

Sobre el concepto de Estado de Derecho^(*)

Rafael de Asís Roig^(**)

Este trabajo pretende dar cuenta de las diferentes construcciones que sobre el Estado de Derecho se han elaborado, teniendo en cuenta básicamente los derechos que incorporan y el planteamiento de la relación legislador-juez, para, a partir de ahí, pronunciarse sobre su validez atendiendo al ámbito de conocimiento en el que se desenvuelven.

En este sentido el trabajo se divide en tres partes. La primera, plantea diferentes perspectivas desde las que abordar el concepto de Estado de Derecho concluyendo con la exposición de una serie de modelos; la segunda se centra en el desarrollo del significado de estos modelos aludiendo ya en concreto a autores que parecen manejarlos; la tercera, diferencia ámbitos de conocimiento en los que se utiliza la expresión, centrándose en su uso dentro de la Filosofía del Derecho y, en concreto, de la teoría del Derecho y de la teoría de la justicia.

1. Perspectivas de análisis

El análisis del concepto Estado de Derecho, puede hacerse, entre otras, desde dos perspectivas que denominaré como analítica y sintética⁽¹⁾. La primera, analítica, plantea el significado de los términos que componen la expresión y a partir de este, da sentido a su unión; la segunda, por el contrario, trataría la expresión de una forma conjunta.

Desde la perspectiva analítica, la expresión Estado de Derecho, va a estar condicionada por la posición que se mantenga sobre el concepto de Derecho. Pues bien, en este punto, es posible diferenciar entre construcciones sistemáticas y no sistemáticas; entre construcciones funcionales y finalistas; y entre construcciones empíricas y normativas.

Las construcciones sistemáticas conciben el Derecho como un sistema de normas, caracterizado por los rasgos de la unidad y coherencia, y por otros

relacionados con la idea de moral interna y que en otros lugares he denominado como rasgos de lo jurídico, tales como la publicidad de las normas, su generalidad o su irretroactividad, a los que se añade la exigencia de separación de poderes. Las construcciones no sistemáticas, niegan la idea del Derecho como ordenamiento y, por tanto, los diferentes rasgos que acabo de aludir.

Por su parte, las construcciones funcionales son aquellas que destacan, a la hora de concebir el Derecho, su dimensión funcional. Conciben así el Derecho como una herramienta de control social. Por su parte, los finalistas añaden a lo anterior, como elemento esencial del concepto de Derecho, el logro de determinados fines. El Derecho es así, una herramienta de control social destinada dirigida a la consecución de unos fines concretos. Dentro de estas últimas es posible a su vez diferenciar entre posiciones que se pronuncian sobre cuestiones de legitimidad (en forma de derechos políticos), sobre cuestiones de justicia (en forma de derechos individuales y de derechos sociales), o sobre ambas. Este tipo de construcciones, las finalistas, mantienen una conexión cierta entre Derecho y moral (esto es, la idea de que a la hora de definir el Derecho es necesario tener en cuenta determinados contenidos de moralidad que coinciden, precisamente, con los fines).

Por último, lo que denomino como construcciones empíricas son aquellas que justifican su concepto de Derecho apelando a la realidad, es decir, se maneja una noción de Derecho que vale en la medida que se corresponde con la realidad. Por su parte, las construcciones normativas proponen un concepto de Derecho.

Del manejo de las distinciones anteriores, pueden extraerse diferentes versiones del concepto Estado de Derecho:

(*) Agradecemos al autor por la autorización prestada para la publicación de este artículo inédito. Asimismo, es preciso, señalar que una versión más extensa de este artículo puede encontrarse en el libro del autor titulado *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Madrid: Dykinson, 1999.

(**) Profesor del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y de la Universidad Carlos III de Madrid.

(1) Véase en sentido parecido PÉREZ-LUÑO, A.E. *Derechos humanos, Estado de Derecho, Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995. pp. 212 y siguientes.

a) Estado de Derecho hace referencia al Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, y que lo limitan al ser emitidas.

b) Estado de Derecho hace referencia al Estado que actúa, mediante la separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, y que lo limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente.

c) Estado de Derecho hace referencia al Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, fruto de la participación de los ciudadanos, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente.

d) Estado de Derecho hace referencia al Estado que actúa mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, “consideradas justas” en su conjunto, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente. Esta concepción varía dependiendo de los derechos que se identifiquen con la idea de justicia. Así existirían tres variantes: (i) donde “consideradas justas”, se sustituye por “que protegen derechos individuales”; (ii) donde “consideradas justas”, se sustituye por “que protegen derechos sociales”; y, (iii) donde “consideradas justas” se sustituye por “que protegen derechos individuales y sociales”.

e) Estado de Derecho hace referencia al Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, fruto de la “participación de los ciudadanos” y “consideradas justas”, en su conjunto, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente. Igual que en el caso anterior, existirían tres variantes: (i) donde “consideradas justas”, se sustituye por “que protegen derechos individuales”; (ii) donde “consideradas justas”, se sustituye por “que protegen derechos sociales”; y, (iii) donde “consideradas justas” se sustituye por “que protegen derechos individuales y sociales”.

La perspectiva sintética, como ya he señalado, trata la expresión de forma conjunta, e implica normalmente un apoyo en su origen y evolución histórica. Puede ser estática o dinámica.

La perspectiva estática analiza la expresión Estado de Derecho, acudiendo al significado que

tiene en su primera formulación histórica. Ahora bien, la cuestión sobre la aparición histórica no es pacífica, hecho que se complica al existir al menos dos tipos de tradiciones en su utilización que coinciden con dos grandes modelos de cultura jurídica: la continental y la anglosajona⁽²⁾.

Desde la perspectiva “continental”, suele citarse a Kant como precedente de la expresión. Dejando a un lado el precedente kantiano, la expresión Estado de Derecho tiene su origen en Alemania, a comienzos del siglo XIX⁽³⁾. Manteniendo los criterios señalados en la perspectiva analítica, se trata de una concepción sistemática y finalista, garantizadora de la libertad, la seguridad y la propiedad, y que se pronuncia también a favor de la legitimidad democrática. Así se trataría de la versión “e (i)” si bien también de la “d (i)” dando un alcance menor a la participación.

El uso anglosajón, conectado a la expresión *Rule of Law*⁽⁴⁾, no es tan diferente al anterior, si bien puede variar en la idea de sistema y en la especial atención a la llamada justicia natural (fruto de su proyección judicial). En todo caso, comparte el mismo marco moral.

La perspectiva dinámica, supone admitir la posibilidad de examinar otras formas de concebir esta relación que han ido apareciendo en la historia y que en ocasiones han dado lugar a otras concepciones del Estado de Derecho. Básicamente esta evolución se ha caracterizado por la incorporación de nuevas exigencias al Derecho y en definitiva, siguiendo los referentes de nuestro análisis, mediante la inclusión tanto de los derechos sociales como de una participación más generalizada.

En todo caso, la perspectiva sintética sirve para establecer dos condicionantes o filtros a la exposición sobre modelos de Estado de Derecho. Por un lado, el de su presentación como versiones que aparecen en la doctrina o en el Derecho; por otro, el de su proposición como modelos normativos. Pues bien, la unión de ambos filtros, nos conduce necesariamente al abandono de las versiones “d (i)” (derechos individuales.), “d (ii)” (derechos sociales) y “e (ii)” (derechos sociales y participación).

2. Los modelos de Estado de Derecho

2.1. Los diferentes modelos

Expondré a continuación los rasgos más significativos de los modelos que nos quedan y algunos de sus representantes.

(2) Véase al respecto BARATTA, A. *El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual*, Op. cit.; pp. 16 y siguientes.

(3) Sobre el origen de esta expresión en Alemania, véase, GARRORENA MORALES, A. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Tecnos, 1984. pp. 162 y siguientes.

(4) Esta construcción tiene su origen en la obra de DICEY, A.V. *Introduction to the Study of the Law of The Constitution*. 1885.

2.1.1. Los modelos restringido y estricto de Estado de Derecho

Se trata de la versión “b”. Ahora bien, es posible mantener dos tipos de concepciones distintas de este modelo. Diferencio así entre modelo restringido funcional y modelo restringido finalista (que también puede ser denominado como modelo estricto).

El modelo restringido funcional está representado por los planteamientos de H. Kelsen⁽⁵⁾ y de G. Peces-Barba (si bien en realidad este último, maneja una versión normativa que puede ser incluida en lo que denomino como modelo exigente)⁽⁶⁾.

Para este modelo el término Estado de Derecho hace alusión a una determinada manera de entender la relación entre el poder político y el Derecho, afirmando que se trata de realidades inescindibles. Ello, evidentemente, implica mantener una posición no neutral sobre el concepto de lo jurídico. El Derecho se constituye así en un sistema de normas apoyadas en la fuerza del poder; se trata de una técnica normativa de control social, que se diferencia de otras por estar apoyada en un Estado que ejerce su poder a través de estas normas y conforme a unas determinadas exigencias. El acomodamiento del poder a dichas exigencias define el marco de lo jurídico. Ahora bien, la justificación de dichas exigencias posee un sentido funcional.

Así este modelo asume como rasgos definitorios de la expresión, además de los que derivan de la conexión entre Derecho y poder (que supone que el primero se hace eficaz por el segundo pero que este está limitado por las normas), la exigencia de que en el último exista una separación funcional de poderes y de que el primero se manifieste de forma pública a través de normas principalmente generales que constituyen un sistema unitario y coherente.

Por otro lado, la concepción del Derecho que maneja el modelo implica defender una conexión aleatoria entre moral y Estado de Derecho. La conexión aleatoria supone asumir la conexión entre el Derecho y la moral. Ahora bien, se trata de una conexión que no implica que existan determinados contenidos de moralidad que necesariamente estén presentes en toda concepción del Estado de Derecho. Las opciones de moralidad pueden variar en cada Estado de Derecho.

El modelo restringido finalista, que como he señalado puede ser denominado también como modelo estricto, comparte los requisitos que componen la versión “b” si bien desde una perspectiva que los justifica como defensa del individuo y no como requisitos para la eficacia. Así, una descripción más clara de esta forma de entender el Estado de Derecho llevaría a identificarle como “Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, que protegen la autonomía individual, y que lo limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente”.

Como exponentes de esta forma de entender el Estado de Derecho pueden citarse a J. Raz⁽⁷⁾, F. Laporta⁽⁸⁾ y F. A. Hayek⁽⁹⁾. Se trata de concepciones que difieren en algún punto. Con carácter general, podemos considerar que la de Raz es una construcción con menos contenidos de moralidad que la de Laporta, y que frente a estas la de Hayek se caracteriza por mantener un tono crítico con los derechos y también con los requisitos de justicia natural.

En cualquier caso, estas construcciones se caracterizan por situar la fórmula dentro de un concepto finalista del Derecho, caracterizado por su configuración como una técnica de control social puesta al servicio de una determinada forma de entender a los individuos. En este sentido, establecen una conexión cierta entre Estado de Derecho y moral, que se traduce en el respeto de la autonomía individual.

Los defensores de esta concepción del Estado de Derecho trasladan la relevancia del marco moral que presuponen a los distintos rasgos que delimitan la versión “b”. Así, por ejemplo, manejan una justificación finalista de la moral interna, de los rasgos de lo jurídico, que hace que sus componentes posean un significado moral.

2.1.2. Los modelos democrático y liberal de Estado de Derecho

Estos modelos vienen representado por las versiones “c” (democrático) y “e (i)” (liberal). El modelo democrático, versión “c”, está representado por la

(5) Véase, KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Traducción de LEGAZ y LACAMBRA. México: Nacional, 1979; *Teoría pura del Derecho*. Traducción de VERNENGO, R.J. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

(6) Véase, PECES-BARBA, G. *Ética, Poder y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995; *Desacuerdos y acuerdos con una obra importante*. Epílogo al libro de ZAGREBELSKY, G. *El Derecho dúctil*. Traducción de GASCÓN, M. Madrid: Trotta, 1995. PECES-BARBA, G. y otros. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: BOE-Universidad Carlos III, 1995. Sobre la idea de Estado de Derecho véase, BUSTAMANTE, R. *Un modelo de interrelación entre Moral, Poder y Derecho. El modelo prescriptivo de G. Peces-Barba*. En: *Revista Universitat*. Número 2. 2005.

(7) Véase, RAZ, J. *La autoridad del Derecho*. Traducción de TAMAYO, R. y SALMORÁN. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

(8) Véase, LAPORTA, F.J. *Imperio de la Ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz*. En: *Doxa*. Volumen I. Número 15-16. 1994.

(9) Véase, HAYEK, F.A. *Camino de servidumbre*. Traducción de VERGARA, J. Madrid: Alianza, 1978.

concepción que sobre el Estado de Derecho mantiene Habermas en su libro *Facticidad y validez*⁽¹⁰⁾, y que se construye desde dos grandes ideas: la teoría del discurso y el sistema de los derechos.

Esta versión se caracteriza por la exaltación de la importancia que tiene el problema de la legitimidad, que se traduce en los términos que presiden la formulación de las versiones, en el reconocimiento de los derechos de participación. En todo caso, asume los rasgos de lo jurídico que, al integrarse también en el marco moral presidido por la autonomía individual, son justificados a partir de él, adquiriendo un sentido finalista.

La idea de legitimidad del modelo, reconoce el marco moral mínimo mediante la importancia que se concede a la autonomía individual. Ahora bien, esta concepción de la autonomía se mueve en términos abstractos y, en lo que a categorías de derechos se refiere, solo aparece concretada en los derechos de participación. A partir de aquí, el modelo concede a la idea de la democracia prevalencia sobre los derechos. Otro de los aspectos interesantes del modelo lo constituye la relación entre derechos individuales y sociales. Por otro lado, esta construcción se pronuncia sobre uno de los problemas que han venido surgiendo y aparecerán en el tratamiento del resto: la relación entre legislador y juez.

El modelo liberal, versión “e (i)”, está representado por la posición de Eusebio Fernández, concretamente, en su trabajo *Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho*⁽¹¹⁾.

El modelo asume el marco moral e integra como contenidos, además de la autonomía individual, los derechos individuales y los derechos de participación. Mantiene así una concepción finalista y, por tanto una conexión cierta entre Estado de Derecho y moral. Con ello, la perspectiva sistemática y los rasgos de lo jurídico no se entienden en clave funcional o como requisitos para la eficacia de la técnica tenga esta los fines que tenga, sino en clave finalista, como requisitos para la eficacia de una técnica orientada al logro de determinados fines (precisamente el respeto a la autonomía individual, la participación y los derechos individuales).

Este modelo se pronuncia sobre el problema de la legitimidad, a través de los derechos de participación, lo que puede obligar a determinar de forma explícita la jerarquía existente entre los contenidos de justicia y los de legitimidad. Se trata de un problema que es resuelto por el representante de este modelo haciendo prevalecer las dimensiones

de justicia, esto es, situando los derechos individuales por encima de la democracia. Y si esto es así, en realidad, el modelo liberal manejaría la versión “d (i)” que fue abandonada al principio.

2.1.3. El modelo exigente de Estado de Derecho

Existen dos posiciones de otros tantos autores que pueden ser incluidas en este modelo. Se trata de las concepciones de Karl Larenz⁽¹²⁾ y Elías Díaz⁽¹³⁾. También puede incluirse en este modelo una de las versiones de G. Peces-Barba, que podemos entender como normativa. La construcción de estos autores difiere en aspectos esenciales. Con carácter preliminar, Karl Larenz la elabora desde el Derecho vigente, mientras que E. Díaz y G. Peces-Barba proponen un modelo claramente normativo. En este sentido, el primero se mueve en el ámbito de la dogmática.

El modelo exigente se caracteriza por el aumento de los contenidos de justicia que aparecen en la fórmula. Expresa una concepción finalista del Estado de Derecho caracterizada por establecer una conexión cierta con la moral. Y ello se traduce como en los modelos anteriores en los rasgos de lo jurídico. La conexión cierta está representada por la asunción del marco de la moralidad, en el que se incluyen los derechos individuales y sociales, y los derechos de participación.

Están aquí en juego dos temas relevantes que posiblemente enfrenten a los representantes del modelo. Por un lado la forma de relacionar al juez y al legislador; por otro, la defensa de unos contenidos éticos por encima del mismo Derecho o que orientan la interpretación constitucional. Se trata de problemas que son comunes a los modelos.

Pero además, y esto afectaría a los dos ejemplos tomados, este modelo puede plantear también el problema de la jerarquía de los contenidos de justicia que proponen. Este problema, presente en todos los modelos de conexión cierta, se acentúa ahora.

2.1.4. El modelo enfrentado de Estado de Derecho

Se trata de un modelo que se configura desde el llamado Estado Constitucional, y se caracteriza por su acercamiento a posiciones tópicas o, al menos, por su crítica a la visión sistemática del Derecho. Ello nos hace recuperar en cierto sentido la versión “a”. Sin embargo, el modelo difícilmente puede ser descrito así. Y ello, además del tratamiento que hace de la idea de Estado, por la incorporación de contenidos sustantivos.

(10) Traducción de JIMÉNEZ REDONDO, M. Madrid: Trotta, 1998.

(11) *Sistema Número 138*, 1997.

(12) Véase, LARENZ, Karl. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Traducción de DÍEZ PICAZO, Luis. Madrid: Civitas, 1985.

(13) Véase, DÍAZ, E. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: EDICUSA, 1979.

Este modelo se relaciona con la posición que sobre el Estado Constitucional expone G. Zagrebelsky en *El Derecho dúctil*⁽¹⁴⁾.

El modelo enfrentado, a diferencia de todos los vistos se caracteriza por el abandono de una visión sistemática del Derecho y por tanto, también, por el rechazo a los componentes de lo jurídico. Igualmente la idea de Derecho que mantiene no asume la relevancia del Estado. No obstante, su recuperación en un estudio sobre el Estado de Derecho obliga a suponer el tipo de conexión que establecería esta concepción, y en este sentido, me parece que se acercaría bastante a la versión "a". Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con esta, el modelo asume el marco moral que hemos destacado e integra dentro de él a los derechos individuales y a los sociales.

La importancia de los contenidos morales en el modelo provoca, por otro lado, la asunción de un criterio de legitimidad que se sitúa frente al que venimos utilizando y que se apoya en la idea de la imparcialidad. Su justificación obedece al siguiente razonamiento. Existen una serie de contenidos éticos que identifican lo que puede ser denominado como Derecho desde las constituciones. Pues bien, independientemente de su determinación o indeterminación, las decisiones de cualquier tipo que se apoyen en ellos deben ser desinteresadas, es decir, imparciales. Siendo así que el legislador no puede ser considerado imparcial o desinteresado ya que cuenta con móviles de tipo político, hecho este que no ocurre con el Poder Judicial, es este último el que cuenta con la legitimidad para pronunciarse sobre tales asuntos.

2.1.5. El modelo garantista de Estado de Derecho

Este modelo surge también desde la atención al llamado Estado Constitucional. Una formulación del Estado de Derecho susceptible de integrar en este modelo es la de L. Ferrajoli⁽¹⁵⁾.

El modelo mantiene una concepción finalista del Derecho que proyectada en la fórmula que estamos estudiando, lleva a establecer una conexión cierta entre Estado de Derecho y moral. La conexión se traduce en el necesario respeto al marco moral que venimos destacando compuesto no solo por la defensa de la autonomía individual sino también por los derechos individuales y sociales. Por otro lado, al igual que nos ocurría con el modelo enfrentado y con los mismos problemas, el garantista defiende, desde la relevancia del marco moral, un criterio de legitimidad apoyado en la idea de imparcialidad, que se traduce en la prevalencia del Poder Judicial.

La dificultad para considerarlo como versión "d (iii)" pasa por la aceptación de la idea de sistema y por tanto de la llamada moral interna, que en todo caso, poseerá una justificación en clave finalista.

2.2. Las diferencias entre los modelos

He presentado hasta aquí diferentes formas de concebir la expresión Estado de Derecho. En principio, me interesa subrayar que las versiones difieren, entre otros aspectos, por la concepción sistemática o no, por los contenidos de moralidad que incorporan y por la manera de entender la separación de poderes y, en concreto, la relación juez-legislador. Del examen de estos tres aspectos, surgirá también un cuarto aspecto, referido al problema de la determinación o indeterminación de las normas.

En lo que se refiere al primer aspecto, prácticamente todos los modelos, a excepción del enfrentado que como he señalado difícilmente puede ser considerado como expresión del Estado de Derecho, manejan una serie de exigencias que se traducen en el respeto a la separación de poderes y en el mantenimiento de una visión sistemática del Derecho. La distinta justificación de esas exigencias es uno de los puntos en donde los modelos difieren.

En este sentido, he distinguido entre concepciones funcionales y finalistas del Derecho. Pues bien, el modelo restringido funcional sería el único que se movería en una perspectiva exclusivamente funcional.

La diferenciación entre concepciones funcionales y finalistas de Estado de Derecho, corre pareja a la que se establece entre modelos que conectan la expresión con una determinada opción moral y modelos que no lo hacen. Así, en relación con los contenidos de moralidad, esto es, con el segundo aspecto, la concepción funcional, representada por el que he denominado como modelo restringido funcional del Estado de Derecho, mantiene una conexión aleatoria con la moral. Por su parte, la concepción finalista, maneja una conexión cierta, en el sentido de afirmar que todo Estado de Derecho incorpora unos contenidos determinados de moralidad que es posible especificar.

La conexión cierta varía dependiendo del planteamiento que se haga en lo referente a los criterios de legitimidad y de justicia.

Así, el modelo restringido finalista (el modelo estricto) no se pronuncia sobre criterios de legitimidad, con lo que la conexión cierta del Estado

(14) Traducción de GASCÓN, M. Madrid: Trotta, 1995.

(15) Véase, FERRAJOLI, L. *El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*. Traducción de IBAÑEZ, Andrés. En: Autores varios. *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996. También *Derecho y razón*. Traducción de IBAÑEZ, P. y otros. Madrid: Trotta, 1997.

de Derecho con la moral se reduce a la protección y garantía de la autonomía individual. Con ello, un aspecto relevante del modelo lo constituye precisamente esa garantía, independientemente del órgano que la realice.

Por su parte, el modelo liberal, si se pronuncia sobre legitimidad y sobre justicia. Defiende así la conexión entre Estado de Derecho y derechos individuales, subrayando además que todo ello debe ser garantizado mediante un órgano democrático. Ahora bien, en caso de contraposición última entre derechos y democracia, opta por los primeros. En línea de principio este modelo puede ser concebido como democrático liberal si bien, como digo, en casos de tensión se muestra como un modelo liberal. Y es precisamente en esos casos de tensión donde sus diferencias con el modelo restringido finalista (modelo estricto) se difuminan (máxime si tenemos en cuenta la relación entre autonomía individual y derechos individuales).

El modelo democrático, se pronuncia sobre la legitimidad, con lo que la conexión cierta entre Estado de Derecho y moral, se establece mediante la señalización de un órgano competente para producir el Derecho, justificado por su relevancia moral (y política). Ahora bien, este modelo, al igual que los que asumen una conexión cierta, integra el marco de lo moral que hemos traducido en el respeto a la autonomía individual. Se trata pues de un presupuesto de la misma idea de democracia que hace que sus diferencias con el restringido finalista no estén del todo claras.

En el modelo exigente, la conexión cierta se traduce en la adopción de criterios de legitimidad y también de justicia. En este sentido, en su descripción aludía a dos autores que pueden presentar dos variantes de esta conexión, según la solución que se adopte a los supuestos de tensión entre democracia y derechos. Una variante, la que se construye en el ámbito dogmático, subrayaría los criterios de justicia sobre los de legitimidad y en este sentido, pondría por encima a los derechos individuales y a los sociales. Con ello, esta formulación sería equiparable al modelo garantista. La otra variante, pondría por encima la idea de democracia, con lo que se identificaría con el modelo democrático. En este sentido, el modelo exigente y el garantista, a diferencia del resto de los modelos, plantean también desde el examen de la conexión cierta, la posible tensión que puede producirse no ya entre democracia y derechos sino entre los propios derechos, esto es, entre los derechos individuales y los sociales. En el caso de optar por alguno de ellos, se alterará el significado del modelo.

En todo caso, y en relación con el tercer aspecto, como he señalado, la diferente conexión, aleatoria o cierta con la moral, se traduce en una forma de concebir la separación de poderes distinta y, en lo que aquí interesa, en una diferente manera de

concebir la relación entre Poder Legislativo y Judicial.

El modelo restringido funcional no trata el problema desde el ámbito de la legitimidad o la justicia sino desde la legalidad. Sin embargo, esto no ocurre en el resto de los modelos.

Desde los presupuestos del modelo restringido finalista (modelo estricto), la separación de poderes y por tanto, la determinación de las funciones del legislador y del juez solo cobra sentido en la medida en que su actividad va encaminada a la protección de la autonomía individual. En ese sentido, este modelo no es incompatible con el establecimiento de una justicia constitucional pero tampoco esta constituye uno de sus rasgos. Solo podría serlo si se defendiera la determinación en el Derecho del significado de la autonomía individual. Con ello, el modelo restringido finalista (modelo estricto) adoptaría, también en su definición, un criterio de legitimidad derivado que se mueve en términos de imparcialidad. En efecto, desde la defensa de determinación en lo tocante al respeto a la autonomía individual, la existencia de un órgano que se moviera en términos de imparcialidad frente a la actuación del resto de los poderes, aparecería como una exigencia. En este sentido, aunque no necesariamente, podría proponer como órgano así legitimado, al Poder Judicial. Y esto mismo ocurre con los modelos que sitúan por encima a los derechos, esto es con el garantista y el liberal, salvo en el caso de que se defendiera la indeterminación, lo que implicaría un acercamiento, si no identificación en principio, con el modelo restringido funcional o, en el caso del liberal un acercamiento al modelo democrático.

Por tanto, a la hora de definir el sentido de los diferentes modelos que se pronuncian sobre una conexión cierta que se mueve en términos de justicia, habrá que tener en cuenta el posicionamiento sobre el cuarto aspecto, esto es, la postura que se mantiene en lo referente a la determinación o indeterminación de esos rasgos. En este sentido, es posible defender que solo cabría hablar propiamente de estos modelos cuando se defiende la existencia de determinación, esto es, cuando se defiende la posibilidad de definir unos contenidos precisos que den cuenta de los rasgos que se toman como referencia. Con ello, en realidad, los modelos que se basan en este tipo de conexión, adoptan a su vez, un criterio de legitimidad que se desarrolla en términos de imparcialidad y que permite situar en el ámbito de la separación de poderes, al Poder Judicial por encima del resto de los poderes (en lo tocante al menos a la defensa precisamente de esos contenidos).

Sin embargo, puede pensarse que esto no ocurre en aquellos modelos que adoptan únicamente en lo referente a la conexión cierta un criterio de legitimidad democrático, e incluso en aquellos que lo hacen además uniendo criterios de justicia. Ahora bien, desde la primera perspectiva, si se mantiene una idea de democracia como la de Habermas, el

criterio de imparcialidad cobra sentido y con ello la actuación del Poder Judicial como garantía de esa conexión cierta. Y lo mismo puede decirse de los modelos que compaginan la legitimidad democrática con los criterios de justicia en forma de derechos. En todo caso, conviene advertir que esto es coherente con la idea de democracia que hemos presentado aquí. Así, salvo que se defienda una idea de democracia, que desde mi punto de vista no es posible construir, alejada de la autonomía individual, el modelo democrático o mejor, los modelos de Estado de Derecho que integran el criterio de legitimidad democrático, pueden ser permeables a la existencia de un órgano de carácter judicial que controle la actividad parlamentaria. Esta posibilidad depende del carácter determinado o indeterminado con el que se presente la autonomía individual.

Eso sí, la distinción entre los modelos que operan con criterio de legitimidad democrático y los que operan con criterio de justicia, en lo referente al órgano judicial, podría radicar en temas tan relevantes como el de la composición de los miembros de dicho órgano. En ese sentido, cabría afirmar la posibilidad de defender desde un punto de vista democrático la existencia de un órgano judicial que actuase como una especie de comisión parlamentaria. Por su parte, desde los modelos que adoptan criterios de justicia, el órgano no tendría por qué reunir esa característica.

Se trata de una cuestión que, en principio, parece no afectar al que he denominado como modelo restringido funcional. Para este, lo relevante no es que exista un órgano legitimado ni unos contenidos concretos a respetar, sino simplemente, que exista un órgano que diga la última palabra sobre las diferentes cuestiones. Para el modelo, esta última palabra no es válida porque sea dada por un órgano legitimado ni porque esté en concordancia con unos determinados derechos, sino porque ha sido adoptada por un órgano que posee competencia.

Ahora bien, queda pendiente en los modelos la solución del problema referido a la posible tensión entre Poder Judicial y derechos.

3. El uso de los modelos de Estado de Derecho

Una vez presentados los diferentes modelos, diferenciaré ahora cuatro usos posibles de la expresión Estado de Derecho, de los que me interesa especialmente el último: histórico, dogmático jurídico, de ciencia política y filosófico jurídico.

El uso histórico es controvertido. De los modelos vistos, e independientemente de las conclusiones alcanzadas sobre su significado definitivo, parece que sería el modelo que hemos llamado como liberal el que más se acerca. Su uso en esta perspectiva tendrá que ser básicamente empírico, es decir, justificado solo por su origen histórico y no como modelo ideal de Estado de Derecho.

Por su parte, el uso dogmático jurídico del término, también tomaría como referencia esa perspectiva empírica, pero ahora centrada en un ordenamiento jurídico concreto. El uso dogmático permitiría utilizar los diferentes modelos siempre y cuando hubiese una plasmación jurídica de sus componentes. Su "validez" estaría delimitada a esos espacios y tiempos, y además, no puede ser entendido como un modelo ideal. En la actualidad, cabe decir que una utilización apropiada desde esta perspectiva sería la del modelo representado por K. Larenz.

Desde un punto de vista de ciencia política, el modelo restringido finalista (modelo estricto) se presenta como válido. Se trata de una construcción que puede ser utilizada para exponer que es lo que se entiende por Estado de Derecho y que puede ser diferenciada de otros modelos, tales como el del Estado Liberal, el del Estado Social o el del Estado Social y Democrático.

De todas formas, me interesa especialmente el uso de la expresión encuadrable en la Filosofía del Derecho. Normalmente, dentro de ella se suele hacer la distinción entre teoría del Derecho y teoría de la Justicia. En ambos casos, normalmente la expresión se utiliza para exponer como debe ser entendida la relación entre Derecho y poder.

Pues bien, entiendo que en el ámbito de la teoría del Derecho, el modelo correcto es el que he denominado como modelo restringido funcional de Estado de Derecho. Se trata de un modelo que expresa la concepción de un planteamiento positivista del Derecho. Este planteamiento se caracteriza por mantener una conexión aleatoria entre el Derecho y la moral, por la defensa de una visión sistemática del Derecho y por establecer la prevalencia del criterio formal de validez normativa.

En cualquier caso el modelo no está exento de problemas. El primero, deriva de la posible insuficiencia de sus rasgos si atendemos al origen histórico de la expresión. No obstante, esto no tiene por qué invalidar su utilización en el ámbito de la teoría del Derecho. El segundo de los problemas surge de la posible falta de entendimiento que puede aparecer con el manejo del modelo restringido funcional, ya que se trata de una caracterización muy poco común del mismo en la actualidad. El tercero deriva de la supuesta identificación que se produce, en su manejo, de las nociones poder político y Derecho. Conviene recordar que el modelo está tomando partido por una determinada concepción de lo jurídico, a través de la cual se aparta de tal consideración a todo aquello que no reúne los rasgos establecidos. Así, en realidad, la utilización de este modelo si que estaría haciendo alusión a algo más que la simple relación entre Derecho y poder político, y de ahí su presentación en el ámbito de la teoría del Derecho. El cuarto de los problemas surge desde las críticas vertidas por los autores que abordan el

análisis del llamado Estado constitucional, aunque también serían avaladas por los defensores de otros modelos. Básicamente, las críticas se centran en la idea de que este modelo no es capaz de asumir el sentido normativo que poseen las normas constitucionales que contienen derechos y con ello como es la interpretación de dichas normas.

Ahora bien, el modelo restringido funcional no desconoce que todo derecho posee unos contenidos de moralidad. Sin embargo no es capaz de precisar cuales son, con carácter general y con presunción de universalidad (que es lo que corresponde a una posición de teoría del Derecho). Esto lo he descrito como la defensa de una conexión aleatoria entre Estado de Derecho y moral.

El problema de la interpretación constitucional puede ser abordado desde dos perspectivas, una que podríamos considerar como técnica y otra que podríamos considerar como política. Pues bien, a la teoría del Derecho, al menos desde el positivismo jurídico, le interesa la primera de ellas. Así, en este ámbito, suele afirmarse que la interpretación constitucional es diferente a la del resto de los enunciados jurídicos, por dos razones. La primera se refiere a distinta estructura de los enunciados constitucionales; la segunda a la ausencia de un marco normativo que sirva de referencia en la dotación de significado. Pues bien, no creo que pueda defenderse sin matices la primera de ellas. Pero en cambio, me parece que la segunda tiene cierto sentido.

Los enunciados constitucionales poseen el máximo rango jerárquico en el sistema y por lo tanto, la determinación de su significado no puede hacerse con referencia a enunciados superiores, más allá del significado otorgado a otros del mismo rango. Con ello, aparece en el examen de esta cuestión, el problema de la determinación o indeterminación del Derecho, proyectado ahora en la interpretación de los enunciados normativos constitucionales, y relacionado con la discrecionalidad.

El modelo restringido funcional resuelve el problema de la interpretación constitucional desde dos afirmaciones que no deben ser consideradas como contradictorias. Por un lado, afirmando que en el plano de la validez, la determinación del significado depende de la decisión del órgano competente (ya sea el legislador o el juez); por otro, que en el plano de la corrección, la determinación debe depender del significado mínimo que hace reconocible la realidad a interpretar. Ahora bien, esta última no es una afirmación de teoría de la justicia, sino de teoría de la técnica jurídica, que se justifica además desde un enunciado presente en el ordenamiento.

En el ámbito de la teoría de la justicia considero que el modelo correcto es el modelo democrático. El

uso de la expresión Estado de Derecho en la teoría de la justicia, implica su puesta en conexión con los problemas que aquí hemos denominado como de legitimidad y de justicia, desde una perspectiva normativa. Los modelos vistos, a excepción del restringido funcional, plantean una conexión cierta entre Estado de Derecho y moral. Así, salvo que se adopten desde un punto de vista empírico, y por tanto como parte de la dogmática, se está defendiendo una conexión entre justicia y/o legitimidad y Estado de Derecho.

Puede pensarse que esta decantación en el ámbito de la teoría de la justicia, desde el planteamiento expuesto relativo a la interpretación constitucional, sea un pronunciamiento vacío. La señalización de un marco moral que se vuelve indeterminado en el Derecho podría ser contemplado más bien como una exigencia ineficaz y utilizada con fines retóricos. Sin embargo esto no es así. Este modelo en el ámbito de la teoría de la justicia, lo que en realidad hace es, desde la asunción de esa idea de la discrecionalidad, establecer condiciones ideales que faciliten su desarrollo desde un determinado planteamiento ético y político.

Dada la posible indeterminación de los enunciados constitucionales, la defensa del modelo democrático implica dos exigencias que de ninguna manera pueden entenderse como vacías de contenido. Una referente a la composición de los órganos que deciden el significado de los enunciados constitucionales pero que también sirve para establecer el criterio jerárquico del sistema. La otra referida a los criterios que deben seguir esos órganos en su decisión.

La primera exigencia supone el acercamiento máximo del órgano competente con la voluntad popular, siendo esta la principal justificación de sus decisiones interpretativas. Esto implica la prevalencia del Parlamento en el modelo, y, en su caso, la de un Tribunal Constitucional cuya justificación será mayor, por decirlo en términos sencillos, cuanto menos judicial sea, esto es, cuanto más cercano esté al Parlamento o a la voluntad popular (siendo esta la diferencia esencial del modelo respecto del garantista).

La segunda exigencia supone la utilización del presupuesto de la aceptabilidad en la decisión desde el respeto a una forma correcta de entender los derechos, esto es, desde el respeto a una teoría correcta de los derechos humanos. Esto no es otra cosa que afirmar que aquellos que deciden, aquellos que determinan el significado de las normas, deben proceder, desde el respeto a una teoría correcta de los derechos, adoptando decisiones que puedan presentarse como las que serán previsiblemente aceptadas por la comunidad⁽¹⁶⁾. ⌘

(16) Sobre el significado de lo que denomino como teoría correcta de los derechos puede consultarse mi libro, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*. En: *Cuadernos Bartolomé de las Casas*. Número 17. Madrid: Dykinson, 2001.