fundamental en la mayor parte de las constituciones del mundo. De modo explícito o implícito se dice que la acción estatal está vinculada por el Derecho o que se somete al imperio del Derecho (*rule of law*). También las dictaduras en las que se producen detenciones arbitrarias y torturas apelan a tal sello de calidad. Lo que exigía al mundo la *Universal Declaration of Human Rights* de las Naciones Unidas (ONU) de 10 de diciembre de 1948, los derechos a la libertad, la igualdad, la seguridad, la tutela judicial, el proceso justo y todas las demás garantías básicas, se considera hoy como acervo cultural de la humanidad, como objetivo universal y como compromiso de todos los Estados signatarios. En el año 2008, esa Declaración fue renovada por casi doscientos Estados. Son, por tanto, estándares «universales» que, al menos verbalmente, resultan reconocidos como tales.

Desde la *Declaración del Cairo* de 1990, o *Cairo Declaration of Human Rights in Islam* (CDHRI), asumida por cincuenta y siete Estados de la Conferencia Islámica, se sabe también que esas garantías elementales, cuando se colocan bajo la reserva de su compatibilidad con la *sharia*, reciben un significado muy distinto. El derecho a la vida, el libre desarrollo de la sexualidad humana, la libertad de contraer matrimonio y educar a los hijos, la libertad de domicilio y la libertad de expresión quedan aquí enmarcados en un contexto religioso, su alcance depende de la correspondiente interpretación de la *sharia*. Por tanto, hoy ya no permanece íntegra la pretensión de validez universal que estaba viva en 1948. Sigue abierta la duda acerca de si la religión islámica, extendida por todo el mundo en muy diversas manifestaciones, llegará a largo plazo a admitir un distanciamiento entre la fe religiosa y las cuestiones del orden civil. Tal distancia parece difícil de

asumir por parte de una religión cuya pretensión de ordenación comprende todos los ámbitos de la vida pública y privada. Este problema, de indudable trascendencia, debe quedar sin embargo al margen de las consideraciones siguientes.

Si, en consecuencia, nos atenemos a la *Universal Declaration* de las Naciones Unidas de 1948/2008, cabría confiar en que tal base normativa nos permitiera participar en el lento proceso de civilización de la socialización humana y del ejercicio del poder, para terminar logrando en algún momento una verdadera «constitucionalización» del Derecho mundial. Resulta indiferente que tal proceso se conciba como resultado de la expansión espontánea de un Derecho regulador no estatal en el marco de la globalización, digamos que como proceso de vinculación en red partiendo «desde abajo», o que unidades políticas cada vez mayores formadas a partir de los Estados sean dotadas de constituciones y garantías constitucionales para terminar construyendo «desde arriba» un Estado mundial; de momento, estos son sólo modelos ideales más o menos plausibles. La realidad avanza renqueando a mucha distancia. La constitucionalización del orden mundial o incluso un Estado mundial constituyen de momento sólo esperanzas, quizá incluso sueños. Un Estado mundial podría resultar incluso una pesadilla si su orden universal se lograra al precio de tener que ser impuesto por la fuerza.

Con la lucha de las grandes potencias por ampliar sus esferas de influencia y sus cuotas de mercado, con la represión que muchos Estados nacionales ejercen sobre rebeliones sociales y étnicas, también con los múltiples conflictos que cada día se abren en todo el mundo entre gobiernos y grupos de oposición, el objetivo universal del Estado de Derecho desaparece con frecuencia del horizonte o resulta mutilado hasta hacerlo irreconocible. La realidad está muy lejos de corresponderse con el ideal de la *Universal Declaration of Human Rights*. El ideal y la realidad permanecen muy distantes. Si se toma en serio la palabra «ideal», lo cierto es que tampoco podría ser de otra manera. Cabe constatarlo sobriamente sin necesidad de ser cínico, socialdarwinista, moralista o utópico.

Tan cierto como que el objetivo del Estado de Derecho puede tener hoy valor normativo universal es el hecho de que el Estado de Derecho no ha estado presente del mismo modo en todos los tiempos y en todos los lugares. Visto con perspectiva histórica, se trata más bien de una pieza del pensamiento europeo, que también comprende Norteamérica, formada entre 1750 y 1850, y que desde entonces se ha impuesto progresivamente aunque

con quiebras catastróficas en el siglo xx. La formulación del ideal europeo del Estado de Derecho se documenta por primera vez en lengua alemana en torno a 1800¹ y desde aquí se extiende a las demás lenguas de Europa. Ha incorporado los vehementes empeños de todos los países y adoptado las correspondientes variaciones de sentido. Italianos, españoles, portugueses, franceses e ingleses, por nombrar sólo algunas naciones, evocan algo similar, pero casi nunca idéntico, cuando utilizan las expresiones *Estado de Derecho*, *estado de direito*, *stato di diritto*, *état de droit* o *rule of law*. Aún así se entienden y pueden basarse en ella, por ejemplo, para adoptar decisiones como jueces del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Están de acuerdo entre ellos en que la línea orientadora de sus sentencias debe ser la voluntad del «legislador» expresada por el respectivo parlamento democráticamente elegido, en que esa voluntad no debe ser falsificada de modo arbitrario a través de la interpretación y en que las reglas escritas y no escritas del procedimiento deben resultar justas y controlables.

Del mismo modo que ha evolucionado la comprensión de los «significados» de la expresión Estado de Derecho se han ido desarrollando las correspondientes instituciones. Se puede tratar de jueces ordinarios de la jurisdicción civil y penal, de jueces especializados de los órdenes contencioso-administrativo, social o financiero, incluso de tribunales constitucionales instalados por encima o al lado de la justicia tradicional para controlar la compatibilidad con el Derecho constitucional de las resoluciones judiciales y de otras decisiones del poder público; pero siempre existen garantías normativas e institucionales que deben preservar y realizar el Estado de Derecho. Las garantías judiciales aparecen generalmente durante el movimiento constitucional del siglo xix, la jurisdicción constitucional (prescindiendo de algunos precedentes) sólo tras la primera guerra mundial, empezando por Checoslovaquia y Austria.²

¹ M. Stolleis, «Rechtsstaat», en A. Erler et al. (ed.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 4, Berlin 1990, págs. 367-375.

² Th. Simon-J. Kalwoda (eds.), *Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte*, Berlin 2013; aquí, con referencia particular a Alemania, H. Dreier, «Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik», págs. 318-372; J. Osterkamp, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920-1939). Verfassungsidee – Demokratieverständnis – Nationalitätenproblem*, Frankfurt 2009; Chr. Neschwara, «Zur Entwicklung des Verfassungsrechts nach 1918», en H. Schambeck (ed.), *Parlamentarismus und öffentliches Recht in Österreich*, Berlin 1993, págs. 140-163; Th. Öhlinger, «Die Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit»,

No existe por tanto un ideal unitario, ni tampoco una realización unitaria del Estado de Derecho europeo. Surgieron más bien, sobre la base de una idea fundamental de los siglos XVIII y XIX, tantas variantes del «Estado de Derecho» en Europa como Estados nacionales; o, expresándolo de modo algo más difuso, tantas como culturas jurídicas susceptibles de ser diferenciadas. Hemos de recorrer necesariamente el camino de la aproximación histórica y de la diferenciación para acercarnos al «Estado de Derecho europeo». Su idea germinal debería recuperarse al final, mediante la composición de todas sus variantes.

II

El punto de partida compartido es la monarquía absoluta, como forma de gobierno que domina en la Europa del siglo XVIII. Como alternativas o como modelos divergentes aparecían por ejemplo las repúblicas urbanas (Venecia, Ragusa, Génova, las ciudades imperiales libres en Alemania), los cantones suizos o la Constitución polaca, de hecho aristocrática. Además existían muchas variantes del absolutismo, en función de unos «estamentos» que habían permanecido en mayor o menor medida intactos. Estos últimos eran los representantes del «reino» o del «país» y por tanto, de forma mediata, también de los súbditos. Defendían sus derechos corporativos, así como el derecho a consentir o a rechazar tributos. El absolutismo, como subrayan todos los historiadores y prueban con sus investigaciones sobre los «estamentos», resultaba en muchos casos atenuado, incompleto o quebrado.³ Los regímenes puramente absolutistas eran escasos (Dinamarca, Francia). Sin embargo, era convicción común en Europa que el monarca estaba autorizado para dar órdenes, para aprobar leyes, para gobernar, para declarar la guerra y hacer la paz, para acuñar moneda, para nombrar funcionarios y para ejercer todos los derechos que desde Jean Bodin (1576) estaban reunidos bajo el título de la soberanía.

El soberano no solo estaba vinculado, de modo diferente en función del país, al voto de los estamentos; también tenía que atenerse sin duda a las normas suprapositivas vigentes en toda la Europa cristiana. No podía

en *Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Ludwig Adamovich*, ed. por B.-Chr. Funk et al., Wien 2002, págs. 581-600.

³ Sobre la utilización historiográfica del término véase el trabajo realizado en 1990 por R. Blänkner, «*Absolutismus*». *Eine begriffsgeschichtliche Studie zur politischen Theorie und zur Geschichtswissenschaft in Deutschland 1830-1870*, Frankfurt a.M. 2011.

atentar contra la religión cristiana revelada, debía respetar los principios reconocidos del Derecho natural y, finalmente, estaba sometido a las leyes fundamentales (*leges fundamentales*) de su Estado. Estos tres límites de su derecho al mando pueden sonar hoy relativamente vagos y de hecho fueron «interpretados» en función de las necesidades de cada momento. Pero no carecían de trascendencia en un contexto cristiano y también podían ser materializados mediante la concreción de los límites del Derecho natural en sutiles «sistemas». Así, del principio del Derecho natural conforme al cual la propiedad de los súbditos debía ser respetada pudo derivarse la concreta consecuencia de que las expropiaciones, en caso de ser necesarias, debían acompañarse de una indemnización. También pudo fundarse en el Derecho natural la imposibilidad de un despojo arbitrario de los derechos adquiridos similares a la propiedad (*iura quaesita*). Del mismo modo, en el Derecho natural se fundó el derecho a la tutela judicial ante las privaciones de derechos. E igualmente existían desde el siglo XIII, empezando con la Magna Charta inglesa von 1215, garantías de tutela judicial antes las detenciones arbitrarias, garantías sobre la composición de los tribunales (normalmente estamental) y el derecho fundamental a ser oído en juicio. Se fijó el número de testigos necesarios para una condena y qué juramentos debían ser prestados para quedar liberado de una demanda. Todo esto son manifestaciones de un «Estado de Derecho avant la lettre» en Europa. Aún evitando una interpretación teleológica de los procesos históricos, resulta claro que los protagonistas de la idea del Estado de Derecho a partir de 1800 podían servirse de un acervo de convicciones comunes formado en Europa a lo largo de varios siglos. Mucho de lo que en el siglo XIX aparece vinculado a la expresión «Estado de Derecho» y colocado bajo una nueva luz formaba parte de los vínculos bien conocidos ya con anterioridad, que habían sido inculcados a los soberanos y a las demás autoridades de la Edad Media y de la Edad Moderna.⁴

Pero también en los siglos XVII y XVIII se acumulan sobre tales fundamentos nuevos desarrollos. Pueden ser comprendidos, desde una perspectiva macro, como disociación entre Estado y Sociedad; o, en perspectiva micro, como individualización del ordenamiento jurídico. De hecho, la extendida forma de poder absolutista producía también de modo permanente fuerzas

⁴ H. Maier, «Zur Frühgeschichte des Rechtsstaats in Deutschland», en *Neue Politische Literatur* n.º. 7 (1962) 234-244; D. Merten, «Rechtsstaat und Gewaltmonopol», en *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart* n.º. 442/443, Tübingen 1975.

contrarias que presionaban para que el aparato de poder se distanciara de la «sociedad». La burguesía enriquecida en las grandes metrópolis comerciales quería desarrollar el comercio y la actividad empresarial con la máxima libertad. Por ejemplo en la *city* de Londres se formó una poderosa comunidad de comerciantes, empresarios y banqueros que estaba en situación de mantener a distancia a una corte siempre necesitada de financiación. En otros países fue una nobleza económicamente potente, que se estaba transformando en burguesía, la que se opuso al monopolio de poder del monarca. En las repúblicas ciudadanas se trataba del estrato social superior y acomodado, claramente diferenciado de los estratos medios e inferiores. Por todas partes se escuchaban apelaciones a la protección de la propiedad «ganada con el propio esfuerzo», a la supresión de las limitaciones del comercio y sobre todo a la tutela judicial efectiva, por tanto a la «seguridad jurídica». Las protestas contra una justicia demasiado lenta, sin poderes ejecutivos e incluso corrupta se oían en toda Europa. Del mismo modo eran permanentes las quejas por la arbitrariedad de las autoridades y por la excesiva proximidad entre administración y justicia.

Pero todas esas protestas y exigencias, como hemos dicho, también pueden ser comprendidas en clave individualista. Poco a poco se condensaron en «derechos fundamentales», derechos del individuo a defenderse de las restricciones y las opresiones de la autoridad —normalmente ante los tribunales o apelando directamente al monarca—. Da igual que esos cambios sucedidos en el siglo XVIII se interpreten como diferenciación de Estado y Sociedad o también como progresiva formación de catálogos de derechos fundamentales; lo evidente es que la idea europea del Estado de Derecho procede, en cierto modo dialécticamente, de la fase del absolutismo (clásico y tardío). El Estado de Derecho era, al mismo tiempo, garantía constitucional y exigencia política.

Si repasamos los conocidos catálogos de tales garantías jurídicas, su relativa uniformidad nos muestra ya que se trataba de necesidades generales de los tiempos. Lo que comienza en el estilo de las capitulaciones electorales de un nuevo rey, desde la *Magna Charta* de 1215 hasta el *Bill of Rights* de 1689, se va formulando progresivamente en términos universales y adquiere el pathos de la libertad. Es el camino que va desde la garantía de derechos estamentales hasta los derechos fundamentales individuales.

El *Bill of Rights* (1689) aseguraba en primer lugar los derechos del Parlamento frente a intromisiones incontroladas del Rey en la legislación y en

la justicia, ante todo en el establecimiento de impuestos, también en particular garantizando la libertad de palabra en el Parlamento. Pero también garantizaba los derechos del individuo, por ejemplo mediante el derecho de petición, la prohibición de tribunales parciales en su composición, el aseguramiento de un Derecho penal moderado y la prohibición de sanciones pecuniarias sin confirmación judicial, impidiendo a fin de cuentas la existencia de un «Derecho penal paralelo». El *Bill of Rights* supone, así, un hito en el desarrollo de la idea del Estado de Derecho europeo, y en ese sentido ha sido siempre citado con el máximo respeto.

Casi un siglo después y sobre tierras «vírgenes» suena el nuevo tono del movimiento constitucional en la *Declaration of Rights* de Virginia, del 12 de junio de 1776. Los orígenes de una capitulación electoral quedan aquí suprimidos, el Derecho natural europeo y ante todo la lectura de John Locke determinan el estilo. El ser humano tiene derechos preestatales, inalienables, debe disfrutar en seguridad de su vida y de su libertad, debe serle permitida la obtención y la conservación de la propiedad. Todo ordenamiento descansa sobre la soberanía del pueblo, y su régimen sólo puede ser republicano. Prerrogativas, privilegios y cargos hereditarios quedan suprimidos, imperan la igualdad y el principio mayoritario. Dentro de este nuevo orden público que se desarrolla en todas direcciones, los derechos fundamentales relacionados con la justicia desempeñan un papel esencial: proceso con garantías, sin investigaciones preventivas, sin sanciones desmesuradas (artículos 8-10) y con control de la justicia a través de jurados (artículo 11).

Por mucho que este texto ambicioso e idealista de George Mason estuviera en conflicto con la realidad de los nuevos Estados, por ejemplo a causa de la pervivencia de la esclavitud y de la privación del derecho de voto para los esclavos, para sus descendientes y para las mujeres, lo cierto es que contiene el fermento del pensamiento revolucionario que había de minar todas las relaciones de poder no igualitarias existentes hasta el momento. El objetivo está ahora claro: se quieren aprovechar las posibilidades de la libertad, y que un pueblo libre sobre un territorio libre contruya un Estado que se atenga a las reglas aprobadas por todos, al Derecho. Y así ocurrió de inmediato, con la Declaración de Independencia de las trece colonias norteamericanas frente a la metrópoli inglesa del 4 de julio de 1776, redactada fundamentalmente por Thomas Jefferson.

En la Constitución del nuevo Estado de Massachusetts del 15 de junio de 1780 esto resulta aún más claro. La ley debe ser obedecida, en ello consiste

el acuerdo fundamental y la condición para pasar del estado de naturaleza al Estado bien ordenado. Pero debe tratarse de una obediencia a la autoridad de la ley acordada por todos, no a la autoridad de los hombres: *it may be a government of laws and not of men* (artículo xxx). Nadie duda de que son hombres quienes han de poner en práctica esas leyes y de que entonces saldrán a la luz las debilidades humanas, pero la legitimación del poder coactivo que se ejerce al efecto no debe haber sido ganada mediante relaciones personales. La legitimación por el origen de la familia real (*stirps regia*), por la sacralidad del oficio o incluso por el control fáctico del poder debe desaparecer. Las «leyes» entran en ese lugar que ha dejado libre el monarca, ocupan el «señorío». La iconografía política de ese cambio se visualiza en el hecho de que, en el lugar del ojo de Dios eternamente vigilante y del ojo del monarca, aparece ahora «el ojo de la ley». Aún recuerda al ojo de la divinidad, pero se ha hecho impersonal y representa ahora a la legislación fundada en la soberanía popular.⁵

La triunfal *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 26 de agosto de 1789, promulgada el 3 de noviembre, uno de los documentos de la humanidad por antonomasia, agrupa de nuevo esas exigencias y reúne, es sabido que a través del Marqués de La Fayette y de Thomas Jefferson, las líneas de desarrollo norteamericanas y continentales. El proyecto se presentó tres días antes de la toma de la Bastilla. También este documento contiene los entonces ya habituales derechos fundamentales en los ámbitos judicial y penal, la presunción de inocencia para los acusados, la separación entre legislación y ejecutivo —siendo comprendido el poder judicial, conforme a la tradición francesa, como vinculado a la ley y así, en cierto modo, como brazo del legislativo.⁶

No es éste lugar para detenerse en la exégesis de estos documentos. Han sido citados para dar nombre a las ideas fundamentales que dominaban la escena europea y norteamericana en el último tercio del siglo XVIII. La dirección correspondía sin duda a los intelectuales de Inglaterra (Thomas Hobbes, John Locke, David Hume) y Francia (Charles de Montesquieu, Voltaire, Jean-Jacques Rousseau, Denis Diderot, Emanuel-Joseph Sieyès), así como a los padres fundadores de la costa este americana que se inspiraron en ellos (Jefferson, Washington, Mason, Franklin). Pero también se trata de un debate

⁵ M. Stolleis, *El ojo de la ley. Historia de una metáfora*, Madrid: Marcial Pons, 2010.

⁶ Véanse los detalles en S.-J. Samwer, *Die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789/91. Ihre Entstehungsgeschichte und ihre Herkunft*, Kiel 1969.

que abarca toda Europa. No resulta concebible sin el Derecho natural de la Ilustración acuñado en España, Holanda y Alemania (Francisco Suárez, Francisco de Vitoria, Hugo Grotius, Baruch Spinoza, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Christian Wolff) y sin los italianos (Gaetano Filangieri, Pietro Verri, Cesare Beccaria), por citar sólo los nombres más célebres. Aquí se despliegan los postulados fundamentales que en las décadas posteriores servirán como piedras angulares del movimiento constitucional europeo.

Retrospectivamente cabe apreciar en qué medida resultó decisivo el encuentro entre la práctica absolutista y la Ilustración. La sociedad burguesa cada vez más fuerte se liberó de las tutelas benevolentes, se hizo crítica respecto de los privilegios de la nobleza y de la Iglesia, de la servidumbre, del sistema impositivo y de la ausencia de libertad comercial, y finalmente exigió participación política en nombre de la «Nación». Todo esto implicaba también reformas fundamentales del Derecho y de la justicia. Una justicia sometida a la ley, concebida a su vez como voluntad de la nación, debía respetar los más elementales derechos de libertad, excluir la arbitrariedad, quedar vinculada a la ley en cuanto expresión de la *volonté générale*. Hacía tiempo que el terreno estaba preparado en Europa para el postulado del «Estado de Derecho», al menos en la segunda mitad del siglo XVIII. Ya sólo faltaba una fórmula breve y expresiva.

III

Y dicha fórmula fue hallada, como consecuencia directa de la teoría del Derecho que Kant desarrolla en la *Metafísica de las costumbres* de 1797. Rezaba «Estado-de-Derecho» (Rechts-Staat), aunque el propio Kant no usara la expresión. Como en el resto de sus escritos dirigidos contra las doctrinas iusnaturalistas de la felicidad y de los fines del Estado, el anciano Kant procuraba con su teoría del Derecho descubrir un principio que permitiera delimitar recíprocamente la esfera jurídica de cada uno respecto de las de los otros en términos que hicieran posible la vida al lado de los demás y en su compañía. Esto debía ocurrir mediante «leyes jurídicas», y el Estado mejor ordenado no sería aquél que promoviera la felicidad de los súbditos, sino el que procurara la «situación de máxima conformidad de la Constitución con los principios del Derecho».⁷ El fin no debía ser, por tanto, la justicia material, el equilibrio social o la «buena vida» en el sentido aristotélico, sino

⁷ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, Königsberg 1797, § 49.

que, diciéndolo con las célebres palabras de 1789, *le but des toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, artículo 2). Los límites del ejercicio de los derechos se establecerán por la ley, tan solo mediante ley (artículo 4). Kant no se refirió ciertamente a la *Déclaration*, pero por supuesto que la tenía muy presente. Sin respuesta quedaban, no obstante, algunas preguntas. Como «leyes jurídicas» no debían considerarse las leyes positivas de cualquier Estado, independientemente de su contenido. Por tanto, había que hallar «principios del Derecho». Pero éstos no ofrecían contenido concreto alguno, todo lo más aquellos que habían sido apuntados en la *Déclaration*. Sin embargo, éstos se referían de nuevo al Derecho natural, que había fracasado completamente ante la tarea de formular contenidos precisos. Así que, finalmente, había que apelar de nuevo al legislador para realizar las concreciones necesarias.

Ya al poco tiempo de aparecer la «teoría del Derecho» de Kant, los ahora llamados kantianos fueron considerados como «la teoría crítica o la escuela de la teoría del Estado de Derecho» (*Schule der Rechts-Staats-Lehre*).⁸ Evidentemente se había comprendido qué nueva perspectiva dominaba ahora. El Estado de Derecho disponía de leyes jurídicas para delimitar recíprocamente las esferas de sus ciudadanos. Tales leyes jurídicas debían surgir —al menos en el modelo republicano— mediante decisión mayoritaria⁹ de los ciudadanos o de sus representantes, pero no bastaba con eso, también su contenido debía dirigirse a la protección de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho, por tanto, no era concebido sólo en términos formales, sino que se orientaba a establecer una distancia jurídicamente asegurada entre el Estado y la Sociedad, a la protección frente a la arbitrariedad y a la garantía de la libertad y la propiedad.

⁸ J. W. Placidus, *Literatur der Staatslehre – Ein Versuch*, Straßburg 1798. Al respecto G.-Chr.v. Unruh, «Die ‘Schule der Rechts-Staats-Lehrer’ und ihre Vorläufer in vorkonstitutioneller Zeit», en *Recht und Staat im sozialen Wandel, Festschrift für H. U. Scupin*, ed. por Norbert Achterberg et al., Berlin 1983, págs. 251-281.

⁹ El problema fundamental de la protección de las minorías derrotadas en la votación fue resuelto teóricamente señalando que también la mayoría estaba vinculada a los fines de la protección de la libertad y la propiedad, así como a la interdicción de la arbitrariedad. Esto fue el punto de apoyo para que más adelante fuera posible verificar la compatibilidad del contenido de las leyes democráticamente aprobadas con los derechos fundamentales contenidos en la Constitución.

Esto era un programa político liberal. Las constantes intervenciones del absolutismo tardío, «ilustrado», debían ser reprimidas. Ahora ya solo se esperaba del Estado «seguridad» y «orden», no «felicidad». Así argumentaba en 1792 el joven Wilhelm von Humboldt,¹⁰ pero también en 1800 el poco conocido jurista de Nassau Ludwig Harscher von Almendingen (1766-1827),¹¹ que utilizó la expresión «Estado de Derecho» (Rechtsstaat) en un sentido acentuadamente liberal.¹² El Estado de Derecho era para él «una sublime persona moral por encima de toda pasión y de todo interés propio». Corporeizaba el respeto al Derecho y lograba mediante la publicidad que ni siquiera un «monstruo coronado» pudiera en adelante separarse del Derecho. Puesto que, como dice otro contemporáneo, corresponde «esencialmente a un Estado jurídico... que su magistratura suprema se sitúe bajo las leyes».¹³ Y esto valdría no sólo para el soberano, sino para toda la administración que depende de él, que ya no estaría comprometida con la «felicidad», sino con la «juridicidad». Uno de los portavoces del liberalismo jurídico-político de los Estados del sur de Alemania, Carl Theodor Welcker, explicó que el Estado de Derecho representaba, en cuanto Estado racional, el nivel supremo de desarrollo de una ilustración en progreso.¹⁴ El otro, Karl von Rotteck, dijo sin rodeos que Constitución y legislación parlamentaria convertían un «Estado de poder» en un «Estado de Derecho».¹⁵

Esta línea fundamental tuvo consecuencias directas para ámbitos jurídicos particulares, en primer lugar para el Derecho penal. Paul Johann Anselm von Feuerbach y el profesor, juez y ministro del Estado de Hesse Karl Ludwig von Grolmann (1775-1829) estuvieron de acuerdo en los principales postulados: ningún delito y ninguna pena al margen de la ley (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), protección de los derechos individuales en el proceso penal, distanciamiento del proceso penal respecto de las intervenciones estatales mediante «independencia», respeto a la dignidad del conde-

¹⁰ W. v. Humboldt, *Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, 1792, impreso por primera vez en de modo completo en Breslau 1851.

¹¹ Sobre la biografía cfr. *Allgemeine Deutsche Biographie* (1875), págs. 351-352.

¹² L. Harscher v. Almendingen, «Grundzüge zu einer neuen Theorie über Verletzungen des guten Namens und der Ehre», en Karl Ludwig von Grolman (ed.), *Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung*, Gießen y Darmstadt 1800, Bd. II, págs. 63 ss.

¹³ J.P.A. Leisler, *Natürliches Staatsrecht*, Frankfurt a.M. 1806, pág. 44.

¹⁴ C. Th. Welcker, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, Gießen 1813.

¹⁵ K. v. Rotteck, en *Staatslexikon*, Bd. III, 2.^a Ed., Altona 1846, pág. 527.

nado en la ejecución de la pena.¹⁶ Pero también para la relación del Estado con la economía el «Estado de Derecho» implicaba ahora liberar las fuerzas del mercado de las ataduras de la dirección estatal, también aquí por tanto la reducción de las intervenciones estatales demasiado intensas. Con ello, el ámbito de acción de la «policía» (*Policey*), que comprendía desde el siglo XVI el conjunto de la administración interior del Estado, quedó teóricamente constreñido a la tutela jurídica, la seguridad y el orden. Intervenciones de cualquier tipo debían ahora reducirse a la medida necesaria, determinada por ley parlamentaria. Este era el límite fijado por el Estado de Derecho. Pero «Estado de Derecho» era, al mismo tiempo, una fórmula para referirse a la fiabilidad del ordenamiento jurídico y a la tutela jurídica —condiciones esenciales ambas para el desarrollo económico y la inversión de capital.

De este modo, «Estado de Derecho» resultó sinónimo en diversos sentidos: de la vinculación del monarca a su propio ordenamiento jurídico, de la reducción del «Estado-policía» y la imposición del postulado de la vinculación de la administración a la ley, de la supremacía de la ley y de la independencia de la justicia sometida (solo) a la ley. Durante el llamado *Vormärz*, en el periodo entre el Congreso de Viena (1815) y la revolución parisina de julio de 1830, la apelación al «Estado de Derecho» fue propia del liberalismo, que a su vez ocupaba un terreno muy amplio: desde la monarquía constitucional preferida por la mayoría hasta el republicanismo democrático. Para la mayoría, el «Estado de Derecho» se redujo a ser sinónimo de «Constitución». Así, el historiador Gustav Droysen dijo, mirando hacia atrás en 1847: «¿No se compendian acaso todos los afanes de las dos últimas generaciones por erigir el Estado de Derecho en la fundación de una relación jurídica entre los príncipes y el pueblo que atribuya a cada uno su propia esfera de modo nítido e irrevocable?».¹⁷

De gran importancia para la ulterior popularización del concepto Estado de Derecho fue en Alemania Robert von Mohl, que por primera vez incluyó la expresión en el título de un libro. Su obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (*La ciencia de la policía conforme a los principios del Estado de Derecho*) apareció en 1832-34, en tercera edición en 1866. Se orientaba a vincular la «policía» modernizada, que comprendía también la responsabilidad estatal por el bienestar material de los ciudada-

¹⁶ P.J.A. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I, Erfurt 1799, págs. 63 ss., 109 ss.

¹⁷ J. G. Droysen, *Politische Schriften*, ed. por F. Gilbert, München 1933, pág. 73.

nos, con el postulado de la vinculación al Derecho. Impartir justicia y cuidar del bienestar estaban para él al mismo nivel en cuanto tareas del Estado de Derecho. Por eso también rechazaba la usual contraposición entre «Estado-policía» y «Estado de Derecho». En absoluto entendía el «Estado policía» peyorativamente como sinónimo de «opresión». Para él, la solución de la cuestión social era una tarea de la *policía*, entendida tradicionalmente en sentido amplio.

En la misma medida en que los autores se situaban más cerca del conservadurismo político, tendían a entender la expresión «Estado de Derecho», ahora extendida por doquier, en sentido formal, como «legalidad de la acción administrativa». Se asumió, por tanto, que la exigencia liberal resultaba completamente adecuada a los tiempos, pero fue privada por dicha vía de sus contenidos y del *pathos* de justicia. Esto se vislumbró ya tempranamente en la obra de Adam Müller, el prototipo de la teoría del Estado romántica.¹⁸ Utilizaba «Estado de Derecho» de forma inespecífica, sin contenidos de derechos humanos o político-sociales.¹⁹ Una generación más tarde, el conservador Friedrich Julius Stahl (1802-1861) hizo hincapié en una concepción estrictamente formal: «El Estado debe ser Estado de Derecho, tal es la respuesta y también, en verdad, la tendencia del desarrollo en los nuevos tiempos. Por los modos del Derecho debe determinar con precisión y asegurar de forma inquebrantable tanto las vías y los límites de su actividad como la libre esfera de sus ciudadanos, y por tanto no debe realizar (imponer) de modo directo las ideas morales que corresponden a los destinos del Estado más allá de lo que se corresponde con la esfera del Derecho. En esto consiste el concepto de *Estado de Derecho*».²⁰ Esto implicaba también, por cierto, una separación entre la esfera religioso-moral y la esfera jurídica.

Tal formulación, que limita el postulado del Estado de Derecho al «carácter inquebrantable del ordenamiento jurídico»,²¹ marginando el conte-

¹⁸ C. Schmitt-Dorotić, *Politische Romantik*, München y Leipzig 1919.

¹⁹ A. Müller, *Die Elemente der Staatskunst I-III*, 1809, reeditado por J. Baxa, Wien 1922, lecciones 8.^a y 10.^a. Al respecto M. Stolleis, Müller, Adam-Heinrich, en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* Bd. 3, Berlin 1984, págs. 723-726, con ulteriores referencias.

²⁰ F. J. Stahl, *Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts*, 3.^a ed., Heidelberg 1856, 1.^a Parte, Capítulo I, «Das Wesen des Staates».

²¹ F. J. Stahl, *Der Christliche Staat und sein Verhältnis zu Deismen und Judenthum*, Berlin 1847, pág. 62.

nido, tenía la ventaja política de que podía satisfacer tanto al sector conservador como también a los liberales que habían perdido sus ilusiones tras 1848. Ambos grupos querían conseguir seguridad jurídica y una justicia que funcionara bien, mientras que los deseos de participación política de los liberales se retiraban ahora a un segundo plano. Eran los años en los que también se hizo popular la expresión *Realpolitik* («política realista»), en los que Bismarck se dispuso a resolver con tal criterio el reto de la unidad política alemana. En ese clima se llegó también a un acuerdo en la difícil cuestión acerca del modo en que cabía controlar judicialmente al ejecutivo, sea mediante los tribunales civiles, sea a través de nuevos tribunales administrativos surgidos de la propia administración. Al respecto se llegó al compromiso, típico para Alemania, de buscar en la primera instancia una vinculación intensa con la Administración, mientras que la segunda instancia se consagraba al estricto control jurídico, ejercido también en exclusiva por jueces profesionales.

El desplazamiento de los intereses del liberalismo desde el Derecho constitucional hacia el administrativo y la exigencia de configurar la tutela jurídica formal adquiere a partir de 1848 también propiedades de sucedáneo respecto de la participación política que no se había logrado a nivel nacional. Por eso resulta correcto considerar el uso despolitizado del «Estado de Derecho» en la segunda mitad del siglo XIX como una variante específicamente alemana.²²

IV

De este modo se desarrolló en Alemania a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX una concepción estable del «Estado de Derecho» con varios componentes. Con la incorporación de los diversos Estados al nuevo Imperio (1871) se sentaron los fundamentos para una constitución unitaria de los tribunales y también para un ordenamiento procesal unificado. También se disponía ahora de un Derecho material uniforme (Derecho penal, Derecho del comercio y de la actividad empresarial, Derecho de la prensa, Derecho de sociedades, Derecho de la nacionalidad...). La actividad administrativa

²² L. v. Stein, *Verwaltungslehre*, I, 2.^a ed., Stuttgart 1869, pág. 297; pero también en ese sentido Otto von Bismarck, sobre la «expresión artificial Estado de Derecho inventada por Robert von Mohl, de la cual no existe aún una definición capaz de satisfacer a una mente política, ni tampoco traducción a otras lenguas» (carta al Ministro prusiano von Gossler del 25 de noviembre de 1883).

de los Estados integrados en el Reich fue controlada jurídicamente desde 1863 por los tribunales administrativos recién constituidos, pero mantuvo en gran medida su libertad de acción, especialmente en las decisiones discrecionales.²³ En 1895 pudo constatar el auténtico creador del nuevo Derecho administrativo «científico», Otto Mayer: «El Estado de Derecho es el Estado con un Derecho administrativo bien ordenado».²⁴ Tal objetivo se logró no sólo mediante controles de la jurisdicción administrativa, sino —lo que era más importante a los ojos de los contemporáneos— mediante la elaboración de rigurosas formas jurídicas en el Derecho administrativo y mediante el desarrollo de una «parte general» aplicable a todas las ramas de la Administración.

Esta parte general comprendía aquellas formas jurídicas que eran típicas para cualquier administración y que por ello componían un repertorio de figuras jurídicas científicamente consolidadas y, por tanto, «seguras» para la jurisprudencia. La concentración en las formas jurídicas en beneficio del «Estado de Derecho» supuso, de un lado, una gran aportación científica, pero tuvo el efecto secundario de atrofiar hasta cierto punto los elementos empíricos y los procedentes de las ciencias sociales, que hasta el momento habían sido típicos para la Administración.²⁵ Estos elementos reaparecían ahora fuera del Derecho, en disciplinas especializadas (teoría de la administración, ciencias de la administración) y desde ahí debían ser integrados de nuevo en una Administración que había pasado a configurarse jurídicamente. Por último, formaba parte del Estado de Derecho «alemán» de aquel tiempo una configuración científica que resultó ejemplar para el Derecho administrativo, justamente la del Derecho civil, proporcionada por la pandectística entre Friedrich Carl von Savigny y Bernhard Windscheid y que fue finalmente incorporada a la codificación del Derecho civil (1900). También había madurado el Derecho penal desde las primeras codificaciones de principios del siglo XIX, pasando por el Código Penal prusiano hasta llegar al Código Penal del Reich de 1871, en el sentido de que seguía los firmes estándares del Estado de Derecho, conteniendo una parte general tan precisa como resultaba posible y tipos penales especiales también nítidamente perfilados. En otras

²³ M. Stolleis, «Hundertfünfzig Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit», en *Deutsches Verwaltungsblatt* 2013, págs. 1274-1280.

²⁴ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I, Leipzig 1895, § 5.

²⁵ R. Thoma, «Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft», en *JöR* 4 (1910), págs. 196-218.

palabras: el nuevo marco constitucional de la Constitución del Reich de 1871, una legislación en rápido crecimiento, la ciencia jurídica trabajando a un alto nivel y la práctica judicial colaboraron para formar en el periodo culminante del «positivismo jurídico» criterios modélicos para el Estado de Derecho. Walter Jellinek, firmemente anclado en la mentalidad de finales del siglo XIX en cuanto hijo de Georg Jellinek y discípulo de Otto Mayer, aún formuló de nuevo en 1931 los rasgos esenciales de esta comprensión del Estado de Derecho. El Estado de Derecho, dijo, es un «Estado constitucional con una administración ajustada en la medida de lo posible a los preceptos jurídicos y vinculada en la medida de lo posible, en el que se administra con fundamento en habilitaciones legales tan precisas como sea posible y mediante actos administrativos formalizados, y en el que la tutela jurídica es garantizada por los tribunales, independientes en cuanto tales y cuyos componentes son personalmente independientes de las autoridades administrativas».²⁶ Jellinek también aseguraba que, pese a diversos síntomas de crisis, «en Alemania se mantendrá el Estado de Derecho», e incluso: «La época del Estado de Derecho se prolongará probablemente en el futuro inmediato».²⁷

Y ciertamente existían los síntomas de crisis a los que Jellinek aludía. Ya antes de la primera guerra mundial, pero con mucha mayor intensidad a raíz de ella, numerosos intelectuales en toda Europa dieron la espalda al siglo XIX y a sus ideales. Entre 1890 y 1914 se extendieron las dudas. Se debilitó la fe optimista en la técnica, la industria y la conquista del mundo. Detrás de todos los «progresos» se veían las facetas oscuras, el conflicto de clases y la cuestión social, la destrucción de la naturaleza y la explotación incontrolada de los recursos naturales, también las violaciones de los derechos humanos en el imperialismo colonial. Numerosos artistas, filósofos y escritores se replegaron, probaron una vida con formas antiburguesas, a veces inclinándose hacia sectas y mundos redentores, por ejemplo en ingenuas comunas con un estilo de vida vegetariano o en comunidades semiconventuales, pero también hacia círculos racistas con ideas socialdarwinistas.²⁸ El común de-

²⁶ W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3.^a ed., Berlin 1931, pág. 96. En sentido similar también R. Thoma, en *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. I, Tübingen 1930, pág. 198.

²⁷ Loc. cit., 97. Véase también F. Darmstaedter, *Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaats* (Heidelberger rechtswiss. Abh. 8), 1930; del mismo autor *Rechtsstaat oder Machtstaat*, Berlin 1932.

²⁸ C. Chr. Bry, *Verkappte Religionen. Kritik des kollektiven Wahns* (1924), ed. por Martin Gregor-Dellin, München 1979; K. Hutten, *Seher, Grübler, Enthusiasten*, 12.^a ed., Stuttgart 1982; U. Linse (ed.), *Zurück, o Mensch, zur Mutter Erde. Landkommunen in Deutsch-*

nominador de todos ellos era el rechazo al «progreso» y al «capitalismo», a la vanidad burguesa y al ansia de seguridad. Esto último afectó también al «Estado de Derecho»; pues la vida marginal que se proponía, alejada de los modos dominantes de producción y consumo y de espaldas a las expectativas del patriotismo y del Estado, implicaba también una renuncia a las promesas y la protección del Derecho.

Con la Primera Guerra Mundial y sus consecuencias en los años del hambre, junto con la hiperinflación que se produjo entre 1919 y 1923, no sólo se perdió la confianza en la capacidad de los procesos para dirigirse de modo autónomo mediante el libre juego de las fuerzas en presencia, sino que también se extendió progresivamente el desprecio hacia la democracia parlamentaria, con sus «peleas de partidos» y sus morosos procedimientos de decisión. La propia guerra había conducido ya a una dictadura militar de facto. Desde la izquierda y la derecha surgieron ahora esperanzas en un «Derecho común» que lograra concretar en formas jurídicas la superación de los conflictos de clases. Los «buenos viejos tiempos» parecieron acabados, había comenzado la época de las masas. Por todas partes resonaban las llamadas a la «autoridad» y el «liderazgo». El liberalismo parecía estar terminando y, con él, también los fundamentos del gobierno parlamentario, de la división de poderes, del control jurídico. En la nueva comunidad popular de inspiración izquierdista o derechista o en el «Estado corporativo» que algunos esperaban, el Derecho ya solo desempeñaba un papel secundario. Y cuanto más irresolubles parecían los problemas de las sociedades de posguerra, mayor resonancia encontraban las propuestas autoritarias.

Nada de esto es exclusivo de Alemania, sino que se presenta en toda Europa. La revolución de octubre en Rusia, la aparición del fascismo italiano, la dictadura española de Primo de Rivera, el surgimiento de otros muchos regímenes autoritarios o dictatoriales de menor alcance tienen en todo caso como rasgo común el hecho de poder ser concebidos como reacción antiliberal a la quiebra del mundo burgués, cuyo «ideal de seguridad» fue objeto de muy diversas críticas. A la vista de los numerosos problemas que surgieron de modo simultáneo, apenas suscitaban ya interés las garantías del Estado de Derecho. Las voces que advertían contra la renuncia al ideal del Estado de Derecho europeo se fueron apagando, convencían cada vez

land 1890-1933, München 1983; U. Linse, *Barfußige Propheten. Erlöser der zwanziger Jahre*, 1983.

a menos personas. Se buscaba el «acontecimiento salvífico», que no debía ser obstaculizado por reparos jurídicos.

La inseguridad que late en las palabras de Walter Jellinek del año 1931, conforme a las cuales el Estado de Derecho mantendría su posición «probablemente en el futuro inmediato», se hizo realidad de modo catastrófico muy poco tiempo después. La teoría y la praxis del nacionalsocialismo implicaron una ruptura de principio con los fundamentos culturales del Estado de Derecho. Se rechazó en su conjunto todo el patrimonio de ideas liberal, también la separación entre Estado y sociedad, la división de poderes, la tutela de los derechos del hombre y del ciudadano, la independencia de la justicia, la idea de una dogmática despolitizada y de una interpretación del Derecho vigente no predeterminada por el resultado pretendido. En pocos meses se había instalado una dictadura que encarcelaba a sus enemigos reales o supuestos, asesinaba deliberadamente a sus adversarios (junio de 1934),²⁹ pasaba progresivamente de sancionar el «hecho delictivo» a condenar al «delincuente», introducía tribunales especiales y pretendía orientar políticamente todo el sistema judicial, algo que logró en medida creciente según pasaba el tiempo.

Respondiendo a ello, se desarrolló entre 1933 y 1935 un pequeño debate sobre la posibilidad de seguir utilizando en tales circunstancias el concepto de «Estado de Derecho». Como se apreciaba que, en el extranjero, al concepto de Estado de Derecho se le añadía un signo de interrogación crítico para aplicarlo contra Alemania, unos proponían una completa renuncia a la expresión, otros rellenarla con nuevos contenidos «populares», algunos evidentemente desconcertados hablaron incluso del «Estado de Derecho de Adolf Hitler».³⁰ Pero pronto estuvo claro que la mayoría prefería evitar las embarazosas y peligrosas cuestiones vinculadas a ello y guardar silencio sobre el Estado de Derecho del nacionalsocialismo. Comenzó a evitarse la expresión. Un pequeño y popular diccionario jurídico de 1939 ya no contenía la entrada «Estado de Derecho».³¹

²⁹ [N. del T.: Se refiere a los asesinatos emprendidos a finales de ese mes para controlar y finalmente desactivar a las SA (Sturmabteilung), la milicia del partido nacionalsocialista dirigida hasta ese momento por Ernst Röhm].

³⁰ C. Schmitt, «Nationalsozialismus und Rechtsstaat», en *Juristische Wochenschrift* 63 (1934), págs. 713-718; del mismo autor «Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat?», en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 95 (1935), págs. 189-201. Para los detalles M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3 1914-1945, München 1999, págs. 330 ss.

³¹ E. Köst – G. Köst, *Juristisches Wörterbuch*, Leipzig 1939.

Esto resultaba también consecuente, ahora que, con el comienzo de la Segunda Guerra Mundial, el Estado de Derecho realmente se había derrumbado en centroeuropa. La tutela de los tribunales, especialmente de los administrativos, se redujo de forma drástica, se comenzó a asesinar en secreto a los enfermos mentales y a los incurables bajo la engañosa etiqueta de la «eutanasia». La exclusión de los ciudadanos judíos del mundo del Derecho, que había comenzado en 1933, alcanzó un nivel alarmante con el progromo de noviembre de 1938.³² Con el avance de los ejércitos desde septiembre de 1939 se extendía también el desprecio al Derecho frente a la población civil y especialmente frente a los judíos del este de Europa. A medida que se multiplicaban las especialidades, con los «Kommissarbefehle»^{*33} y otros plenos poderes similares, frecuentemente informales, se iba haciendo también cada vez más confusa la cooperación del ejército regular con las Waffen-SS (el cuerpo de combate de las SS —*Schutzstaffel*— durante la guerra) y la Gestapo (la policía política), así como con la maquinaria asesina que había sido puesta en pie desde la Conferencia de Wannsee para la «solución final de la cuestión judía». Las SS se convirtieron en un «Estado dentro del Estado», crearon un sistema de campos de concentración y levantaron campos de exterminio con una eficiencia en la matanza de inocentes que sobrepasa cualquier capacidad humana de imaginación. Aquí el «Estado de Derecho» ya no tenía nada que decir, aunque la publicación de normas legales y reglamentarias con la pretensión de orientar en alguna medida el aparato del Estado siguió produciéndose hasta marzo de 1945.

El esbozo de una idea europea del Estado de Derecho no puede realizarse sin tener en cuenta la particular historia alemana. Por causa de su específica situación constitucional a finales del siglo XVIII y de la cultura jurídica vinculada a ella, que enseguida recibió la decisiva influencia de Kant, Alemania había contribuido mucho a esa idea, incluso había dado lugar de modo indirecto al surgimiento de neologismos (*stato di diritto*, *état de droit*, *Estado de Derecho*, *rättsstat*).³⁴ Por supuesto que son inocultables las peculiaridades

³² R. Gross, *November 1938. Die Katastrophe vor der Katastrophe*, München 2013.

³³ [N. del T.: Se conocen como *Kommissarbefehl* (Instrucción sobre los comisarios) las «directivas para el tratamiento de los comisarios políticos» de 6 de junio de 1941, conforme a las cuales los comisarios políticos del Ejército Rojo no debían recibir el tratamiento de los prisioneros de guerra, sino que debían ser directamente ejecutados sin proceso alguno. Tales órdenes debían transmitirse oralmente, nunca por escrito.]

³⁴ Resumidamente U. Scheuner, «Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland», en *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen*

nacionales en las culturas jurídicas europeas, especialmente las inglesas, de las que a su vez se distinguen las de Escocia. Sin embargo, al menos hasta el hito que supuso la primera guerra mundial tales diferencias no eran tan grandes como para oscurecer los elementos comunes. Esto se pone de manifiesto por ejemplo en la serie de conferencias internacionales a partir de 1871 y en la cantidad de acuerdos entre Estados y de tratados internacionales que se firmaron hasta 1914. Destacan al respecto las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907, los Convenios de La Haya sobre el Derecho internacional privado de 1893, 1894, 1900 y 1904 y el Acuerdo de La Haya sobre procedimiento civil de 1896/1905, los diversos acuerdos contra el tráfico de niñas y de mujeres,³⁵ el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial de 1883, el Convenio de Berna sobre la protección de la propiedad artística y literaria de 1886, la Asociación internacional para la protección legal de los trabajadores de 1900 fundada en París y la International Labour Organisation (ILO) desde 1919, porque en su conjunto ponen de manifiesto hasta qué extremo Europa confiaba en la posibilidad de resolver las cuestiones del momento, económicas, técnicas y político-sociales, a través del «Derecho», creando las correspondientes instituciones.³⁶ Para el Derecho internacional, Martti Koskenniemi ha mostrado cómo la cooperación dentro de Europa y la expansión imperialista, condicionándose recíprocamente, llevaron a intensificar la juridificación del llamado «mundo civilizado». Al respecto, como muestra con el ejemplo de Georg Jellinek, el Estado de Derecho se convirtió en el concepto clave «domestic and international», para los ámbitos interno e internacional.³⁷ Los juristas europeos, en particular los especializados en el Derecho comparado y en el Derecho internacional, se creían realmente en el camino común hacia tiempos mejores y más seguros

des Deutschen Juristentages 1860 bis 1960, II, Karlsruhe 1960, págs. 229-262; para Suiza véanse F. Garzoni, *Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen Staatsdenken des 19. Jahrhunderts*, Zürich 1952; A. Kley, *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz*, Zürich/St. Gallen 2011, especialmente págs. 86 ss. con gran insistencia en los fundamentos de Derecho romano y canónico.

³⁵ Al respecto se publicará pronto S. Lauben, *Der weiße Markt*, tesis doctoral, Frankfurt 2013.

³⁶ Ejemplarmente M. Vec, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung*, Frankfurt 2006.

³⁷ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press 2001, págs. 198 ss.

gracias al Derecho. Ahora se conocían personalmente de muchas conferencias y reuniones, los diferentes idiomas no suponían dificultad alguna para comunicarse entre ellos y estaban dominados por la sensación optimista de que todos los problemas podrían resolverse de modo deliberativo colocando como base las convicciones comunes europeas acerca del Derecho.

V

El final de la segunda guerra mundial, en mayo de 1945, que supuso sin duda una cesura en la historia universal, condujo también a nuevos esfuerzos por reintroducir y asegurar el «Estado de Derecho» en los diferentes contextos nacionales y en el ámbito internacional. Esto no sólo era consecuencia de los crímenes contra la humanidad del nacionalsocialismo, sino también una respuesta a la amenaza que la Unión Soviética y el «bloque del Este» dominado por ella suponían para los Estados liberales de occidente. Estos Estados consideraban el «Estado de Derecho», de un lado, como parte inmanente de una constitución liberal-democrática, pero también, de otro, como un rasgo de identidad en el plano internacional. Por ello apareció el Estado de Derecho como parte necesaria del gran programa de derechos humanos que en ese momento pusieron en marcha las Naciones Unidas (ONU). La *Universal Declaration of Human Rights* de 10 de diciembre de 1948 fue apoyada por los 56 Estados que en ese momento eran miembros de la ONU.³⁸ Con ello se proseguía la orientación universalista de la Sociedad de Naciones ginebrina de 1919, que a su vez tomaba como referencia los orígenes americanos y franceses del movimiento constitucional de finales del siglo XVIII.

También en esta *Universal Declaration* desempeñan un papel central los postulados que orbitan en torno al «Estado de Derecho». Asegura, junto a los derechos básicos a la vida, la libertad y la seguridad de las personas (artículo 3), al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 6) y a la igualdad de todos ante la ley (artículo 7), también la garantía de una tutela judicial efectiva (artículo 8), precisamente «frente a actos que violen los derechos fundamentales protegidos por la Constitución o la ley». Ello comprende, siguiendo la antigua tradición europea, la garantía de que nadie sea «arbitrariamente detenido, preso o desterrado» (artículo 9). Tam-

³⁸ Hoy son 193 Estados. La Declaración fue solemnemente renovada una vez más en 2008.

bién, se continúa diciendo, «toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal» (artículo 10). Si se añaden la prohibición de retroactividad de las normas penales y la presunción de inocencia en el ámbito del proceso penal (artículo 11), la protección de la esfera privada y del honor (artículo 12), las garantías de la libertad de circulación, de salida y retorno al país (artículo 13), el derecho de asilo (artículo 14), el derecho a una nacionalidad (artículo 15), el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia y la protección de la familia (artículo 16), la protección de la propiedad (artículo 17), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18) y las libertades de opinión, expresión e información (artículo 19), entonces habremos reunido todos los elementos centrales. Son estándares a la vez europeos y universales de los que resulta la perspectiva de una forma de vida conforme a las exigencias de humanidad, democracia y libertad. Un elemento irrenunciable de esa visión es la vinculación de los órganos del Estado al Derecho, que no sólo tienen que respetar cuando actúan por sí mismos, sino que deben garantizar también para las relaciones en el ámbito interno de la sociedad. Porque hoy se reconoce que los derechos fundamentales no sólo garantizan la distancia entre Estado y ciudadanos, sino que deben vincular mediatamente también entre los miembros de la sociedad. Cuando en las relaciones humanas aparecen la opresión, la explotación o el poder, el Estado debe intervenir para generar las condiciones básicas de un orden libre y jurídicamente seguro; pues el «monopolio legítimo de la violencia» que pretende asumir le obliga a intervenir siempre que se ejerza una violencia ilegítima.

Este deber de protección del «Estado de Derecho» opera, debe ser subrayado, también en la tradición inglesa del *rule of law*. Es verdad que la fórmula del *rule of law*, que en cierto modo se corresponde con el «Estado de Derecho», solo con algunas cautelas puede ser contemplada como equivalente a él. Sirve también como abreviatura para la distinción procesal entre *question of fact* y *question of law*.³⁹ Pero, dado que los elementos esenciales de la declaración de derechos humanos de 1948 proceden justa-

³⁹ Steven H. Gifis, *Law Dictionary*, New York 1984, remite *rule of law* a *question of law* y no ofrece explicación alguna en el sentido del Estado de Derecho continental.

mente de la cultura jurídica anglo-americana, la perspectiva del desarrollo histórico no puede abrigar duda alguna acerca del anclaje fundamental de los mencionados elementos centrales en Inglaterra y en Norteamérica.

Los Estados occidentales europeos comenzaron desde 1945 con la reconstrucción del Estado de Derecho en el sentido de la *Universal Declaration of Human Rights*, por ejemplo retirando —como hizo Suiza— ciertas restricciones impuestas por la situación bélica,⁴⁰ reclutando cuando fue necesario nuevo personal en el ámbito judicial y depurando una vez más los principios fundamentales del Estado de Derecho. Los Estados del «bloque del Este» que simultáneamente se iba configurando no tomaron aún parte en ese proceso, tampoco podían hacerlo; porque habían caído contra su voluntad bajo el dominio de Stalin (Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Democrática de Alemania, Checoslovaquia, Hungría, Rumanía, Bulgaria). Tampoco entonces la España de Franco y el Portugal de Salazar podían ser contados aún entre los países libres. Pero resultaba evidente que al menos las clásicas democracias estaban decididas a avanzar por ese camino.

En Alemania Occidental, de cuyas tres zonas de ocupación (*Trizone*) surgió en 1949 la República Federal de Alemania con su nueva Constitución (Ley Fundamental o *Grundgesetz*, GG), el Estado de Derecho se acentuó de manera especial para destacar la diferencia con el nacionalsocialismo. El «Estado de Derecho» fue mencionado expresamente en el primer punto del artículo 28.1 GG, su contenido quedó fijado en el artículo 20.3 y, en conexión con el artículo 79.3, declarado como intangible. Esto supone en concreto: vinculación del legislador a la Constitución, vinculación de los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al Derecho. Como pilar esencial del Estado de Derecho se colocan ahora al frente de la Constitución los derechos fundamentales (artículos 1.3, 2 a 19, 101 a 104 GG), además de la división de poderes (artículo 20.2 GG) y la garantía de la tutela judicial frente a lesiones que sufra el particular «en sus derechos» (artículo 19.4 GG). Para brindar tal protección resultan competentes jueces independientes (artículo GG). La ciencia jurídica en las universidades y la jurisprudencia, ante todo la del Tribunal Constitucional Federal, han desarrollado a partir del imperativo del Estado de Derecho una serie de principios fundamentales adicionales, por ejemplo el mandato de protección de la confianza legítima, la prohibición de retroactividad de las cargas legalmente impuestas y la denominada

⁴⁰ Kley (cit. en n. 32), págs. 205 ss.

prohibición del exceso, que pretende limitar las necesarias intervenciones en las posiciones jurídicas individuales.⁴¹ Inicialmente resultó discutido si el «Estado de Derecho» comprendía también la idea del equilibrio social en cuanto elemento de la justicia o si debía ser entendido estrictamente como principio formal. La mayoría tendía a concebir el Estado de Derecho y el Estado social como compatibles entre sí, incluso como magnitudes interdependientes y, de ese modo, a dotar al Estado de Derecho también de un aspecto material.⁴² En realidad parece difícil denominar Estado de Derecho a un Estado que ofrece garantías formales de protección jurídica, pero que no brinda ayuda al necesitado para que pueda disfrutar de hecho de sus derechos. No obstante, fue quedando cada vez más claro en la discusión que entre Estado de Derecho y Estado social existe un antagonismo siempre que la redistribución social supone una intervención en el patrimonio de los *beati possidentes*. Redistribuciones que no impliquen intervención son a la postre sólo posibles, conforme a la experiencia, cuando se reparte el crecimiento material.⁴³

VI

Los procesos que las naciones emprendieron tras la Segunda Guerra Mundial para buscar su identidad, con la democracia y el Estado de Derecho como estrellas de referencia, encontraron una primera recapitulación de sus principios en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (CEDH).⁴⁴ En sus primeros dieciocho artículos recopilaba una vez más la tradición de los derechos humanos con la que, en referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948, se habían comprometido los Estados miembros del Consejo de Europa. En el Preámbulo se invoca ex-

⁴¹ A. Nussberger, «Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Strukturprinzip richterlichen Entscheidens in Europa», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Beilage I, 2013, págs. 36-44.

⁴² E. Schmidt-Aßmann, «Rechtsstaat», en J. Isensee-P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3.^a ed., Bd. II, Heidelberg 2004, § 26 (págs. 541 ss.).

⁴³ M. Stolleis, *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland*, Stuttgart 2003 (también publicado en inglés: *History of Social Law in Germany*, Heidelberg et al. 2013); del mismo autor *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 4, München 2012, págs. 211 ss., con más referencias.

⁴⁴ A. Nussberger, «Europäische Menschenrechtskonvention», en J. Isensee- P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3.^a ed., X, Heidelberg 2012, págs. 135-171.

presamente el «patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y a la preeminencia del Derecho» (*Rechtsstaatlichkeit* en la versión alemana, *rule of law* en la inglesa). A esa preeminencia del Derecho se dedican luego en especial los artículos 6 y 7, que consagran las garantías de un proceso justo ante los tribunales y el principio *nulla poena sine lege*. En la segunda parte del CEDH se constituye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. «Las resoluciones de este Tribunal», dice Eberhard Schmidt-Aßmann, «en especial acerca de la garantía de la tutela judicial del artículo 6.1 CEDH, han ampliado el desarrollo ante todo del aspecto procesal del principio del Estado de Derecho».⁴⁵ El alto rango que entretanto ha conquistado la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha contribuido esencialmente a que los estándares del Estado de Derecho europeo hayan trascendido del plano de los ideales hasta la praxis. Los derechos humanos y las libertades fundamentales constituyen hoy «el núcleo duro de elementos jurídico-subjetivos del Estado de Derecho, en los que se ha conseguido uniformidad hasta el detalle».⁴⁶

El CEDH de 1950 no solo formula en un importante documento de partida las esperanzas ideales de un mundo más justo acuñadas en las convulsiones de la guerra mundial. Se convirtió también, tras el final de los regímenes de Salazar en Portugal y de Franco en España, así como tras el final de la guerra fría y el desmoronamiento del imperio soviético en Europa del Este, en pasaporte para emprender un nuevo camino. En 1976, la nueva Constitución portuguesa prometió ya en el Preámbulo asegurar la primacía del Estado de Derecho. Desde 1982 declara en el artículo 2 que «la República de Portugal es un Estado de Derecho (*estado de direito*) democrático basado en la soberanía popular». En el artículo 9 se dice que «son tareas fundamentales del Estado... b) garantizar los derechos y libertades fundamentales y el respeto a los principios del Estado de Derecho democrático». La Constitución española de 1978 también manifiesta en el Preámbulo la voluntad de «consolidar un Estado de Derecho» y comienza en el artículo 1: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho».

Este modelo postdictatorial se muestra también en Europa del Este a partir de 1991. La Constitución checa de 1992 se identifica en su Preámbulo con los «principios consolidados del Estado de Derecho», declara que la

⁴⁵ E. Schmidt-Aßmann, «Der Rechtsstaat», cit., pág. 604.

⁴⁶ Schmidt-Aßmann, loc. cit.

República checa es «un Estado de Derecho democrático, unitario y soberano basado en el respeto a los derechos y libertades del hombre y del ciudadano» (artículo 1) y confirma en el artículo 9.2: «No es posible una reforma de los elementos esenciales del Estado democrático de Derecho». También la Constitución de la República eslovaca de 1992 comienza señalando: «La República eslovaca es un Estado democrático de Derecho soberano» (artículo 1), cuyos jueces constitucionales prometen «defender los principios del Estado de Derecho» (artículo 134). En el Preámbulo de la Constitución de la República de Bulgaria, del año 1991, los diputados proclaman su «decisión de crear un Estado democrático y social de Derecho», y en consecuencia se dice que «la República de Bulgaria es un Estado de Derecho. Se gobierna de conformidad con la Constitución y las leyes del país» (artículo 4/1). En fin, la Constitución de Rumanía de 1991: «El Estado rumano es un Estado social y democrático de Derecho, en el que la dignidad humana, los derechos y libertades de los ciudadanos, el libre desarrollo de la personalidad humana, la justicia y el pluralismo político representan los valores superiores y están garantizados». Los partidos que actúen contra el Estado de Derecho «son inconstitucionales» (artículo 37).

Es muy evidente que esos textos elaborados en 1991 y 1992 tienen una génesis común. Su misma uniformidad muestra que, pese a todas las divergencias en las cuestiones singulares, el modelo europeo no estaba en cuestión. En todas partes se invoca la consonancia entre derechos fundamentales, Estado social, democracia y Estado de Derecho. En todas se reconoce una conexión directa entre Estado de Derecho y libertades fundamentales. Las libertades fundamentales garantizan el Estado de Derecho y éste asegura, por su parte, las libertades. Esta construcción de garantías que se apoyan recíprocamente descansa sobre los fundamentos de la democracia y de la soberanía popular que legitima el conjunto. Hasta aquí llega, en definitiva, el modelo orientador.⁴⁷

La realidad ha ido siguiendo lentamente su estela en las dos décadas transcurridas desde entonces. Atendiendo a los 50.000 recursos anuales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo procesamiento estadístico puede consultarse en internet, las demandas procedentes de Europa del Este se sitúan en cabeza. En el 58% de los casos se invocan las garantías

⁴⁷ K.-P. Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen 1997, págs. 205 ss.

del proceso equitativo y las dilaciones procesales, en un 11% la lesión de los derechos a la vida y a la salud, las torturas y los tratos inhumanos o degradantes.

El rango que ha alcanzado en Europa el principio del Estado de Derecho no supone, por supuesto, que la realidad jurídica se ajuste a los estándares normativos en todos los Estados integrados en el Consejo de Europa. Nadie será tan ingenuo como para aceptarlo. La propia avalancha de procesos en Estrasburgo ofrece un mensaje claro. Pero los estándares del Estado de Derecho son reconocidos. El Tribunal de Estrasburgo los convierte paso a paso en resoluciones vinculantes.⁴⁸ Quienes en todos los países de Europa buscan el amparo del Derecho sin encontrar ayuda en sus jurisdicciones nacionales encuentran allí al menos un Tribunal independiente que los escucha y les brinda reconocimiento jurídico en la medida en que se lo permiten sus medios; porque no dispone de un aparato de ejecución capaz de penetrar las fronteras de los Estados.⁴⁹ Una *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (*Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, EuGRZ) acompaña también desde 1974 este proceso de formación de estándares del Estado de Derecho.

«En resumen», concluye Schmidt-Aßmann, «hoy puede hablarse de un acervo fundamental común europeo, que junto a los elementos mencionados comprende también las ideas jurídicas de la proporcionalidad y de la tutela de la confianza legítima».⁵⁰ Este patrimonio no es rígido, sino que también incorpora modalidades especiales, por ejemplo en Francia y en Inglaterra, pues ambos países, aunque de nuevo en formas muy diferentes, atribuyen un peso mayor a la legitimidad de la ley parlamentaria que al control de su constitucionalidad. «Mas, en su conjunto, se ha formado un marco jurídico para la idea del Estado de Derecho en cuyo interior pueden ser abordados todos estos problemas y comparados los resultados que ofrecen las diferentes respuestas nacionales».⁵¹

El Tratado europeo de Maastricht de 1992 confirma este diagnóstico. En su artículo 6.1 funda la Unión Europea sobre «los principios de libertad,

⁴⁸ A. Nussberger, «The Concept of «Jurisdiction» in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Current Legal Problems*, vol. 65 (2012), págs. 241-268.

⁴⁹ A. Nussberger, «Auf der Suche nach einem europäischen Konsens – Zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte», en *Rechtswissenschaft* 2012, Nr. 2, págs. 197-211.

⁵⁰ Schmidt-Aßmann, op. cit., pág. 603.

⁵¹ Schmidt-Aßmann, op. cit., págs. 603 s.

democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros». Esto muestra que con el postulado del Estado de Derecho se ha alcanzado sobradamente el nivel de un *ius commune publicum* europeo, un Derecho común formado a través de los siglos y asumido como convicción fundamental por los pueblos de Europa con tanta intensidad que una Constitución europea apenas podría renunciar a apelar de forma solemne al «Estado de Derecho». La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 18 de diciembre del año 2000, que debe ser entendida como la sección adjunta al Tratado de la Unión consagrada a los derechos fundamentales, cita en su Preámbulo «los principios de la democracia y el Estado de Derecho», así como las «tradiciones constitucionales comunes», y sigue con los derechos fundamentales clásicos (artículos 1 a 26, 27 a 46) y los derechos procesales que desempeñan un papel central para el Estado de Derecho (artículos 47 a 50).

Como resultado cabe decir: sin duda existe en Europa una *longe durée* de la idea conforme a la cual los señores, las autoridades, los Estados, deben someterse al «Derecho» en todo lo que hagan. Por «Derecho» puede entenderse aquí tanto el Derecho transpositivo (Derecho divino, Derecho natural) como el positivo (*leges fundamentales*, Derecho constitucional, Derecho legal y reglamentario, Derecho consuetudinario). Las personas, dice el mensaje común de este pensamiento articulado una y otra vez, no deben padecer bajo la arbitrariedad, la corrupción o la violencia. Deben ser oídas y recibir «su» derecho en un proceso justo. Debe imperar la igualdad, sea «entre iguales» en la sociedad estamental, sea para todos en las sociedades democráticas, igualdad «ante la ley». ⁵² En este sentido debe tratarse de un *government of law, not of men*, debe imperar el Derecho (*rule of law*) y el Estado en su conjunto ha de ser un «Estado de Derecho», una expresión que hoy se ha extendido a casi todas las lenguas europeas.

Inseparables de la idea europea del Estado de Derecho son las garantías de las libertades fundamentales, que partiendo de la historia constitucional inglesa y de los movimientos constitucionales americano y francés del siglo XVIII, fueron proclamadas en cada vez más constituciones europeas. Con la formación de nuevos Estados nacionales en los siglos XIX y XX en todo el

⁵² M. Stolleis, «Historische und ideengeschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes», en R. Wolfrum (ed.), *Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz*, Heidelberg 2003, págs. 7-22.

mundo, los catálogos de libertades fundamentales pasaron a integrarse en el patrimonio cultural de la humanidad, fueron proclamadas solemnemente por las Naciones Unidas en 1948 y podría decirse que a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos retornaron de nuevo a Europa. Su aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo conforma un capítulo propio, aunque también esforzado, de la concretización del Estado de Derecho.

El Estado de Derecho como «idea» permanece a irreductible distancia de la realidad política de los Estados. Esa realidad de las administraciones, los tribunales y las prisiones no garantiza ciertamente «justicia», sino, en el mejor de los casos, «Estado de Derecho», que naturalmente puede mostrar en la práctica todas sus debilidades, pero que en cualquier caso resulta preferible a la ausencia del Derecho empaquetada en frases altisonantes. Perseguir el Estado de Derecho es por tanto más realista y más adecuado a las fragilidades de la naturaleza humana, dado que, frente a lo que ocurre con la inalcanzable «justicia», puede ser puesto en práctica aquí y ahora. Su fortaleza esencial radica en su ancaje histórico en la cultura europea. No es un fantasma, sino una idea realista.

