

LA IDEA DEL ESTADO DE DERECHO: SU SURGIMIENTO, EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD

GIORGIO RIDOLFI*

RESUMEN: En un sentido general, el estado de derecho puede definirse como el sistema político en que se hallan definidos los límites formales para el ejercicio del poder en un territorio determinado. Este concepto surge explícitamente en Alemania al comienzo del siglo XIX, y de ahí se difundió en gran parte de Occidente. Sin embargo, se encarna en él una exigencia que ya se manifestó al comienzo de la edad moderna, cuando al sistema centrífugo del feudalismo se substituyó la centralización típica del absolutismo (o bien de los que se pretendían estados absolutos). Entonces, las ideas de estado de derecho y absoluto nacen esencialmente al mismo tiempo. No obstante, la superación del absolutismo significa una evolución del estado de derecho, que asume características diferentes en Alemania, Francia y Estados Unidos (donde en realidad se utiliza el concepto anglosajón de *rule of law*). Consiguientemente, el siglo XX vio el surgimiento de estados constitucionales de derecho, en los cuales a menudo los derechos de los ciudadanos se hallan cuidadosamente mencionados en un documento escrito. Pero ¿las diferencias que subsisten entre las varias constituciones occidentales nos permiten desarrollar un concepto que hoy también no quede demasiado general y vago?

PALABRAS CLAVE: feudalismo, estado absoluto, Prusia, *rule of law*, *judicial review*, estado constitucional

ABSTRACT: Very generally speaking, we can define *estado de derecho* (which has not an english translation) as a system in which formal limits to the exercise of the power in a certain territory are defined. This concept emerges explicitly in Germany at the beginning of the Nineteenth century, and spreads then in most of the West. Nevertheless, we can detect in it a requirement that already had appeared at the beginning of the Modern Age, when the characteristic centralization of absolutism (or rather of those State which interpret themselves as absolutist) replaced the centrifugal system of feudalism. Thus, the ideas of *estado de derecho* and absolutist state essentially emerge at once. However, the overcoming of absolutism implies an evolution of the *estado de derecho*, which takes different forms in Germany, France, and United States (where actually the Anglo-Saxon concept of rule of law is utilized). Therefore, the Twentieth century saw the birth of constitutional *estados de Derecho*, where citizens' rights are often thoroughly mentioned in written documents. And then, do the differences among the various Western constitutions allow us to develop nowadays a concept, which does not yet remain too general?

KEYWORD: feudalism, absolutist state, Prussia, *rule of law*, *judicial review*, constitutional state

SUMARIO: 1. PREMISA. 2. LAS CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO FEUDAL. 3. ¿EXISTIÓ VERDADERAMENTE EL ESTADO ABSOLUTO?. 4. EL ESTADO DE DERECHO, DESDE EL REINO DE PRUSIA A LA ALEMANIA UNIFICADA. 5. RULE OF LAW Y ÉTAT DE DROIT. 6. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

* Investigador, de la Universidad de Pisa.

1. PREMISA

La noción de estado de derecho no surgió autónomamente ni en Italia ni en España. En ambos casos apareció a principios del siglo XX como un molde del lema alemán *Rechtsstaat*, que ya tenía más de un siglo de historia. Al menos desde las guerras napoleónicas, España se hallaba en una profunda crisis, sobre todo de identidad, y había perdido la guía cultural en Europa que poseyó en otras épocas. La misma guía cultural Italia la tuvo y la perdió mucho antes que España, pero a principios del siglo XX era, o bien se pretendía, una potencia emergente, y había vivido experiencias políticas parecidas a las alemanas: en primer lugar, una fragmentación de siglos de su territorio y una unificación solo recién alcanzada. Pese a esto, subsistía una diferencia fundamental: Italia había padecido siglos de dominaciones extranjeras, mientras que Alemania se halló *siempre* dividida en estados “alemanes”. Esto favoreció aquí obviamente un desarrollo más lineal y unitario de una cultura nacional, que encarnó para los italianos un importante modelo a imitar.

En Francia también se empieza a utilizar la expresión *État de droit* en el mismo periodo y como un molde del mismo lema alemán. Pero, como veremos, ella desarrolla aquí algunas declinaciones autónomas; lo que *a fortiori* acaece en la cultura jurídica anglosajona, que se distingue diametralmente de la alemana al utilizar la locución característica de *rule of law*. Seguramente, cabe subrayar, no es raro que crítica o acriticamente se traduzca *rule of law* con estado de derecho; y no se puede asimismo negar que, en una época de intercambio en todos los ámbitos, como es la nuestra, la evolución de los conceptos acabe por perfilar un paulatino entrelazamiento entre ellos y las culturas jurídicas que expresan. Pese a esto, para que el trabajo científico quede siempre fundado en su complejidad, las diferencias deben siempre ser tenidas en cuenta¹.

Con esto dicho, podemos ahora preguntarnos si es posible al comienzo proporcionar una primera definición general, más aún, generalísima, de estado de derecho; una definición que abarque unitariamente todas sus declinaciones históricas, sin perjuicio para las diferencias particulares. En nuestra opinión se puede responder afirmativamente así: la idea de estado de derecho atañe a los límites que el derecho debe saber imponer al poder constituido dentro de una determinada comunidad política. Luego a esta definición se puede añadir que, al hablar de comunidades políticas regidas por

1 Una referencia indispensable para estas reflexiones iniciales, tal y como para muchas de las que seguirán a continuación, es a la colección de ensayos Pietro Costa, Danilo Zolo (a cura di) *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002. También fundamental, sobre todo por una rigurosa taxonomía de los significados posibles del concepto de estado de derecho, así como por una panorámica de la literatura castellana sobre este argumento, es Rafael de Asís, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1999. Sobre la posibilidad de acercar estado de derecho y *rule of law*, véase Neil MacCormick, “*Der Rechtsstaat und die rule of law*”, en: *Juristenzeitung*, no. 39, Tübingen, Mohr Siebeck, 20 de enero 1984, pp. 65-70. Por último, para una bibliografía, que se refiere sobre todo a la experiencia alemana, me permito de indicar Giorgio Ridolfi, *Percorsi nella cultura giuridica tedesca del XIX secolo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 12-13.

un poder constituido central, parece obviamente obligatorio en la modernidad hacer referencia a la máxima entre ellas, que precisamente es el estado.

Otras dos aclaraciones son fundamentales. La primera concierne a la indiferencia absoluta de este concepto generalísimo hacia el de democracia, pese a la coincidencia que nuestra actualidad política parece imponernos. La segunda concierne al mismo concepto de estado, que en nuestro discurso tiene que ser asumido en un sentido particular, aunque problemático, precisamente el de “estado moderno”. De hecho, con estado puede entenderse cada porción de territorio físico en el cual una estructura política cualquiera (monárquica, oligárquica, o bien democrática) ejercita un poder continuo y eficaz, pudiendo hacer frente a quien no cumple con sus *órdenes* a través de la fuerza pública (de cuyo ejercicio tiene el monopolio, como decía Max Weber). Pero, así entendido, su definición parece adecuada a cada poder surgido en la historia política de la humanidad, igual que se le llame estado o no. Cuando hablamos en cambio de estado de derecho, hacemos referencia al tipo de estado que nació al final de la edad media, al cumplirse la crisis del sistema económico-político llamado feudalismo. *Más bien, se puede afirmar que el estado de derecho es un intento de resolver los problemas que surgieron con la crisis del estado feudal y el nacimiento del estado moderno, que tiene las características problemáticas del estado absoluto*².

2. LAS CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO FEUDAL

Desde un punto de vista jurídico, una larga tradición de estudios ha caracterizado la transición del estado feudal al estado moderno, como transición de una concepción del poder típica del derecho privado a una típica del derecho público. En el sistema feudal, el poder político central, esto es el del emperador y luego de los reyes poseía una fuerte legitimación religiosa, pero su alcance efectivo dependía (hacemos una vez más referencia a Max Weber) del potencial carismático de quienes concretamente lo encarnaban. En los hechos, el sistema tenía en sí características centrífugas, que se intensificaban en caso de soberanos débiles o herencias controvertidas. Además, *él* se estabilizó como delegación fiduciaria de la administración de los territorios periféricos, lo que a menudo significaba un reconocimiento, que la autoridad central hacía por medio de la investidura formal de vasallos, de un poder que éstos ya factualmente ejercían. Y la investidura misma era sí una ceremonia de significativo valor religioso, pero escondía en sí un mecanismo mucho más prosaico del tipo contractual.

Entonces, la relación que surgía entre el dueño y su vasallo preveía obligaciones recíprocas. Además de homenajes más o menos formales, las del vasallo consistían en su

2 Utilizamos aquí, como parcialmente a continuación, la terminología y los análisis de Perry Anderson, un erudito de tradición marxista, pero crítico de algunas simplificaciones del marxismo. Haremos referencia sobre todo a Perry Anderson, *El Estado absolutista*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 1979 (1974).

participación en la creación de los ejércitos que necesitaban al dueño para combatir sus numerosas guerras. Pero, de otro lado, esto suponía una amplia libertad del vasallo para operar en su territorio como un soberano independiente, más que autónomo, dado que a menudo se le reconocían facultades típicas de la soberanía moderna: la defensa armada, la administración de la justicia y la acuñación de la moneda. Además, el carácter sinalagmático del vínculo permitía denunciar su eventual infracción por parte del dueño, lo que constituía un fuerte poder de chantaje, que podía utilizarse también como un medio para arrancar concesiones de soberanos ineptos. Finalmente, el carácter sacramental de este vínculo permitía interpelar a una tercera figura, la del Papa, que siempre se hallaba en lucha con los soberanos laicos por la supremacía temporal y, entonces, siempre era dispuesto a escuchar las quejas de los feudatarios descontentos.

Sin embargo, debe notarse que la visión del feudalismo aquí presentada, más que a la realidad de la edad media como las fuentes nos la describen, corresponde a la idea que de este fenómeno se hicieron, o bien quisieron hacerse, las épocas que la siguieron. Ésta era una construcción en gran medida ficticia, pero, como se verá más claro en lo que diremos a continuación, para nosotros quizás más interesante de la realidad misma. Seguramente, esta idea dominó los estudios sobre la edad media hasta el siglo XX, y todavía puede leerse en las síntesis de muchos manuales. Sólo en las últimas décadas importantes estudios se enfrentaron con algunos de sus rasgos fundamentales: los de la estructura piramidal del poder, la exclusividad del vínculo feudal, la estandarización de los tipos de vínculos y de investidura, la persistencia del modelo feudal como mínimo desde la época carolingia³.

En cualquier caso, por encima de estas diatribas exegéticas, puede afirmarse que el sistema feudal siempre tuvo en sí los gérmenes de su disolución: una conflictividad continua, la imposibilidad de encontrar límites estables al ejercicio del poder y la exclusión política de la burguesía mercantil, que desde hacía tiempo constituía la parte más dinámica de las sociedades europeas occidentales. Aunque con procesos de desarrollo y velocidades diferentes, la situación entró en crisis en la última parte de la edad media, cuando transformaciones socioeconómicas de estructura también causaron una transformación de los mecanismos políticos vigentes. No es por casualidad que la fecha que convencionalmente se eligió para indicar el final de la edad media es la del descubrimiento de América en 1492; un acaecimiento que marca entre otras cosas la extensión definitiva de los mercados, su primera globalización y la consiguiente obsolescencia de las antiguas estructuras propietarias.

3 El libro que describe por excelencia la versión moderna de esta visión clásica del feudalismo es François Louis Ganshof, *El feudalismo*, Barcelona, Ariel, 1963 (1944), mientras que, después de un largo periodo de contestaciones, las críticas más radicales le provinieron de Susan Reynolds, *Fiefs and Vassals. The Medieval Evidence Reinterpreted*, Oxford, Oxford University Press, 1994. Todo el debate del siglo XX se reconstruye, intentando de clarificar algunos entre los rasgos más controvertidos, en Giuseppe Albertoni, *Vassalli, feudi, feudalesimo*, Roma, Carocci, 2015.

3. ¿EXISTIÓ VERDADERAMENTE EL ESTADO ABSOLUTO?

Pese a lo que hemos dicho, el feudalismo siguió viviendo en Europa dentro de la edad moderna, aunque en formas diferentes. Más bien, paradójicamente solo ahora se presentaron en la Europa oriental las condiciones adecuadas para el desarrollo de los vínculos feudales, que en algunos casos resistirán hasta el siglo XX. Pero, tampoco en la Europa occidental se asistió a su *rápida liquidación*. En Francia, por ejemplo, estos vínculos siguieron vigentes hasta la revolución de 1789 como medio de legitimación formal de los privilegios de la aristocracia. Sin embargo, hablar de privilegios y no *más* de vínculos contractuales ya implica la transición a una interpretación del poder como instancia de derecho público, conforme a la cual el titular del poder central, que es un poder absoluto, asigna y legitima todos los privilegios, tutelando su ejercicio, pero asimismo vigilando los mismos. Esto es lo que ocurrió en los tres grandes estados nacionales que aparecieron en la política europea al final de la edad media y estrenaron la edad de los llamados estados absolutos (por que fueron regidos por soberanos absolutos): España y Inglaterra, además obviamente de Francia. Pero, ya a primera vista, esta simplificación histórica presenta deficiencias.

Por ejemplo, la unificación española se realizó “artificialmente” a través de la boda entre Fernando II de Aragón y Isabel I de Castilla y quedó siempre amenazada por los particularismos locales, cuyos efectos todavía pueden verse en las actuales cuestiones vasca y catalana. Esto se acentuará obviamente al hallarse posteriormente el reino dividido en tres bloques, difíciles de mantener juntos: los territorios originarios en la península ibérica, las demás posesiones europeas de la corona y las tierras colonizadas en las Américas. Entonces, “*el Estado que presidió este vasto imperio era en sí mismo un montaje destartado, unido tan sólo, en último término, por la persona del monarca*”⁴, para el cual consiguientemente, durante largos periodos, el poder absoluto no fue más que una simple aspiración.

Por lo que atañe a Inglaterra, como es sabido, nunca perdió vigencia la Carta Magna, el documento a través del cual el rey Juan sin Tierra se comprometió solemnemente en 1215 a reconocer las prerrogativas de los barones del reino. Además, las dimensiones restringidas del país habían producido una rápida unificación administrativa, que reconocía la autoridad central del monarca, pero le oponía un único parlamento “nacional” bicameral provisto de funciones fundamentales: el consentimiento formal a la actividad legislativa del rey y un juicio, a menudo obligatorio, sobre la fiscalidad y, entonces, sobre la creación de cuerpos de expedición militares. Asimismo, debe notarse que *más tarde* en la cámara baja, la llamada *cámara de los comunes*, se halló representada sobre todo la nobleza pequeña y media (*gentry*) que se era enriquecida a través de la confiscación de las tierras eclesiásticas después de la reforma luterana y había logrado un poder del tipo moderno, mercantil. Esta evolución particular se explica sobre todo con la insularidad del país, difícil a atacarse del exterior y entonces,

4 Anderson, *El Estado absolutista*, op. cit., p. 57.

menos necesitado de fundar privilegios y prerrogativas sociopolíticas sobre el ejercicio de las armas. Se puede así comprender los motivos por los que los ingleses ya pudieron ajustar cuentas con el absolutismo después de sus últimas llamaradas del siglo XVII, cuando la Gloriosa Revolución (1688-1689) inició aquel proceso de diseminación de las decisiones políticas que, aunque lentamente, provocará el desarrollo precoz de un sistema esencialmente democrático.

Sin embargo, tampoco para Francia vale del todo el paradigma absolutista. El final de la época feudal dejó surgir los tres grandes protagonistas de la historia francesa en los siglos sucesivos: el rey, la nobleza y la burguesía. El elemento débil de este sistema era por supuesto la nobleza, cuya preordinación sociopolítica se contraponía a lo necesario para la expansión del comercio. En cambio, indudable era la fuerza de la burguesía, que aspiraba a jugar el papel del protagonista de la nueva época. Pero, un más amplio nivel de laicidad de los mecanismos de legitimación del poder no significaba todavía el final del orden tradicional, del que el soberano mismo era su expresión. Según Perry Anderson, desmintiendo al propio Marx, el estado absoluto puede interpretarse como un compromiso factual entre el soberano y la aristocracia para seguir excluyendo la burguesía del poder político. Entonces, *“el Estado absolutista nunca fue un árbitro entre la aristocracia y la burguesía ni, mucho menos, un instrumento de la naciente burguesía contra la aristocracia: fue el nuevo caparazón político de una nobleza amenazada”*⁵.

Pese a esto, sería un error tratar el absolutismo francés como un sistema estático, cuyas partes respetaban su tarea asignada, puesto que la historia francesa está marcada por la impaciencia de la nobleza frente a su marginalización política. Así, ella estaba siempre lista a disfrutar todas las sedes de su poder, sobre todo los llamados parlamentos, que eran tribunales administrativos. Por su parte, los soberanos a menudo intentaban poner freno a esta impaciencia, coqueteando con la burguesía e incluyendo (de pago) algunos de sus miembros en la llamada “nobleza de toga” (que concurría con la tradicional “nobleza de espada”). De ahí que el único soberano verdaderamente absolutista de la Francia moderna quizás pueda considerarse a Luis XIV, el Rey Sol que reinó de 1643 a 1715 y consiguió vincular a la gran nobleza en el sistema de privilegios de la corte de Versalles, reducir sus veleidades políticas y crear un bloque central de poder, con la marginalización de los poderes provinciales. Pero, en retrospectiva, este sistema pudo funcionar solamente por medio de un carisma extraordinario, tal y como ocurrió en parte durante la regencia de hecho del cardenal Richelieu, primer ministro de 1624 a 1642. Los sucesores del Rey Sol no poseerán ciertamente su carisma, lo que desembocará nuevamente en desacuerdos en el país y provocará el término del equilibrio, hasta el estallido de la revolución.

Esta larga digresión nos permite traer una primera conclusión. Por supuesto, la revolución francesa, con los debates que la precedieron y siguieron, representa una pri-

5 Ivi, op. cit. p. 12.

mera expresión explícita de las exigencias típicas del estado de derecho, sobre todo si lo tomamos en su versión más moderna, como reconocimiento de derechos políticos universales. Pese a esto, también las reivindicaciones de derechos particulares y exclusivos en la Carta Magna o en las presiones de la aristocracia francesa respetaban la misma exigencia de individuación de los límites formales de un poder soberano que se pretendía absoluto, al repetir la antigua fórmula “*hoc volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas*”. De ahí que pueda tal vez determinarse un surgimiento común e indisoluble de las ideas de estado absoluto y de derecho, cuya dialéctica marcará los siglos de la edad moderna hasta el comienzo del siglo XIX.

4. EL ESTADO DE DERECHO, DESDE EL REINO DE PRUSIA A LA ALEMANIA UNIFICADA

De todos modos, como dijimos desde el principio, la cultura alemana es paradójicamente el ámbito donde nació explícitamente la idea de estado de derecho. Decimos paradójicamente porque, al comienzo de la edad moderna, los territorios alemanes ensayaron un desarrollo diferente del descrito para los estados occidentales. Ellos se encontraron incluso en una estructura política como el Sacro Romano Imperio Germánico que todavía conservaba, al menos formalmente, todas las características del estado feudal. En realidad, los poderes de la autoridad central se apagaron paulatinamente y al título de emperador quedó un sentido poco más que honorífico; mientras que el territorio se hallaba dividido, por una parte, en principados eclesiásticos, pequeñas posesiones y ciudades libres, que evidenciaban similitudes con la fragmentación típica de la Italia septentrional y por otra, en estados más amplios que gozaban esencialmente de una independencia cercana a la de los estados de la Europa occidental. Y, entre estos, el que más tarde será el motor de la unificación, es decir Prusia, es también el lugar donde principalmente se elaboró la idea, teórica y práctica del estado de derecho⁶.

Prusia entró en el juego político europeo a mitad del siglo XVII. Se dividía en la práctica en dos partes: la oriental, en la que se hallaban las raíces feudales de su aristocracia (los *Junker*) y que estaba fuera de la jurisdicción del Imperio; y la occidental, donde estaba su capital Berlín y que se abrió progresivamente a la modernidad. Si en su historia el ducado de Prusia (que se volvió en reino sólo en 1701) se caracterizaba por la dominancia de la nobleza sobre una dinastía débil, la situación mudó de repente en este periodo al aparecer soberanos dotados de una visión más amplia. El duque Federico Guillermo (el Gran Elector) y el rey Federico Guillermo I (el Rey Sargento) transformaron los privilegios tradicionales de la aristocracia en prerrogativas reconocidas a sus miembros conforme al servicio rendido en los dos grandes sistemas que regían el estado, la burocracia y el ejército.

6 Sobre las etapas fundamentales de la historia jurídico-política alemana, véase Michael Stolleis, *Introducción al Derecho público alemán (siglos XVI-XIX)*, Madrid, Marcial Pons, 2018 (2014).

Pero, encarnó casi por antonomasia el carácter absoluto del poder monárquico el rey Federico II (en el trono de 1740 a 1786) ni por causalidad, ni sin razón llamado el “Grande”. En realidad, suele encuadrarse a Federico II, así como otros soberanos del tiempo como Catarina II (la Grande) de Rusia y José II de Austria, en el llamado absolutismo ilustrado; un tipo de absolutismo que, como dice el adjetivo, se manifiesta en medidas de reformas que, como mínimo según las intenciones, querían aumentar la eficiencia del estado y asimismo el bienestar de sus súbditos. Así, Federico dio el primer estímulo fundamental para la codificación en Prusia, que se completó después de su muerte en 1794 y que representa evidentemente la primera etapa para la realización del principio básico del estado de derecho, el de la limitación formal del poder del soberano y de sus delegados. Sin embargo, no debe olvidarse que la acción de la reforma y de codificación de Federico II todavía se inscribe al amparo de un eficaz poder carismático y, entonces, de una actitud política que, por encima de sus realizaciones, está a las antípodas de la descrita idea de estado de derecho. Paradójicamente los acaecimientos, sobre todo por supuesto los revolucionarios de Francia, forzaron a los sucesores de Federico II, más conservadores y menos capaces de administrar el estado, a introducir límites, aunque suaves, a su arbitrio político⁷.

De todos modos, uno de los mayores admiradores de Federico II fue su contemporáneo Immanuel Kant (1724-1804) generalmente reconocido como uno de los padres del concepto de estado de derecho. En los hechos, Kant jamás utiliza el término *Rechtsstaat* y, aunque a veces utilice la locución latina *status iuridicus*, la entiende como sinónimo de “condición jurídica”, oponiéndose a la condición sin leyes del estado de naturaleza, y no la específica que vendrá después. Si bien la crítica no es concordante, se suele considerar la doctrina política de Kant como el arquetipo de la concepción liberal del estado de derecho: puesto que Kant reconoce la libertad como único derecho inherente, es decir, válido en el estado de naturaleza, su estado jurídico debe caracterizarse como una condición en la cual todo el mundo posee las mismas condiciones iniciales para disfrutarla. Entonces, igualdad no puede más que significar que todo el mundo tiene las mismas posibilidades de desarrollar su vida libremente, sin que el estado tenga ni la obligación ni el derecho a intervenir para corregir desajustes eventuales⁸. El paternalismo, esto es

7 La acción de codificación prusiana se substanciará en 1791 en una primera versión del código, llamada *Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten*, que nunca entró en vigor porque fue juzgada demasiado progresista; y su revisión de 1794, el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*. Sobre la acción de codificación en la época de Federico II, y en particular sobre la figura de su autor más importante Carl Gottlieb Svarez, se vean Hermann Conrad, *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten von 1794, Köln-Opladen*, Westdeutscher Verlag, 1958, y Milan Kuhlí, *Carl Gottlieb Svarez und das Verhältnis von Herrschaft und Recht im aufgeklärten Absolutismus*, Frankfurt a.M., Klostermann, 2012 (que cuestiona en realidad la supuesta actitud progresista de Svarez). Sobre las reformas políticas en Prusia después de Federico II, el texto de referencia es Reinhardt Koselleck, *Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, Stuttgart, Klett, 1981 (1975).

8 Esta visión liberal, mejor liberalista, del estado de derecho se exprime particularmente en Gottfried Dietze, *Kant und der Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1982; Manfred Brocker, *Kant über Rechtsstaat und Demokratie*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006; y Joachim Hrus-

la voluntad del Estado de imponer a sus ciudadanos, mejor, *súbditos*, lo que considera su real bienestar, “es el mayor *despotismo* imaginable”⁹. Y esta posición es esencialmente compartida por el otro prusiano “padre” del estado de derecho, Wilhelm von Humboldt, que tampoco habla de *Rechtsstaat*, pero escribe en 1792 un libro que se titula “*Los límites de la acción del Estado*”¹⁰. Asimismo, parece oportuno notar que Humboldt es, por algunos rasgos, más significativo que Kant, sirviendo concretamente en la administración prusiana como ministro y embajador y hallándose envuelto en la ya descrita evolución del poder en Europa después de la revolución francesa (de la cual fue testigo ocular) y de los demás levantamientos que la siguieron.

El desarrollo concreto del concepto de estado de derecho en la Alemania antes de la unificación se debe principalmente a dos eruditos: Friedrich Julius Stahl (1802-1861) y Robert von Mohl (1799-1875).

Stahl era un bávaro judío, que se convirtió al luteranismo y vivió el tramo más importante de su actividad teórica en Prusia, donde fue uno de los concejeros más escuchados del rey Federico Guillermo IV. Stahl asumió la concepción “sacra” del poder público típica del luteranismo y fue, entonces, un conservador que se oponía a contestar abiertamente los privilegios de la nobleza (a la que no pertenecía) y sobre todo el arbitrio absolutista del soberano. Pese a esto, como experto observador de las dinámicas políticas, *él se daba cuenta* de que el viejo sistema ya no podía soportar los desarrollos sociales y económicos *más recientes*, y que, además de las necesarias correcciones, no podía seguir basándose sobre anticuados principios (metafísicos) de legitimación. De hecho, éstos necesitaban como mínimo una formalización, y de ahí él elaboró su definición de estado de derecho, tan feliz que la repitieron muchos eruditos

chka, *Kant und der Rechtsstaat und andere Essays zu Kants Rechtslehre und Ethik*, Freiburg i.B.-München, Karl Alber, 2015. En cambio, para leer la obra de Kant de una manera más *cercana a la moderna concepción del welfare state* véase: Matthias Schmidt-Klügmann, “Überlegungen zum modernen Sozialrecht auf der Grundlage der praktischen Philosophie Kants”, en: *Archiv für Rechts- und Sozialpolitik*, no. 71, Stuttgart, Franz Steiner, 1985, pp. 378-403; Allen D. Rosen, *Kant's Theory of Justice*, Ithaca-London, Cornell University Press, 1993; y Gerald Söchting, *Eigentum und Sozialhilfe. Die eigentumstheoretischen Grundlagen des Anspruchs auf Hilfe zu Lebensunterhalt gem. § 11 Abs. 1 BSHG nach der Privatrechtslehre Immanuel Kants*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995. Finalmente, una lectura “socialista” es la de Harry van der Linden, *Kantian Ethics and Socialism*, Indianapolis-Cambridge, Hackett, 1988.

9 Immanuel Kant, *Teoría y práctica. En torno al tópico: «eso vale para la teoría pero no sirve de nada en la práctica»*, en Immanuel Kant, *¿Qué es la ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, Madrid, Alianza Editorial, 2004 (1793) p. 207.

10 Al menos éste es el título de su edición castellana (Madrid, Tecnos, 2009 [1792]) editada y presentada por Joaquín Abellán, que es también el autor de la monografía posiblemente más importante sobre Humboldt como filósofo de la política y del derecho, *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981. El título original de la obra de Humboldt es el más articulado *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu begrenzen* (“*Ideas para un intento de determinar los límites de la actividad del estado*” como se contiene en la versión mexicana de este opúsculo traducida por el filósofo español Wenceslao Roses en la obra de Guillermo de Humboldt “*Escritos Políticos*”, Fondo de Cultura Económica, México, 1943, pp. 87-154).

que absolutamente no compartían sus visiones conservadoras. Según Stahl, un estado de derecho: “*tiene que determinar con precisión y de una forma segura las líneas y los límites de su eficacia, así como la esfera de libertad que pertenece a sus ciudadanos, y no debe realizar (alcanzar con la fuerza) las ideas éticas con medios públicos en un sentido más amplio del que se le permite a la esfera jurídica*”¹¹.

Tomada en sus *términos específicos*, esta definición parece no implicar mucho más que una tautología: el estado de derecho es un estado que tiene un derecho cualquiera, sin importar cuál sea. No obstante esto, representaba un fundamental paso adelante, como mínimo porque significaba el reconocimiento de la certeza como característica constituyente del derecho. Si es verdad que para Stahl en el estado la autocracia del soberano puede seguir representando la fuente principal del derecho, y que el privilegio ligado al nacimiento o a algo más sigue ofreciendo un contenido posible de la ley¹², existen ahora procedimientos rígidos para crear el derecho, así como para revocarlo. El “Rubicón” de la limitación del arbitrio del soberano, esto es del absolutismo, había sido formalmente franqueado, y no será posible ya dar vuelta atrás.

Otra curvatura a la idea de estado de derecho se la dio Robert von Mohl, un erudito que pasó su vida sobre todo en los estados de Württemberg y de Baden (pero pudo también jugar un papel político en el recién nacido estado unificado). Esto resulta en su opinión que la esencia del estado de derecho consiste en el hecho de que: “*él protege y sostiene el desarrollo de todas las fuerzas naturales reconocidas por el pueblo como fines vitales del individuo y de la colectividad. Con este fin, de un lado, él asegura que todas las acciones de sus miembros y del poder organizado de gobierno se desarrollen solo en el ámbito de un ordenamiento jurídico omnicompreensivo, y se preocupa que, dentro de sus límites, esto es en las relaciones de los individuos entre sí como en las relaciones con sus partes, el derecho no sea violado en todo lo que atañe a la vida; de otro, él sostiene el desarrollo de las varias fuerzas y de los intereses de sus miembros que derivan de él, en la medida en que sus fuerzas no son suficientes y el objeto legítima el uso de la fuerza colectiva*”¹³.

Como es evidente en las últimas líneas, estamos aquí mucho más allá de la neutralidad liberal de Kant y Humboldt. Según Mohl, el estado tiene que intervenir activamente para reequilibrar situaciones desfavorables que se crean en perjuicio de los perjudicados, como ocurre en las catástrofes naturales, o bien con faltas excusables por la complejidad social, como en el caso de los daños que producía la competencia desenfrenada

11 Friedrich Julius Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, Bd. 2: *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, Th. 2, Heidelberg, Mohr, 1856 (1837), p. 137. La traducción es propia.

12 Kant veía en cambio a la nobleza hereditaria como “*un producto mental sin ninguna realidad*” (*La Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Tecnos, 2008 [1797] p. 163) porque se basaba sobre la idea que los méritos de los antepasados pudieran transmitirse a su descendencia. Pero, la solución realista de Kant no era la de eliminar la nobleza de su tiempo (con sus privilegios) sino de dejarla extinguir, sin renovarla.

13 Robert von Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Bd. 1, Tübingen, Laupp, 1866 (1832), p. 5. La traducción es propia.

típica del capitalismo moderno y de una industrialización demasiado rápida. *Más bien, con respecto a estas cuestiones*, Mohl exprime una indignación no lejana de la de Karl Marx. Seguramente, esto no ocurre solo por motivos humanitarios, que también se hallan en los escritos de Mohl, sino por intereses de seguridad pública, ya que el mismo orden económico y político liberal está puesto en peligro por masas de obreros reducidos a un estado de bestias. Esto no excluye que, en las páginas de Mohl, empiece a divisarse el resplandor del moderno estado del bienestar (*welfare state*) y de aquel estado social de derecho que se nomina explícitamente en el *Grundgesetz* de 1949 (art. 20 y 28).

El fracaso de los motines de 1848, cuyos partidarios se reunían en el parlamento de la Paulskirche de Frankfurt para delinear la estructura político-jurídica de la futura Alemania unificada, marca también el fracaso del liberalismo de tipo mohliano¹⁴. Por último, intentaron reanimarlo Otto Bähr (1817-1895) y Rudolf von Gneist (1816-1895) autores en 1864 y 1872 de dos escritos que tenían el mismo título, “*Der Rechtsstaat*”, y que defendían la idea de la justicia administrativa como garante de los derechos de los ciudadanos frente al estado. Una doctrina similar resuena luego en otra obra fundamental del mismo periodo, el “*Deutsches Verwaltungsrecht*” (1895) de Otto Mayer (1846-1924)¹⁵, aunque ya se inscriba en un orden de ideas típico de la primera época después de la unificación. De hecho, en los años de la hegemonía como canciller del héroe de la unificación Otto von Bismarck (hasta 1890) los juristas más prominentes intentaron una reducción formal del derecho a instancia puramente científica, con exclusión de su sentido filosófico, político o simplemente social. Los representantes centrales de esta posición, Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) y luego, con aún más radicalidad, Paul Laband (1838-1918) reivindicaron en este sentido la absoluta preordinación del estado sobre todas las partes a él subordinadas y substituyeron al absolutismo monárquico por un absolutismo del estado, como único depositario del poder que habla por medio de la ley positiva. Aquí se muestra el concepto de estado de derecho característico del segundo imperio alemán, que interpreta el derecho vigente como autolimitación del estado mismo, que así exprime su voluntad.

En este periodo no se utiliza a menudo la expresión “*Rechtsstaat*”, como en realidad tampoco lo hicieron los mismos Stahl y Mohl. Más allá de sus intenciones y creencias, lo que caracteriza a los autores citados es una actitud constructivista, que parece servirse de los conceptos de la personalidad del estado y de su autolimitación para sostener las ideas políticas (autoritarias) vigentes, más que para fundarlas. Si poco después Georg Jellinek (1851-1911) ya declina estos conceptos en un sentido más realista y sociológico, ellos encontrarán su desmentida fundamental con la derrota alemana en la Primera Guerra Mundial y la fundación de la llamada República de Weimar, uno de los primeros ejemplos del moderno estado (constitucional) de derecho¹⁶.

14 En Frakfurt se hallaba el propio Mohl, que llegó ahí a desempeñar el cargo de ministro de la justicia.

15 Cfr. Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1. Bd., Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, pp. 53-66.

16 La doctrina más característica del estado de derecho de la época de Weimar es la de Hermann Heller (1891-1933) quien subrayó la necesidad de que se superaran los límites de un concepto estrictamente

5. RULE OF LAW Y ÉTAT DE DROIT

Como ya hemos dicho, hay en Inglaterra una particular evolución teórica. El desarrollo precoz de una compleja y centralizada forma parlamentaria, reivindicando con fuerza y éxito sus prerrogativas de interdicción frente al absolutismo real, puso una particular aureola de sacralidad alrededor de las decisiones del poder legislativo, que alguien aún interpreta como omnipotencia. Conforme a las palabras del jurista suizo, naturalizado inglés, Jean Louis de Lolme (1740-1806) “el parlamento lo puede todo salvo volver los hombres en mujeres” (una limitación que sería hoy asimismo cuestionable). Y una formulación evocadora para sintetizar esto es la célebre referencia de William Blackstone (1723-1780) según el cual el poder reside en Inglaterra en la figura (en la ficción, pudiéramos también decir) del *King in Parliament* (o bien de la *Queen in Parliament*)¹⁷.

A pesar de esto, se puede constatar que el parlamento inglés encuentra un límite importante en la actividad de los tribunales, que en los sistemas de *common law* se hallan, de un lado, vinculados a antiguos esquemas de derecho consuetudinario y, de otro, participan a la creación de la ley. Ellos vivifican en la concreta administración de la justicia las rígidas formas recibidas del parlamento. Consiguientemente, se puede hablar de “un reino de la ley y de los jueces”. Esto significa en los hechos que la voluntad de los miembros del parlamento no puede estar limitada por algún principio político o jurídico, como los enunciados implícita o explícitamente en las constituciones modernas; pero a la vez existe una secular constitución no escrita, el *law of the land*, el cual se compone de principios consuetudinarios, que solo parcialmente se inspiran en el tradicional derecho natural y que la actividad de los tribunales conserva. Si es que no se puede hablar para Inglaterra del equilibrio formal de poderes que en el Continente la cultura jurídica contemporánea trae de Montesquieu (*¡pero de Locke también!*) esto no significa que un equilibrio no se alcance allí de manera consuetudinaria y que el *rule of law* no implique una atenta vigilancia sobre su persistencia.

El sistema de *common law* ya se trasplantó en el nuevo mundo al tiempo de los primeros colonos, los llamados padres peregrinos, que huyeron de Inglaterra esencialmente por razones religiosas, pero no tuvieron motivos para rechazar asimismo el sistema

formal y que el estado encuadrarse y respetase los concretos intereses de todos sus miembros. Así se puede hablar de estado social de derecho, cuyos fundamentos Heller delineó en su *Teoría del Estado*, Ciudad de México, Fondo del Cultura Económica, 1947 (1934) editada póstumamente por su discípulo Gerhart Niemeyer. De Heller, judío y firme enemigo del nacionalsocialismo, que murió en exilio en Madrid, véase también el lúcido análisis de *Rechtsstaat oder Diktatur?*, Tübingen, Mohr, 1930.

17 Sobre la figura y los poderes del rey de Inglaterra, véase el análisis clásico, también citado por Jellinek de John Allen, *Inquiry into the Rise and Growth of the Royal Prerogative in England*, London, Longman, Brown, Green, and Longmans, 1849, en el cual se recuerda lo que el *solicitor-general* (procurador general) dijo del rey en un proceso por alta traición: “en realidad él no hace nada, pero nominalmente lo hace todo” (p. 26). La cita de De Lolme se recuerda en la que todavía se considera la obra maestra para la definición del concepto inglés de *rule of law*, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* de Albert Venn Dicey (1835-1922) cuya primera edición se publicó en 1885.

jurídico en que crecieron. Pese a esto, la evolución política norteamericana se presentó diferente de la inglesa, sobre todo de que los colonos empezaron a aspirar a la independencia de la madre patria. Por lo tanto, aunque se declinaran desde una peculiar perspectiva pragmatista, los impulsos culturales de la Europa continental, y primeramente de la Francia que se preparaba a la revolución, no fueron ajenos a los de los revolucionarios americanos del final del siglo XVIII. Eso explica también la novedad de la redacción de un documento constitucional escrito que delineaba los principios de la unión, aunque con ciertas deficiencias que necesitaron sucesivas adecuaciones, las llamadas “enmiendas”.

Pero, *aún más importante para nuestro discurso* es el hecho de que la experiencia americana produjo inesperadamente novedades de gran alcance para lo que atañe a la idea del estado de derecho. Con la sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803, el tribunal supremo, que era en origen solo la última instancia jurisdiccional de la unión, se atribuyó por *sí mismo* un poder inédito, el de juzgar de la conformidad a la constitución de las leyes establecidas por el congreso. Se alude aquí al principio de la *judicial review*, que incumbe teóricamente a cada tribunal americano, pero se halla obviamente vinculado a la jurisprudencia de la instancia suprema. Este principio es lo que hizo posible en el siglo XX las intervenciones directas de los jueces para apartar plagas como la segregación racial y afirmar algunos principios políticos y civiles *básicos*. Asimismo, es el ejemplo al cual se inspirarán las culturas políticas europeas al crear otros tribunales constitucionales. El primer de éstos será el austriaco, cuya creación en 1920 se debe a uno de los principales autores de la constitución, Hans Kelsen.

Podemos ahora traer una primera conclusión sobre las diferencias y las similitudes entre estado de derecho y *rule of law*. Por supuesto, el imperio de la ley como imperio del parlamento es efecto de la peculiar evolución histórica inglesa, que la insularidad del país ayuda a explicar, e implica por ciertos significados inadmisibles para cada experiencia jurídica continental contemporánea. Tal vez sea paradójicamente posible acercar el *rule of law* a la concepción del estado de derecho de Stahl, ya que ambas basan el derecho en los *órdenes* arbitrarios de un soberano absoluto (el rey para Stahl, el parlamento para los ingleses). No obstante, la experiencia americana nos ofrece un esquema conceptual diferente, al que Europa seguramente recurrió para actualizar sus doctrinas del estado de derecho y transformarlas en las que hoy vemos. Sin considerar la cuestión de la precedencia temporal y conceptual de una u otra experiencia, es posible detectar un continuo, aunque tácito, proceso de ósmosis entre ellas. Si nunca llegan a superponerse, sobre todo por la diferencia de fondo entre *civil law* y *common law* (que de todos modos también va a difuminarse), siempre se afectan mutuamente. La reciente fundación de un tribunal supremo inglés posiblemente es la prueba mejor de este proceso¹⁸.

18 Sobre todo esto, véase Ugo Mattei, Emanuele Ariano, *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, 2018 (1996).

La experiencia francesa del estado de derecho incluye a su vez vertientes del todo peculiares. La revolución, ya se ha notado, es en cierta medida una respuesta explosiva a la clásica pregunta sobre la limitación del poder absoluto. Explosiva también porque, aunque desde una perspectiva liberal-burguesa, afirma el principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley, pero equilibrado por un valor particular como el de fraternidad. Seguramente, las realizaciones revolucionarias implicaron malentendidos e ilusiones utopistas (e incluso trágicas, como demuestra el llamado terror) y no impidieron sobre todo substanciales pasos atrás. De todos modos, el hecho es que, cada vez en este época llegó a imponerse un régimen efectivamente democrático, la herencia de los principios revolucionarios se tradujo en la delineación de dos poderes coordinados, aunque rígidamente regulados en jerarquía: el poder real, es decir el poder constituyente, que pertenece a todo el pueblo, como ya dijo Rousseau, y debe reconocerse como única fuente legislativa efectiva; y el poder que el pueblo delega a las estructuras jurídicas del estado, esto es el poder constituido, cuya legitimación se funda teóricamente en la subsistencia del consentimiento del poder constituyente. Esta construcción se debe primeramente a Joseph-Emmanuel Sieyès e implica sobre todo un intento de censura de la demasiada autonomía de los poderes delegados. En los hechos, el temor más grande se refería al tiempo a las tentaciones interpretativas y creativas del poder judicial, al que era menester vincularle al principio de Montesquieu que no veía al juez más que como la boca que pronuncia las palabras de la ley. En los hechos, una de las instituciones típicas de las primeras experiencias democráticas francesas fue el llamado *référé législatif*, es decir la obligación de los jueces de referirse al poder legislativo para recibir una interpretación auténtica, cada vez surgiesen dudas exegéticos sobre la ley.

Se impuso entonces una preordinación absoluta del parlamento que, aunque fuera también uno de los poderes constituidos, acabó por interpretarse como la realización más directa del poder constituyente y luego como su portavoz efectivo. Pese a las enormes diferencias históricas, esto condujo a Francia no demasiado lejos de los principios que hemos visto regir en la cultura política inglesa. Y es precisamente para enfrentarse con este absolutismo parlamentario, consagrado más o menos explícitamente en la constitución de la llamada tercera república de 1875, que algunos eruditos, entre los cuales se destacaba el nombre de Raymond Carré de Malberg (1861-1935) intentaron introducir en la cultura jurídica francesa el concepto de estado de derecho.

Carré de Malberg se refiere explícitamente a la experiencia alemana, no solamente en sentido terminológico. Una interesante premisa a su obra principal¹⁹ intenta justificar la publicación en 1920 de un libro en el cual se utilizan conceptos en auge antes de la Primera Guerra Mundial, cuando todavía existía el estado de potencia alemán centrado en el liderazgo autoritario del poder ejecutivo (aún peor, del *Herrscher*). Pero,

19 Cfr. Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, t. I, Paris, Recueil Sirey, 1920, pp. V-XX.

contesta Carré de Malberg, si Alemania padeció en la guerra un justo fracaso, esto no significa que no siga válido lo que algunos autores alemanes decían: los poderes ejecutivo y legislativo tienen que cooperar y hay siempre un necesario margen de autonomía del primero, pese a su no directa legitimación electoral. El estado de derecho es un estado que presenta un virtuoso equilibrio de poderes; mientras que la obsesión francesa por la legitimación parlamentaria de cada disposición legislativa, incluso de cada disposición de emergencia, no puede más que producir lo que es oportuno llamar un simple “estado legal”²⁰. No obstante, es la referencia a la experiencia americana y sobre todo lo que atañe a la *judicial review* lo que da al concepto de *État de droit* su peculiaridad por la que se puede interpretarlo como una contribución esencialmente autónoma a la historia del estado de derecho. Esto no impide que las doctrinas de Carré de Malberg compartieran con los ensayos sobre el sistema americano de Ferdinand Larnaude, que en esto las inspiraban, la desconfianza en la adaptabilidad a la cultura jurídica y política francesa de la vigilancia judicial sobre la actividad del parlamento²¹.

Sin embargo, es interesante, y tal vez un poco cómico, notar que las típicas paradojas de la historia han hecho que no exista hoy en día en Europa otro estado cumplidamente democrático que da menos importancia que Francia a su parlamento. La constitución de la llamada quinta república, que Charles De Gaulle impulsó y el pueblo francés ratificó con un referéndum en 1958, enmendándola luego con un segundo referéndum en 1962, delinea un sistema semipresidencial: el pueblo elige directamente al presidente de la república, que tiene por lo tanto poderes de activa intervención política; pero estos son limitados por los de otra figura institucional, el primer ministro, que goza de la confianza del parlamento. Las garantías de este sistema se fundaban en origen en la durada diferentes de los cargos (7 años para el presidente y 5 para los miembros del parlamento), lo cual hacía posible la llamada cohabitación, es decir que presidente y parlamento, elegidos en dos momentos diferentes, fueran expresión de mayorías políticas diferentes y, entonces, se limitaran mutuamente. Pero, algunos malfuncionamientos del sistema aconsejaron en 2002 una reforma que adecuase la durada de los dos cargos y dispusiera la casi contemporaneidad de su renovamiento, haciendo prácticamente imposible la cohabitación. Así, Francia se volvió por ciertos rasgos en una democracia presidencial, que elige en los hechos un verdadero monarca republicano, como se dice irónicamente de la democracia americana. Además, una de las mayores innovaciones de la constitución de 1958 fue la creación de un consejo constitucional que interviene casi exclusivamente antes de la promulgación de las leyes. Como en otras experiencias, él ha acabado por auto-atribuirse en el tiempo el papel de garante de la soberanía popular, aunque no tenga una legitimación electoral; lo cual le provoca las sóliticas críticas de exceder sus poderes. Sea lo que sea, un contrapaso curioso para la patria de la revolución.

20 Cfr. *ivi*, pp. 488-494.

21 Cfr. R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, t. II, Paris, Recueil Sirey, 1922, pp. 614-615.

6. CONCLUSIONES

Consideremos brevemente, en conclusión, las transformaciones en que la idea de estado de derecho incurrió a lo largo del siglo XX, sobre todo en su primera mitad. La historia de Europa fue marcada en este periodo por acaecimientos traumáticos, entre los cuales están las dos guerras mundiales devastadoras. Pero, las mismas prepararon asimismo el terreno para nuevas declinaciones del poder político y con ellas nuevas posibilidades de arraigo para el estado de derecho en la forma de estado constitucional de derecho. La segunda guerra mundial fue un conflicto sangriento, provocado por regímenes totalitarios que se fundaban en el arbitrio, el terror y la represión; regímenes que cometieron crímenes que afectaron a la dignidad, es decir a la humanidad misma, del género humano. Por lo tanto, la única respuesta que pudo conseguir fue la afirmación definitiva de los principios universales e inalienables que regulan o tendrían que regular las vidas de los hombres y sus mutuas relaciones. No es de extrañar que las grandes protagonistas de la vuelta de Europa a la democracia y la civilización fueron las constituciones. Por supuesto, se trataba de constituciones escritas; pero también de constituciones largas, porque tenían que ser declaraciones precisas de los principios inamovibles que regulan un estado y sus relaciones internacionales; finalmente de constituciones rígidas, que podían ser modificadas solo por mayorías cualificadas, lo que las protegían de extemporáneas aventuras reformadoras. Pero tampoco es de extrañar que, como muchos subrayan, esto contribuyó a la aparición de uno de los más apremiantes problemas de las sociedades contemporáneas, esto es, el exceso de poderes que normalmente acaban por tomar instancias, como los tribunales constitucionales, que no gozan de directa legitimación popular.

El volumen extraordinario de los escritos sobre estos argumentos tal vez nos exime de tratarlos directamente, sobre todo, si pudiéramos dedicarles solo pocas palabras que no serían tampoco capaces de delinear sus límites más externos. Nuestra contribución se ha limitado a aclarar las precondiciones históricas, políticas y jurídicas del espacio en el cual, como mínimo en Occidente, la mayoría de los hombres hoy se mueve, el enmarcado por los contornos del estado (constitucional) de derecho²².

De todos modos, sea permitido añadir una alusión a la historia reciente de nuestro país, con la intención de ofrecer una perspectiva adicional a lo asumido más arriba. Después del fracaso del fascismo, Italia se reconstruyó no solo alrededor de una nueva constitución, sino también de un sólido sistema de partidos, en los cuales se reconocía la mayoría de los ciudadanos. En una república parlamentaria, esto hizo que no solo el parlamento asumiera el papel central que la constitución le otorgaba, sino también que fuera a me-

22 Para un análisis preciso de estas cuestiones en castellano, podemos referirnos a Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Madrid, Dykinson, 2013. El autor conecta su perspectiva rígidamente positivista con la idea que no puede existir un derecho desvinculado de un particular horizonte (extra-jurídico) de valores. Entonces, es posible a la vez sostener un significado material del estado de derecho, conforme a los principios del estado constitucional y democrático, y rechazar con convicción una vuelta al derecho natural.

nudo capaz de someter a su fuerza el poder ejecutivo y afirmar su plena autonomía frente al judicial. Al presidente de la república también no se le garantizaron en los hechos los amplios poderes que le otorgaba la constitución²³ y su figura se halló en muchos casos reducida a la de un notario con funciones honorarias y representativas.

Sin embargo, al comienzo de los años noventa del siglo XX, una serie de motivos, primeramente, algunas investigaciones de los jueces del tribunal de Milán sobre casos de corrupción política, voltearon abruptamente este panorama. Algunos partidos históricos desaparecieron y otros se transformaron (entre ellos la Democrazia Cristiana, el mayor partido de gobierno después del 1945, y el PCI, el más grande partido comunista de Occidente). En cambio, se fundaron nuevos partidos con una estructura mucho más débil, basándose en el carisma de un líder más que en una clara visión política, como impone la moderna hegemonía de los medios de comunicación. Esta transformación ha significado en los hechos un fortalecimiento de las cargas individuales en perjuicio de las asamblearias, en concreto de la figura del presidente del consejo de ministros frente al parlamento. Pero, en un sistema que formalmente sigue parlamentario, también a los líderes más fuertes y carismáticos les faltan poderes efectivos para gobernar eficazmente, sin mencionar cuando falta una clara mayoría parlamentaria. Así, encontramos hoy en Italia dos poderes paralizados en su actividad por motivos diferentes, lo cual favorece el crecimiento hipertrófico del tercero, el judicial, que extiende sus poderes de aplicación hasta la pronuncia de sentencias con un contenido creador a veces apenas oculto. Y aún más indicativos son los poderes adquiridos por el presidente de la república, sobre todo en la formación de los gobiernos; poderes, como ya hemos dicho, sí conformes a la constitución, pero que no dejan de crear problemas con respecto a su legitimación electoral simplemente de segundo nivel.

Todo lo dicho ahora nos sirve solamente para subrayar algo específico. Por encima de nuestras observaciones, no tendría sentido negar que la Italia contemporánea es un estado constitucional de derecho, también después de las profundas transformaciones descritas; así como tampoco tendría sentido negar este título al “*absolutismo republicano*” de la quinta república francesa, o bien al sistema inglés, que no tiene una constitución escrita y no reconoce un límite verdadero al arbitrio del poder legislativo; y todo eso. De ahí que la categoría de estado constitucional de derecho, además de su alcance historiográfico, sufra evidentemente de su excesiva capacidad, que la vuelve en una especie de caldero donde se encuentran fenómenos jurídico-políticos profundamente diferentes. Sobre todo, parece así que con estado constitucional (de derecho) no podemos más que entender un estado (de derecho) que tiene una constitución, siempre que ésta reconozca algunos derechos basilares. Aunque esto sea fundamental, nos impone asimismo la convicción lamentable de no haber cumplido muchos pasos adelante con respecto a la idea de Stahl que el estado de derecho es simplemente un estado que posee un derecho.

23 El artículo 92 de la constitución italiana afirma: “*El Presidente de la República nombra al Presidente del Consejo de Ministros y, a propuesta de éste, a los Ministros*”, según proceda, estos poderes pueden ser (y han sido en los hechos) de gran o de pequeño alcance.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abellán, Joaquín, *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1981
- Albertoni, Giuseppe, *Vassalli, feudi, feudalesimo*, Roma, Carocci, 2015
- Allen, John, *Inquiry into the Rise and Growth of the Royal Prerogative in England*, London, Longman, Brown, Green, and Longmans, 1849
- Anderson, Perry, *El Estado absolutista*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 1979 (1974)
- Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Madrid, Dykinson, 2013
- Brocker, Manfred, *Kant über Rechtsstaat und Demokratie*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006
- Carré de Malberg, Raymond, *Contribution à la Théorie générale de l'État, spécialement d'après le données fournies par le Droit constitutionnel français*, t. I et II, Paris, Recueil Sirey, 1920-22
- Conrad, Hermann, *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794*, Köln-Opladen, Westdeutscher Verlag, 1958
- Costa, Pietro, Zolo, Danilo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002
- De Asís, Rafael, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1999
- Dietze, Gottfried, *Kant und der Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1982
- Ganshof, François Louis, *El feudalismo*, Barcelona, Ariel, 1963 (1944)
- Heller, Hermann, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, Tübingen, Mohr, 1930
- Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, Ciudad de México, Fondo del Cultura Económica, 1947 (1934)
- Hruschka, Joachim, *Kant und der Rechtsstaat und andere Essays zu Kants Rechtslehre und Ethik*, Freiburg i.B.-München, Karl Alber, 2015
- Kant, Immanuel, *Teoría y práctica. En torno al tópico: «eso vale para la teoría pero no sirve de nada en la práctica»*, en Immanuel Kant, *¿Qué es la ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, Madrid, Alianza Editorial, 2004 (1793)
- Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Tecnos, 2008 (1797)
- Koselleck, Reinhardt, *Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, Stuttgart, Klett, 1981 (1975)
- Kuhli, Milan, *Carl Gottlieb Svarez und das Verhältnis von Herrschaft und Recht im aufgeklärten Absolutismus*, Frankfurt a.M., Klostermann, 2012
- MacCormick, Neil, "Der Rechtsstaat und die rule of law", en: *Juristenzeitung*, no. 39, Tübingen, Mohr Siebeck, 20 de enero 1984, pp. 65-70
- Mattei, Ugo, Ariano, Emanuele, *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, 2018 (1996)
- Mayer, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1. Bd., Leipzig, Duncker & Humblot, 1895

- Reynolds, Susan, *Fiefs and Vassals. The Medieval Evidence Reinterpreted*, Oxford, Oxford University Press, 1994
- Ridolfi, Giorgio, *Rechtsstaat. Percorsi nella cultura giuridica tedesca del XIX secolo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017
- Rosen, Allen D., *Kant's Theory of Justice*, Ithaca-London, Cornell University Press, 1993
- Schmidt-Klügmann, Matthias, "Überlegungen zum modernen Sozialrecht auf der Grundlage der praktischen Philosophie Kants", en: *Archiv für Rechts- und Sozialpolitik*, no. 71, Stuttgart, Franz Steiner, 1985, pp. 378-403
- Stahl, Friedrich Julius, *Die Philosophie des Rechts*, Bd. 2: *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, Th. 2, Heidelberg, Mohr, 1856 (1837)
- Stolleis, Michael, *Introducción al Derecho público alemán (siglos XVI-XIX)*, Madrid, Marcial Pons, 2018 (2014)
- Süchting, Gerald, *Eigentum und Sozialhilfe. Die eigentumstheoretischen Grundlagen des Anspruchs auf Hilfe zu Lebensunterhalt gem. § 11 Abs. 1 BSHG nach der Privatrechtslehre Immanuel Kants*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995
- Van der Linden, Harry, *Kantian Ethics and Socialism*, Indianapolis-Cambridge, Hackett, 1988
- Von Humboldt, Wilhelm, *Los límites de la acción del Estado*, Madrid, Tecnos, 2009 (1792)
- Von Mohl, Robert, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Bd. 1, Tübingen, Laupp, 1866 (1832)

