

## CAPÍTULO PRIMERO

### ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

#### I. INTRODUCCIÓN. LA INTERPRETACIÓN “DE” Y “DESDE” LA CONSTITUCIÓN. VALOR JURÍDICO DEL ARTÍCULO 1.1

Resulta significativo que la Constitución Española de 1978 abra su articulado (artículo 1.1) con la afirmación de que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”. Se plantea el tema de interpretar dicho artículo, como proceso previo imprescindible para su aplicación. Surge aquí una cuestión interesante. Por un lado, la Constitución es una norma jurídica y, como tal, no puede sustraerse a las directrices de interpretación comunes a todo el ordenamiento jurídico, recogidas en el artículo 3.1 del título preliminar del Código Civil español tras la reforma del 31 de mayo de 1974. En este caso la Constitución y, más en concreto, su artículo 1.1 es “objeto” de interpretación. Estamos ante la interpretación “de” la Constitución en cuanto norma jurídica con base en los criterios generales del mencionado artículo 3.1.

Pero esto no es todo, la Constitución no es una norma jurídica más. Es la norma jerárquicamente superior, el vértice de una imaginaria pirámide normativa, la ley de leyes, lo que Sánchez Agesta, con una metáfora muy plástica, denominó una “superley”. ¿Cómo es entonces posible que la misma se someta en su interpretación a un precepto de rango inferior como es el Código Civil? Para responder a esta cuestión hay quienes, como Herrero de Miñón,<sup>1</sup> consideraron el título preliminar del Código Civil como ley de carácter casi constitucional, en cuanto precepto de introducción al ordenamiento jurídico. En la misma línea Lucas Verdú nos habla de dicho título como norma constitucional, si bien no formalmente, sí en cuanto al contenido (normas “materialmente” constitucionales). Pero también podríamos

<sup>1</sup> Herrero de Miñón, Miguel, “En torno a la aplicación de la Constitución”, en varios autores, *La Constitución Española y las fuentes del derecho*, Madrid, IEF, 1979, vol. II.

orientar la respuesta de otro modo, considerando que, en cuanto “suprema”, la norma básica no es sólo objeto de interpretación, sino también, y sobre todo, criterio o “medio” de la misma. Ya no estamos ante la interpretación de, sino “desde” la Constitución.

Por todo esto, a nuestro juicio, el artículo 1.1 del texto constitucional debe analizarse primero conforme al artículo 3.1 del Código Civil, según el cual: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad del precepto”. A su vez, la Constitución, y más en concreto su artículo 1.1, sirve de criterio de interpretación, tanto del resto del articulado de la misma como de su ulterior desarrollo en las diversas ramas del derecho.

En este sentido Pablo Lucas Verdú señala que el alcance interpretador de la Constitución ejercido por el artículo 1o. deriva de la interrelación, conexión, coherencia y carácter sistemático de las normas constitucionales. además, en cuanto norma de apertura de la Constitución, por la ubicación en su título preliminar y porque la sintetiza, dicho artículo tiene un alcance interpretativo cualitativamente superior al correspondiente a otras normas del mismo cuerpo legal, que forma parte de la Constitución en sentido material o sustancial,<sup>2</sup> que conjuga en sí la doble condición de objeto y parámetro de exégesis. Por ello, podemos afirmar que el artículo 1o. tiene un contenido rico y variado que “refundamente el Estado, fundamenta el ordenamiento jurídico y muestra su alcance interpretador de la Constitución”. Asimismo, está afectado por la cláusula de intangibilidad del sector de la Constitución conocido como “bloque constitucional”, que comprende el título preliminar, el capítulo segundo, sección primera del título I, y el título II. Dicho bloque está sometido a un procedimiento de reforma o revisión más complejo que el del resto de la Constitución.<sup>3</sup> Por otro lado, hay que destacar que la hermenéutica del artículo 1.1 exige una continuidad y dinamismo, pues el Estado de derecho no es algo estático, dado de una vez

<sup>2</sup> Lucas Verdú, Pablo, “Artículo 1o. Estado social y democrático de Derecho”, varios autores, *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1983, t. I, p. 98.

<sup>3</sup> A propósito del libro de Lucas Verdú y con el mismo título se encuentra el trabajo de Cascajo Castro, José Luis, “La lucha por el Estado de derecho”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 17-18, abril de 1977, pp. 159-173.

por todas, sino un organismo vivo cuya consolidación requiere una “lucha” continua.<sup>4</sup>

La calificación o adjetivación constitucional de España como Estado social y democrático de derecho es de tal importancia que Carl Schmitt la denominó “decisión constitucional fundamental”,<sup>5</sup> Lucas Verdú, “fórmula política de la Constitución”,<sup>6</sup> y Garrorena Morales, “Constitución de la Constitución”. Este último autor, abundando en las ideas expresadas, cifra la trascendencia de dicha fórmula en cuatro planos: a) en el nivel de las categorías o del fundamento último del sistema, informando al resto del ordenamiento jurídico; b) en el terreno de los distintos niveles de rigidez constitucional, equiparándose su reforma a la de la revisión total (artículo 168.1); c) en el plano de la hermenéutica, a la hora de interpretar las demás normas del sistema jurídico, y d) en el ámbito de la eficacia jurisdiccional, en cuanto dichos calificativos pueden fundamentar pretensiones procesales de inconstitucionalidad de un determinado texto legal.<sup>7</sup>

Enlazando con este último aspecto, y por lo que respecta al valor jurídico de la declaración de España como Estado social y democrático de derecho, Muñiz afirma, frente a lo que luego veremos que hace nuestro Tribunal Constitucional, que es “una cláusula general con todas las limitaciones que ello implica, y se encuentra situada, en cualquier caso, en el plano jurídico-objetivo, sin que en principio pueda derivarse de la misma derecho público subjetivo alguno para los ciudadanos”. El destinatario principal de la cláusula sería el legislador, a cuya elección se dejaría la opción de las formas e incluso ritmo de llevar a cabo ese mandato. “Tan sólo en caso de absoluta pasividad del mismo —a constatar judicialmente— podría resultar para el ciudadano la posibilidad de articular un derecho público subjetivo sobre la base directa del postulado social”. En la Constitución Española de 1978, aunque la protección del artículo 53 (1 y 2) no cubre la definición del artículo 1.1, cabe una vía indirecta de actuación al ciudadano a través de las garantías de los derechos fundamentales, ya sean sociales o no.<sup>8</sup>

4 Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 2, p. 101.

5 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, pp. 27 y ss.

6 Lucas Verdú, Pablo, “El título I del Anteproyecto constitucional, la fórmula política de la Constitución”, *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Madrid, 1978.

7 Garrorena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 22-25.

8 Nicolás Muñiz, Jaime, “La declaración de Estado social en la Constitución Española de 1978”, *Libro homenaje a Manuel García Pelayo*, Caracas, 1980, vol. I, p. 178.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el Estado social y democrático de derecho ha sido abundante, habiéndose pronunciado sobre el tema en unos términos ventajosos respecto de los empleados por el Tribunal Constitucional Federal alemán. El Tribunal Constitucional español ha reafirmado desde el primer momento y de manera continuada el carácter de norma jurídica que tiene la Constitución en su totalidad, que la hace aplicable en muchos casos sin necesidad de desarrollo legislativo alguno y con fuerza incluso derogatoria de las demás normas del ordenamiento jurídico. Nuestro Tribunal Constitucional,<sup>9</sup> frente a la opinión expresada por Muñiz, rechaza, pues, cualquier interpretación de la Constitución que pueda conducir a distinguir dentro de ella entre auténticas normas jurídicas y normas programáticas. De esta manera la cuestión del carácter jurídico o no de la fórmula Estado social y democrático de derecho, a partir de las consideraciones formuladas de manera indirecta por el Tribunal Constitucional español, y frente a la polémica que levantó en Alemania, se ha convertido en una cuestión casi pacífica en nuestro país.

Una segunda diferencia entre la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán y la de nuestro Tribunal Constitucional se da en relación con el propio Poder Legislativo en cuanto destinatario de la cláusula del Estado social y democrático de derecho. En el primero se resalta la libertad prácticamente absoluta del legislador para extraer de dicha máxima las consecuencias que estime oportunas. El Tribunal Constitucional español, por el contrario, condiciona dicha libertad desde un punto de vista tanto positivo como negativo, indicando las pautas a seguir por el Poder Legislativo y los límites a los que está sometido.

Como tercera nota distintiva entre la jurisprudencia alemana y la española puede señalarse que nuestro Tribunal Constitucional no ha recurrido al principio de Estado social y democrático de derecho de forma retórica, en coherencia con la afirmación de que no es una norma programática, sin utilizarlo jamás para compensar o dulcificar una decisión desfavorable. Por el contrario, el mismo ha sido usado por el Tribunal Constitucional Federal de una manera “rutinaria”. En nuestra jurisprudencia el principio

<sup>9</sup> En la misma línea, Torres del Moral, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, 3a. ed., Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1992, p. 37: “Frente a quienes creen que una declaración como ésta no tiene valor normativo, sostenemos que contiene un principio estructural de primer orden”.

de Estado social se emplea como elemento al que se ha de ajustar la interpretación de todas las normas del ordenamiento jurídico y que impone su reinterpretación, pudiendo incluso extraerse a partir de él conclusiones sobre la constitucionalidad de determinadas normas o la justiciabilidad del comportamiento de los poderes públicos.<sup>10</sup>

A continuación, nos vamos a centrar en la que hemos denominado interpretación “de” la Constitución, dejando al margen la interpretación “desde” la Constitución.<sup>11</sup> Veremos cada uno de los criterios hermenéuticos señalados en nuestro Código Civil. Únicamente omitimos la referencia al criterio sociológico.

## II. CRITERIO LITERAL

Este criterio se basa en la letra de la ley, en su *corpus*, frente a su espíritu o “*anima*”. También se llama criterio gramatical. El que sea el primer elemento citado por el artículo 3.1 del Código Civil no quiere decir que sea el decisivo, ni siquiera el preferente. Debe utilizarse conjuntamente, armoniza-

<sup>10</sup> Estas consideraciones son hechas por Pérez Royo, Javier, “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social”, *Revista de Derecho Constitucional*, 10, 1984, enero-abril, año IV, pp. 170-181.

<sup>11</sup> Para un estudio de este aspecto de la interpretación “desde” la Constitución o, lo que es lo mismo, la proyección de la Constitución en las distintas ramas del derecho, véase Ruiz Vadillo, Enrique, “La Constitución Española y el derecho civil”, *Revista de Derecho Privado*, marzo, 1979, pp. 233-255; López Berenguer, J., “El derecho financiero y tributario en la Constitución Española”, en Fernández Rodríguez, Tomás Ramón (coord.), *Lecturas sobre la Constitución Española II*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 1978, pp. 267-303, especialmente p. 281, donde recoge como principios constitucionales tributarios los de legalidad, capacidad económica, generalidad, justicia, seguridad, coordinación y solidaridad interregional. En el mismo volumen, pp. 439-502, Verges, Mercedes, “El derecho mercantil ante la Constitución Española”, pp. 335-353; Álvarez Carvallo, Jesús María, “El Código Civil y la nueva Constitución”, pp. 393-465; Agundez, Antonio, “Repercusiones de la Constitución de 1978 en el derecho procesal”, Almagro Noseste, J., “El derecho procesal en la nueva Constitución”, *Revista de Derecho Procesal*, 4, 1978; Pastor Ridruejo, L. “Sistema jurídico y Constitución”, varios autores, *La Constitución Española y las fuentes del derecho*, vol. III, IEF, Madrid, 1979; Ruiz Vadillo, Enrique, “Incidencia del Anteproyecto de texto constitucional en los derechos penal y procesal-penal”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1.124, 5 de marzo de 1978; Zorrilla, M., *Influencias constitucionales en el derecho del trabajo*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1979; Ortiz de la Torre, José Antonio Tomás, “El derecho internacional público en la Constitución Española de 1978”, *Lecturas sobre la Constitución Española*, op. cit., en esta nota, pp. 163-194.

do con los demás criterios hermenéuticos, lo cual a menudo supone atribuir a los términos no su sentido técnico-legal, frente al vulgar, sino el propio, cualesquiera que éste sea.

Dicho esto, pasamos a su aplicación práctica al precepto concreto que nos interesa. El artículo 1o., párrafo primero, del título preliminar de la Constitución Española de 1978 dice literalmente: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

El primer comentario que cabe hacer a este precepto es su carácter solemne, estético y didáctico. La solemnidad deriva del hecho de empezar citando el nombre entrañable de España, lo cual supone una posición de firmeza. El valor estético es propio y esperable siempre del primer artículo de un texto constitucional, que, dada su trascendencia, no sólo debe buscar el rigor técnico, sino también una forma adecuada. Además tiene alcance didáctico pues, pese al gran contenido normativo, institucional e ideológico sintetizado en sus términos, es una fórmula fácil de retener, por la utilización del menor número de palabras posible.<sup>12</sup> Vamos a desglosar y analizar cada uno de los términos empleados en el artículo en cuestión.

### 1. España

La palabra inicial es “España”. Por primera vez en nuestra historia constitucional se discutió la conveniencia del empleo de dicha expresión. Algunos diputados vascos y catalanes (señores Barrera, Letamendia, Xirinachs y Bandrés) quisieron demostrar que tal realidad histórica no existía y que era preferible hablar de Estado español. La discusión se hizo extensible al artículo 2o., que se refiere al principio de “unidad de la Nación española, compatible con el derecho a la autonomía de sus nacionalidades”.<sup>13</sup> En este caso Alzaga señaló la fortuna de la fórmula elegida y consideró que hubiera sido mejor hablar también en el artículo 1.1 de nación española, término que, por cierto, aparece asimismo al comienzo

<sup>12</sup> Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 2, pp. 103 y 104.

<sup>13</sup> Garrido Falla, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980, Artículo 1o., pp. 24 y 25. La discusión del tema la remite, sin embargo, al comentario del artículo 2o. Por su parte, Alzaga Villaamil, Óscar, *La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático)*, Madrid, Ediciones del Foro, 1978, p. 75, se ha referido a las diversas posiciones doctrinales de los parlamentarios en los debates constituyentes.

del preámbulo. De cualquier modo, a juicio de Lucas Verdú, la expresión “España” es más correcta que la de monarquía o reino, que hacen alusión más bien a la forma de organización política. También es mejor hablar de España que de pueblo español, pues éste se refiere sólo al conjunto de personas que son el sustrato físico y demográfico y España es más que eso. Es también la comunidad de cultura, fundada en tradiciones, usos, lengua, espíritu e historia comunes, lo que normalmente se entiende por nación o nacionalidad, como entidad con una voluntad de independencia y autogobierno. Para evitar confusiones deberíamos distinguir una serie de nociones, relacionadas, pero distintas. Podríamos hablar así, a modo de planos superpuestos, de los siguientes:

- A. El territorio (sustrato físico, delimitado por las fronteras).
- B. El pueblo (sustrato humano).
- C. La nación (sustrato cultural).
- D. El Estado (sustrato político) y el reino como forma política históricamente anterior al Estado de derecho.
- E. La monarquía (forma de gobierno).
- F. España (producto que engloba los anteriores y es, a su vez, predicable como adjetivo —español/a— de cada uno de ellos).

## 2. *Se constituye*

El segundo vocablo de la fórmula del artículo 1.1 de la Constitución es “se constituye”. Hay una cierta polémica sobre la conveniencia o no del uso de dicha expresión. Hay quien señala que quizá fuese más adecuado decir “es”, como hacían la Constitución de Cádiz, el Anteproyecto de Constitución de 1929 y la Constitución de la República española de 1931. Así lo entiende, por ejemplo, el profesor Ollero Gómez, razonando que decir “se constituye” sólo tiene sentido “si nos situamos en un momento previo a la aprobación y promulgación del texto fundamental”. A partir de ese instante España deja de constituirse para “quedar constituida”.<sup>14</sup> En la misma línea, José Belmonte<sup>15</sup> considera inadecuada la argumentación de quienes defienden la fórmula “se constituye” con base en

<sup>14</sup> Su argumentación figura en el *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 39, 18 de agosto de 1978, p. 1567.

<sup>15</sup> Belmonte Díaz, José, *La Constitución. Texto y contexto*, Madrid, Prensa Española, 1979, p. 66.

la gran transformación que se da al pasar del régimen franquista al democrático,<sup>16</sup> y sostiene que mayor aún fue el cambio de la Monarquía a la República y, no obstante, esta última mantuvo la palabra “es”. Además entiende que es redundante decir “se constituye” dentro de una Constitución. Prefiere emplear “se organiza”. Pérez Serrano opta por la expresión “se constituye”, frente al término “es” de la Constitución de 1931,<sup>17</sup> aduciendo que “...en buenos principios de interpretación no cabe admitir la consustancialidad entre sujeto y predicado”. También Lucas Verdú estima adecuado el empleo de la fórmula “se constituye”,<sup>18</sup> porque expresa mejor que “es” el dinamismo del Estado de derecho como realidad *in fieri*, no constituida de una sola vez para siempre, sino en creación continua. Hay, según este autor, una “lucha por el Estado de derecho”, que es menester mejorar.<sup>19</sup>

### 3. *Estado*

El término que sigue a “se constituye” es la palabra “Estado”. Así como la noción de soberanía va unida al nombre de Bodino, y la de separación de poderes al de Montesquieu, la expresión Estado es un hallazgo técnico empleado por Maquiavelo.<sup>20</sup> Tiene un vago precedente en la locución latina *status reipublicae* y en este sentido es usada en el *Libro de los Estados* de don Juan Manuel, en el *Tratado de República* de Alonso de Castrillo de 1521 o en el *De República y Príncipe* de Tóvar y Valde-

<sup>16</sup> Solé Tura, Jordi, “La Constitución de 1978 desde el punto de vista comunista”, *Documentación Administrativa*, 180, monográfico, “La Constitución Española de 1978”, octubre-diciembre, 1978, pp. 45 y 47, especialmente p. 51.

<sup>17</sup> Pérez Serrano, *La Constitución Española (9-diciembre-1931). Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932, p. 56.

<sup>18</sup> Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 2, pp. 41 y 42.

<sup>19</sup> Véase la obra del mismo título, Lucas Verdú, Pablo, *La lucha por el Estado de derecho*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, Studia Albornotiana, dirigidos por Evelio Verdura y Tuells, especialmente pp. 125 y ss.

<sup>20</sup> Zuleta Puceiro, Enrique, “La función del derecho en el Estado social”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 254, 1983, p. 565: “Se ha escrito con acierto que toda la historia de la formación del Estado en la modernidad puede sintetizarse en el proceso de primacía gradual del «imperium» —poder sobre los hombres—, representado por la generalidad de la ley, sobre el «dominium» —poder sobre los bienes—, representado por el contrato. La estrategia del Estado social es precisamente la primacía de la ley y la administración sobre las formas privadas del mercado. Se trataría, por tanto, de un proceso de publicización fundamental de lo privado”.

rrama, de mediados del siglo XVI. Históricamente se emplearon en su lugar el vocablo reino, e incluso monarquía, para designar el Imperio hispánico. Maquiavelo se refiere a la razón de Estado, sobre la cual destacan en nuestro país el *Tratado del príncipe cristiano* del padre Ribadeneyra y los *Diez libros de la razón de Estado* de Juan Botero, traducidos por Antonio Herrera en 1603. El siglo XIX parece más interesado por el término nación. No obstante, desde su segundo tercio, el concepto de Estado es ya habitual, aunque no está muy elaborado teóricamente. Es Santamaría de Paredes, por influencia de Althusio y Kant, quien le da el espaldarazo definitivo. El concepto de Estado es un concepto histórico que, precedido de otras formas comunitarias (imperios de Oriente, “polis” griega y “civitas” romana) aparece entre los siglos XIII y XIV en torno a las ciudades-estado italianas. En la actualidad, con la tendencia hacia organizaciones supranacionales, puede afirmarse que el Estado, al menos en su concepción clásica, se halla en crisis.<sup>21</sup>

#### 4. Social y democrático de derecho

El vocablo Estado, a su vez, va acompañado de los calificativos “social y democrático de Derecho”.<sup>22</sup> Los redactores de la Constitución precisaron que Estado y Derecho debían escribirse con mayúsculas (no es el estado de cosas; no es el derecho subjetivo) y los adjetivos social y de-

<sup>21</sup> Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, Madrid, Editora Nacional, 1979, pp. 115-127. Hay edición posterior (7a. ed., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1990) en este punto no modificada. Fraga Iribarne, Manuel, *La crisis del Estado*, Madrid, Aguilar, 1955. Lucas Verdú, Pablo, “Estado”, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1957, t. VIII, pp. 849 y ss. García Cotarelo, Ramón, “Sobre la extinción del Estado”, *Sistema*, 38-39, octubre de 1980, pp. 67-97. Y en la misma revista, pp. 111-125, Laporta, Francisco J., “Estado y violencia: Sugerencias para una toma de posición” y, pp. 209-219, Ollero Tassara, Andrés, “Politización del juez y crisis del Estado”. Villaroya, Joaquín Tomás “La Constitución y su problemática actual”, *Filosofía y derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau*, Valencia, Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1977, t. II, pp. 662 y 663.

<sup>22</sup> Hace un estudio del origen y difusión de la cláusula “Estado social y democrático de Derecho” que va desde el fallido intento de establecer una “República social” en la Francia de 1848, las vicisitudes posteriores hasta la República de Weimar, pasando por la Segunda República española como “República democrática de trabajadores de toda clase”, hasta la generalización de la cláusula a partir de 1945, González Navarro, Francisco, *El Estado social y democrático de derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992, pp. 21-55.

mocrático con minúsculas. Además es curioso constatar que el término democracia no aparece en todo el articulado de la Constitución, que usa sólo los adjetivos democrático/a.

### A. Estado de derecho

El origen de la expresión “Estado de Derecho”<sup>23</sup> suele atribuirse a Robert von Mohl en su obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, si bien otros lo ligan a Adam Müller en sus *Elemente der Staatskunst* de 1809, a Johann Christoph Freiherr von Aretin en su trabajo de 1824 *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*,<sup>24</sup> o a Theodor Welcker en su *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie* de 1813. La fórmula tuvo sus precedentes en Kant,<sup>25</sup> Humboldt<sup>26</sup> y el libera-

<sup>23</sup> Al respecto, Baratta, Alessandro, “El Estado de derecho, historia del concepto y problemática actual”, *Sistema*, 17-18, abril de 1977, pp. 11-23, especialmente p. 16. Carriá, Carmelo, “Ventura e avventure di una formula, Rechtsstaat”, *Rivista di Diritto Pubblico*, 1934. Entrena Cuesta, Rafael, “Notas sobre el concepto y clases del Estado de derecho”, *Revista de Administración Pública*, 33, 1960.

<sup>24</sup> Todos estos autores coinciden en considerar al Estado de derecho no como una nueva fórmula política, sino como una peculiar forma de Estado (*Staatsgattung*) con unas exigencias de contenido o materiales: a) la regulación de la actividad estatal guiada por principios racionales. El Estado de derecho es concebido así como un Estado racional (*Vernunftrechtstaat*) bajo la terminología de Estado de razón (*Staat der Vernunft*) en expresión de Welcker, o Estado de la racionalidad (*Verstandesstaat*) en la de von Mohl; b) el rechazo de cualquier tipo de transpersonalismo de carácter divino o de quienes gobiernan. El Estado no está sino al servicio de los individuos que lo integran. Junto a esta línea hermenéutica y de forma simultánea se produce en el seno de la doctrina germana una tendencia a convertir el Estado de derecho en Estado ético, que lo concibe como un valor metafísico y casi absoluto. Así, en Hegel se concibe el Estado como “el paso de Dios por el mundo” (*Der Gang Gottes in der Welt*). Ese Estado ético supedita la vida y la propiedad de los individuos a los fines del Estado, que está representado en la persona del monarca, con lo que se configura como un Estado de fuerza o, en expresión de Heller, “*Machtsstaat*”, Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Sobre el Estado de derecho y su significación constitucional”, *Sistema*, 57, noviembre de 1983, pp. 58-60.

<sup>25</sup> Marini, Giuliano, “Lo Stato di diritto kantiano e la critica di Hegel”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLI, 1964, pp. 227-237.

<sup>26</sup> Pérez Luño, Antonio-Enrique, *op. cit.*, nota 24, pp. 56-58: Imanuel Kant concibe, en efecto, el Estado de derecho como Estado de razón, esto es, como la condición *a priori* (exigencia universal de la razón) para una coexistencia libre a través del derecho, entendido, a su vez, como normatividad racional “porque la razón constituye el único fundamento de cualquier posible legislación positiva”. Con ello la construcción kantiana tiene un carácter prioritariamente racional y formal, con lo que evita cualquier tipo de crítica. “Si

lismo decimonónico, así en Locke y los representantes de las teorías del contrato social, en el paso del llamado estado de naturaleza al estado de sociedad civil, en el que el hombre pierde parte de su libertad originaria a cambio de una mayor seguridad jurídica. El Estado de derecho es lo que los anglosajones llaman *rule of law* y los alemanes *Rechtstaat*.<sup>27</sup> En el derecho español el término fue introducido por el profesor Pablo Lucas Verdú.<sup>28</sup> El surgimiento de la noción en el área germánica se debe a la gran calidad de la doctrina iuspublicista alemana del momento (Gerber, Laband, Stahl, Gneist,<sup>29</sup> Anschutz, Jellinek o Mayer —formulador del concepto de reserva de ley—), si bien son importantes también las aportaciones francesas (Esmein, Carre de Malberg o Duguit), inglesas (Bagehot o Dicey) e italianas (Orlando, Santi Romano o Zanobini).<sup>30</sup>

Respecto a la dicción de la Constitución Española de 1978 que califica al Estado social y democrático como Estado de derecho, no es inútil ni

con abstracción del mundo fenoménico, se parte de la identidad nouménica entre el Estado y el derecho, desaparece cualquier posible contradicción entre ambos términos. El Estado ya no puede negar al derecho, porque se negaría a sí mismo, pero, a su vez, tampoco el derecho puede «resistir» al Estado, porque ello equivaldría a negar su propia fuente de validez”. Pero Kant parece olvidar que ninguna construcción teórica puede escapar al tribunal inapelable de la experiencia y de la historia. Es a partir de Wilhelm von Humboldt cuando la teoría del Estado de derecho irá perdiendo su pretendido carácter formal-racional para ir llenándose de un contenido concreto e histórico, la ideología liberal. Sobre el tema del Estado de derecho en Kant, véase Gioele Solari, “Il liberalismo di Kant e la sua concezione dello Stato di diritto”, en su volumen *Studi storici di filosofia del diritto*, Giappichelli, Turín, pp. 231 y ss. Pasini, Dino, *Diritto, società e Stato in Kant*, Milán, Giuffrè, 1957, pp. 138 y ss. Lumia, Giuseppe, *La dottrina kantiana del diritto e dello Stato*, Milán Giuffrè, 1960.

<sup>27</sup> Sobre la historia del Estado de derecho, véase Baratta, Alessandro, “El Estado de derecho. Historia del concepto y problemática actual”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 17-18, abril de 1977, pp. 11-23.

<sup>28</sup> También, *La lucha por el Estado de derecho*, *op. cit.*, nota 19, en Lucas Verdú, Pablo, “Estado liberal de derecho y Estado social de derecho”, *Acta Salmanticensis. Derecho*, t. II, 3, Universidad de Salamanca, 1955.

<sup>29</sup> Gneist, Rodolfo, *Lo Stato secondo il diritto ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, Zanichelli, Bolonia, 1884, pretende elaborar una teoría del Estado de derecho o Estado jurídico partiendo de la eliminación de los ingredientes básicos del constitucionalismo moderno, el reconocimiento de unos derechos públicos subjetivos y el parlamentarismo. Su concepción se basa en la admisión en los niveles administrativos inferiores de funcionarios honorarios junto a los burócratas (resucitando la vieja concepción del *self-government* germánico) y la admisión de una justicia administrativa que controle la sumisión del poder administrativo del Estado de derecho.

<sup>30</sup> Garrarena Morales, Ángel, *op. cit.*, nota 7, pp. 162-164.

adjetivarlo, pues históricamente el Estado de derecho ha sido primero liberal, luego social y hoy democrático,<sup>31</sup> ni añadir “de derecho”, pues, a diferencia de la teoría del derecho en la concepción de Kelsen en la primera edición de su *Teoría pura del derecho*, en la que todo Estado, por el hecho de serlo, es decir por constituir un ordenamiento coactivo, era un Estado de derecho y, por añadidura, todo Estado con Constitución, un Estado constitucional, en la filosofía política y la historia del pensamiento, que es donde nos movemos en esta exégesis del artículo 1.1 de nuestra Constitución, no es necesariamente así. No todo Estado con derecho es un Estado de derecho. A este respecto cabe recordar el enfrentamiento entre el régimen de Franco y la Comisión Internacional de Juristas en Ginebra, que en 1962 publicó un informe titulado “El imperio de la ley en España”, que mantenía que la cobertura jurídica franquista no convertía a España en Estado de derecho, a lo que se intentó responder desde el régimen con la publicación en 1964 de *España, Estado de derecho*.<sup>32</sup> Este tema se encuentra relacionado con la distinción entre el Estado formal y el Estado material de derecho. El primero se refiere a la forma de realización de la acción del Estado, a la legalidad, el segundo al contenido, a la legitimidad, y es llamado también “concepto político del Estado de derecho”. No se trata tanto de dos nociones contradictorias, como de dos dimensiones o momentos del Estado de derecho, que entroncan, respectivamente, con la vertiente liberal y la social.

### B. *Estado social*

La fórmula “Estado social”<sup>33</sup> fue incorporada al léxico político-constitucional ya en el siglo pasado por Lorenz von Stein, que hablaba de “monar-

<sup>31</sup> Como señala Sánchez Agesta, Luis, *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Editora Nacional, 1980, p. 70 (hay edición posterior que en este punto no variada).

<sup>32</sup> Asimismo el trabajo finalmente preparado por la Comisión Internacional de Juristas, “Aspectos del imperio de la ley, España desde el último informe de la Comisión”, *Boletín de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, 23, agosto, 1965, pp. 15-26.

<sup>33</sup> Abendroth, Wolfgang y Forsthoff, Ernst, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986. García Cotarelo, Ramón, *Del Estado de bienestar al Estado del malestar (La crisis del Estado social y el problema de legitimidad)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986. María, Giovanni de, *Lo Stato sociale moderno*, Padova, Cedam, 1962. Forsthoff, “La Republica federale tedesca come Stato di diritto e Stato sociale”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, julio-septiembre, 1956, pp. 457 y ss. Menger,

quía social”, y por Hermann Heller, que se refería en su trabajo “Rechtstaat oder Diktatur” al “*Sozialer Rechtsstaat*” como a una fórmula de carácter utópico, pero necesaria y especialmente fértil tras la Segunda Guerra Mundial. En Inglaterra Lord Beveridge acuña la expresión Estado de bienestar social (*Social Welfare State*) inspirado en las doctrinas económicas de Keynes.<sup>34</sup> No obstante, hay que distinguir el Estado social de conceptos próximos como los de Estado de bienestar, Estado asistencial o Estado providencia, que aluden a una función, pero no a una configuración global del Estado. “El Estado social tiene como supuesto la democracia política, pero se caracteriza además por su tendencia hacia la instauración de la democracia social, cuyas formas capitales son la democracia económica y la democracia empresarial”. En este sentido dice García-Pelayo:

...el concepto de *Welfare State* se refiere capitalmente a una dimensión de la política estatal, es decir, a las finalidades de bienestar social; es un concepto mensurable en función de la distribución de las cifras del presupuesto destinadas a los servicios sociales y de otros índices, y los problemas que plantea, tales como sus costos, sus posibles contradicciones y su capacidad de reproducción, pueden también ser medidos cuantitativamente. En cambio, en la denominación y el concepto de Estado social incluyen no sólo los aspectos del bienestar, aunque estos sean de sus componentes capitales, sino también los problemas generales del sistema estatal de nuestro tiempo, que en parte pueden ser medidos y en parte simplemente entendidos. En una palabra, el *Welfare State* se refiere a un aspecto de la acción del Estado, no exclusivo de nuestro tiempo —puesto que el Estado de la época del absolutismo tardío fue también calificado como Estado de bienestar—, mientras que el Estado social se refiere a los aspectos totales de una configuración estatal típica de nuestra época.<sup>35</sup>

Ch. F., “Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz”, *Recht und Staat*, 173, 1953. Jaime Nicolás Muñiz, “La declaración de Estado social en la Constitución Española de 1978”, *Libro homenaje a Manuel García Pelayo*, Caracas, vol. I, 1980, pp. 166 y 167.

<sup>34</sup> Briggs, Asa, “The Welfare State in Historical Perspective”, *Archives Européennes de Sociologie*, II, 2, 1961, pp. 221-258. Moix Martínez, Manuel, *Bienestar social*, Madrid, Trivium, 1986.

<sup>35</sup> García-Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977, p. 50. Distingue, a su vez, entre democracia económica y democracia empresarial, pues la primera es un concepto amplio, relacionado con la economía de la sociedad, mientras que la segunda es una noción más restringida, que va asociada con la empresa individual o el lugar de trabajo. Modernamente se detecta la superación del

La adjetivación del Estado como social cuenta con antecedentes ideológicos muy diversos, tanto de izquierdas como conservadores.<sup>36</sup> En la primera línea comenzó a ser utilizada en ciertos sectores socialistas a mediados del siglo XIX. Tal es el caso, en Francia, de Louis Blanc o en la Revolución de París de 1848 donde se escuchó ya el grito: “¡*Vive la République démocratique et social!*”.<sup>37</sup> Años después en Alemania, Ferdinand Lassalle<sup>38</sup> rechazó “la vieja idea burguesa del Estado vigilante nocturno, simple celador de seguridad y propiedades” y trasladó a términos socialistas la noción hegeliana del Estado como vehículo de desarrollo social a partir de las reivindicaciones obreras. En el tránsito del siglo

Estado de bienestar o Welfarismo hacia un Estado o sociedad poswelfarista, que pretende atender a los aspectos cualitativos olvidados por la preponderancia en aquél de los factores cuantitativos. Huella de esta transformación en nuestra Constitución es el capítulo tercero del título I (Principios rectores de la política social y económica). Véase, Moix Martínez, Manuel, “¿Hacia el poswelfarismo?”, *Revista de Estudios Políticos*, 1977, pp. 213-216, 121 y ss. Picó, Josep, “Teorías sobre el *Welfare State*”, *Sistema*, 70, 1986. Montoro Romero, R., “Crisis de legitimación y crisis económica en el Estado social de bienestar”, *REP*, 48, 1985. Serra, Francisco, “El futuro del Estado social”, en Olivas, Enrique (comp.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991, pp. 165-177. Olivas, Enrique, “La crisis del Estado de bienestar”, *Gaceta Sindical*, 122, Confederación Sindical de CCOO, enero, 1994, monográfico, “Reflexiones sobre el Estado de bienestar”. En la misma obra, pp. 177-189, Capella, Juan-Ramón, “La crisis del Estado de bienestar en la crisis de civilización”. Mishra, R., *The Welfare State in Crisis*, Wheatsheaf Books, Brighton, 1984. Weinberger, P. E. (ed.), *Perspectives of Social Welfare*, Nueva York, Mac Millan, 1974. Room, G. J., “The End of the *Welfare State*”, en Mommsen, W. J. y Mock, W. (eds.), *The Emergence of the Welfare State in Britain and Germany 1850-1950*, Londres, Croom Helm, 1981. Harris, R., *Mas allá del Estado de bienestar*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1989. Flora, P., “Solution or Source of Crises? The Welfare State in Historical Perspective”, en Mommsen, W. J. y Mock, W. (eds.), *The Emergence...*, *op. cit.*, en esta nota, pp. 343 y ss. J. Mir i Bagó (ed.), *Crisis económica y Estado de bienestar*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1989. Muñoz de Bustillo, R. (ed.), *Crisis y futuro del Estado de bienestar*, Madrid, Alianza, 1989. Habermas, Jürgen, “La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas”, *Ensayos Políticos*, Barcelona, Península, 1988. García Calvo, Agustín, *Análisis de la sociedad del bienestar*, Zamora, Lucina, 1993. Luhmann, Niklas, *Teoría política en el Estado de bienestar*, Madrid, Alianza, 1993. Olivas, Enrique, “Problemas de legitimación en el Estado social”, en Olivas E. (comp.), *Problemas...*, *op. cit.*, en esta nota, pp. 11-29.

<sup>36</sup> Seguimos a continuación a Garrorena Morales, Ángel, *op. cit.*, nota 7, pp. 30-45.

<sup>37</sup> Abendroth, Wolfgang, “El Estado del derecho democrático y social como proyecto político”, Abendroth, Wolfgang *et al.*, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 15.

<sup>38</sup> Lucas Verdú, Pablo, “Socialismo y derecho constitucional”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 17-18, abril de 1977, pp. 34-37.

XIX al XX, con el surgimiento de ciertos partidos autodenominados social-demócratas o socialistas, entre ellos, en 1879, el Partido Socialista Obrero Español, se consolida en el lenguaje político de la izquierda el uso del calificativo social para el Estado. Ya dos años antes de su consagración por Heller, Fernando de los Ríos en una conferencia dada en Ginebra en 1927 hablaba de la necesidad de un “constitucionalismo social”. Sin embargo, se da la paradoja de que este uso por los teóricos izquierdistas de la expresión Estado social iría en contra de la filosofía anti-estatal común a toda la tradición socialista desde Saint-Simon a Lenin y de Godwin a Bakunin. Para ellos la revolución social no habría sido pensada a partir del Estado, sino frente al mismo, siendo una de sus metas precisamente la extinción del aparato estatal, al menos en su versión capitalista. Para los izquierdistas el esquema hegeliano del Estado como motor dialéctico del cambio era insuficiente hasta que el marxismo sustituyó ese sujeto conductor de la Historia por uno nuevo, el proletariado, lo cual permitió conjugar científicamente un pensamiento social a la vez dialéctico y anti-estatal.

Pero no es exclusivo de los pensadores de izquierdas el empleo de la cláusula Estado social, sino que la misma es usada también desde sectores conservadores. En este sentido Rösler manifestó en 1872, en su *Soziales Verwaltungsrecht*, la preocupación social emergente en el derecho administrativo prusiano. Es la misma idea presente en la política de Napoleón III de “extinción del pauperismo” y en el “Estado de servicio social” propugnado por Bismarck. En nuestro país cabe destacar la legislación social iniciada con la Ley sobre el Trabajo de los Menores de 1873 y el pensamiento de Concepción Arenal, Enrique Gil Robles, Azcárate, Moret, Canalejas o Dato. Tras la Primera Guerra Mundial y La Gran Depresión de 1929 los autoritarismos de derechas —fascismo y nacionalsocialismo— se autodenominaron polémicamente regímenes sociales, en un intento de superar la dialéctica existente entre el socialismo y el capitalismo. También los sistemas liberales del periodo de entreguerras usaron el calificativo social. Tal es el caso del ya mencionado *Welfare State* inglés, que tiene su expresión en el *Beveridge Report* de 1942, del Plan Monnet en Francia y de la “economía social de mercado” en Alemania. De ahí que en términos generales, y dada la equivocidad a que se presta, la izquierda tenga reticencias para reasumir la fórmula Estado social pues, aunque supone una intervención estatal en la distribución, deja intactas todas las contradiccio-

nes operantes en la producción capitalista.<sup>39</sup> Por ello, podemos afirmar que el término Estado social, dado su carácter multívoco y equívoco,<sup>40</sup> patrimonio común de todas las ideologías, sin referente conceptual claro, es hasta cierto punto una noción inútil.<sup>41</sup>

### C. Estado democrático

La calificación “Estado democrático” tiene antecedentes más remotos que su apelativo como social. Dichos precedentes se sitúan a caballo entre los siglos XIX y XX, con la extensión del protagonismo político a amplios sectores de la sociedad y la generalización del sufragio. Frente al sufragio censatario, restringido a la propiedad y a las capacidades, es decir, a ciertos niveles de renta e instrucción, aparece el sufragio universal, directo y secreto. En nuestro país, a partir de abril de 1849 existe un denominado Partido Demócrata, aunque para que sea un auténtico instru-

<sup>39</sup> Son excepciones a esta regla Abendroth, Wolfgang (“Sobre el concepto de Estado de derecho democrático y social en la Constitución de la República Federal alemana”, incluido en la recopilación de trabajos de este autor traducidos bajo el título común de *Sociedad antagónica y democracia política*, Barcelona, Grijalbo, trad. de Manuel Sacristán, 1973) y Habermas, Jürgen. Por el contrario, en la línea arriba señalada se manifiesta, entre otros, Lechner, Norbert, “Contra la ilusión del Estado social de derecho”, *Liberalismo y socialismo; problemas de la transición*, Madrid, Tucur, 1975.

<sup>40</sup> Forsthoft, Ernst, “Concepto y esencia del Estado social de derecho”, Abendroth, W., Forsthoft, E. y Dohering, K., *op. cit.*, nota 33, p. 95: “Desde su aparición en el ámbito político, esto es, desde mediados del siglo pasado, el término tiene un matiz polémico dirigido contra el ‘status quo’ social y político. Hoy, después de un siglo de evolución social en el Estado, se le utiliza en una doble acepción. Puede ser empleado en su sentido polémico originario, y con ello se significa un repartimiento más adecuado y justo de los bienes del que existe en la realidad o del que existiría según el decurso libre de las cosas sin influencia del Estado. Pero social puede ser también usado en un sentido no polémico, referido a lo que ya existe y significar así instituciones, conceptos y normas jurídicas que la evolución social ha llevado a un mejor repartimiento de bienes y constituyen hoy parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico”.

<sup>41</sup> Dohering, Karl, “Estado social, Estado de derecho y orden democrático”, Abendroth *et al.*, *op. cit.*, nota 37, pp. 119-121: “Pero tales fórmulas nos llevan a la pregunta de qué sea realmente lo «social». El modo de formular la cuestión conduce pronto a una cierta resignación. Lo ‘social’ puede ser definido como lo ordenado por la sociedad constituida en sí misma a través de sus órganos políticos, esto es, el Parlamento; ‘social’ puede ser también una determinada configuración de la sociedad a construir a través del Estado y que le viene ya dada al legislador, de modo que la misión de éste sea llevar a cabo esa tarea y que él en modo alguno deberá desconocer.”

mento de masas habrá que esperar a la consolidación del movimiento asociacionista obrero español (en 1888 se funda la UGT) y a la Ley de Asociaciones del 30 de junio de 1887. Por lo que se refiere a los antecedentes legislativos del término Estado democrático, hay que aguardar a las primeras décadas del siglo XX para poder hablar de una progresiva, aunque lenta, recepción del mismo. Por el contrario, tras la Segunda Guerra Mundial asistimos a una generalización de la expresión, que produce una auténtica inflación semántica del término, con la consiguiente depreciación de su valor. Así, es utilizada en las Constituciones de las democracias populares o en las Constituciones del tercer mundo, incluso en aquellas que arropan auténticas dictaduras militares. Pese a su ambigüedad, al menos si nos circunscribimos al contexto de las democracias occidentales, el adjetivo democrático es menos controvertido que el de social. En una definición clásica, en su discurso en la inauguración del Cementerio de Gettysburg en 1863, Lincoln se refirió a la democracia como al “*government of the people, by the people and for the people*”. Esta fórmula, sometida a discusión por la UNESCO, fue objeto de numerosas críticas, entre ellas la de Alf Ross, que precisó que sólo el “*by the people*” se aproximaba a la esencia de la democracia, porque los gobiernos “*of the people*”, o salidos del pueblo, así como los que dicen actuar para el pueblo han sido con cierta frecuencia antidemocráticos.<sup>42</sup>

El término Estado democrático de derecho es también fruto de la doctrina germana (Abendroth, Jahrheiss) y del suizo Baumlin y señala Lucas Verdú<sup>43</sup> su introducción en España por Elías Díaz.<sup>44</sup> Este autor<sup>45</sup> se pregunta si es casual que el artículo 1.1 de nuestra Constitución hable de Estado social primero y democrático después, frente al modelo que lo

<sup>42</sup> Garrorena Morales, Ángel, *op. cit.*, nota 7, pp. 109-120.

<sup>43</sup> Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1984, vol. IV, *Constitución de 1978 y transformación político-social española*, p. 357.

<sup>44</sup> Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 7a. ed, Madrid, Edicusa, 1966; 1979, “Teoría general del Estado de derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, 131, 1963; “El Estado democrático de derecho y sus críticos izquierdistas”, *Sistema*, 17-18, abril 1977; *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 149-166; “El Estado democrático de derecho en la Constitución Española de 1978”, *Sistema*, 41, 1981, pp. 41-86. Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. de Eugenio Bulygin, Buenos Aires, De Palma, 1980.

<sup>45</sup> Díaz, Elías, “El Estado democrático de derecho en la Constitución Española de 1978”, *Ibidem*, pp. 57 y ss.

inspiró (artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn), que mencionan, en el orden inverso, primero el Estado democrático y luego el Estado social. La pregunta es si es éste un mero cambio sintáctico desprovisto de significado. A juicio del autor la respuesta es negativa. Estaríamos ante dos concepciones diferentes del término democracia: 1) la primera, “socialista” (“democracia socialista”) en la acepción plena e integral del término, como tendencia (en potencia) que viene o puede venir como fase superior superadora a completar y a dar una eficacia real (en acto) al Estado liberal de derecho e incluso al Estado social, punto de partida en el que estamos. Esta es, en opinión de Elías Díaz, seguido por Peces-Barba,<sup>46</sup> la interpretación correcta de la fórmula del artículo 1.1 de nuestra Constitución. Según ellos, para un socialista hablar de Estado democrático de derecho significaría prácticamente lo mismo que hacerlo de Estado socialista,<sup>47</sup> pues lo incluiría, con la ventaja, además, de excluir la ver-

<sup>46</sup> “Socialismo democrático y derechos humanos”, en el vol. *Política y derechos humanos*, Valencia, Fernando Torres editor, 1976, pp. 75 y ss., recogido posteriormente en su vol. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, op. cit., pp. 125 y ss. Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Prieto Sanchís, Luis, *La Constitución española de 1978. Un estudio de derecho y política*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1981, p. 29: “La expresión Estado social y democrático de Derecho es también oportuna, aunque desde el punto de vista teórico sobra el término social, comprendido en el término democrático, como etapa posterior en la evolución del Estado de Derecho”. Peces-Barba Martínez, Gregorio, “La nueva Constitución Española desde la filosofía del derecho”, *Documentación Administrativa*, 180, 1978, pp. 19 y ss., especialmente p. 25. Dice Elías Díaz, “El Estado democrático de derecho...”, cit., p. 64, que “...no obstante, sería interesante recordar como —aún con ese diferente orden sintáctico de los artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn— también en Alemania se han producido, como antes he indicado, importantes intentos de interpretar la calificación democrática del Estado de Derecho desde una perspectiva socialista...”. Así, Wolfgang, Abendroth, “Sobre el concepto de Estado de derecho democrático y social tal como se formula en la Constitución de la República Federal de Alemania”, publicado en la versión original alemana por vez primera en 1954. Baumlich, R., *Die Rechtsstaatliche Demokratie. Eine Untersuchung der gegenseitigen Beziehungen von Demokratie und Rechtsstaat*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1954. Cabe mencionar también la conferencia en Barcelona de Peter von Oertzen sobre el Estado de derecho democrático y la teoría marxista del Estado, en la Fundación Joan Miró, en colaboración con el Instituto Alemán y la Fundación Friedrich Ebert, el 8 de noviembre de 1978, dentro del ciclo sobre “la vida y la obra de K. Marx”.

<sup>47</sup> Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, op. cit., nota 44, p. 125: “El análisis y comprensión de las insuficiencias y contradicciones del sistema económico y del sistema ideológico derivado del neocapitalismo marca, puede decirse, el sentido teórico de la superación del Estado social de derecho; el paso al socialismo será así para-

sión totalitaria del socialismo, negadora de la democracia, la libertad y el pluralismo; 2) la segunda versión, sería “neoliberal y neocapitalista” (“socialismo democrático”), propia del Estado “social”, benefactor e intervencionista, como complemento igualitario frente al capitalismo liberal abstencionista, pero en modo alguno como el Estado tradicionalmente propugnado por los socialistas. Esta concepción estaría limitada predominantemente a los aspectos jurídico-formales y políticos, como sinónimo de pluralismo, garantías jurídicas y libre participación electoral, más que a la infraestructura económica y a la igualdad real en la sociedad. Esta es la interpretación del artículo 1.1 de nuestro texto constitucional seguida por la mayor parte de la doctrina.

La postura de Elías Díaz fue mantenida en las sesiones dedicadas por la Universidad de Bolonia a analizar el Anteproyecto de Constitución Española, los días 26 y 27 de mayo de 1978, recogidas en el volumen *La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*.<sup>48</sup> Garrarena Morales se opone a la interpretación de dicho autor, señalando que “lo cierto es que el artículo 1o. no constitucionaliza, ni podría constitucionalizar, la sucesión del Estado social de derecho por un tipo históricamente posterior y superior de Estado y, concretamente, por el ‘Estado democrático de derecho’, entendido como la réplica institucional de una concepción socialista y solidaria de la democracia”, pues no se trata de un problema teórico, sino referido a realidades. Eso es precisamente constitucionalizar. Y ni la estructura social española ni el resto del articulado nos sitúa ante semejante interpretación, salvo en el preámbulo, donde se prevé que la nación española aspira “a establecer una sociedad democrática avanzada”. Elías Díaz ha replicado este planteamiento<sup>49</sup> con base en tres argumentos: a) que fue precisamente el grupo socialista, a

lamente el paso al Estado democrático de derecho”. p. 127: “Frente a la imposibilidad de compatibilizar coherentemente democracia y neocapitalismo, la correspondencia entre los términos democracia y socialismo aparece hoy, en cambio, como algo perfectamente conforme con la realidad”, p. 128: “Socialismo y democracia vienen en nuestro tiempo a coincidir y a institucionalizarse conjuntamente en el llamado Estado democrático de derecho; el socialismo de éste resulta de la superación del neocapitalismo propio del Estado social de derecho”.

<sup>48</sup> *Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione italiana, 26-27-maggio-1978*, Bologna, A. Forni Editore, 1978. Quaderni Universitari, diritto pubblico.

<sup>49</sup> También frente a Pérez Luño, Antonio-Enrique, que posteriormente ha contestado a la réplica, en “Sobre el Estado de derecho y su significación constitucional”, *Sistema*, 57, noviembre, 1983, pp. 70 y ss.

través de su ponente constitucional, Peces-Barba, quien dio origen a la redacción del texto del artículo 1.1; b) que, si no, se negaría toda posibilidad de constitucionalizar proyectos de futuro, de “constitucionalizar la utopía”, y c) que el argumento de autoridad, basado en juicios en ese sentido de Tamames, Barón o García Pelayo, así lo indica.

Garrorena Morales, a su vez, vuelve al ataque desmontando cada uno de estos tres razonamientos: a) porque lo esencial no sería cuál fue la intención del grupo socialista, sino que unas Cortes con predominio del centro derecha no lo hubiesen aceptado. De ahí que, ante ese temor, no se utilizase la fórmula más explícita “Estado social de derecho en transición hacia un Estado democrático de derecho”. Y es que hay cosas que no pueden entrar en el texto constitucional de refilón o de pasada, sin convertirse en tema cardinal de debate, debate que no se produjo; b) porque, aunque la Constitución no deba limitarse, como si fuera una ciencia para notarios, a certificar lo existente y puede constitucionalizar la utopía, eso tiene sus reglas. La primera de ellas es tener los pies sobre la tierra, y lo cierto es que nuestra realidad actual, lejos de estar en disposición de planificar el tránsito al Estado socialista, se halla todavía bastante distante incluso de realizar un auténtico Estado social. Desde luego que se puede constitucionalizar aquella fórmula, pero no parece conveniente, y menos a nivel de definición del tipo de Estado. Si lo hiciéramos caeríamos, como en el constitucionalismo soviético, en la necesidad de operar con ciclos dialécticos muy largos e imaginar constantes estadios intermedios que expliquen el retraso en alcanzar la meta propuesta, con lo que la credibilidad de la fórmula en cuestión quedaría afectada y el pueblo podría perder la esperanza en las promesas constitucionales. Además, parece que no todo lugar de la Constitución es igualmente idóneo para constitucionalizar la utopía. A diferencia del constitucionalismo soviético, en las democracias occidentales no existe una dialéctica unívoca para la historia, sino una pluralidad de proyectos de futuro. La política socialista es posible dentro del marco constitucional, pero no tiene por que ser *a priori* la única posible, condición del Estado, como parecería si constitucionalizásemos la fórmula socialista en la definición; c) finalmente, porque el argumento de autoridad queda limitado a quien efectivamente la tiene en materia de interpretación de la Constitución, el Tribunal Constitucional, que en sentencia del 14 de julio de 1981 habla textualmente de “el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de derecho”,

lo cual parece indicar como actualmente ambas fórmulas no definen modelos históricos o dialécticamente distintos.<sup>50</sup>

### 5. *Propugna*

La expresión que sigue a “Estado social y democrático de derecho”, “propugna”, se prefirió a los términos clásicos “declara”, “programa” o “proclama”, este último sustituto temporal de aquélla en la Comisión del Senado. Sin embargo, finalmente se eligió la primera porque expresaba mejor el sentido dinámico de lucha por los valores del derecho, que sólo forman parte del mismo si se incorporan al ordenamiento positivo. Así, el verbo propugnar significa etimológicamente “luchar, combatir, defender, edificar, proteger” valores que, como dice Lucas Verdú, sufren de hecho “las amenazas de la involución, los embates del terrorismo, los efectos de la crisis económica y el talante retardatario de sectores de la administración”.<sup>51</sup>

### 6. *Valores superiores*

Lo propugnado son los “valores superiores” del ordenamiento jurídico. La expresión valores superiores no aparece en otros textos constitucionales, ni nacionales ni extranjeros. Parece más bien una locución académica, profesoral e incluso filosófica.<sup>52</sup> Recordemos aquí, por ejemplo, la filoso-

<sup>50</sup> Garrorena Morales, Ángel, *op. cit.*, nota 7, pp. 223-242.

<sup>51</sup> Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 2, pp. 42 y 43. Sánchez Agesta, Luis, “Comentario al artículo 1o.”, *Constitución Española. Edición comentada*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 21. Peces-Barba, Gregorio, *La Constitución Española de 1978...*, *op. cit.*, nota 46, p. 30.

<sup>52</sup> Parejo, Luciano, “Constitución y valores del ordenamiento”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría*, vol. I, Madrid, Civitas, 1991, pp. 39-134. Prieto Sanchís, Luis, “Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional”, *Revista del Poder Judicial*, 11, pp. 83 y ss. Merino Merchán, José Fernando, “Valores superiores del ordenamiento. Artículo 1.1 de la Constitución”, *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, vol. V, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 3413-3426. Basile, Silvio, “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, en *La Constitución Española de 1978*, Pedrieri, Alberto, y García de Enterría, Eduardo (dirs.), Madrid, Civitas, 1984, pp. 263-314. Martínez García, Jesús Ignacio, “Valores superiores del derecho y teoría de sistemas”, *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, vol. I, *op. cit.*, en esta nota, pp. 225-240.

fía de los valores de Max Scheller. Hay que destacar que se habla de valores y no de principios. La diferencia entre ambas nociones radica en que,<sup>53</sup> mientras los segundos son fuentes del derecho (como dice expresamente el artículo 1o. del título preliminar del Código Civil tras la reforma del 31 de mayo de 1974, en el que se habla de principios generales del derecho),<sup>54</sup> los valores no tienen ese carácter, al menos de manera definida, si bien García de Enterría, Ollero, Pérez Luño y Prieto coinciden en aceptar su carácter normativo. En este sentido pueden citarse también las sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981, del 8 de abril, 8/1983, del 18 de febrero y 31/1984, del 7 de marzo. Lo que indudablemente tienen dichos valores es carácter interpretativo y decir que son propugnados indica ya en cierto modo que son un mandato para el legislador.

Son valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, mientras que son principios, por ejemplo, el de anualidad de los presupuestos (artículo 134.2), los de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación conforme a las cuales debe actuar la administración pública (artículo 103.1), o el principio de coordinación con la Hacienda estatal de la autonomía financiera de las comunidades autónomas (artículo 156.1).<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Sánchez Agesta, Luis, *op. cit.*, nota 31, pp. 84-85. Dice Basile, Silvio (*op. cit.*, nota 52, p. 266) que los valores superiores no pueden ser objeto de una significación precisa mientras que los principios fundamentales sí. Por su parte, Aparicio, Miguel Ángel, *Introducción al sistema político y constitucional español*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 60 considera que el título preliminar de la Constitución contendría: 1) una definición teórica del Estado y los valores que lo informan; 2) principios de organización política; 3) principios informadores del ordenamiento jurídico, y 4) principios informadores de la actividad concreta del Estado (poderes públicos).

<sup>54</sup> Sobre el tema, véase, Leguina Villa, Joaquín, “Principios generales del derecho y Constitución”, *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, *op. cit.*, nota 52, pp. 3016-3049 y, en el mismo volumen colectivo, Carrasco Canals, Carlos, “El ordenamiento jurídico administrativo, principios generales, valores superiores y Constitución”, pp. 3175-3206. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “La función de los principios en las sentencias del Tribunal Constitucional”, pp. 3237-3263.

<sup>55</sup> Torres del Moral, Antonio, *op. cit.*, nota 9, p. 54: “A veces las diferencias entre valores y principios se difuminan, como ocurre con el pluralismo político, la seguridad jurídica, la dignidad humana y la solidaridad, cuya calificación de valores o de principios es dudosa”. A continuación (pp. 58-61) hace una detallada enumeración de los más importantes principios del Estado de derecho, de los del Estado social y de los del Estado democrático. García Canales, M., “Principios generales y principios constitucionales”, *REP (NE)*, 46, 1978. Vilas Nogueira, J., “Los valores superiores del ordenamiento jurídico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 12, 1989. Lucas, Javier de y Vidal,

Algunos valores se proyectan de forma muy directa en partes concretas de la Constitución. Así, la libertad, en el título I, o la justicia, en el título VI. Dice el ilustre administrativista Fernando Garrido Falla que lo importante en esta cuestión es la instrumentalización o articulación que de tales valores se haga en la Constitución. Pero ¿qué ocurre cuando esa instrumentalización no es clara? Surgen entonces discrepancias doctrinales entre quienes, como Ollero, Predieri y más matizadamente García de Enterría, parecen inclinarse por la vía judicial, otorgando gran importancia al Tribunal Constitucional en el desarrollo de tales valores superiores, y quienes, como Peces-Barba y Prieto, rechazan tal judicialismo y buscan su desarrollo a través del legislador. Hay incluso quien, como Diez-Picazo, ha empezado a hablar de “ordenamiento principal”.

### 7. *Del ordenamiento jurídico*

Por otro lado, la expresión valores superiores “del ordenamiento jurídico” (y no al ordenamiento jurídico) parece apuntar a su carácter normativo.<sup>56</sup> La cuestión no es superflua, pues si se interpretasen como valores superiores al ordenamiento jurídico podría encontrarse aquí una vía de entrada de las ideologías, produciéndose un influjo iusnaturalista en el ordenamiento constitucional.<sup>57</sup> Frente a una interpretación como la propuesta constitucionalmente, de carácter exclusivamente técnico-jurídico, que negaría el telos de la Constitución y que, manteniendo su *status quo*, impediría su función transformadora,<sup>58</sup> para Lucas Verdú junto a los valores posi-

Ernesto, “¿Hay principios constitucionales?”, *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, vol. V, *op. cit.*, nota 52, pp. 3323-3346. Por su parte, De Esteban, Jorge *et al.*, *Desarrollo político y Constitución Española*, Barcelona, Ariel, 1973, Demos, Biblioteca de Ciencia Política, pp. 31-39, señalan como principios que deben presidir el desarrollo de la Constitución Española de 1978 los siguientes: 1) principio de la unidad del poder y de la coordinación de funciones; 2) principio de pluralismo asociativo; 3) principio de seguridad jurídica; 4) principio de representatividad de los cargos electivos; 5) principio de responsabilidad política; 6) principio de incompatibilidad de funciones; 7) principio de descentralización de las decisiones; 8) principio de neutralidad religiosa dentro de la confesionalidad del Estado.

<sup>56</sup> Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 2, pp. 59-62.

<sup>57</sup> Soriano, Ramón, “¿Es iusnaturalista la Constitución de 1978?”, *Revista de las Cortes Generales*, 12, 1977. Nieto, Alejandro, “El positivismo jurídico y la Constitución de 1978”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 26, 1989.

<sup>58</sup> Afirma Álvarez Conde, Enrique, *Curso de derecho Constitucional*, vol. I, *El Estado constitucional, el sistema de fuentes, los derechos y libertades*, Madrid, Tecnos, 1992,

tivizados hay otros suprapositivos, que como tales valores valen antes que son, a diferencia del ordenamiento jurídico, que es antes que vale. Esto, no obstante, matiza el autor, no debe desbordar los límites y razonamientos jurídicos y llevar a hacer teología.<sup>59</sup> En este sentido serían descartables propuestas como la presentada por el senador Carazo Hernández en su enmienda al artículo 1o., que pretendía que el texto comenzase diciendo: “España reconoce a Dios como fundamento inspirador del derecho, base trascendente de los valores humanos, y se constituye en un Estado...”. El profesor Fernández-Miranda objetó su inadecuada formulación como artículo ya no del preámbulo, sino del texto jurídico que, como tal, debía ser operativo y eficaz.<sup>60</sup>

Nuestro objetivo aquí no es hacer un desarrollo pormenorizado de cada uno de los valores superiores citados por la Constitución, lo cual excede del ámbito de este trabajo. Más bien pretendemos esbozar sus principales contribuciones al concepto de Estado de derecho empleado en la Constitución de 1978 poniéndolo, a su vez, en relación con el criterio sistemático, que luego abordaremos al examinar la plasmación concreta de cada uno de dichos valores en el articulado de la Constitución.

### A. *La libertad*

El texto constitucional menciona expresamente cuatro valores superiores y lo hace por el siguiente orden: “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.<sup>61</sup> La “libertad” correspondería especialmente, como su nombre indica, al Estado liberal de derecho o Estado de derecho

que “esta especial configuración de los valores superiores plantea el problema de su significado en relación con los demás contenidos normativos constitucionales. El tema más importante es si son o no un auténtico límite tácito a la reforma constitucional... Desde esta opción ideológica determinada parece conveniente repugnar su carácter supraconstitucional señalando que cualquier modificación de los mismos no supondría una simple reforma constitucional, sino una alteración de todo el orden constitucional”.

<sup>59</sup> Ollero Tassara, Andrés, “La Constitución, entre el normativismo y la axiología”, *Jornadas de estudio del título preliminar de la Constitución*, vol. I, *op. cit.*, nota 52, pp. 327-347.

<sup>60</sup> *Diario de Sesiones del Senado*, 39, p. 1564.

<sup>61</sup> Véase, al respecto, Alcalde Vallecillos, Manuel, “Los principios constitucionales de igualdad y libertad justas”, *Jornadas de estudio del título preliminar de la Constitución*, vol. I, *op. cit.*, nota 52, pp. 44-64.

en su manifestación clásica decimonónica. En él se trata de una “libertad negativa”, propia de un “Estado garante”, según la cual está permitido todo salvo lo expresamente prohibido (*quae no prohibita permissa intelliguntur*). Frente a ella se halla la libertad del Estado social actual, que es una “libertad positiva”, propia de un “Estado gendarme o tutor”, según la cual está prohibido todo menos lo expresamente permitido (*quae no permissa, prohibita intelliguntur*”).

### B. La igualdad

La “igualdad” sería el valor prioritario en el Estado social.<sup>62</sup> No es tampoco la igualdad del Estado liberal de derecho, de carácter “formal”, como igualdad ante la ley, sino una igualdad más “real”. No se trata sólo de tratar igual a todos, sino también de tratar desigualmente a los desiguales, en proporción a su desigualdad. Es una igualdad compensatoria, la igualdad de oportunidades que sólo un Estado intervencionista puede de algún modo garantizar. Dicha igualdad, especialmente en su aspecto formal, se encuentra reconocida en el artículo 14 de nuestra Constitución, cuando señala que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Entre estas últimas podrían estar las derivadas de la nueva fórmula de ordenación territorial.

Cabe matizar respecto al principio de igualdad que no se puede entender en su versión estrictamente liberal, como exigencia pura de generalidad y universalidad de la ley. Eso no sería igualdad, sino identidad. Lo que prohíbe el principio de igualdad no es la diferenciación, sino la diferenciación no justificada, es decir, la arbitrariedad o discriminación. Para dar un tratamiento distinto a un caso se exige lo que la doctrina italiana llama *ragionevolezza*. Es cierto que saber qué es razonable entraña una gran carga de subjetividad. Para que el juicio sobre la “razonabilidad” resulte fundado deben contrastarse tres preceptos: la norma general, la norma presuntamente discriminatoria y la norma constitucional que prohíbe la discriminación. Debe indagarse si existe un nexo de conexión pertinente,

<sup>62</sup> Nogueira Soriano, Rosario, “Desarrollo del valor superior de la igualdad en la Constitución Española de 1978”, *Jornadas de estudio del título preliminar de la Constitución*, vol. 1, *op. cit.*, nota 52, pp. 307-326.

lógico y proporcionado, entre el fin perseguido, constitucionalmente lícito, y la regulación diferenciada. En ningún caso debe formularse un pronunciamiento político, de adecuación u oportunidad.<sup>63</sup>

### C. *El pluralismo político*

La alusión al “pluralismo político”<sup>64</sup> es una novedad en la historia de las Constituciones de los países occidentales.<sup>65</sup> Sólo está mencionado en la Constitución portuguesa pero con un sentido distinto. Así como la libertad iba unida al Estado liberal de derecho, y la igualdad al Estado social, el pluralismo es lo definitorio del Estado democrático, que se configura así como un *pluralistischer Gruppenstaat*. Se observa de este modo una progresión en la enunciación de estos valores, paralela a la de las formas históricas de Estado. El pluralismo supone la superación del individualismo del Estado de derecho tradicional, en busca del consenso del Estado democrático; el pluralismo queda muy bien reflejado en la famosa frase de Gladstone dicha a finales de siglo pasado en la Cámara de los Comunes a un miembro de la oposición: “Detesto cuanto ha dicho el honorable miembro del Parlamento... pero daría mi vida para que pudiera seguir diciéndolo”. En el pluralismo político se trata de interponer grupos intermedios entre los individuos y el Estado a fin de aumentar la eficacia de la labor ciudadana y de reflejar el carácter diversificado y plural de la sociedad.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Garrorena Morales, Ángel, *op. cit.*, nota 7, pp. 48-56.

<sup>64</sup> Dice al respecto Jiménez-Blanco, Antonio (coord.) (Gonzalo Jiménez-Blanco, Pablo Mayor Menéndez, Lucas Osorio Iturmendi), *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, p. 7, que “el hecho del carácter mayoritario o proporcional del sistema electoral (cualquiera que sea el ámbito) puede acaso estimular un menor o un mayor pluralismo político, pero no lo impide, elimina ni, en fin, obstaculiza en términos que puedan considerarse como inconstitucionales (21792, del 1o. de diciembre)”. Sobre el tema del principio de pluralismo, también González Navarro, F., *op. cit.*, nota 22, pp. 189-201.

<sup>65</sup> Dorado Frías, Fernando, “El pluralismo político en la Constitución Española de 1978”, *Jornadas de estudio del título preliminar de la Constitución*, vol. I, *op. cit.*, nota 52, pp. 64-76; en el mismo volumen, pp. 363-402, Francisco Puy, “Pluralismo en CE 1978, artículo 1.1”.

<sup>66</sup> Rodríguez, Manuel, “Participación y pluralismo en la Constitución de 1978”, en Ramírez M. (ed.), *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Zaragoza, 1979.

Uno de los principales cauces de articulación de este pluralismo son los partidos políticos. Los mismos están regidos en nuestro derecho por el principio de “funcionalidad”, hasta tal punto que determinados beneficios, como la ayuda financiera del Estado o el acceso a los medios de comunicación social, no se les reconocen por su simple existencia como partidos, sino que se exige que cumplan su función y tomen parte en las elecciones, pues sólo así sirven de cauce efectivo de expresión de un sector del electorado (S.T.Co. del 2 de febrero de 1981 recaída en el recurso de amparo 98/1980). Los partidos políticos están gobernados también por el principio de “libertad de creación y democracia interna”, pudiendo si no lo cumplen ser disueltos o suspendidos (artículo 5.1 de la Ley de Partidos Políticos del 4 de diciembre de 1978). No obstante, nuestro texto constitucional no fiscaliza el contenido ideológico de los partidos, sino exclusivamente su estructura y funcionamiento internos, a diferencia, por ejemplo, de la *Grundgesetz* alemana, que en su artículo 21.2 posibilita deducir la inconstitucionalidad de los partidos antisistema, como hizo el Tribunal Constitucional alemán en sentencias de 1952 y 1956 con el SRP, neonazi, y el KPD, comunista.<sup>67</sup>

El pluralismo social se canaliza a través de la participación en el proceso político. En este tema puede observarse en la reciente historia constitucional española desde las Cortes de Cádiz una dialéctica entre el parlamentarismo, o participación a través de representantes, y la democracia directa, principalmente mediante la institución del referéndum. La figura del referéndum,<sup>68</sup> ya recogida en la Constitución de la II República de 1931, no es, sin embargo, desarrollada legislativamente y aplicada hasta la etapa franquista, si bien en ésta se da una utilización un tanto cesarista del mismo. La transición democrática, con el referéndum de 1976 para la aprobación de la ley para la reforma política, y el de 1978, que aprobó la actual Constitución, parece consolidar esta vía. No obstante, los recelos ante la proximidad de la experiencia franquista y el celo frente a cualquier posible

<sup>67</sup> Sobre el caso alemán, Klaus Von Beyme, “La protección del ordenamiento constitucional y del sistema democrático en la República Federal de Alemania”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 35, 1983. En relación con España, Jiménez Campo, Javier, “La intervención estatal del pluralismo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1, 1981. Garrorena Morales, Ángel, *op. cit.*, nota 7, pp. 132-149.

<sup>68</sup> Linde Paniagua y Herrera, Miguel, “El referéndum en la Constitución Española de 1978”, *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político e Internacional*, 3, 1976, pp. 17-49.

recorte de facultades por parte del entonces recién estrenado parlamentarismo hacen que su admisión sea cauta y que pueda afirmarse que la Constitución de 1978 consolida una democracia parlamentaria con escasísimas concesiones a la democracia directa.

#### D. *La justicia*

Enumeramos al final de la exposición la “justicia” pues es un valor buscado por el Estado de derecho en todas y cada una de sus fases.<sup>69</sup> Ya Francisco Suárez distinguía tres versiones de la misma: la justicia “legal” (el darse la ley para el bien común), la justicia “conmutativa” (que el legislador tenga potestad de mandar y no rebase sus límites, de manera que ha de mandar sólo lo que puede y a quien puede), y la justicia “distributiva” (que la ley se dé con carácter general y que se aplique proporcionalmente).<sup>70</sup>

Cabe hacerse la pregunta de si existe una jerarquía entre los cuatro valores vistos, si hay una graduación de más a menos.<sup>71</sup> A juicio de Lucas Verdú la respuesta es negativa y la relación existente entre ellos es más bien de complementariedad. La primacía, en caso de darse, se produciría no en abstracto, sino para el caso concreto. Lo que sí es cierto es que hay valores más próximos entre sí. Así, la libertad es más cercana al pluralismo y la jus-

<sup>69</sup> Jiménez Hernández, José Ignacio, “La justicia como valor superior del ordenamiento jurídico y como específica función del Poder Judicial”, *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, vol. I, *op. cit.*, nota 52, pp. 157-166; en el mismo volumen, pp. 349-362, Peris Gómez, Manuel, “El valor constitucional de la justicia y el servicio público de la justicia”.

<sup>70</sup> Macía Manso, Ramón, *Juridicidad y moralidad en Suárez*, Oviedo, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, 1967, pp. 67 y 70. Sobre el tema de la relación del Estado de derecho con la justicia, Sciusa, Niso, “Stato di diritto e Stato di giustizia. Elementi di una problematica”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1964, pp. 199-203; en la misma revista, Galimberti, Andrea, “Stato, diritto, giustizia”, pp. 206-211; Melis, Renato, “Otto tesi su Stato di diritto e Stato di giustizia”, pp. 238-242; Molinari, Ernesto, “Stato di diritto e Stato di giustizia in Hume”, pp. 243-248; Dino Pasini, “Stato assoluto, Stato di diritto e Stato di giustizia”, pp. 259-269; Pugliasi, Filippo, “Stato di diritto e Stato di giustizia. Dialettica e problematica”, pp. 283-285; Redano, Ugo, “Stato di Diritto e Stato di giustizia”, pp. 291-292; Santero, Leonardo, “Dallo Stato di diritto allo Stato di giustizia”, pp. 308-309; Sartori, Giovanni, “Nota sul rapporto tra Stato di diritto e Stato di giustizia”, pp. 310-316.

<sup>71</sup> Rodríguez Molinero, Marcelino, “¿Hay un orden jerárquico de valores en la Constitución?”, *Jornadas de estudio del título preliminar de la Constitución*, vol. I, *op. cit.*, nota 52, pp. 507-523.

ticia a la igualdad.<sup>72</sup> También hay que destacar el papel mediador ejercido por la justicia entre la libertad y la igualdad. De ahí que se mencione entre las dos. Además, dicha enumeración no es exhaustiva. No menciona, por ejemplo, la dignidad de la persona, si bien se alude a ella en el artículo 10.1 de la Constitución, es decir, justo al comienzo de la tabla de derechos y deberes fundamentales.<sup>73</sup>

Dijimos que los valores superiores se articulaban<sup>74</sup> concretándose en preceptos específicos.<sup>75</sup> Son los siguientes:

- La libertad, en el título I, capítulo 2, titulado “Derechos y libertades” (ideológica y religiosa —artículo 16—, de expresión —artículo 20—, de reunión y asociación —artículos 21 y 22—, de sindicación —artículo 26—, etcétera) y en el título preliminar (artículos 6o. y 7o.).
- La igualdad, en los artículos 14 (igualdad formal), 9.2 (igualdad material), 23.2 (en el acceso a funciones y cargos públicos), 31.1 (en el sistema tributario), 39.2 (de hijos ante la ley), 139.1 y 149.1 (de todos los españoles en cuanto a derechos y deberes). A estos artículos hay que añadir los denominados derechos sociales (al trabajo —artículo 35—, seguridad social —artículo 41—, salud —artículo 43—, cultura —artículo 44—, vivienda —artículo 47—, de la tercera edad —artículo 50—, etcétera), los cuales tienen su en-

<sup>72</sup> Dohering, Karl, *op. cit.*, nota 41, p. 119: de hecho “libertad e igualdad han estado siempre en una relación de contradicción. El perfeccionamiento y estricta aplicación preferente de un principio formal de igualdad tiene como consecuencia necesaria la limitación de la libertad, ya que restringe las posibilidades de despliegue de ésta. La proyección de la personalidad en la libertad conduce, de otra parte, a la desigualdad. La idea de que solamente la fraternidad puede introducir una armonización de estas contradicciones surge inmediatamente”.

<sup>73</sup> Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 2, pp. 62 y 63.

<sup>74</sup> Freixes Sanjuán, Teresa, “Positivación de los valores e interpretación constitucional”, *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, vol. I, *op. cit.*, nota 52, pp. 109-134; en el mismo volumen, González Rivas, Juan José, “XI Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio General del Estado sobre el tema, «Título Preliminar de la Constitución»”, pp. 137-156; Guante, Salvador Rey, “La aplicación de los valores superiores de la Constitución en el derecho del trabajo”, pp. 403-445.

<sup>75</sup> Ruiz Vadillo, Enrique, “Conceptos recogidos en la Constitución y breve examen de los principios que la informan”, *Documentación Jurídica*, 20, octubre-diciembre de 1978, pp. 71-123, especialmente pp. 76-83.

cuadre específico en los “principios rectores de la política social y económica”<sup>76</sup> (artículos 39 a 52, que forman el capítulo 3 del título I, en relación con el título VII, sobre “Economía y Hacienda” —artículos. 128 a 136—).

- La justicia, en el título VI (del Poder Judicial), los artículos 9.2, 40 y 129.2 (normas de alcance social) y el 24 (derecho a la tutela judicial).
- El pluralismo político, en sus distintas vertientes: la autonómica (artículo 2o.), la lingüística (artículo 3.2), la simbólica (artículo 4.2 —banderas y enseñas de las comunidades autónomas—) y la político-social (partidos políticos —artículo 6o.—, sindicatos —artículo 7o.—, derecho de asociación —artículo 22—, derecho de fundación —artículo 34—, organizaciones profesionales —artículo 52—, colegios profesionales —artículo 36— y en Economía y Hacienda —artículo 129.2—).

### III. CRITERIO SISTEMÁTICO

Enlazamos así con el criterio sistemático de interpretación de la norma, consistente en ponerla en relación con otros preceptos del mismo cuerpo legal, en nuestro caso la Constitución. La razón de ser de este criterio es que el derecho forma un todo, un sistema, cuyas diversas partes se coordinan y armonizan entre sí y tienen un significado interdependiente, debiendo valorarse cada precepto dentro del conjunto. Se compara el ordenamiento jurídico con un rompecabezas en el que el lugar de colocación de la norma es relevante. Así como históricamente se hablaba de la recopilación como mero agregado o yuxtaposición de preceptos, desde el

<sup>76</sup> Para J. N. Muñiz la amplia recepción de los derechos sociales en nuestro texto constitucional no implica la opción del mismo en favor de un sistema anticapitalista, dado el carácter algo confuso y en muchos casos sin inmediatez normativa que se asigna a dichos derechos. No obstante, señala el indicado autor, ni esa circunstancia ni el hecho de que la Constitución sitúa la mayoría de los derechos sociales bajo la rúbrica de “principios rectores de la política social y económica” bastan para negarles el carácter de derechos fundamentales. En efecto, figuran en el título I, que lleva por rúbrica, “De los derechos y deberes fundamentales”. Además, la Constitución habla expresamente de derechos. Incluso tres de ellos (el derecho a la educación, a sindicarse libremente y a la huelga) están situados dentro de los derechos y libertades clásicos y éstos, junto al derecho al trabajo, a la negociación y al conflicto colectivo, gozan de la máxima eficacia normativa, conforme al artículo 53. Muñiz, J. N., *op. cit.*, nota 8, pp. 173 y 174.

siglo XIX dicho concepto ha sido sustituido por el de codificación en el derecho privado y constitucionalismo en el derecho público. Tanto en una como en otro el texto se estructura orgánicamente en artículos, capítulos, secciones, títulos y libros, formando un sistema. La pregunta ahora es ¿qué otros preceptos de la Constitución de 1978, además del artículo 1.1 y de los ya vistos como concreción de los valores fundamentales, configuran a España como a un Estado de derecho?<sup>77</sup>

La respuesta se encuentra ya expresamente en el preámbulo constitucional,<sup>78</sup> aunque más bien a modo de declaración de principios o buenas intenciones. Se dice allí que

La Nación española... proclama su voluntad de: garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular... Establecer una sociedad democrática avanzada...

Esta fórmula recuerda la contenida en la Constitución rusa de octubre de 1977, que describe la sociedad soviética como una “sociedad socialista avanzada”, haciendo alusión a una concepción dialéctica de la historia, cuyo último estadio sería la sociedad comunista.<sup>79</sup>

### 1. *El artículo 9o. de la Constitución Española*

Pero quizá el precepto más importante en la configuración del Estado de derecho en la Constitución de 1978, después del 1.1, sea el artículo 9o. en sus tres apartados, que dicen así:<sup>80</sup>

<sup>77</sup> Para dar respuesta a esta pregunta, véase Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución Española de 1978”, *Libro Homenaje a Manuel García-Pelayo*, vol. I, Caracas, 1980, pp. 154-157. Fraile Clivilles, Manuel, *Código constitucional*, Madrid, Trivium, 1983, p. 5.

<sup>78</sup> Morodo, Raul, “Proceso constituyente y nueva Constitución Española, anotaciones al preámbulo constitucional”, *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político*, 1, otoño, 1978, pp. 5-17, especialmente p. 15.

<sup>79</sup> Lucas Verdú, Pablo, “Constitución Española de 1978 y sociedad democrática avanzada”, *Revista de Derecho Político*, UNED, 10, 1981.

<sup>80</sup> En su comentario seguimos básicamente a Garrido Falla, Fernando, *op. cit.*, nota 13, pp. 102-123.

Primero. “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.<sup>81</sup>

### A. *El principio de legalidad*

Este párrafo supone la más amplia consagración de uno de los pilares básicos del Estado de derecho, el principio de legalidad.<sup>82</sup> Es un artículo sin precedentes en nuestra historia constitucional, aunque sí los tiene en el derecho comparado (así el artículo 5o. de la Constitución francesa y especialmente el artículo 20.3 de la Constitución de la República Federal alemana, del que luego hablaremos). Se llegó incluso a poner en duda su oportunidad, considerándolo reiteración innecesaria del 1.1. A su vez se estimaron repetición de aquél los artículos 9.3 y 10.1, que volvían a enunciarlo.

Por principio de legalidad (*rule of law, due process of law, regne de la loi* o legalidad socialista) podemos entender en sentido amplio y algo impropio aquél característico de los sistemas continentales, que proclaman la supremacía de la ley como fuente del derecho, frente al *case law* de los países anglosajones, donde la principal fuente del derecho es la jurisprudencia y además para tenerla basta una sola sentencia y de cualquier tribunal, sin importar su rango jerárquico.

En sentido más estricto el principio de legalidad tiene diversas manifestaciones: 1) como principio de legalidad penal, ya enunciado por Beccaria (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenale*), conforme al cual nadie puede ser condenado por algo que en el momento de cometerse no estuviese tipificado penalmente. Es el principio de tipicidad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, también consagrado en el artículo 25.1 de nuestro texto constitucional; 2) como principio de

<sup>81</sup> Rivero González, Manuel, “La Constitución como norma fundamental del ordenamiento; trascendencia jurídico-positiva del artículo 9.1”, *Jornadas de estudio del título preliminar de la Constitución*, vol. I, *op. cit.*, nota 52, pp. 489-505.

<sup>82</sup> Kaufmann, Arthur, “Stato della legge e Stato di diritto”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1964, pp. 214-217. Legaz y Lacambra, Luis, “Estado de derecho e idea de la legalidad”, *Revista de Administración Pública*, 6, septiembre-diciembre, 1951, recogido en *Humanismo, Estado y derecho*, Barcelona, Bosch, 1960, también de este autor, *El Estado de derecho en la actualidad*, Madrid, Reus, 1934, y “El Estado de derecho”, *Introducción a la teoría del Estado nacional-sindicalista*, Barcelona, Bosch, 1940.

legalidad administrativa,<sup>83</sup> según el cual la actividad de la administración pública y del Poder Ejecutivo en general no puede ser arbitraria,<sup>84</sup> sino que debe someterse a la ley.<sup>85</sup> A él se refieren en concreto el artículo 103.1 de la Constitución, cuando establece que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho” y el artículo 106.1, a tenor del cual “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”. En la misma línea, el artículo 54, al consagrar la figura del Defensor del Pueblo, señala que “podrá supervisar la actividad de la Administración dando cuenta a las Cortes Generales”; 3) finalmente, en su sentido más típico el principio de legalidad supone la sumisión del Poder Legislativo, de la ley ordinaria, a la Constitución, tarea por cuyo cumplimiento vela el Tribunal Constitucional.

<sup>83</sup> Gallego Anabitarte, A., “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración, contribución a la teoría del Estado de derecho”, *Revista de Administración Pública*, 33, septiembre de 1960.

<sup>84</sup> Sobre el tema, Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, EDICUSA, 1969, pp. 34 y ss.

<sup>85</sup> Bassols Coma, Martín, “Los principios del Estado de derecho y su aplicación a la administración en la Constitución”, *Revista de Administración Pública*, 87, septiembre-diciembre, 1978, pp. 146 y ss: “La dogmática sobre el principio de legalidad de la administración se ha elaborado progresivamente a través de una serie de técnicas conceptuales: distinción entre ley formal y material; primacía de la ley; reserva de ley; materias reservadas a la ley, y relación entre ley y derecho... La Constitución no contiene una enumeración o lista de materias atribuidas o reservadas a la ley, si bien resultaría agotadora en la presente ocasión la enunciación de preceptos que aluden a reservas concretas a la ley; únicamente se precisan una serie de materias atribuidas exclusivamente a las leyes orgánicas (artículo 81.1). El texto constitucional tampoco da pie a la clásica distinción entre ley en sentido formal y material, aunque no se excluye una contemplación de la ley en sentido formal por referencia a las propias leyes orgánicas; “disposiciones legislativas provisionales”, en relación con los decretos-ley (artículo 86.1); “disposiciones normativas con fuerza de ley” (artículo 161.1.a.) y “normas con rango de ley” (artículo 82.1); o “normas legislativas” (artículo 150.1) para referirse a los fenómenos de la legislación delegada”. pp. 152 y ss., prototipo de estas reservas lo constituye el artículo 53.1 para los derechos y libertades, reconocidos en el capítulo segundo (artículos 14 a 38) del título I de la Constitución... Este régimen de reserva legal reforzada no se exige, por el contrario, para los llamados “principios rectores de la política social y económica” (artículos 39 a 52), también Jesch, Dietrich, *Ley y administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Madrid, IEA, 1978, pp. 4 y ss. y Fois, Sergio, “Legalità (principio di)”, *Enciclopedia di Diritto*, vol. XXIII, pp. 659-703.

Existen dos versiones básicas del principio de legalidad en la tradición constitucional de Occidente. La primera de ellas es la que, en terminología acuñada por Günther Winkler, se conoce como *negative Bindung* o vinculación negativa a la ley, según la cual la ley es límite o frontera de la actividad legítima de los demás poderes. La segunda es la vinculación positiva o *positive Bindung*, en la que la ley es principio, fundamento o presupuesto legitimador de la actuación de los mismos. En aquel sistema está permitido cuanto no esté prohibido. La única vinculación a la ley consiste en no contradecirla y, como afirmara Eisenmann, en ausencia de ley no puede haber ilegalidad. En la *positive Bindung*, por el contrario, la legalidad es la conformidad y no sólo la no contrariedad con la ley. Invirtiendo el argumento de Eisenmann, podría decirse que donde no existe ley no puede haber legalidad. La vinculación negativa se refiere a la ley material, la positiva a la ley formal. Aquélla supone la existencia de espacios exentos de ley (*Gesetzesfrei Raum* en expresión de Otto Mayer), los cuales serían ocupables por los demás poderes; en ésta, donde tales espacios existan lo que procede no es su ocupación por los restantes poderes, sino la instigación al Parlamento para que produzca el adecuado derecho. Esta situación conlleva la dependencia del gobierno respecto del Legislativo, poco compatible con la agilidad que requiere la acción de gobernar, si bien el principio de legalidad se satisface con la habilitación en sentido amplio al Ejecutivo, sin entrar en el contenido de la misma. Mientras en la *negative Bindung* caben actos políticos discrecionales, reglamentos independientes o autónomos —no apoyados en ley previa— y reservas a reglamento de materias reglamentarias *par nature*, en la *positive Bindung* no se admiten tales figuras.<sup>86</sup> Tras unos momentos iniciales de vacilación —el Anteproyecto del 5 de enero de 1978 mezclaba elementos de ambos sistemas—, la Constitución de 1978 asume el esquema de la *positive Bindung*.

El principio de legalidad es coherente con el de legitimidad racional de la que hablara Max Weber, en virtud del cual no mandan los hombres sino las leyes. Asimismo se encuentra en relación con el principio de seguridad jurídica y con la hegemonía del Parlamento en el esquema clásico de la división de poderes.

En la regulación del artículo 9.1 de la Constitución se plantea teóricamente un triple aspecto: la sumisión a la ley de los ciudadanos, la del

<sup>86</sup> Garrorena Morales, Ángel, *op. cit.*, nota 7, pp. 182-190.

Parlamento y la de los demás poderes públicos. La referencia a los primeros quedó así recogida pese a que quiso ser suprimida en el Senado por su obviedad. Los progresistas y socialistas independientes cuestionaron en la Cámara Alta la conveniencia de usar el término “sujeción” para los ciudadanos. A su juicio dicho vocablo sería más propio emplearlo sólo respecto a los poderes públicos. Los ciudadanos más que sujetos, estarían sometidos a la ley.

Mayor importancia merece el tema de la sumisión del Parlamento a la ley. Para los constitucionalistas ingleses el mismo está por encima del derecho. En Inglaterra se dice que el Parlamento con el rey puede hacerlo todo, “salvo convertir un hombre en mujer”. En el constitucionalismo continental ocurre lo contrario. Así la Constitución de la República Federal alemana, en su artículo 20.3, decía expresamente que “el Poder Legislativo está sometido al ordenamiento constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al derecho”. Este precepto inspiró al Constituyente español. La redacción del artículo 9.1 dada por el Senado rezaba: “las Cortes Generales están sujetas a la Constitución, y los demás poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, con lo cual se mejoraba el modelo, al suponer que también los otros poderes, Ejecutivo y Judicial, estaban sujetos a la Constitución. Sin embargo, la propuesta no prosperó. Pese a ello la redacción definitiva del artículo 9.1 en lo que se refiere al Poder Legislativo puede interpretarse en el mismo sentido: está sometido a la Constitución, pues es un poder público, pero no al resto del ordenamiento jurídico, pues ello no consta expresamente.<sup>87</sup>

En cuanto a la sumisión de los demás poderes públicos “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, no parece inútil la mención expresa de la Constitución pues, aunque es parte del ordenamiento jurídico, ocupa en él un lugar preeminente. Además, así se la consagra como fuente del derecho directamente aplicable. Igualmente acertada parece la

<sup>87</sup> Villar Palasí, José Luis y Suñé Llinás, Emilio, “Artículo 9o. El Estado de derecho y la Constitución”, *Revista de Derecho Público. Comentarios a las leyes políticas*. Dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil, “*Constitución Española de 1978*”, t. I, preámbulo y artículos 1o. a 9o., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1983, p. 292: “...el Parlamento está sujeto a la Constitución, dado que debe seguir el procedimiento en ella establecido incluso en los casos de reforma y revisión constitucional; pero no puede estar nunca subordinado a la ley, de la cual es fuente material, ni mucho menos a las normas reglamentarias. La propia Administración, si bien está siempre sujeta al ordenamiento jurídico en cuanto a su actuación, no lo está del todo en lo que se refiere a su potestad reglamentaria, subordinada únicamente a la Constitución y a la ley formal”.

utilización del término ordenamiento jurídico ya que, aunque significa sólo ordenamiento positivo —frente a la fórmula alemana que, al hablar de “ley y derecho” por separado, parece querer dar entrada al derecho suprapositivo o natural—, incluye además de la ley los principios generales del derecho, en cuanto informadores del ordenamiento jurídico.<sup>88</sup>

Segundo. “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Este párrafo segundo del artículo 9o.,<sup>89</sup> con precedentes en la Constitución de 1931, en las Leyes Fundamentales (Fuero de los Españoles y Fuero del Trabajo) y en el derecho comparado (artículo 3.2 de la Constitución italiana)<sup>90</sup> es un precepto-puente entre la declaración dogmática del artículo 1.1 y el capítulo tercero del título I, que recoge los “principios rectores de la política social y económica”. Se sugirió que debería haberse situado

<sup>88</sup> Garrido Falla, Fernando, “Las fuentes del derecho en la Constitución Española”, *La Constitución Española y las fuentes del derecho*, Madrid, Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1979.

<sup>89</sup> Ferret Jacas, Joaquín, “El artículo 9.2 de la Constitución como preámbulo del control de constitucionalidad”, *Jornadas de estudio del título preliminar de la Constitución*, vol I, *op. cit.*, nota 52, pp. 77-107; en el mismo volumen, López Blanco, Carlos, “El artículo 9o., párrafo 2 de la Constitución, una aproximación general”, pp. 167-186.

<sup>90</sup> Existe una diferencia grande entre el caso italiano y el español. En el derecho italiano la operatividad del precepto es escasa, por una parte ante la posibilidad de quedar mal interpretado por enojosos equívocos ideológicos y, por otra, por su colocación sistemática. En efecto, el artículo italiano establece como destinatarios a *tutti i lavoratori*, realizando así una referencia de clase. Además, al estar ubicado inmediatamente detrás de la mención de la igualdad jurídica del apartado 1o. del artículo 3o., se presta a una interpretación exclusivamente conjunta, referida a él. Por el contrario, en el caso español, el artículo 9.2 está situado incluso en distinto título que el artículo 14 y, en cuanto a los destinatarios de la norma, estos son los “ciudadanos” en general, con lo que se omite aquella connotación ideológica clasista. Aunque aún es pronto para hacer un balance de lo sucedido en la realidad, en la aplicación práctica de nuestro derecho, parece que nuestro Tribunal Constitucional está prefiriendo una interpretación abierta del artículo 14 que una directa del 9.2. No obstante, la vieja idea de la igualdad jurídico-formal ante la ley del primer precepto ha pasado a ser una idea no tan formal si bien, más que en su capacidad para fundamentar inmediatamente un fallo, como mera recomendación al legislador. Destacan los aspectos progresistas del precepto 9.2, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional del 16 de marzo de 1981 y 25 de enero de 1983. Garrarena Morales, Ángel, *op. cit.*, nota 7, pp. 59-75.

en el actual artículo 14 de la Constitución, pero la iniciativa no prosperó. Del artículo 9.2 se ha dicho que supone la implantación de la democracia real en España. No obstante, es un precepto más bien programático y de escasa operatividad práctica. Además, usa términos muy comedidos: “promover” en vez de establecer, “remover” en lugar de suprimir, y “facilitar” en vez de garantizar. Por otro lado cabe cuestionarse si se debe poner al mismo nivel la libertad e igualdad del individuo y la de los grupos.

Tercero. “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Esta parte última del artículo 9o., de la que no se encuentran manifestaciones semejantes en el derecho comparado continental, suscita la cuestión inicial de si es efectivamente necesaria.<sup>91</sup> En efecto, reitera principios, como el de legalidad, ya enunciados. Además surgen algunas dudas: ¿son todos ellos auténticos principios?, ¿acaso los principios no dejan de serlo y se convierten en normas al positivizarse?, ¿en qué se distinguen estos principios de los valores a que alude el artículo 1.1?, ¿son principios anteriores a la Constitución, que ésta reconoce, o conquistas técnico-jurídicas que la Constitución garantiza?

Es interesante resaltar la inexistencia en el precepto de algunos principios que, aunque inicialmente incluidos, en la redacción definitiva de la Constitución fueron descartados.<sup>92</sup> Entre los mismos cabe citar la irretroactividad de las normas fiscales, la de las normas restrictivas de derechos so-

<sup>91</sup> En el transcurso del debate sobre el artículo 9.3 en el seno del Congreso es de destacar la polémica mantenida por Meilán Gil y Peces-Barba en torno a la conveniencia de dicho artículo. Meilán Gil abogó por la supresión de dicho párrafo, sin que ello significara una oposición a conceptos que, como él mismo reconocía, son principios generales del ordenamiento jurídico. Entendía, por una parte, que algunos de ellos eran una repetición innecesaria de lo que ya constaba en otros lugares de la Constitución y, por otra, que España no partía de cero en su ordenamiento jurídico y que muchos de los conceptos exceptuados estaban en textos relevantes, como el propio CC.

<sup>92</sup> Lucas Verdú, Pablo, “El título I del anteproyecto constitucional (la fórmula política de la Constitución)”, *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 20, propugna otra ordenación: “A nuestro juicio dicha enumeración debería ser así: 1) Legalidad; 2) Seguridad jurídica; 3) Jerarquía normativa; 4) Irretroactividad de las normas punitivas sancionadoras fiscales, y restrictivas de derechos individuales y sociales; 5) Exclusión de la doble sanción por los mismos hechos; 6) Responsabilidad de los poderes públicos; 7) Publicidad”.

ciales y la exclusión de la doble sanción por los mismos hechos. Este último es el principio *non bis in idem*, admitido tanto en el derecho penal como en el derecho administrativo (artículo 25.3 de la Constitución). Presenta una doble manifestación en cuanto a la administración: la potestad sancionadora, incompatible con las sanciones penales, y la potestad disciplinaria de los funcionarios públicos, ésta sí compatible con ellas.

Lo principios incluidos en la redacción definitiva del artículo 9.3 de la Constitución, dejando al margen el de legalidad, ya comentado, son los siguientes:

### B. *La jerarquía normativa*

Como diría Kelsen el derecho tiene una ordenación sistemática, en forma de pirámide gradual o escalonada (*Stufenbau*). En el ordenamiento jurídico español la graduación iría, de mayor a menor rango, así: 1) la Constitución;<sup>93</sup> 2) las leyes orgánicas; 3) las leyes ordinarias; 4) con rango de

<sup>93</sup> Villar Palasí, José Luis y Suñé Llinás, Emilio, *op. cit.*, nota 87, pp. 293-324, hablan del siguiente despliegue de funciones de la Constitución. En primer lugar, la “Constitución directamente aplicable”, cuando no necesita de ulterior desarrollo jurídico, porque existe un “novum” normativo consagrado por la Constitución y ésta no remite expresamente a ninguna fuente de carácter subordinado, y salvo algunos casos, como el del Tribunal Constitucional o las comunidades autónomas, que han sido objeto de regulación ulterior por ley orgánica. También existe aplicabilidad directa en virtud de la disposición derogatoria de cuantos preceptos se opongan a lo establecido en la Constitución. No obstante, el Tribunal Constitucional, en su misión depuradora del ordenamiento jurídico anterior a la Constitución, a veces no ha hablado de derogación, sino de inconstitucionalidad sobrevenida. La diferencia entre ambas nociones es que ésta resulta tanto de vicios formales como materiales, mientras que la derogación alcanza únicamente a los vicios materiales. Además, la inconstitucionalidad sobrevenida produce efectos de alcance retroactivo mucho más intensos que los derivados de la mera derogación. En segundo lugar, la Constitución tiene función “creadora de principios inspiradores del ordenamiento jurídico”, los cuales son un límite al resto del sistema jurídico; las leyes deben interpretarlos y desarrollarlos, pero nunca sobrepasarlos, so peligro de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional ha evitado confundir los principios inspiradores de la Constitución con los principios generales del derecho, porque cuando un principio general se positiviza pasa a ser una norma legal de aplicación inmediata. Una tercera función que se señala a la Constitución es la “delimitadora de la reserva de ley”. En materia reservada cabe, si lo autoriza la ley, que ésta sea desarrollada a nivel secundario por reglamentos ejecutivos, pero nunca por reglamentos autónomos, ya que la materia reservada exige un desarrollo primario de la Constitución hecho por la ley. En materia reservada cabe limitadamente la delegación (pues el artículo 82.1 solo la excluye en materia reservada a ley orgánica y nada dice de la ley ordinaria), pero nunca la deslegalización. Finalmente, los

tales los decretos-ley y los decretos legislativos; 5) los reglamentos, tanto los reales decretos, aprobados por el gobierno, con potestad originaria para ello, como las órdenes ministeriales, procedentes de la administración pública, previa habilitación legal. De estas cinco fuentes únicamente las cuatro primeras vinculan directamente a los tribunales ordinarios, ya que la independencia judicial exige que estén sometidos sólo al imperio de la ley. Los reglamentos vinculan exclusivamente a la administración y a los particulares en sus relaciones con ella. Además de estas fuentes escritas y directas, cabe citar como fuentes no escritas la costumbre y los principios generales del derecho, y como fuentes indirectas, los tratados internacionales, pues requieren su reconocimiento interno, y la jurisprudencia, para aquellos que la conciben como fuente indirecta y algo impropia que, más que completar, lo que hace es complementar el ordenamiento jurídico. Por último, y frente a la legislación general, se encuentra aquella específica de las comunidades autónomas, en las materias en que son competentes.

Antes de la Constitución el principio de jerarquía normativa se recogía fundamentalmente en el artículo 1.2 del Código Civil, que establece que “carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior”, y en el 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.<sup>94</sup> Algunos autores denominan el principio de jerarquía normativa como “dispersión del concepto de ley”, pues la ley, lejos de ser unívoca, se divide en leyes ordinarias, leyes orgánicas, estatutos de autonomía, leyes de las comunidades autónomas, leyes-marco, leyes armonizadoras de disposiciones de las comunidades autónomas, leyes de base, tratados internacionales, etcétera. Últimamente se ha suscitado una polémica doctrinal en torno a si la relación entre la ley orgánica y la ley ordinaria responde a un principio de disposición competencial o al principio de jerarquía normativa, en cuyo caso la ley orgánica se configuraría co-

autores estudiados señalan como función de la Constitución su “afirmación de la primacía parlamentaria” a través de técnicas como la posibilidad de que la ley atraiga a su regulación materias no reservadas o incluso que el Parlamento atraiga a su competencia materias propiamente administrativas (vía, esta última, en relación con el tema de las proposiciones no de ley y de las comisiones de encuesta).

<sup>94</sup> Sobre el principio de jerarquía tras la Constitución española de 1978, véase los trabajos de Ruiz Miguel, Alfonso, “El principio de jerarquía normativa”, pp. 3589-3612, y Molina del Pozo, Carlos F., “Los principios de jerarquía y publicidad de las normas en la Constitución y el Derecho Comunitario”, pp. 3427-3474, *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, vol. V, *op. cit.*, nota 52,

mo una especie de escalón intermedio entre la Constitución y la ley ordinaria. En la primera línea cabe citar a autores como García de Enterría, Fernández Rodríguez, Linde, Boquera, Entrena y Santamaría; en la segunda a Garrido Falla, Alzaga, Díez-Picazo, Rodríguez Oliver y Sosa. A juicio de Villar Palasí y Suñé Llinás no se trata ni de una cosa ni de la otra. No habría distribución competencial pues en ambos casos la competencia corresponde al Parlamento. Lo que sí existiría sería un diferente sector de materia reservada y un quorum especial. Es por esta razón por lo que los citados autores prefieren para definir el fenómeno el término “disjunción”. Esta expresión ha sido acuñada partiendo de la teoría de los conjuntos, en la que son conjuntos disjuntos aquellos que no tienen ningún elemento en común, es decir aquellos entre los que no existe intersección alguna.<sup>95</sup>

El principio de jerarquía normativa no es válido y ni siquiera necesario en todos los sectores de nuestro ordenamiento jurídico. La jerarquía y el “grupo normativo” (es decir la agrupación jerárquica de normas de distinto rango en relación de isomorfía, en cuanto que todas contemplan una misma hipótesis o supuesto de hecho) sólo existen en el derecho de la administración, ya se llame derecho administrativo, fiscal o laboral. El derecho privado no necesita de esos parámetros, porque su desarrollo se efectúa a través de la *lex contractus*, es decir, de la autonomía de la voluntad.<sup>96</sup>

### C. La publicidad de las normas

El derecho, como ordenamiento regulador de los actos externos, frente a la moral, eminentemente interna, requiere hacerse público para producir efectos. Dicha publicidad es exigida con carácter general por el artículo 2.1 del Código Civil y con carácter específico para las leyes por el artículo 91 de la Constitución, donde se dice que el rey “ordenará su inmediata publicación”. La publicidad se requiere también para los tratados internacionales, que deben ser publicados oficialmente en España para su integración en el ordenamiento interno —artículo 96.1 de la Constitución— y para la propia Constitución, la cual entró en vigor “el mismo día de la publicación de su texto oficial en el *Boletín Oficial del Estado*”. La única originalidad que establece la Constitución en cuanto a

<sup>95</sup> Villar Palasí, José Luis y Suñé Llinás, Emilio, *op. cit.*, nota 87, pp. 327-359.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 359.

la publicidad se da cuando en su artículo 164 se refiere a la necesidad de publicar en el *BOE* las sentencias del Tribunal Constitucional con fijación de los votos particulares, para que produzcan efecto de cosa juzgada.

Conviene aclarar que con el principio de publicidad el legislador se dirige sólo a las normas escritas, dejando al margen la costumbre y los principios generales del derecho. No obstante, no se excluye para ellos también alguna forma de exteriorización, como la conciencia social, en el caso de la costumbre, o lo que se deduce de las demás normas, en los principios. Por otro lado, hay que señalar que el principio de publicidad va unido a otras dos de las reglas reconocidas en el artículo 9.3 de la Constitución. Se conecta con el principio de legalidad, ya que sin publicidad no existe ley, y con el de seguridad jurídica, pues si falta la publicidad no es posible la presunción *iuris et de iure* de conocimiento de las leyes, establecida de modo negativo por el artículo 6.1 del Código Civil. Por último, resulta interesante destacar como el principio en cuestión alcanza mayor amplitud en la Constitución de la que tenía en el Código Civil pues abarca, además de la publicación en el *BOE*, la que pueda tener lugar en su caso en los boletines de las comunidades autónomas o en el *Boletín Oficial de la Provincia*. Más dudosa es la validez de la publicación en el Boletín Oficial de los distintos ministerios en lo concerniente a la administración central.

#### D. *La irretroactividad de determinadas disposiciones*

Se trata de las “disposiciones sancionadoras no favorables”, cuestión que suscita el problema de si *a contrario sensu* las de carácter favorable—como pueden ser, por ejemplo, el artículo 15 de la Constitución, que prevé la abolición de la pena de muerte, o el 9.10 del Código Penal, regulador de la atenuante por analogía, como muestra de analogía *ad bonam partem*—, son retroactivas.

También se incluyen las “disposiciones restrictivas de derechos individuales”, lo cual plantea problemas, por ejemplo, en las que retrasan la edad de jubilación respecto de las jubilaciones ya acordadas, o las que elevan la mayoría de edad, en relación con quienes ya la hayan adquirido al promulgarse la ley. En este punto es adecuado distinguir entre los conceptos de derecho adquirido y expectativa de derecho.

El alcance de la expresión “disposiciones sancionadoras” no debe circunscribirse a la sanción penal, ya sea pena, ya medida de seguridad, si-

no que abarca también la sanción civil y la sanción administrativa, que puede ser, a su vez, casi penal —sanción disciplinaria, por ejemplo— o casi civil —así la responsabilidad patrimonial de la administración—.<sup>97</sup>

Es clásica en la doctrina la distinción de tres grados de retroactividad: el mínimo (cuando la nueva ley sólo se aplica a los efectos de la relación creada bajo la ley anterior producidos después de su entrada en vigor), el medio (que se refiere a los efectos ya producidos, pero aún no consumados) y el máximo (que deshace incluso los efectos consumados).<sup>98</sup> Dado que la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no reporta ventaja alguna y sí atenta, en cambio, contra la seguridad jurídica, parece que el principio constitucional de irretroactividad debe entenderse en su grado máximo. Conviene precisar que la doctrina de los grados de retroactividad es sólo válida para relaciones jurídicas estáticas, que se agotan con la consecuencia jurídica, no para las dinámicas, que dan lugar a una conducta, como ocurre por ejemplo en las obligaciones de tracto sucesivo. En estos casos no existe retroactividad, ni siquiera en su grado mínimo.<sup>99</sup>

### E. *La seguridad jurídica*

Se trata, como diría Ortega, de “saber a que atenerse de antemano”,<sup>100</sup> de poder prever las consecuencias jurídicas futuras de nuestros actos.<sup>101</sup> La

<sup>97</sup> Siniscalco, Marco, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milán, Giuffrè, 1969. Ruiz Antón, Luis Felipe, “El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia”, *Poder Judicial*, VI, 1989.

<sup>98</sup> Sobre el tema, Suárez Collía, José María, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, 2a. ed. Madrid, Actas, 1994, pp. 63-75. *Idem*, *La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.

<sup>99</sup> Villar Palasí, José Luis y Suñé Llinás, Emilio, *op. cit.*, nota 87, p. 377, también López Menudo, Francisco, “El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991. Gaya Sicilia, Regina, *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Montecorvo, 1987.

<sup>100</sup> Pérez Luño, Antonio-Enrique, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991.

<sup>101</sup> Los trabajos de Calvo García, Manuel, “Los límites de la seguridad jurídica, principios jurídicos y certeza del derecho”, pp. 3151-3173; López Medel, Jesús, “La seguridad jurídica como principio o valor constitucional, su efectividad en el área preventiva de la seguridad jurídica de los derechos privados”, pp. 3309-3322, y Pelegri Girón, Juan, “El principio de seguridad jurídica y la eficacia temporal de las sentencias del Tribunal Constitucional”, pp. 3526-3555, *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, vol. V, *op. cit.*, nota 52,

seguridad jurídica a menudo se opone a la justicia, de manera que a mayor cantidad de la primera menos de la segunda y viceversa. Así, cuanto más seguridad, más generalidad, más aplicación mecánica de la ley, menos justicia, menos equidad y benignidad para el caso concreto. En esos casos es preciso optar por dar prioridad a uno de los polos del binomio en detrimento del otro. Goethe y Radbruch optaban por la seguridad. Para ellos señor era el que nos proporciona seguridad, siendo preferible la injusticia al desorden. Este sería la mayor injusticia, pues cuando el derecho pierde su fuerza, la fuerza se hace derecho.

Las exigencias de certeza van incluidas en los principios del artículo 9.3. Así en los de publicidad, irretroactividad, legalidad penal y jerarquía normativa. También, están referidos más que a la certeza del derecho a la seguridad del individuo, y ya dentro de la Constitución, en sus artículos 17 —derecho a la libertad personal— o 24 —protección judicial de los derechos—. No obstante, excepcionalmente el principio de seguridad jurídica puede oponerse al de legalidad en el sentido de que únicamente con la existencia de reglamentos, en cierto modo limitadores del principio de predominio de la ley, del principio de legalidad, es posible que el supuesto de hecho de la norma se acerque a la realidad y podamos predecir con mayor exactitud cual va a ser la consecuencia jurídica aplicable, lográndose mayor seguridad jurídica.<sup>102</sup>

#### F. *La responsabilidad*

La responsabilidad incluye tanto la del Estado como la de sus funcionarios, aunque no hay alusión constitucional directa a ellos. Se concreta en la responsabilidad de la administración por el mal funcionamiento de los servicios públicos (artículo 106.3), la indemnización por error judicial o funcionamiento anormal de la administración de justicia (artículo 121), la responsabilidad criminal del presidente del Gobierno y los demás miembros del mismo (artículo 102), o la de los órganos de las comunidades autónomas (artículos 153 y 155). Tampoco se contempla expresamente la responsabilidad del Poder Legislativo.

En realidad de lo que se trata es de constitucionalizar el principio tradicional en el derecho privado recogido en el artículo 1902 del Código Civil

<sup>102</sup> Villar Palasí, José Luis y Suñé Llinás, Emilio, *op. cit.*, nota 87, pp. 310-314, epígrafe 1.1.F, que lleva por título, precisamente, “El ordenamiento jurídico, la Constitución y la sujeción a la ley, el principio de seguridad jurídica frente al principio de legalidad”.

de que “el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño”, responsabilidad que el artículo 1o. del Código Penal extiende al caso del dolo. Este principio no siempre fue reconocido. Así, por lo que respecta a la responsabilidad del Estado, en el absolutismo monárquico el príncipe era *legibus solutus* y en el derecho británico está el aforismo *the king can't do wrong*. En una posición similar se encuentra la figura del jefe del Estado en nuestro derecho. Dice el artículo 56.3 de la Constitución que “la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad”. Tal exención de responsabilidad se explica a través de la figura del refrendo, que traslada la responsabilidad de los actos firmados por él al refrendante.<sup>103</sup>

### G. La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos

Se comprende tanto la no discrecionalidad y consiguiente sometimiento a la ley de la actividad administrativa (artículo 106.1), como la posibilidad de revisión de la actividad de los tribunales. Es el viejo principio *legem patere quam fecisti*: un acto de rango superior no puede ir contra una norma de rango inferior. Existe un plusvalor de la norma frente al acto, si bien relativo “pues la norma, en tanto no haya sido aplicada o consumida en sus efectos, es libremente derogable por otra posterior de igual rango, mientras que el acto, si es creador de derechos, no es libremente revocable; por ello, aunque esté en una relación de minusvalor con respecto a la norma, goza de más estabilidad y contundencia que ésta”.<sup>104</sup> Fue García de Enterría quien expuso los perfiles doctrinales del concepto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.<sup>105</sup>

<sup>103</sup> Esteban, Jorge de y González-Trevijano, Pedro J., *Curso de derecho constitucional*, I, Madrid, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1982, pp. 251 y 252. También, en varios autores, *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, vol. V, *op. cit.*, los trabajos de Cainzos Fernández, José Antonio, “El principio de responsabilidad del artículo 9.3 de la Constitución”, pp. 3117-3150, y M. Carolina Rovira Flórez de Quiñones, “La responsabilidad en el título preliminar de la Constitución”, pp. 3579-3588.

<sup>104</sup> Villar Palasí, José Luis y Suñé Llinás, Emilio, *op. cit.*, nota 87, pp. 382 y 383.

<sup>105</sup> García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1974, también los trabajos de Alberdi Alonso, Cristina, “El principio de interdicción de la arbitrariedad referida al ámbito del poder judicial”, pp. 3052-3360; Arozamena Sierra, Jerónimo, “Sobre la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, pp. 3061-3088; Hernández Marín, Rafael, “El principio

Este principio lo que intenta es limitar la potestad discrecional de la administración, de tal manera que tanto el reconocimiento de dicha potestad como su alcance, la designación del órgano competente para ejercerla y el fin para el que se concede, deben ser reglados por ley. No obstante, esta regulación básica de la discrecionalidad no evita cierto margen de arbitrio. Para paliar el mismo los recursos técnicos con los que se cuenta son básicamente tres: el exceso de poder, por vicios de incompetencia o de forma; la desviación de poder, por alejamiento del fin previsto por la norma habilitante, y el recurso por infracción de los principios generales del derecho, en especial cuando se de una iniquidad manifiesta. De estas tres categorías alegables sólo la segunda es recogida por nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956.<sup>106</sup>

## 2. Otros principios básicos

Junto a los principios incluidos en el artículo 9o., cabe citar como pilares básicos del Estado de derecho en la Constitución de 1978 los siguientes:

### A. El principio de división de poderes

Este principio es incorporado en el título III —artículos 66 y siguientes— respecto a las “cortes generales” o Poder Legislativo; el título IV —artículos 97 y siguientes— “del gobierno y de la administración” o Poder Ejecutivo; el título V —artículos 101 y siguientes— de la relación entre ambos; y el título VI —artículos 117 y siguientes— “del Poder Judicial”, único de los tres sectores tradicionales al que se llama expresamente poder. Los otros dos son calificados como “potestades” —así en los artículos 66 y 97—. <sup>107</sup>

En teoría lo ideal en el Estado de derecho es el equilibrio de los tres poderes en juego, con cierta prioridad del Legislativo por ser el Parla-

de irretroactividad”, pp. 3291-3308; Martínez Ruiz, Luis Fernando, “La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, principio garantizado por la Constitución”, pp. 3375-3411, *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, vol. V, *op. cit.*, nota 52.

<sup>106</sup> de Esteban, Jorge y González-Trevijano, Pedro J., *op. cit.*, nota 103, pp. 252-255.

<sup>107</sup> Para una evolución del principio de división de poderes en la historia constitucional española desde las Cortes de Cádiz, ver el cuadro comparativo en Tezanos, José Félix “Ante la necesaria apertura de un proceso constituyente en la España actual”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 17-18, abril 1977, p. 7.

mento el órgano que representa directamente al pueblo. En este sentido, en el artículo 66 se establece el control por las Cortes de la acción del Gobierno, con la consiguiente sumisión de éste a aquéllas. Además, el artículo 97 señala que el Ejecutivo ejerce su función “de acuerdo con la Constitución y las leyes”. Sin embargo, en la práctica, y como es propio de un Estado intervencionista, frente a lo que ocurría en el Estado liberal de derecho, predomina el Ejecutivo, al que se atribuye, sobre todo, un gran poder normativo, a través de los decretos-ley, en caso de urgente necesidad —artículo 86—, los decretos legislativos, por medio de la delegación —artículos 82 a 85—, y los reglamentos.<sup>108</sup>

Otro de los rasgos de la evolución actual del Estado de derecho es la intensificación de la presencia de instancias jurisdiccionales, además con un nuevo y muy cualificado poder: el tribunal que ejerce la jurisdicción constitucional. Dicho Tribunal Constitucional enriquece el esquema de poderes, pero también entraña el peligro de interferencias con el Legislativo o los jueces (la llamada “guerra de las dos Cortes”), lo cual hace aconsejable la prudencia y el *self-restraint* en el desarrollo de su cometido.<sup>109</sup>

García-Pelayo sintetiza del siguiente modo la contraposición entre el modelo clásico de la división de poderes y el del Estado social y democrático de derecho. En primer lugar, desde el punto de vista “axiológico”, en la doctrina clásica el máximo valor era la libertad, que se trataba de garantizar frenando la acción del Estado mediante la auto-limitación de sus poderes. En el Estado social la libertad se articula junto a otros valores, como la seguridad económica, a través de la intervención concertada, y no separada, de los poderes del Estado. En segundo término, desde la perspectiva “organizativa”, el esquema clásico respondía a una división de tareas, estando cada función a cargo de un órgano distinto, el más adecuado por su estructura: el Parlamento en la elaboración de las leyes, porque, como decía Montesquieu, “*deliberer est le fait de plusieurs*”; el

<sup>108</sup> Respecto al Poder Judicial véase Cesareo Rodríguez Aguilera, *El Poder Judicial en la Constitución*, Barcelona, Bosch, 1980, y Mosquera, Luis, “La posición del Poder Judicial según la Constitución Española de 1978”, en García de Enterría, Eduardo y Pedriero, Alberto, *La Constitución Española de 1978. Un estudio sistemático*, Madrid, Civitas, 1980. Me remito asimismo al capítulo de esta obra donde se trata de manera detallada el tema.

<sup>109</sup> Schneider, Hans-Peter, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, mayo-agosto, 1982, y García Pelayo, Manuel, “La división de poderes y su control jurisdiccional”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, 18-19, 1983.

Ejecutivo en su aplicación, pues “*agir est le fait d’un seul*”. Por el contrario, en el Estado social y democrático de derecho un mismo poder cumple distintas funciones y una misma función es cumplida por distintos poderes. Así, parte de la legislación material la lleva a cabo el Gobierno por vía de decretos-ley y decretos legislativos, e incluso la mayoría de la legislación formal, es decir, la aprobada por el Parlamento, tiene su origen en proyectos de ley presentados por el Gobierno. Por su parte, los jueces, con su función de control de la constitucionalidad de las leyes, rebasan en mucho el ser sólo “*la bouche que prononce les paroles de la loi*”, como quería Montesquieu. Finalmente, desde una panorámica “sociológica”, tradicionalmente cada poder se basaba en la autonomía de sus portadores (el monarca para el Ejecutivo, la nobleza y el tercer estado, como las dos cámaras, para el Legislativo, y el estamento de la toga para el Judicial). Pero desde la Revolución francesa surge la administración como poder autónomo, como realidad sociológica *per se*, una especie de *Beamstenstand* o estamento de funcionarios, que permanece en sus puestos aunque cambie la composición del gobierno y del Parlamento. Junto a este cuarto poder han surgido también los partidos políticos y las organizaciones de intereses, con la novedad, además, de que cuando Gobierno y Parlamento en su mayoría pertenecen al mismo partido su independencia queda minimizada.<sup>110</sup>

Por su parte, De Cabo Martín<sup>111</sup> cifra en dos las causas de la quiebra del principio de legalidad y, en relación con él, del de división de poderes: por

<sup>110</sup> García-Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 35, pp. 57-61. Esto hace que la trinidad de poderes se haga demasiado simple y surjan nuevas teorías de la división de poderes: 1) una división “horizontal”, coincidente con la clásica, si bien algunos tratadistas la reducen a dos poderes, el Gobierno-Parlamento, por un lado, y la judicatura, por otro; 2) una división “temporal”, según la rotación limitada en el ejercicio del poder público; 3) una división “vertical o federativa” entre el Estado central y el regional o autonómico; 4) una división “decisoria”, según los actores que intervienen en la práctica en la toma de decisiones políticas; 5) una división “social” entre los estratos y grupos de la sociedad; 6) una división entre la autoridad política, sustentada sobre una investidura pública, y la autoridad técnica u *operational authority*, basada en los conocimientos necesarios para la toma de decisiones.

<sup>111</sup> En la misma línea, Combellas, Ricardo, “Crisis y reformulación de los principios jurídico-políticos del Estado de derecho en el Estado social”, *Libro homenaje a Manuel García Pelayo*, vol. I, Caracas, 1980, pp. 38-45, cifra en las siguientes las causas de la superación del dogma clásico de la división de poderes: 1) la crisis del Parlamento, al dejar de monopolizar la función legislativa; dejar de ser, en buena medida, la tribuna pública donde se discuten y resuelven, como antaño, los grandes conflictos sociales y políticos de la na-

un lado, las transformaciones en el aparato del Estado y, por otro, las contradicciones que generan las nuevas funciones del Estado. La primera vía tiene su manifestación más específica en el repetidamente destacado fortalecimiento del Ejecutivo y de su función normativa y el correlativo debilitamiento del Parlamento y de su función legislativa. Los motivos concretos de este proceso derivan, a juicio de De Cabo Martín, unas veces de la naturaleza de la ley y otras de la naturaleza de la institución parlamentaria. De la naturaleza de la ley, porque el lugar preponderante del Parlamento, como santuario de la ley fundado en la emisión de normas generales, universales y abstractas, ha sido sustituido por el nuevo papel del Estado, que exige reglamentaciones particulares, adaptadas a la coyuntura y a intereses muy concretos. De la naturaleza de la institución parlamentaria, porque el Parlamento como lugar de encuentro y conciliación característico de la fase liberal pierde buena parte de su significado y funcionalidad ante la dificultad cada vez mayor de llegar a un acuerdo sobre aspectos concretos.<sup>112</sup> Además, se acentúa la desvinculación y autonomía del Parlamento respecto de la sociedad al representar el interés general y, por tanto, ningún interés concreto. Esta desvinculación es paralela a la que se opera en el seno de los partidos políticos, que cada vez están más lejos de sus respectivas bases sociales, lo cual va acompañado de una homogeneización de sus ofertas y del interclasismo, factores ambos que contribuyen a la unificación y fortalecimiento político del Estado —los partidos de órganos de clase se convierten en órganos del Estado— y, más en concreto, de la administración que, por estar a salvo del control y publicidad parlamentarios,

ción; y escapársele la “capacidad de comprender” las decisiones estatales, cada vez más técnicas; 2) la hegemonía del Gobierno frente al Parlamento, al asumir funciones legislativas, tener una supremacía técnica respecto al Parlamento, y ser el destinatario de la responsabilidad pública de la acción estatal; 3) la autonomía creciente del Poder Administrativo; 4) el nuevo rol de la justicia en el Estado social; 5) la existencia de poderes sociales como poderes políticos en el Estado, tales como los partidos políticos, que controlan —el partido gobernante— al Gobierno y al Parlamento, constituyendo una auténtica partidocracia, y los grupos de intereses, que deben ser necesariamente consultados.

<sup>112</sup> Zuleta Puceiro, Enrique, *op. cit.*, nota 20, p. 565: “Ello introduce una quiebra en los mecanismos de legitimación social que repercute en el plano de la propia vida política de la democracia. La sustitución de hecho de los moldes institucionales establecidos —tales como la vida parlamentaria, mecanismos y procedimientos legislativos, administrativos y aún jurisdiccionales— reemplazados por las estrategias de pactos y acuerdos cotidianos entre fuerzas corporativas, más que una expresión de consenso me parece síntoma de un disenso profundo acerca de las bases más esenciales de la vida democrática”.

se transforma en el lugar adecuado para la elaboración real de la política. Por lo que respecta a la segunda vía de quiebra del principio de legalidad, las contradicciones que generan las nuevas funciones del Estado, hay que decir que, mientras en el Estado liberal la fuente básica de legitimación era la legal, en el Estado contemporáneo la fuente de legitimación será básicamente la político-democrática, basada en el consenso entre las fuerzas políticas dominantes. Es la moderna democracia consensuada.

El examen y aplicación de estos dos supuestos o vías generales al caso concreto de la Constitución Española de 1978 ofrece, a juicio de De Cabo Martín, la peculiaridad de que en ella no puede hablarse de destrucción del Estado de derecho ni de quiebra del principio de legalidad en el sentido antes señalado, sino más bien de todo lo contrario. Su afirmación se encontraría en unos términos y una extensión inusuales en las Constituciones europeas de nuestro entorno, como se pone de manifiesto en los dos aspectos que el autor ha considerado como vías de quiebra del principio de legalidad.

Por lo que se refiere al primero, la afirmación del principio se hace tanto positiva como negativamente. Positivamente por la amplitud e intensidad que adquiere en nuestra Constitución la reserva de ley. Junto a la reserva absoluta, recogida en el artículo 82 para las materias referentes a las leyes orgánicas, se establece la reserva relativa para: los derechos y libertades, cuya regulación deberá respetar su contenido esencial (artículo 53); el principio de legalidad administrativa; el de legalidad tributaria (artículo 31.3 y 133.1 y 3); el derecho de huelga; la negociación colectiva, o la necesaria autorización parlamentaria para los tratados internacionales de carácter político, militar, económico o que afecten a los derechos fundamentales (artículo 94). Negativamente, por la restricción con que se regula la delegación del Parlamento en el Ejecutivo para dictar decretos legislativos. Así, los artículos 82 y 83 excluyen de la delegación las materias objeto de ley orgánica, establecen que la delegación sólo podrá hacerse mediante ley, de forma expresa, para cada caso concreto y con fijación del plazo para su ejercicio, no cabiendo la subdelegación y existiendo un control de todo el sistema de delegación.

En cuanto al segundo aspecto considerado como posible vía de quiebra del principio de legalidad, el derivado de la crisis de legitimación, la Constitución Española reitera minuciosa y expresamente en su articulado

los principios básicos del Estado de derecho (artículos 9.1, 9.3, 103.1 y 106.1 vistos). El mantenimiento del sistema de legalidad queda también garantizado por la forma en que se configura tanto la legislación de necesidad (decretos-ley, para los que el artículo 86 prevé un ámbito de materias excluidas y unos plazos especiales) como la legislación excepcional (estados de alarma, excepción y sitio, a los que se refiere el artículo 116, estableciendo una intervención gradualmente más intensa del Congreso de los Diputados de acuerdo con la gravedad de la situación que se declara —autorización sin más, autorización especificando el ámbito y la duración, o también declaración por mayoría absoluta del Congreso—).<sup>113</sup>

### B. *La enumeración, protección y realización de los derechos fundamentales*

Los derechos humanos tienen un amplio y detallado listado en la Constitución, enumeración que además no es cerrada ni exhaustiva. Comprenden todo el título I, dentro del cual se distinguen, de mayor a menor relevancia, los derechos fundamentales de la persona y las libertades públicas (capítulo segundo, sección primera), los derechos y deberes de los ciudadanos (capítulo segundo, sección segunda), y los derechos económicos y sociales (capítulo tercero). Pero aquí, más que de su enunciación, se trata de señalar cómo dichos derechos son protegidos con diferente intensidad según el lugar que ocupan, tal como establece el artículo 53 de la Constitución<sup>114</sup> en sus tres párrafos, artículo que bien puede considerarse otro de los pilares básicos del Estado de derecho.<sup>115</sup>

<sup>113</sup> Cabo Martín, Carlos de, “Estado y Estado de derecho en el capitalismo dominante, aspectos significativos del planteamiento constitucional español”, *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, 9, mayo-junio, 1979, pp. 107-116.

<sup>114</sup> Garrido Falla, Fernando, “El artículo 53 de la Constitución”, *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, 21, abril-junio, 1979.

<sup>115</sup> Sobre el tema, véase la exposición del capítulo de la obra que corresponde. También entre otros, Schneider, H. P., “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, 7. Pérez Luño, Antonio-Enrique, capítulo sobre “Estado de Derecho y derechos fundamentales”, en la obra por él dirigida, *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979. Galindo Ayuda, Fernando, “La fundamentación filosófica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978”, Ramírez, Manuel,

Mención aparte merece también el artículo 10.1, a tenor del cual “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”. Se trata de un precepto que, aunque no está situado en el título preliminar, por su terminología y formulación, tiene valor de principio informador de todo el texto constitucional. Su expresión clave es “la dignidad de la persona” (*die Würde des Menschen* de la Constitución alemana), como derecho general de la personalidad. Aquí el concepto de persona desborda ampliamente la definición de la personalidad jurídica contenida en nuestra ley civil. Es la persona de la que se habla en las declaraciones universales de derechos humanos, del personalismo como punto intermedio entre el individualismo y el colectivismo, porque, como dice Pizzorni: “*l’uomo ha la testa più alta della società*”.<sup>116</sup>

La concepción de los derechos fundamentales ha experimentado, como los demás principios, una evolución desde el modelo liberal clásico al moderno del Estado social y democrático de derecho. Las líneas básicas de dicha evolución podrían cifrarse en dos: 1) una nueva relación con la ley: antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley; hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales derivan su fuerza vinculante directamente de la Constitución, no de la ley, que sería más bien un instrumento de realización de los mismos. En consecuencia vinculan no sólo a la administración sino también al legislador; 2) una concepción de las libertades públicas no de carácter negativo, sino positiva. No se interpretan como garantías de defensa frente al Estado, sino como garantías de participación.<sup>117</sup>

*Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Zaragoza, Libros Pórtico, 1979. Monográfico de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, “Los derechos humanos y la Constitución de 1978” con trabajos, entre otros, de Pablo Lucas Verdú, Manuel Atienza Rodríguez, Gregorio, Peces-Barba Martínez, Silvio Basile y Miguel Ángel García Herrera. José Luis Cascajo Castro, “Appunti sulla tutela dei diritti fondamentali”, en Giuseppe de Vergottini (ed.), *Una Costituzione democratica per la Spagna*, Milán, Franco Angeli Editore, 1978.

<sup>116</sup> Pizzorni, Reginaldo (O. P.), *Il fondamento etico-religioso del Diritto secondo San Tommaso D’Aquino*, Milán, Massimo, 1989, p. 263.

<sup>117</sup> Combellas, Ricardo, *op. cit.*, nota 111, pp. 36 y 37. Díaz-Otero, Eduardo, “Los derechos subjetivos fundamentales en el constitucionalismo social y democrático”, en Ollivas Cabanillas, Enrique (comp.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, *op. cit.*,

### C. *El principio de soberanía nacional*

Este principio<sup>118</sup> se recoge a continuación de la proclamación de España como Estado social y democrático de derecho.<sup>119</sup> El artículo 1.2 dice que “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. Tiene su plasmación en los regímenes democráticos en el sufragio universal, directo, secreto y periódico a través del cual el individuo elige a sus representantes. Es una consecuencia de las teorías del pacto o contrato social, según las cuales el hombre pasa del estado de naturaleza (para unos bueno —Rousseau—, para otros no —Hobbes: “*homo homini lupus*”—), pero en cualquier caso en el que existía gran libertad y mínima seguridad —era la *bellum privata* de todos contra todos—, al estado de sociedad civil, en el cual se aliena parte de esa libertad en aras de una mayor seguridad jurídica. En él al hombre le queda el recurso de ejercer el disenso mediante la desobediencia, pues aunque el poder de asociación ha de ser colectivo, en el poder de disociación basta el de uno solo.

Prolongaciones de la declaración general del artículo 1.2 son otros preceptos constitucionales, como el 66.1 —“las Cortes Generales representan al pueblo español”— y el 177.1 —“la justicia emana del pueblo”— en relación con el 125, que admite la posibilidad del jurado. Asimismo, cabe citar el artículo 99, en cuanto exige la confianza del Congreso para poder gobernar, y el 152.1, que prevé la constitución de asambleas legislativas regionales elegidas por sufragio universal.

La fórmula del artículo 1.2 de nuestra Constitución es bastante desafortunada, al mezclar los conceptos de soberanía nacional y soberanía popular, que en la doctrina y en la historia constitucional siempre se han distinguido.<sup>120</sup> Mientras la primera se refiere a la nación como realidad glo-

pp. 49-65, y en la misma obra, Pérez Luño, Antonio-Enrique, “La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales”, pp. 91-107.

<sup>118</sup> Lucio Colletti, “Estado de derecho y soberanía popular”, varios autores, *Para una democracia socialista*, trad. de J. R. Capella, Barcelona, Anagrama, 1976.

<sup>119</sup> Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Estado de derecho y soberanía popular”, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984.

<sup>120</sup> Álvarez Conde, E., *op. cit.*, nota 58, p. 118: “En realidad, lo que el artículo 1.2 plantea es el problema de la titularidad de la soberanía, cuestión ésta candente en todo el constitucionalismo español, donde las posturas mantenidas oscilaron entre la aceptación del principio de soberanía nacional, propia del liberalismo clásico español, y la proclamación de la soberanía popular, únicamente asumida en los textos constitucionales republicanos. Todo ello sin olvidar la construcción doctrinaria de la soberanía que cristaliza-

bal e indivisible, distinta de los individuos que la forman, la soberanía popular implica, en cambio, una referencia inmediata a cada uno de los miembros concretos de la sociedad.<sup>121</sup> El defender el concepto de soberanía nacional fue, más que una alternativa a la soberanía popular, una opción frente a la soberanía reconocida a las distintas nacionalidades por algunos grupos nacionalistas. La intención de nuestros constituyentes era dejar claro que la soberanía era indivisible y que no se podía predicar de las regiones y nacionalidades. Por otra parte, actualmente con la instauración del sufragio universal, tampoco es válido el recurso a la noción de soberanía nacional frente a la de soberanía popular en base al argumento de que no se puede apelar al pueblo, al no tener todos sus individuos derecho de voto, pues esto ocurría en el sufragio censatario de épocas anteriores, pero no actualmente. Lo que sí es cierto es que según hablemos de soberanía popular o nacional el individuo derivará sus derechos fundamentales del Estado por una vía distinta: la relación de dependencia que mantiene vinculado al poder con cada uno de los individuos (soberanía popular) o una auto-limitación espontánea del Estado (soberanía nacional).<sup>122</sup>

#### IV. CRITERIO HISTÓRICO

El criterio histórico consiste en utilizar para la interpretación “los antecedentes históricos y legislativos” de la norma.

##### 1. *Antecedentes históricos*

Si tuvieramos que dar una visión retrospectiva de lo que han sido los precedentes históricos del Estado social y democrático de derecho<sup>123</sup> si-

ría en ese concepto genuinamente español que es la noción de soberanía compartida. Así pues, nuestra actual Constitución enlaza con el texto de 1931 que proclamaba la soberanía popular. Sin embargo, la redacción del artículo 1.2 parece contener una aparente contradicción, ya que se habla tanto de soberanía nacional como de soberanía popular”.

<sup>121</sup> Al respecto, Capitant, René, “Le conflit de la souveraineté parlementaire et de la souveraineté populaire”, *Politique*, 1954, pp. 153 y ss.

<sup>122</sup> Garrorena Morales, Ángel, *op. cit.*, nota 7, pp. 121-131.

<sup>123</sup> Sobre el tema, Baratta, Alessandro, “El Estado de derecho. Historia del concepto y problemática actual”, *Sistema*, 17-18. Asimismo, Negro Pavón, Dalmacio, *La tradición liberal y el Estado*, Discurso de Ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políti-

guiendo a Sánchez Agesta<sup>124</sup> podríamos hablar de tres tipos anteriores de Estado:<sup>125</sup> 1) el Estado liberal, surgido fundamentalmente a partir de la Revolución Francesa, después del Estado policía —“*Polizeistaat*”—, y que llega hasta la Primera Guerra Mundial;<sup>126</sup> 2) el Estado totalitario, que se produjo en el periodo de entreguerras con el nazismo, el fascismo y el régimen soviético tras la Revolución de 1917,<sup>127</sup> y 3) el Estado de bienestar social, nacido a partir de la Segunda Guerra Mundial y que bien puede citarse como precedente más inmediato de nuestro actual Estado social y democrático de derecho. Haciendo un análisis comparado de estas tres formas históricas de Estado podríamos decir lo siguiente.

### A. *La ideología*

En cuanto a la “ideología”, el Estado liberal de derecho es apolítico y neutral y se basa, como su nombre indica, en el liberalismo burgués<sup>128</sup> de autores como Locke, Montesquieu, Kant,<sup>129</sup> Humboldt o Stuart Mill.

cas. Contestación de Gonzalo Fernández de la Mora, Madrid, 1995, especialmente pp. 185-255.

<sup>124</sup> Sánchez Agesta, Luis, *op. cit.*, nota 21, pp. 545-590.

<sup>125</sup> Bassols Coma, Martín, *op. cit.*, nota 85, p. 145, apurando los efectos de esta sistematización convencional, concibe la posibilidad de hablar de un cuarto tipo de Estado de derecho, como fase superadora del Estado democrático. Se trataría del Estado de justicia, caracterizado por “el principio de justicia (artículo 1.1), el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales (artículo 24), la instauración de una jurisdicción constitucional de las libertades públicas (recurso de amparo) y demás garantías judiciales”.

<sup>126</sup> Aunque hay “precedentes más o menos imprecisos de esa idea del imperio de la ley en la Antigüedad, Edad Media y Ancien Régime”, ideal que no llegó a institucionalizarse. Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática, op. cit.*, nota 44, pp. 17 y ss.

<sup>127</sup> Sobre el tema de la relación del Estado de derecho con el Estado totalitario, Treves, Renato, “A propósito della polemica su Stato di Diritto e Stati totalitari”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXXIII, 1956, y “Stato di diritto e Stati totalitari”, *Studi in onore di G. M. de Francesco*, vol. II, Milán, Giuffrè, 1957. Díaz, Elías, “El Estado democrático de derecho y sus críticos izquierdistas”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 17-18, abril, 1977, pp. 51 y 52.

<sup>128</sup> Wiethölter, Rudolf, “Gli interessi dello Stato di diritto borghese”, varios autores, *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, 1973.

<sup>129</sup> Pérez Luño, Antonio-Enrique, *op. cit.*, nota 24, pp. 43-56, señala que existe un amplio acuerdo en cifrar el origen moderno de la idea de Estado de derecho en Kant. No hay en cambio unanimidad a la hora de valorar su aportación. Así, por ejemplo, en relación con la idea kantiana de libertad, Werner Busch y Gottfried Dietze consideran que lo esencial en Kant es la distinción entre su dimensión ética, formal y universal

Se trata, como ya dijimos, de una libertad negativa,<sup>130</sup> es decir, abstracta e ilimitada, tutelada por un Estado garante. Junto al liberalismo, destaca como ideología el individualismo, en el que el individuo es un fin soberano en sí mismo, sin más límites que el respeto de la libertad de los demás. En el Estado totalitario, sobre el individuo priman las entidades supra-personales.<sup>131</sup> Nos estamos refiriendo a la nación, en los nacionalismos imperialistas, como el italiano y el alemán,<sup>132</sup> la raza,

(*Freiheit*), y la empírica (*Wilkür*). Por su parte, Julius Ebbinhaus distingue en él la idea *a priori*, absoluta e incondicionada, de libertad moral, como condición y fundamento del contrato social, y la categoría empírica de la libertad política subsiguiente a la organización de la sociedad. Según Norberto Bobbio, en Kant lo que coexisten son una libertad como autonomía, de inspiración democrática, y una libertad como injerencia, de inequívoco corte liberal. Para Otto von Gierke en la idea kantiana de libertad confluyen distintos estímulos teóricos y prácticos. En primer lugar, Kant acepta, en principio, la tesis del iusnaturalismo iluminista de rechazar cualquier endemonismo o paternalismo. Para Kant nadie nos puede obligar a ser felices a su modo, sino que cada uno debe buscar su felicidad personal como mejor le parezca, siempre que al hacerlo no lesione la libertad de los demás. El derecho no sería sino la condición de la coexistencia de las libertades individuales. En segundo término, en otros pasajes de su obra, Kant emplea el término libertad en sentido positivo, como participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas que regulan su conducta. Así, en su opúsculo sobre *La paz perpetua* establece que la libertad es la facultad que no obedece a ninguna ley externa, salvo a aquellas a las que se ha dado el propio consentimiento. Finalmente, es característico de Kant el concepto de libertad como noción *a priori*. Señala este autor el sometimiento del ciudadano a los siguientes principios *a priori*, 1) la libertad de cada miembro de la sociedad, como hombre (*Die Freiheit jedes Gliedes der Societät, als Menschen*); 2) la igualdad del mismo, como súbdito, frente a cualquier otro (*Die Gleichheit desselben mit jedem andern, als Untertan*); y 3) la independencia de cada miembro de la comunidad, como ciudadano (*Die Selbständigkeit jedes Gliedes eines gemeinen Wesens, als Bürger*).

<sup>130</sup> Pérez Luño, Antonio-Enrique, *op. cit.*, nota 24, p. 61: “Por ello, la libertad y la igualdad fueron entendidas de modo formal o, más exactamente, en sentido negativo, constituyeron derechos de defensa contra el Estado (‘Staatsgerichtete Abwehrrechte’), no derechos de participación política (‘politische Anteilsrechte’) en la comunidad”.

<sup>131</sup> Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, *op. cit.*, nota 44, p. 43: “La crítica llevada a cabo por el fascismo se dirige así de modo inmediato contra dos puntos que, desde esa perspectiva, se consideran como los centrales en el liberalismo: el individualismo de la sociedad y el abstencionismo del Estado. En la concepción fascista, el individualismo liberal es sustituido por un transpersonalismo y organicismo social; paralelamente el abstencionismo estatal viene, a su vez, sustituido por un Estado de estructura totalitaria”.

<sup>132</sup> *Ibidem*, pp. 79 y 80: “Los pueblos se muestran así como grandes organismos biológicos y espirituales. El Estado, por su parte, creado sobre el concepto de la unidad-nación, se constituye como estructuración de ese organismo biológico-espiritual (teoría organicista del Estado). El término comunidad nacional o popular (‘Volksgemeinschaft’)

más en concreto la aria, en el régimen nacionalsocialista, y la clase, especialmente el proletariado, en el marxismo. El Estado de bienestar social nace unido al llamado régimen administrativo de servicio, con origen en el siglo XIX, ligado al liberalismo. Igual que éste, pretendía el desarrollo de la personalidad y necesidades del individuo, pero se diferencia de él en el método, que ya no es el mero abstencionismo, sino la llamada libertad positiva, en manos de un Estado tutor o gendarme, que funciona sobre un marco concreto y limitado de libre albedrío. Se habla de intervencionismo y planificación estatal, tanto de las actividades públicas como de las privadas, a través de una acción policial preventiva y con la ayuda de los servicios públicos, pues el Estado *nihil humanum a se alienum putat*. Se trata de un Estado compensador, que busca, a través de una ideología neoliberal, neosocialista, influida por la doctrina social católica, la igualdad de oportunidades y la justicia social. Debido a la situación de reconstrucción posterior a la segunda gran guerra y a la pobreza reinante y con una visión humanista, se persigue la universalización de las conquistas sociales y su extensión a todos y cada uno de los afectados.

### B. *La forma constitucional*

La forma constitucional también varía de unos Estados a otros. Así, el Estado liberal de derecho dio prioridad a los “derechos individuales”. Era la época de las grandes declaraciones que han marcado una etapa histórica: la “Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano” de 1789 y la “Declaración de Independencia del Buen Pueblo de Virginia” de 1776. Desde una perspectiva histórica la teoría de los derechos fundamentales precede a la formulación doctrinal de la noción de Estado de derecho. Los derechos individuales básicos a los que debía servir el Estado de derecho liberal burgués eran la libertad individual, la propiedad privada, la seguridad jurídica y la participación de

vendrá precisamente a designar en la doctrina alemana esa idea de la nación como organismo biológico (raza, sangre, etcétera), y como organismo espiritual del correspondiente ‘*Volksgeist*’. La nación, en cuanto comunidad orgánico-espiritual, resulta así concebida como una entidad mística, casi religiosa, en la que predominan los factores y elementos inexpresables, inefables, misteriosos, inconscientes y ancestrales sobre los analíticos, conscientes, empíricos y racionales”.

los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal. La significación de cada uno de dichos valores ha sufrido una evolución en el tiempo. Así, no es lo mismo la *libertas* romana que la libertad medieval o la moderna. Toda libertad es libertad de algo y para algo.<sup>133</sup> Una cosa similar puede decirse de la propiedad si la comparamos en el feudalismo, como propiedad limitada sobre la tierra, con Savigny, como *plena in re potestas*, o en la actualidad en España, como propiedad privada pero con una función social.<sup>134</sup>

Por el contrario, en el Estado totalitario primó el otro polo de la relación jurídica, los “deberes jurídicos”, impuestos en cuanto miembro de una clase, de una raza o de un partido. Por su parte, el Estado de bienestar social subraya también los derechos, pero ya no los de carácter individualista, sino los “económicos y sociales”, haciendo, por ejemplo, hincapié en los de la infancia y los de la mujer, como grupos tradicionalmente desprotegidos.

### C. La estructura del poder

La estructura del poder es otro de los puntos importantes a estudiar. En el Estado liberal de derecho la forma de organización política eran, frente a las monarquías absolutas y al despotismo ilustrado, las “democracias liberales”, basadas en la división y coordinación de poderes, según las que era preciso que el poder frenase al poder. En tal situación se valoraba especialmente la libre concurrencia de opiniones y la participación política. Por el contrario, la forma de organización política en los Estados totalitarios ya no descansa ni en una persona (monarquía), ni en muchas (democracia), sino en la oligarquía, como gobierno de unos pocos, al frente de los cuales se halla el caudillo (España), el *leader* (*Inglaterra*), el *Duce* (Italia) o el *Führer* (Alemania) —que literalmente significa conductor—. Existe un partido único, abanderado de la acción revolucionaria de transformación de la sociedad. Son lo que paradójica-

<sup>133</sup> Sobre la libertad en el Estado social de derecho, véase Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 19, pp. 91-94.

<sup>134</sup> Sobre los aspectos filosóficos de la cuestión, Cyrill K. Krasinski O. S. B., “Sobre la crisis del moderno concepto de propiedad privada”, *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, Universidad de Salamanca, 7, noviembre-diciembre de 1955, pp. 3 y ss.

mente se llaman democracias populares, que de democracias tenían sólo el nombre. Por su parte, el Estado de bienestar social se caracterizó por el aumento cuantitativo y fortalecimiento cualitativo del Poder Ejecutivo y el surgimiento de una burocracia potente y activa.<sup>135</sup> Se habla a menudo de “nomocracia”, como imperio de una norma, la Constitución, que convive con formas de gobierno democráticas o monárquicas.

#### D. *El orden económico y social*

El orden económico y social (lo que los alemanes han llamado *Wirtschaftsverfassung* o constitución económica) experimenta también una gran evolución.<sup>136</sup> En el Estado liberal de derecho es el liberalismo, que en economía conducirá, como fenómeno patológico, al “capitalismo”. Así como el Estado absolutista se correspondió con el capitalismo temprano, el liberal lo hace con el alto capitalismo y el Estado social y democrático con el neocapitalismo o capitalismo tardío. Se parte de la Escuela Fisiócrata clásica de Adam Smith —y su mano invisible reguladora de la economía—, David Ricardo o Althusio, del lema “dejad hacer, dejad pasar, la economía sigue sus propias reglas”. Esta norma de la espontaneidad se incorpora a todos los ámbitos: libertad de contratación; emancipación agraria a través de la desamortización —quitar las tierras de las manos muertas, constituidas por la Iglesia y la nobleza— y desvinculación laboral —frente a la estructura gremial medieval de los oficios aprendidos del maestro, frontalmente opuesta a la producción en cadena, en la que cada obrero realiza una sola actividad dentro de la cadena de obtención final del producto—. Hay también libertad de industria, de comercio y de circulación de bienes, sólo dependiente de las fluctuaciones del mercado, a través del libre juego de la oferta y la demanda, de la ley de los rendimientos decrecientes y de la del mínimo esfuerzo y el máxi-

<sup>135</sup> Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, op. cit., nota 44, pp. 96 y 97: “En este sentido, se considera en el Estado social de derecho que el órgano estatal más adecuado para llevar a cabo esta función inmediateamente directiva de la actividad económica y social no es el Parlamento clásico, demasiado lento y poco especializado, se dice, sino más bien el Poder Ejecutivo, es decir la Administración y sus técnicos; con la creciente importancia de ésta se constituye el llamado Estado administrador o Estado de la administración”.

<sup>136</sup> Morisi, Máximo, “Rapporti economici e nuova Costituzione in Spagna”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 3, 1978. Morodo, Raúl, “Nueva Constitución. ¿Nueva economía?”, *Situación. Revista del Banco de Bilbao*, 9, octubre, 1978.

mo beneficio. Todo esto desemboca en la economía capitalista, como resultado de la conjunción del espíritu de lucro, el maquinismo —surgido con la incorporación de la maquina de vapor a la industria y al comercio y los grandes avances técnicos producidos por la llamada Revolución Industrial— y la concentración del capital —en sociedades de acciones—, que originan un poder económico, el monopolio, y sus variantes —oligopolio—, que incrementan la riqueza, pero que atentan contra los principios de libertad e igualdad, tanto a nivel individual —lucha de clases— como nacional —explotación por los países desarrollados de las materias primas de los países del tercer mundo, que aporta fuentes de energía y mano de obra barata, en lo que se ha llamado la franja periférica, ese gran cinturón que aún hoy oprime moralmente al mundo—.

Una de las características del Estado liberal de derecho es “no sólo la distinción, sino la oposición, entre el Estado y la sociedad, a los que se concebía como dos sistemas con un alto grado de autonomía, lo que producía una inhibición del Estado frente a los problemas económicos y sociales”. El Estado era concebido como una “organización racional”, dotada de una estructura “vertical” o jerárquica, es decir, construida básicamente bajo relaciones de supremacía y subordinación. La sociedad, en cambio, era considerada como una “ordenación”, es decir, como un orden “espontáneo”, dotado de una racionalidad, pero no previamente proyectada, sino inmanente, expresada en leyes económicas más poderosas que las jurídicas, y con una estructura “horizontal”, sustentada capitalmente sobre relaciones competitivas. Bajo tales supuestos, el Estado, organización artificial, ni debía ni a la larga podía tratar de modificar el orden social natural.<sup>137</sup>

Como reacción al capitalismo brutal y como propuesta alternativa, surge en el Estado totalitario el modelo “marxista”. Frente a la libertad capitalista, Marx y Engels proponen la planificación en su forma más radical, la llamada “planificación centralizada”. Extrapolando el método dialéctico hegeliano al materialismo histórico, podría hablarse de la existencia de tres fases: una tesis —el imperialismo colonialista—, su antítesis —la revolución y dictadura del proletariado, al que Lenin calificaba de vanguardia— y como síntesis una utópica, nunca mejor dicho, sociedad comunista. El motor de esta evolución sería la lucha de clases, más en concreto de la burguesía, o clase explotadora, que poseería los medios de producción y el capital, y el proletariado, o clase explotada, que apor-

<sup>137</sup> García-Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 35, pp. 21 y 22.

taría su trabajo, la mano de obra, y cuyo resentimiento por la alienación a que había sido sometido le llevaría a adquirir auténtica conciencia de clase. En todo este proceso la clave, la base, lo realmente decisivo, sería la economía, a modo de infraestructura, y las ideologías serían sólo superestructuras<sup>138</sup> consecuencias de aquélla.

Existe una famosa tesis de Marx y Engels en virtud de la cual el Estado, principal superestructura, terminará cuando termine la lucha de clases.<sup>139</sup> No obstante, frente a este tópico, lo cierto es que gran parte del pensamiento socialista clásico considera al Estado como necesario, puntualizando que lo llamado a extinguirse no es éste en sí, sino la estructura entonces existente del mismo. En esta línea se encuentra el pensamiento de Berstein (1850-1932), Kautsky (1854-1938), Cunow (1862-1937) o Renner (1870-1946). En el mismo sentido, en los programas de la social-democracia alemana no hay alusión alguna a la extinción del Estado y sí a futuras formas del mismo adecuadas a la sociedad socialista, como el “Estado popular”, el “Estado libre” o el Estado democrático y social.<sup>140</sup> No hay que olvidar que el Estado, además de instrumento de dominación de clase, es también una institución destinada a satisfacer necesidades sociales.

La sociedad en los sistemas totalitarios se opone a la división capitalista en clases sociales, basadas en la posesión de la riqueza económica y que permitían por ello el dinamismo, frente al carácter cerrado y estático de la sociedad medieval, anclada en el concepto de estamento (el clero, la nobleza y el pueblo llano), que se regía por los vínculos de sangre y que era por tanto inamovible. El totalitarismo integra al individuo en grupos intermedios, en cuadros, así, por ejemplo, los “soviets”.

¿Qué pasa en el Estado de bienestar social?<sup>141</sup> En él, al contrario que en el sistema anterior, la economía se subordina a la política. Hay intervencionismo y proteccionismo estatales para corregir de algún modo la

<sup>138</sup> Sobre el tema de la relación estructura-superestructura hace una síntesis del pensamiento de O'Connor, D. Yaffe, Altwater, Ulrich K. Preuss, L. Ammanat, A. Wolfe, B. Ollman, K. Offe, Poulantzas, J. Hirsch y L. Basso, Cabo Martín, Carlos de, *op. cit.*, nota 113, pp. 104 y ss.

<sup>139</sup> Miliband, Ralf, “Marx y el Estado”, varios autores, *Marx, el derecho y el Estado*, Barcelona, Oikos-Tau Ediciones, 1969, Introducción de J. R. Capella.

<sup>140</sup> Kelsen, Hans, “Sozialismus und Staat”, *Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung*, año IX, 1921, pp. 57 y ss.

<sup>141</sup> Navarro, Vicente, “Producción y Estado de bienestar. El contexto político de las reformas”, *Sistema*, 102, mayo, 1991, pp. 31-67.

salvaje competitividad capitalista. Hay planificación, pero no tan rígida como en el totalitarismo. Es una planificación dirigida o indicativa, a través de cauces como la política fiscal —lo que hace que este tipo de Estado haya podido ser denominado *Steuerstaat*—, la propiedad pública de determinados servicios, el control indirecto de empresas, las inversiones en servicios subsidiarios, la incorporación a organizaciones supranacionales —la OCEC, el EURATOM, la CECA, la CEE y hoy la Unión Europea—. El sector servicios adquiere un espectacular desarrollo frente a los tradicionales sectores primario —agricultura— y secundario —industria—, y emerge una potente clase media.

Ha existido una evolución en el Estado social desde sus orígenes a la actualidad. Desde el último tercio del siglo XIX se trataba de remediar las pésimas condiciones de vida de los estratos más desamparados y menesterosos de la población, a través de una política sectorial. En cambio, la actual política social se extiende no sólo a las clases obreras, cuyo porcentaje sobre el total de la población tiende a disminuir, sino también a las clases medias, en auge. Además, lejos de limitarse a la menesterosidad económica, se extiende a otros aspectos como la cultura, la educación, el medio ambiente, etcétera. Para decirlo en términos germánicos, la *Sozialpolitik* se ha transformado en *Gesellschaftspolitik*: la política social sectorial se ha transformado en política social generalizada.<sup>142</sup> Lo mismo ocurre en el campo económico. Originariamente se trataba de medidas subsidiarias, correctivas de los malos efectos transitorios de un sistema considerado autorregulado, del mismo modo que se corrige de vez en cuando un reloj para que, por su propio mecanismo, siga marchando. Ahora, en cambio, se tiende a una política estatal de dirección permanente y programada del conjunto.<sup>143</sup>

Por otro lado, frente a la escisión liberal Estado-sociedad, nos encontramos con una tendencia a la estatalización de la sociedad y a la socialización del Estado y, por tanto, a la difuminación de los límites entre ambos ámbitos. Estado y sociedad ya no son sistemas autónomos. Hoy estamos ante una decadencia de la teoría del Estado, que tiende a ser sustituida por una teoría del sistema político, que engloba factores estatales y sociales. Ambos son partes de un meta-sistema y sectores complementarios. En el Estado tradicional se trataba de proteger a la sociedad del

<sup>142</sup> Muñiz, J. N., *op. cit.*, nota 8, p. 166.

<sup>143</sup> García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 35, pp. 18 y 19.

Estado. Aquí se trata de proteger a la sociedad por la acción del Estado. Aquel Estado se realizaba por la inhibición, éste por la acción.

El Estado social ha sido designado por los alemanes como el Estado que se responsabiliza por la procura existencial (*Daseinvorsorge*), concepto formulado originariamente por Forsthoff. Según este autor, el hombre desarrolla su existencia en un espacio vital. Dentro del mismo hay que distinguir el llamado espacio vital dominado, que es aquél sobre el que ejerce señorío, y el espacio vital efectivo, constituido por el conjunto de cosas de las que se sirve, pero sobre las que no tiene control. La civilización tecnológica ha aumentado el segundo espacio y disminuido el primero.<sup>144</sup> Ante esta situación le corresponde al Estado como misión la responsabilidad de la procura existencial de sus ciudadanos, tarea que rebasa la noción clásica de servicio público.<sup>145</sup>

<sup>144</sup> Forsthoff, Ernst, “Problemas constitucionales del Estado social”, W. Abendroth *et al.*, *op. cit.*, nota 33, pp. 47 y ss, especialmente 48: “Y puesto que el hombre sin espacio vital que él domine directamente no tiene reserva, no está protegido frente a las crisis, sino abandonado a la asistencia en las más diversas formas... Esta dependencia del individuo de factores que escapan a su poder no se manifestó en el siglo XIX todavía en toda su gravedad. Quedó soslayada por el hecho de que la economía libre que aún funcionaba, y a la que le era desconocido el paro estructural, satisfizo sin dificultad las necesidades existenciales del individuo... De esta manera el hombre moderno no solamente vive en el Estado, sino del Estado... (p. 50). ¿Que ocurrirá cuando el Estado instrumente la dependencia que con él tiene el individuo como un camino de servidumbre? El resultado será un incremento del poder de dominación... (p. 51). Un Estado que se aproveche de las necesidades sociales de sus súbditos para aumentar su poder de dominación es en realidad un Estado total, como no llegó a ser el Estado nacionalsocialista... (p. 52). Una tal situación de instrumentalización de las funciones sociales con fines de dominación ha sido puesta en práctica en gran medida en los países del otro lado del telón de acero... (p. 54). Sería un error creer que por eso mismo en el Estado de derecho, con su división de poderes, se ha conseguido y está en él garantizada la completa separación entre dominio y funciones sociales... (p. 65). Ningún término es más ambiguo ni más susceptible de abusos que el término social. Ningún Estado corre mayor peligro de ser instrumentalizado al servicio de los poderosos del momento que el Estado social... (p. 66). Es una forma de vida de los pueblos modernos construida con mucho ingenio y sutileza, susceptible de ser manipulada, pero construida como un sucedáneo del auténtico orden surgido del pueblo... Lo que se consiga en este campo con el fin de proporcionar a los individuos un nuevo ámbito de dominio, y con ello hacerlos independientes en su existencia respecto del Estado, va más allá del Estado social y significa creación de un orden enraizado en el pueblo. En la medida en que tenga aquí éxito se hará innecesario el Estado social”.

<sup>145</sup> Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, “La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de «Daseinvorsorge»”, *Revista de Administración Pública*, 38, 1962, pp. 35 y ss.

El Estado social se centra en la distribución. Ya no se caracteriza tanto por una política de nacionalización de los medios de producción como por una más justa distribución de lo producido, a través de una adecuada política fiscal. No obstante, para distribuir permanentemente algo hay también que asegurar su producción y reproducción. La dirección de la economía nacional por el Estado supone su transformación en un Estado administrativo o de prestaciones, en un “Estado manager”,<sup>146</sup> que va unido a un principio de legitimidad basado en la *performance*, la funcionalidad y la eficacia de su gestión. A la participación política electoral propia del Estado burgués se une una participación más o menos institucionalizada en las prestaciones estatales. Por otro lado, la función capital del Estado no es sólo legislar sino, ante todo, actuar, con lo que el *locus* de la decisión se traslada del Parlamento a las instancias gubernamentales y administrativas. En la contraposición del Estado tradicional con el ciudadano, y como quiera que los individuos no pueden defender inmediatamente sus intereses en el proceso de distribución y planificación, se interponen los grupos, de tal modo que el Estado social va unido a lo que los alemanes denominan “Estado de asociaciones” (*Verbändestaat*).<sup>147</sup>

Lo característico del Estado social y democrático de derecho en economía es el neocapitalismo. Una de sus características es el crecimiento del consumo. Frente al capitalismo clásico, que se sustentaba sobre la acumulación del capital necesario para incrementar la producción, a costa de la precariedad de salarios, con la consiguiente disminución del consumo, en el capitalismo tardío ya no se trata tanto de explotar a la masa de asalariados como a la de consumidores, incitándoles a que consuman más. Otra nota distintiva es la tendencia al pleno empleo. Uno de los supuestos del capitalismo clásico era el paro obrero, el llamado “ejército industrial de reserva”, que según Marx permitía la disminución de los salarios. Frente a esta situación, el neocapitalismo no sólo absorbió prácticamente el paro, sino que tuvo que acudir a mano de obra extranjera para las tareas más penosas. El único paro existente era prácticamente el llamado paro funcional, resultante de la inadecuación inmediata entre los empleos ofrecidos y los demandados. Un tercer rasgo diferenciador de la

<sup>146</sup> De “Estado regulador”, “Estado benefactor” y “Estado-patrón” califica al Estado social, López Guerra, Luis, “Las dimensiones del Estado social de derecho”, *Sistema*, 38-39, octubre, 1980, pp. 171-193.

<sup>147</sup> García-Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 35, pp. 33-47.

economía neocapitalista es el crecimiento constante de la producción que, frente a lo que pudiera parecer, no necesariamente supone un aumento automático del bienestar, pues a partir de un cierto nivel tener más no significa forzosamente estar mejor.

Como principal factor de crecimiento del capitalismo tardío, junto al capital y al trabajo, que son los elementos clásicos, se sitúa la aplicación de las constantes novedades tecnológicas al proceso productivo. Los economistas neocapitalistas consideran que la tradicional libertad de mercado ha de limitarse para eliminar sus efectos disfuncionales, dando lugar a lo que los alemanes llaman “economía social de mercado”. Entre los principales actores del sistema se encuentra el Estado, con una función redistribuidora del producto, de planificación en políticas coyunturales, destinadas a la prevención y/o neutralización de las crisis y el apoyo logístico, que abarca un conjunto de inversiones no rentables orientadas a la creación de las infraestructuras necesarias para el aumento de la productividad nacional. La neta distinción entre lo público y lo privado cede ante la formación de lo que se denomina “complejo público-privado”. Como segundo agente de producción se encuentran las empresas y organizaciones de intereses. A su vez, las empresas se han clasificado en dos niveles, que han recibido distintos nombres: sector monopolístico y sector competitivo; sistema central y sistema periférico; nivel mesoeconómico frente al macroeconómico (Estado) y microeconómico (empresas medias y pequeñas), y empresas del *planning system* frente a empresas del *market system*.<sup>148</sup>

## 2. Antecedentes legislativos

Por antecedentes legislativos se entiende todo el proceso de formación de la norma (leyes de bases, proyectos, discusiones parlamentarias, enmiendas, exposiciones de motivos, preámbulos...) y, junto al derecho histórico patrio que la inspiró (Constituciones anteriores), también los precedentes de derecho comparado.<sup>149</sup>

<sup>148</sup> *Ibidem*, pp. 66-76.

<sup>149</sup> Garrido Falla, Fernando, *op. cit.*, nota 13, pp. 23 y 24.

### A. *En el derecho nacional*

En el derecho nacional la fórmula del artículo 1.1 de la Constitución de 1978 presenta una relativa novedad.<sup>150</sup> La Constitución de Cádiz de 1812 hablaba de “la Nación española” (artículo 1o.) y de “las Españas”. Además contemplaba por separado (artículos 15, 16 y 17) las potestades de hacer leyes, de hacer ejecutarlas y de aplicarlas, consagrando así el principio de división de poderes, base del Estado de derecho y de la limitación del poder real (artículo 172). El Estatuto Real de 1834 nada dice al respecto. Las Constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1876 contemplan, todas ellas, dicho principio junto a la enumeración de derechos y libertades. Hay que esperar a la Constitución de 1931 para ver un antecedente directo, aunque aún no con la fórmula Estado social y democrático de derecho. Se habla allí, en su artículo 1o., de España como de una “República de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de libertad y justicia”. También en algunas leyes fundamentales (Fuero de los Españoles, Ley de Principios del Movimiento Nacional, Ley Orgánica del Estado y especialmente la Ley de Sucesión) se definió a España como Estado social.

En la Constitución de 1978, el texto del artículo 1.1 inicialmente propuesto por el grupo socialista decía: “España se constituye como Estado democrático de derecho que propugna como valor superior de su ordenamiento jurídico la justicia en la libertad y la igualdad”. Nótese, como ya apuntábamos, el empleo de la expresión “se constituye” y la omisión del calificativo “social” para el tipo de Estado. Fue Fraga Iribarne quien propuso añadir el vocablo “social”. La UCD y la minoría catalana aceptaron tal calificativo, por influencia quizás de los artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn, que así lo hacían, y dado el carácter estable y nada extremista de la democracia alemana.

También cabe destacar en la elaboración del precepto la enmienda defendida por la Unión de Centro Democrático, que proponía incluir en el número 1 del artículo 1o. también la forma política de Estado, es decir, la

<sup>150</sup> Sobre las influencias patrias en la Constitución, Lalinde Abadía, J., “Ubicación histórica de la Constitución de 1978”, en Ramírez, M. (ed.), *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Zaragoza, Pórtico, 1979. Martínez Cuadrado, M., *La Constitución de 1978 en la historia del constitucionalismo español*, Madrid, Mezquita, 1982. Tomás y Valiente, Francisco, “Notas para una nueva historia del constitucionalismo español”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 17-18, abril, 1977, pp. 71-88. García Cotarelo, Ramón, “Notas sobre el Anteproyecto de Constitución”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 1, enero-febrero, 1978, pp. 133-141.

“monarquía constitucional y parlamentaria”. Esta enmienda no prosperó y actualmente dicha declaración se incardina en el número 3 del artículo 1o. Lo que sí está claro es que nunca hay que confundir la forma de Estado propiamente dicha con la forma política o de gobierno de ese Estado.

### B. *En el derecho comparado*

En el derecho comparado se pueden citar los siguientes precedentes del artículo 1.1 de nuestra Constitución: el artículo 1.1 de la Constitución italiana de 1947 (“Italia es una República democrática fundada sobre el trabajo”);<sup>151</sup> el artículo 2.1 de la Constitución francesa de 1958, inspirado en el artículo 1o. de la de 1946 (“Francia es una República indivisible, laica, democrática y social”); el artículo 20.1 de la Constitución de la República Federal alemana de 1949 (“La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social”) y el artículo 28.1 del mismo cuerpo legal.<sup>152</sup> La doctrina alemana vacila al explicar el significado de dichos términos, faltando en ella una concepción jurídica teórica de los mismos. Destaca la parquedad de palabras frente a la prolijidad de nuestra Constitución, y la inversión del orden de los vocablos social y democrático respecto a nuestro texto constitucional. En éste se realiza una intersección entre los modelos de Bonn —que recoge una cláusula de estatalidad social, sin elenco de derechos sociales— y el precedente de Weimar —con un catálogo de derechos sociales sin cláusula declarativa del Estado social—. Asimismo cabe mencionar las Constituciones de diversos Länder. Así, la de Württemberg-Baden, de noviembre de 1946, que habla en su artículo 43.1 de “*ein demokratischer und sozialer Volksstaat*”, y la de Baviera, un mes posterior, cuando afirma en su artículo 3o. que “*Bayern ist ein Rechts-Kultur-und Sozialstaat*”.<sup>153</sup>

<sup>151</sup> También el artículo 3.2, que establecía como “misión de la República reconocer los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad del ciudadano, impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política del país”.

<sup>152</sup> Artículo 20.1, “Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat”. Artículo 28.1, “Die verfassungsmässige Ordnung in den Ländern muss den Grundsätzen der republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen”.

<sup>153</sup> Konrad Löw, *Rechtsstaat Demokratie Sozialstaat*, München, 1980, pp. 144 y ss. J. Cazorla et al., *Derechos, instituciones y poderes en la Constitución de 1978*, Granada, 1983, pp. 66 y 67. Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 19, pp. 81 y ss.

## V. CRITERIO LÓGICO

El elemento o criterio lógico se puede entender en dos sentidos: el lógico-finalista y el lógico-abstracto. Según el primero la interpretación se apoya en el fin o motivo de la norma (la *ratio legis*, por contraposición a la *ocasio legis*). Conforme al segundo la misma se basa en razonamientos y reglas de la lógica tales como el argumento *ad absurdum* (no es lícita una interpretación que conduzca al absurdo), el *a contrario* (*inclusio unius, exclusio alterius*), el analógico (cuando hay semejanza de casos e identidad de razón) o el “*a fortiori*” (si la *ratio* es mayor).

La interpretación lógica de la Constitución deriva en parte de los principios de unidad, coherencia y plenitud de la misma. Según el principio de unidad la Constitución es, aun en su pluralidad de enunciados, una sola norma. Como tal debe ser coherente, constituir un sistema armónico, lo cual excluye las antinomias o al menos prevé para resolverlas criterios lógicos (de jerarquía, cronológico, de especialidad y de competencia) y, en última instancia, la discrecionalidad judicial. Además, la Constitución es plena, es decir que no existen lagunas o vacíos jurídicos, al menos no en su conjunto y tras recurrir a vías de integración como las teorías de la norma general exclusiva, el espacio jurídico vacío o la prohibición del *non liquet*. Las lagunas no se producirían sólo por ausencia de norma (lagunas en sentido propio), sino también por exceso de normas, cuando hay dos preceptos que, sin preferencia alguna entre sí, se hacen recíprocamente ineficaces (lagunas de conflicto o colisión). El principio de plenitud del derecho excluye también estas últimas.

La interpretación lógica aplicada al caso que nos interesa supone un análisis total, sistémico, inclusivo, armónico, integral e integrado, de la fórmula “Estado social y democrático de derecho”, frente a una consideración sucesiva y separada de estas tres calificaciones.<sup>154</sup> La originalidad y

<sup>154</sup> No faltan, no obstante, autores que consideran que no es adecuado dar al principio “Estado social y democrático de derecho” una equivalencia en toda la expresión. Así, Alzaga, Óscar, *La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático)*, Madrid, Ediciones del Foro, 1978, p. 77: “El concepto eje es el Estado de derecho. Los adjetivos social y democrático cumplen una importante función correctora, pero no dejan de ser correcciones a aquella idea medular”. En la misma línea, García Cotarelo, Ramón, “Los principios fundamentales de la Constitución de 1978”, en Blas, A. de (comp.), *Introducción al sistema político español*, Barcelona, Teide, 1983, p. 72: “La Constitución concede primacía a las determinaciones que se derivan del Estado de derecho sobre las deriva-

significado de la expresión no radica en los términos que contiene tomados aisladamente ya que, de uno u otro modo y con mayor o menor precisión, todos son originarios del siglo XIX, ni tampoco en su simple agregación o yuxtaposición, que no añadiría sentido nuevo a cada uno de ellos. La originalidad descansa en que hay una dialéctica e implicación recíproca entre los mismos. De ahí que la resultante de dicha fórmula no sea exactamente igual a la suma de significado de sus sumandos. No se consigue el Estado social y democrático de derecho con un tercio de Estado social, un tercio de Estado democrático y un tercio de Estado de derecho.

### 1. *Estado social versus Estado democrático*

Si nos referimos, en primer lugar, a la interacción entre las calificaciones “social” y “democrático”,<sup>155</sup> hay que señalar que ambas no serían sino dos manifestaciones del concepto de democracia, ya en su vertiente política, la segunda, ya como democracia empresarial, la primera. Esta se encuentra en relación con los artículos 129.1, 129.2 y 131 del texto constitucional y puede ir desde los comités de control de las condiciones laborales, pasando por la cogestión, hasta la propiedad obrera de los medios de producción. Ya desde el siglo pasado se contrapuso a la democracia política o formal la democracia social o material. Ambos son términos complementarios: sin democracia política no hay garantías para una democracia social y viceversa. El *minimum* es que el Estado democrático sea social. La cuestión que se plantea es si la democracia liberal y burguesa con la que se suele identificar hoy a la democracia política es el único diseño posible para la democracia.

Si invertimos la perspectiva, obtenemos la exigencia de que el Estado social sea democrático, lo cual impide confundir el primero de estos términos con un régimen autoritario.<sup>156</sup> No es imposible un Estado social autori-

das del Estado social y democrático de derecho... Hay un déficit en contra de la vertiente democrático-social (o social democrática)”.

<sup>155</sup> Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 43, p. 361: “Ocurre, sin embargo, que hasta ahora no se ha dado un auténtico Estado democrático de derecho, de suerte que la afirmación del artículo 1.1 podría interpretarse en el sentido de que España ‘es’ un Estado social de Derecho y ‘puede ser’ (para las corrientes de opinión progresistas ‘debe ser’) un Estado democrático de derecho”.

<sup>156</sup> Muñiz, J. N., *op. cit.*, nota 8, pp. 168 y 169, señala que la doctrina española entiende de modo mayoritario “que el elemento social no añade nada nuevo frente al factor democrático, el Estado social de derecho no sería, en esta interpretación, otra cosa que una

tario, pero entonces estaríamos ante un régimen paternal que, como dice Kant, es el más despótico de todos, pues trata a los ciudadanos como a niños. La dignidad humana exige, pues, la complementación del principio social por el democrático, lo que permitirá que las demandas sociales sean planteadas al Estado por los propios ciudadanos y satisfechas como un derecho y no como un acto de benevolencia.

## 2. *Estado de derecho versus Estado democrático*

Del mismo modo, si interpretamos conjuntamente los calificativos “democrático” y “de derecho”<sup>157</sup> alejamos las tentaciones totalitarias de la democracia. En efecto, la misma, en cuanto reflejo de la voluntad general y de la soberanía popular, puede eventualmente llegar a contradecir presupuestos del Estado de derecho.<sup>158</sup> Ya desde el primer tercio del siglo XIX se había llamado la atención, muy especialmente por Constant y Tocqueville, sobre las antinomias existentes entre el liberalismo y la democracia, entre la libertad y el exceso del principio igualitario.

## 3. *Estado de derecho versus Estado social*

El mismo sometimiento pleno al derecho supone la interpretación integral del término “social” junto a la expresión “de Derecho”,<sup>159</sup> si bien sin dege-

fase histórica intermedia, a superar, entre el Estado liberal de derecho y el Estado democrático de derecho, auténtica culminación del proceso. Lo social, en el mejor de los casos, es interpretado en términos de bienestar, con las consiguientes connotaciones negativas que ello comporta. Esta valoración negativa del Estado social de Derecho se torna más patente a la vista del énfasis con que esta doctrina (de orientación preferentemente socialista) alude a la componente conservadora, incluso corporativa, del Estado social”.

<sup>157</sup> Para Muñiz, J. N., “...en algún sentido la fórmula comprende dos miembros, y no tres, pues no parece claro que la determinación democrática añada nada esencialmente nuevo al Estado de derecho”, *ibidem*, p. 168.

<sup>158</sup> J. N. Muñiz, no mantiene esta opinión, pues, para quién para que la determinación democrática adicionase algo nuevo al Estado de derecho “habría que pensar en un Estado de derecho absolutamente formalista, que posibilitara la existencia de un Estado de derecho nacional-socialista, por ejemplo; pero ello sería desconocer que el Estado de derecho ha ido siempre vinculado a unos valores, los que se quieren expresar precisamente con el término democrático, los valores iniciales de la burguesía en su lucha contra el absolutismo”, *idem*.

<sup>159</sup> Pio Marconi, “Stato di diritto e Stato «sociale» nella dottrina sociologica”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1964, pp. 218-225.

nerar y llegar a convertirse en un simple Estado legal sin contenidos sociales que respetar. Además, supone adicionar a los clásicos derechos fundamentales y libertades públicas de un Estado de derecho determinados derechos socio-económicos. Mientras los primeros son derechos públicos subjetivos, concebidos como zonas de inmunidad ejercitables frente al Estado, en el Estado social éste no es el único poder frente al que el individuo está inerme. Por ello los iuspublicistas alemanes acuñaron la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrecht* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, recibida por nuestra jurisprudencia constitucional en sentencias como la del 22 de junio de 1983.<sup>160</sup>

No faltan quienes niegan la posibilidad de hermanar los conceptos de Estado social y Estado de derecho, al menos en el ámbito del derecho constitucional. Dice García-Pelayo que

...lo único constitucionalmente cierto, primario y equipado con todas las garantías es el Estado de Derecho, el cual deriva inmediatamente de los preceptos de la Constitución, mientras que el Estado social es una línea de acción política susceptible de orientarse por distintos modelos y cuya realización capitalmente corresponde al derecho administrativo, al derecho económico y al derecho laboral; los derechos sociales no pasan de ser proposiciones programáticas que pueden vincular a los poderes públicos, pero de las que no se desprende una aplicación inmediata.<sup>161</sup>

En la doctrina germana se encuentra una línea de interpretación representada por Carl Schmitt y Ernst Forsthoff, que consideran que “en su evolución histórica el elemento definitorio del Estado de derecho aparece ligado a la Constitución, mientras que la función social del Estado es algo que se vincula a las tareas propias de la administración...”<sup>162</sup> El terreno de la realización de los programas socioeconómicos es el de la legislación y la adminis-

<sup>160</sup> Garrarena Morales, Ángel, *op. cit.*, nota 7, pp. 203-216.

<sup>161</sup> García-Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 35, p. 52.

<sup>162</sup> Forsthoff, Ernst, “Concepto y esencia del Estado social de derecho”, W. Abendroth *et al.*, *op. cit.*, pp. 78 y 79: “Casi todas las instituciones de nuestro derecho público, que han transformado al Estado en un Estado social, son obra de la legislación y de la administración. Se han creado y existen desde años o decenios sin que las constituciones hayan tomado nota de ello. No es, pues, por el ámbito constitucional, sino por el de la administración por donde el Estado social ha penetrado en la teoría del derecho público... El derecho constitucional y el derecho administrativo, considerados desde la perspectiva del Estado social, presentan un aspecto completamente diferente. Mientras que la Constitución tradicional, democrática, con la separación de poderes, se muestra distante respecto de los es-

tración, pero no el de las normas constitucionales. Por ello, la inclusión de lo social en la definición del Estado de derecho supone una distorsión inadmisibles desde el punto de vista jurídico”. El principio social es para estos autores una norma programática, de por sí inexigible, y que, como programa de actuación, a quienes vincula es a los órganos del Estado. Una línea de interpretación diferente es la seguida por Richard Bäumlín, Werner Kägi, Konrad Hesse o Wolfgang Abendroth,<sup>163</sup> para quienes existe continuidad entre los principios social y democrático y el Estado de derecho, sin que el Estado social haya dejado de ser Estado de derecho o que sus postulados se hayan traducido en fórmulas programáticas carentes de incidencia en la naturaleza jurídica y contenido institucional del Estado de derecho.<sup>164</sup>

fuerzas en la formación de un Estado social, el derecho administrativo ha pasado por un profundo proceso de mutación en toda su sistemática cuyo resultado hoy es el Estado social en una forma que todavía no es definitiva, pero que está ya muy avanzada”.

<sup>163</sup> Meil Landwerlin, Gerardo, “El Estado social de derecho, Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas”, *Revista de Estudios Políticos*, 42, noviembre-diciembre, 1984, pp. 211-225, contrapone en los siguientes puntos las concepciones de Abendroth y Forsthoff. En primer lugar, ideológicamente, en cuanto el primero es un teórico de izquierdas y Forsthoff de derechas. Consecuentemente, Forsthoff defiende el carácter neutral del Estado liberal, negado por Abendroth, en la línea del pensamiento marxista. En segundo término, para Forsthoff la construcción del Estado democrático está destinada a garantizar la libertad individual frente a la actividad del Estado. Abendroth, por el contrario, pone el acento en el valor de la igualdad no sólo referido a individuos, sino también a las relaciones entre los distintos grupos. Por último, mientras Forsthoff entiende la noción de racionalidad del Estado democrático en términos formales, como Estado de derecho, Abendroth la interpreta en sentido material, como orden social racional. Véase también Wolfgang, Abendroth, “Sobre el concepto de Estado de derecho democrático y social en la Constitución de la República Federal de Alemania”, *Sociedad antagónica y democracia política*, trad. de Manuel Sacristán, Barcelona-México, Ediciones Grijalbo, 1973, pp. 268 y ss.

<sup>164</sup> Pérez Luño, Antonio-Enrique, *op. cit.*, nota 24, pp. 63 y ss. Frente a las opiniones vistas, que conjugan los términos democrático y social, Pérez Luño considera incongruente la fórmula del artículo 1.1 de nuestra Constitución al establecer una continuidad entre modelos de Estado de derecho diferentes. Señala este autor que “el pretender anuar en la definición del Estado de derecho el modelo social y el democrático es tan contradictorio como el haberlo proclamado liberal y social al mismo tiempo... la relación entre el Estado social de derecho y el Estado democrático de derecho, cuando ambas nociones se utilizan en su acepción técnica, no puede ser copulativa, sino disyuntiva. De ahí que si la formulación de nuestra Ley Superior no se queda en un mero postulado retórico, nuestro Estado de derecho será social o democrático de acuerdo con la ideología de las fuerzas políticas mayoritarias, pero nunca ambas cosas al mismo tiempo... quizá la formulación correcta habría sido la de concebir al Estado español como Estado social de derecho en transición hacia el Estado democrático de derecho”. Pérez Luño, Antonio-Enrique,

Por su parte, señala Karl Doehring que el Estado de derecho y el Estado social se encuentran en una relación de contradicción desde el punto de vista de los derechos fundamentales. El Estado de derecho tiene como tarea la protección de la seguridad jurídica y, junto a ella, de los derechos materiales adquiridos en su sustancia, mientras que el Estado social de derecho tiene a su cargo la repartición de bienes para conseguir la igualdad. Ambos extremos o se anulan mutuamente o hay que dar preferencia a uno sobre el otro. Así, por ejemplo, en materia de expropiación hay que armonizar el respeto de los derechos adquiridos con el propósito de una más justa distribución de la riqueza. Dar preferencia al Estado de derecho puede llevar a la congelación de los cambios sociales, mientras que otorgar prioridad al Estado social hace que se de más juego a la reforma social, como vehículo que puede llevar incluso al socialismo. Un derecho fundamental, especialmente cuando encierra un derecho material, si se hace parte del Estado de derecho, implica la sustracción de toda modificación de su contenido en virtud del cambio social. Por el contrario, si se integra en la noción de Estado social su sustancia se hace manipulable. En un caso los derechos constituyen una barrera, un ámbito sustraído a la intervención estatal. En el otro los mismos extienden su posible eficacia como instrumentos frente a terceros. Hay una doble posibilidad. O bien reconocemos la primacía del Estado de derecho, que garantiza con carácter general la justicia formal y procesal, o se llega, dando prioridad al Estado social, a una justicia material del caso concreto, apoyada en el llamado contraste de intereses e imprevisible.<sup>165</sup>

“Estado de derecho y derechos fundamentales”, Cascajo, J. L., Castro Benito de y Gómez Torres, C., *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, pp. 161 y 162, reproducido en Pérez Luño, Antonio-Enrique, *op. cit.*, nota 24, pp. 70 y 71; Elías Díaz discrepa del planteamiento de Pérez Luño, acusándole de incurrir en la antinomia de propugnar, por un lado, la transición hacia el Estado democrático de derecho y censurar, por otro, que el artículo 1.1 establezca una “continuidad” entre el Estado social y el democrático, preguntándose si puede hablarse de transición si no hay algún tipo de continuidad. Pérez Luño contesta a la objeción que él cuando alude a la continuidad lo hace en su acepción lógica, como “unión natural que tienen entre sí las partes del continuo” (1a. acepción del término según el *Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española*) y no en su sentido cronológico, como “continuación” o sucesión en el tiempo de una cosa por otra (3a. acepción del término en dicho Diccionario).

<sup>165</sup> Doehring, Karl, *op. cit.*, nota 41, pp. 122-127.