

## **ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LOS MODELOS DE ESTADO DE DERECHO \***

**José Antonio López García**

*Universidad de Jaén*

SUMARIO: 1. *Introducción: planteamientos generales sobre el libro «Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho» del profesor Rafael de Asís Roig:* 1.1 Examen de los modelos operativos de Estado de Derecho. 1.2 Sobre el uso de los modelos. 1.2.A El modelo restringido como modelo de la Teoría del Derecho. 1.2.B El modelo democrático como modelo de la Teoría de la Justicia.-2. *El dilema de los modelos en las Ciencias Sociales:* 2.1 Los modelos en las Ciencias Sociales y la Filosofía jurídica. 2.2 La Ciencia jurídica y los límites del Estado de Derecho.-3. *Para un consenso sobre los modelos de Estado de Derecho:* 3.1 Las razones de exclusión del modelo estricto. 3.2 La incorporación de las teorías de Habermas y Ferrajoli al «paradigma social» de Estado de Derecho. 3.3 Las condiciones del consenso entre el paradigma social y el liberal de Estado de Derecho.

---

\* El presente trabajo ha contado con una ayuda del Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid.

## I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTOS GENERALES SOBRE EL LIBRO «UNA APROXIMACIÓN A LOS MODELOS DE ESTADO DE DERECHO» DEL PROFESOR RAFAEL DE ASÍS ROIG

Aquellos lectores que hayan solamente iniciado la lectura del libro del profesor Rafael de Asís Roig, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*<sup>1</sup>, se percatarán de la presencia desde sus primeras páginas de, al menos, dos valores básicos: el rigor conceptual y la humildad científica. Como quiera que tengo actualmente el placer de tenerlo como compañero y amigo en nuestra Universidad de Jaén, he de confesar que comienzo estas reflexiones sobre los modelos de Estado de Derecho comentando esta obra de Rafael de Asís porque fue su lectura la que me motivó a escribir estas líneas. Según creo, el lector que intente sacar provecho de la lectura de este libro ha de aproximarse a él sin prejuicios. El principal de ellos que debe dejarse de lado es el prejuicio analítico. La verdad de este prejuicio analítico se pone a prueba sobre todo para aquellos que tengan en su cabeza un único modelo o un modelo ideal de entender el Estado de Derecho, pues el libro nos plantea la posibilidad de hasta diez modelos de Estado de Derecho. De estos diez modelos, tres de ellos sólo tienen una existencia lógica o lógico-lingüística, por lo que son inmediatamente descartados por su falta de operatividad jurídica, doctrinal o histórica. Otro de los modelos no es en realidad un modelo de Estado de Derecho sino, por así decirlo, el «contra-modelo de Estado de Derecho», cuya función consiste en la identificación negativa del resto de los modelos<sup>2</sup>. Tras este proceso de descarte histórico y doctrinal, el libro se extiende en la exposición de los seis modelos operativos de Estado de Derecho. A saber: modelos restringido, estricto, democrático, liberal, garantista y exigente.

Para llegar a la identificación de estos seis modelos operativos de Estado de Derecho, con carácter general, hay que partir de dos presupuestos fundamentales. *El primero* consiste en un presupuesto metodológico, pues los modelos tienen interés desde la perspectiva analítica de examen del Estado de Derecho, no desde una perspectiva estrictamente histórica, es

---

<sup>1</sup> Rafael DE ASÍS ROIG, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson-Universidad de Jaén, 1999.

<sup>2</sup> Los modelos rechazados por su inconsistencia jurídica, doctrinal o histórica son: a) el modelo del «Estado socialista-comunista»; b) el «Estado de Derecho histórico»; c) el «Estado democrático social (pero no protector de los derechos individuales)». En cuanto al «contra-modelo» de Estado de Derecho, también rechazado, es el modelo estatal del «irracionalismo jurídico».



decir, de existencia histórica de los modelos. Aunque la perspectiva histórica no está del todo ausente, pues ella ha permitido el descarte de algunos modelos exclusivamente analíticos, sí es cierto que los seis modelos sometidos a examen presentan distintas relaciones con la historia, sin que sea definitorio el criterio de su existencia histórica. *El segundo* de los presupuestos es *la conexión cualificante*<sup>3</sup> entre Derecho y Moral, es decir, no todos los modelos sometidos a examen expresan un mismo tipo de relación entre Derecho y Moral. Si bien todos parten de una idea sistemática del Derecho (el Derecho como un sistema unitario y coherente de normas), siendo imposible hablar de otra forma de Estado de Derecho, el modelo restringido de Estado de Derecho establece una *conexión aleatoria* entre Derecho y Moral, mientras que el resto de los modelos optan, por el contrario, por una *conexión cierta* entre Derecho y Moral. Esta distinta conexión cualificante entre Derecho y Moral se debe a que únicamente el modelo restringido responde a la perspectiva descriptiva de análisis propia del observador. El resto responden a la perspectiva prescriptiva de análisis propia del participante. Desde estos planteamientos, se entiende que en el capítulo tercero y último del libro, referido a «El uso de los modelos», Rafael de Asís advierta que solamente el modelo restringido permita un uso específicamente positivista (desde la Teoría del Derecho positivista, por ejemplo), mientras que el resto de los modelos se conciben como elaboraciones finalistas del Estado de Derecho, es decir, como distintas opciones de Teoría de la Justicia.

### 1.1 Examen de los modelos operativos de Estado de Derecho

Si dejamos de lado las razones, antes aludidas, por las que debemos concentrarnos tan sólo en seis modelos de Estado de Derecho<sup>4</sup>, es en el segundo capítulo del libro, «Modelos de Estado de Derecho», en donde

---

<sup>3</sup> Distinción debida a Robert ALEXY que expresa una de las formas de establecer la relación compleja entre Derecho y Moral, aunque no la utilizamos aquí en el sentido estricto con que Alexy lo hace en su obra, *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997 (2.ª edic.), traducción de Jorge M. Peña.

<sup>4</sup> El capítulo primero del libro titulado, *Dos perspectivas de análisis*, se extiende sobre las razones por las que son descartados cuatro de los diez modelos de Estado de Derecho inicialmente propuestos. Remito a este capítulo para una detallada exposición de los argumentos que aquí recogemos de forma condensada (pp. 17-42). También en el punto segundo del presente trabajo (2. El dilema de los modelos en las Ciencias Sociales) se aborda específicamente este problema.



encontramos el núcleo de la argumentación. Sin pretender glosar lo que allí se dice con mayor detenimiento, sí que me parece necesario resumir mínimamente la *definición, los rasgos identificadores y ejemplos* de cada uno de los modelos operativos de Estado de Derecho:

Uno. *Modelo restringido:*

a) *Definición:* «Estado que actúa, mediante una 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» (pág. 44)<sup>5</sup>. Esta definición de Estado de Derecho, propia del modelo restringido, también sirve como definición general de Estado de Derecho a la que cada uno de los cinco modelos restantes añadirán el tipo de conexión cierta entre Derecho y Moral que los caracteriza; b) *rasgos identificadores:* el modelo restringido considera al Derecho como una técnica de control social, sin ninguna otra finalidad que destacar. Pero para que el Derecho funcione como técnica eficaz de control social, se necesita imputar la eficacia al Derecho y no al Estado (al poder): «más allá —señala Rafael de Asís— de la simple idea de limitación (del poder) por el hecho de la emisión de normas» (pág. 46). Esta imputación de la eficacia social al Derecho implica, en la Modernidad, que éste se configura previamente como orden válido (unitario y coherente), por encima de las a veces múltiples y dispares decisiones del Estado, las cuales deben ser congruentes con dicho orden válido. Precisamente es la necesidad de que el Derecho esté por encima de las decisiones del poder político, decisiones que en el caso del Legislativo tienen el valor de normas generales, lo que pone en duda la *conexión aleatoria* entre Derecho y Moral que era propia del modelo restringido. A la postre, el modelo restringido ha de admitir que dentro de su concepción del Derecho se establece alguna relación entre Derecho y Moral. Se trataría de un tipo de «moral interna del Derecho»<sup>6</sup>, por lo que no se trataría de una moral extra-jurídica. El único contenido de la moral interna consiste en el (deber de) respeto, con independencia de

---

<sup>5</sup> Hasta que no se haga otra especificación, las páginas que aparecen entre paréntesis se refieren al libro del Profesor De Asís Roig, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*.

<sup>6</sup> La tesis de la existencia de una «moral interna» al Derecho se debe a Leo Fuller y a este autor se refiere Rafael de Asís. También Joseph Raz se refiere a la existencia de una obligación, *prima facie*, de obedecer al Derecho, frente a la posibilidad de desobedecerlo, de donde se extraería también la presencia de esa moral interna al Derecho. *Vid.*, Joseph RAZ, *Razón práctica y normas*, Madrid, CEC, 1991, traducción de Juan Ruiz Manero.

finés, de los rasgos identificadores del Estado de Derecho (restringido): separación de poderes; publicidad de las normas emitidas que de esta manera son conocidas por sus destinatarios; congruencia (claridad, precisión, etc.) de las normas emitidas con el sistema jurídico; c) *ejemplos*: el caso más paradigmático de Estado de Derecho restringido que propone Rafael de Asís es el defendido por Hans Kelsen, precisamente por su formulación del Estado de Derecho como aquel en el que se da la confusión entre Derecho y Estado, y ello con independencia de los valores morales (extra-jurídicos) que (aleatoriamente) pudiera contener el Derecho que limita la actuación del Estado (págs. 44-45).

Dos. *Modelo estricto*:

- a) *Definición*: «El modelo estricto comparte los requisitos que componen la versión restringida, si bien desde una perspectiva que los justifica como defensa del individuo y no como requisitos para la eficacia» (pág. 54);
- b) *rasgos identificadores*: comparte los rasgos del modelo restringido pero limita moralmente este modelo con la idea de respeto de la autonomía individual. Dicha noción de «autonomía individual» no es una noción jurídica, sino que se configura como un elemento pre-jurídico a interpretar desde los principios procesales de «justicia natural» (págs. 55 y 62). Por decirlo de otro forma, la autonomía individual presenta un contenido meta-jurídico que se sitúa como límite al poder del Derecho (pág. 63). Solamente si el Derecho respeta la autonomía individual encontraremos la distinción entre el modelo restringido y el estricto. El poder del Estado que debe decidir sobre el conflicto entre Derecho y autonomía individual no queda determinado en el modelo, puede ser tanto el Parlamento como el Poder judicial;
- c) *ejemplos*: Se proponen como ejemplos de este modelo las obras de J. Raz, F. A. Hayek y, en España, F. Laporta<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> No puedo aquí comentar los argumentos que se utilizan en el libro para considerar a estos tres autores defensores del modelo estricto de Estado de Derecho. Baste con la mención de que los tres autores citados compartirían los rasgos del Estado de Derecho estricto. Por otro lado, ninguno de los autores ha definido expresamente su posición como defensora de tal modelo de Estado de Derecho. Se trata, por lo tanto, de un encuadre atribuible sólo al Profesor De Asís. Esta circunstancia se repetirá en otros casos. Por ejemplo, el Profesor Eusebio Fernández es catalogado como defensor del modelo liberal de Estado de Derecho, cuando él mismo en alguno de sus escritos ha llamado a su posición defensora de un modelo restringido de Estado de Derecho, que no coincide con el modelo restringido descrito por el Profesor De Asís. No obstante hay ocasiones en que el autor defiende expresamente el modelo propuesto, por ejemplo, en el caso del modelo democrático de Estado de Derecho de Jürgen Habermas. En este caso, y en otros, nos encontraremos con lo que se suele llamar un modelo de autor.

Tres. *Modelo democrático:*

a) *Definición:* el modelo democrático comparte los requisitos de la versión restringida del Estado de Derecho, pero siempre que sus contenidos sean fruto de la participación de los ciudadanos; b) *Rasgos identificadores:* los rasgos fundamentales del modelo democrático consisten en el sometimiento del poder del Estado de Derecho a la participación de los ciudadanos, en el sentido de participación universal y no censataria. En cuanto pueden ser múltiples las teorías (y las prácticas) de la democracia participativa, el Profesor De Asís se centra en la teoría de Jürgen Habermas para explicar el modelo; c) *Ejemplos:* las particularidades de la teoría del Estado democrático de Derecho de Jürgen Habermas quedan expuestas en su obra, *Facticidad y validez*<sup>8</sup>. Tomando siempre como referencia que el modelo democrático del que se habla en el libro es el propuesto por Habermas, podemos señalar, sucintamente, como rasgos característicos de este modelo los siguientes: 1. Dependencia, en el sentido de relación de legitimidad, del poder jurídico-administrativo del Estado de Derecho respecto del poder democrático comunicativo, entendiendo por poder comunicativo a aquel poder que se genera discursivamente (racionalmente) en la sociedad civil y que fluye (o debe fluir) por canales institucionales o cuasi-institucionales hasta los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial); 2. Centralidad de los derechos de participación frente a los derechos individuales y los derechos sociales, tanto porque la participación pública democrática es elegida por este modelo como límite al poder del Estado de Derecho, como porque la deliberación democrática de los ciudadanos realizada de forma racional (es decir, en búsqueda de la decisión correcta), se va a constituir en el principal parámetro para determinar el contenido jurídico de los derechos individuales y los derechos sociales, salvando siempre el principio de respeto a la autonomía individual en tanto que sede (moral) de la racionalidad discursiva<sup>9</sup>. La complejidad de la posición de Habermas, consistente en

---

<sup>8</sup> Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso* (1994), Madrid, Editorial Trotta, 1998, traducción de Manuel Jiménez Redondo.

<sup>9</sup> En el respeto de la autonomía individual radica la diferencia fundamental de la teoría social comunicativa de Jürgen Habermas respecto de otras teorías de la comunicación social, como por ejemplo la que mantiene la teoría de sistemas de Niklas Luhmann. En efecto, para Habermas, la comunicación no es la única que comunica, tal y como sostiene Luhmann, sino que son los sujetos racionales los que se comunican discursivamente. La comunicación lo que establece en cada uno de sus códigos (por ejemplo, el código comunicativo del Derecho) son distintos lenguajes dentro de los cuales ha de situarse el sujeto si pretende comunicar a través del código escogido. No obstante, todos

mantener abierto el espacio autónomo de los derechos individuales y los derechos sociales, a la vez que el contenido jurídico de estos derechos queda subordinado a los acuerdos de la deliberación democrática o discursiva, la intenta resolver Habermas sosteniendo que no se trata de un enfrentamiento entre autonomía privada y autonomía pública sino de su relación discursiva, que nunca se presenta como una relación saturada de suma cero (es decir, una relación en la que lo que uno gana lo pierde el otro), sino como una «relación de cooriginalidad». Según Habermas, de acuerdo con su fundamentación post-tradicional de los derechos, tanto principio democrático y Derecho positivo como autonomía privada y autonomía pública: «se ensamblan, entrecruzan y entrelazan el uno con el otro, convirtiéndose en, y *desarrollando* un, sistema de derechos que ponga a la autonomía privada y a la autonomía pública en una relación de presuposición recíproca»<sup>10</sup>. 3. Además, al tratarse de una teoría procedimental de la Democracia y de los derechos, la conexión entre Democracia y derechos no parte de ningún presupuesto fijo, salvo el presupuesto de respeto a las condiciones racionales del discurso democrático, por lo que se ha de «interpretar esta conexión caso por caso» (pág. 73). 4. Por último, y dado el carácter democrático del modelo, Habermas se decanta por el Parlamento como órgano de poder del Estado más legitimado para canalizar la conexión entre autonomía privada y autonomía pública, aunque también apela al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional para que controlen la labor del legislativo y el ejecutivo desde la perspectiva de situarlos *como si* fueran órganos democráticos en cuanto a su origen inmediato.

#### Cuatro. *Modelo liberal:*

a) *Definición:* comparte la definición del modelo restringido pero subordinando la eficacia del Estado de Derecho a la participación de los ciudadanos y la protección de los derechos individuales (pág. 79);

---

los códigos de la comunicación social (el código moral; el jurídico; el económico; etc.) quedan sometidos en la teoría comunicativa de Habermas a los presupuestos del sujeto racional que busca discursivamente el mejor argumento (posible), presupuesto que no está en la teoría de la comunicación social de Luhmann, en la que el sujeto racional no existe fuera de los códigos de la comunicación. La polémica entre Habermas y Luhmann se plasmó, entre otros textos, en el libro de Habermas, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1986, traducción de José Luis Etcheverry. Para una visión de conjunto de la polémica entre ambos autores, *vid.*, Verónica MUÑOZ DARDÉ, «La teoría de los sistemas sociales autopoiéticos de Niklas Luhmann. Presentación», *Zona Abierta*, núms.70/71, 1995.

<sup>10</sup> Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp 194.

b) *Rasgos identificadores*: podría identificarse con lo que históricamente ha sido el Estado liberal de Derecho decimonónico, pero el requisito de la participación ciudadana (no censataria) le negaría una completa identificación (págs. 80-81). No obstante, y para diferenciar al modelo liberal del democrático antes descrito, en caso de contradicción entre el principio democrático y los derechos individuales aquí se optaría: «por situar los derechos individuales por encima de la democracia» (pág. 82). En el presente modelo, la legitimidad democrática (democracia liberal) queda instrumentalizada a la defensa de los derechos individuales. Por otro lado, frente a la idea de autonomía individual, propia del modelo estricto, los derechos individuales son concebidos como realidades jurídicas positivas, procesalmente accionables ante los poderes públicos, especialmente ante el Poder Judicial, y no como realidades morales de justicia natural; c) *Ejemplos*: se proponen como defensores del modelo liberal de Estado de Derecho a los iusfilósofos españoles: Luis Legaz Lacambra, Nicolás M.<sup>a</sup> López Calera, Antonio E. Pérez-Luño y Eusebio Fernández. Aunque el Profesor De Asís advierte que «la adscripción de los tres primeros puede resultar polémica» (pág. 79), la polémica parece mayor al menos en los dos primeros <sup>11</sup>.

#### Cinco. *Modelo exigente*:

a) *Definición*: comparte la definición de Estado de Derecho del modelo restringido añadiendo que los contenidos del Estado de Derecho

---

<sup>11</sup> Ya indiqué que el encuadre de muchos de los autores que se proponen como defensores de uno u otro modelo es debida al Profesor De Asís. Como es ciertamente difícil polemizar aquí sobre la idoneidad o no de dicho encuadre, debido ante todo a que como en este caso ninguno de los autores se ha pronunciado expresamente como defensor del modelo liberal arriba descrito, parece más oportuno dejar al lector la valoración del acierto o no del encuadre. No obstante, debo manifestarme mínimamente, y por razones distintas, sobre los casos de Luis Legaz Lacambra y Nicolás María López Calera. Respecto del primero, considerar que Legaz, a lo largo de su obra, ha defendido un modelo liberal de Estado es, según creo, poco sostenible, pues, aunque en Legaz hay rasgos liberales, sobre todo en sus escritos de juventud, tiene mucho más peso en su obra la idea de persona que la de individuo y la defensa de la participación política orgánica que la defensa de la participación política (liberal) democrática. Como quiera que este iusfilósofo español ha sido objeto concreto de mis estudios, remito para cualquier aclaración de mi postura a mi libro, *Estado y Derecho en el franquismo. El nacionalsindicalismo*: F. J. Conde y Luis Legaz Lacambra, Madrid, CEC, 1996, pp. 127-214. En cuanto a Nicolás María López Calera, su pasión por Rousseau y Hegel no le ha llevado, según creo, a defender posiciones liberales, más allá de lo que suele calificarse como lectura liberal o democrática de Rousseau y Hegel frente a otras lecturas no democráticas de tales autores. Creo que la defensa de los derechos sociales y la autonomía pública que, por ejemplo en su libro *Yo el Estado* (Madrid, Trotta, 1992), hace Nicolás López Calera le haría defensor del modelo exigente de Estado de Derecho, junto con Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba, aunque este encuadre es más discutible que el encuadre de Legaz en el referido modelo liberal.



deben ser fruto de la participación de los ciudadanos y proteger los derechos individuales y sociales (pág. 89); b) *Rasgos identificadores*: el modelo exigente presenta los mismos rasgos del, entre nosotros, más conocido como modelo de Estado social y democrático de Derecho. Se defendería con este modelo una puesta a disposición de los contenidos del Estado de Derecho a las decisiones de las mayorías, con el límite del respeto conjunto a los derechos individuales y sociales. Por tratarse del modelo prescriptivo de Estado de Derecho más exigente, los posibles problemas de (conexión) colisión entre democracia y derechos son múltiples. Ante estos problemas, se sostiene que deben ser los poderes del Estado de Derecho quienes decidan en última instancia. Bien el Parlamento, bien el Poder Judicial (principalmente el Tribunal Constitucional), se convierten según los casos en los órganos encargados de establecer los límites de convivencia entre el principio democrático y los derechos. No obstante, el peso que en el modelo exigente tiene el principio democrático hará que se considere al Parlamento, sobre la base del principio de legalidad, como primer órgano legitimado para decidir (págs. 87-88); c) *Ejemplos*: se propone a los iusfilósofos españoles Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba como defensores del modelo exigente. Respecto del primero, Elías Díaz defiende el modelo exigente (que el Profesor Elías Díaz prefiere llamar «Estado Social y Democrático de Derecho») como modelo de Estado de Derecho fruto de las conquistas históricas que ha ido obteniendo la práctica y la teoría del Estado de Derecho. Gregorio Peces-Barba, por su parte, defiende el modelo exigente desde unos planteamientos declaradamente prescriptivos, admitiendo también la posibilidad de un uso descriptivo del Estado de Derecho de acuerdo con el modelo restringido (págs. 85-86).

Seis. *Modelo garantista*:

a) *Definición*: la renuncia a considerar el Estado de Derecho formando un conjunto unitario y coherente de normas (sistema jurídico) hace que el modelo garantista no tenga un referente cierto en el modelo restringido de Estado de Derecho. Pero con independencia de la noción concreta de Estado de Derecho que el modelo garantista mantiene, la exigencia de defensa de los derechos individuales y los derechos sociales por el Estado de Derecho está en la base de su definición como modelo (págs. 89 y 102); b) *Rasgos identificadores*: el modelo garantista es, casi exclusivamente, un modelo de autor (Ferrajoli) y, como ocurría con el modelo democrático de Jürgen Habermas, dice más el examen de la obra del autor que las carac-

rísticas generales del modelo. En todo caso, este modelo se presenta, no como una variante de Estado de Derecho según venimos analizando aquí desde la visión descriptiva del modelo restringido, sino como un modelo de Estado Constitucional de Derecho. La diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derecho radica en que este último no sostiene una idea sistemática del Derecho (el Derecho como un conjunto de normas que forman un todo unitario y coherente), sino una noción plural (Zagrebelsky), no unitaria y no coherente (Ferrajoli) del sistema jurídico. Esta falta de unidad y coherencia del sistema jurídico se justifica por dos motivos básicos: 1. Por la preeminencia de los derechos individuales y sociales frente al Derecho (ley), lo que determina que se afirme desde el modelo de Estado Constitucional de Derecho que los derechos nunca podrán ser reducibles a términos (estrictamente) jurídicos, aun cuando estén recogidos en la Constitución (Ferrajoli-Zagrebelsky), y ello porque el reconocimiento de los derechos se va a realizar mediante «criterios materiales aproximativos» no susceptibles de sistematización, como son la razonabilidad, ponderación, contrapesos, ductilidad, etc. (Zagrebelsky); 2. El segundo motivo radica en que el órgano encargado del reconocimiento de los derechos es un poder independiente del Estado no sometido por ningún otro poder del Estado a control ulterior de unidad y coherencia: el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional (Ferrajoli). No obstante estos motivos, tiene razón Rafael de Asís cuando opta por incluir el modelo garantista dentro de los modelos de Estado de Derecho, porque, aunque hay cierto gesto rupturista en el modelo de Estado Constitucional de Derecho, nada hace prever que el gusto por el tratamiento a-sistemático del Derecho, propio del modelo garantista, vaya a desembocar en la irracionalidad jurídica, es decir, el modelo sigue manteniendo un, tal vez oscuro, «espíritu de sistema»; c) *Ejemplos*: todo parece indicar que los autores italianos Luigi Ferrajoli y Gustavo Zagrebelsky son los candidatos a defensores del modelo garantista dentro del Estado Constitucional de Derecho. No obstante, Zagrebelsky llama «modelo enfrentado» al Estado de Derecho a su teoría del Estado Constitucional, por lo que Rafael de Asís decide que no es posible su inclusión en la presente teoría de los modelos de Estado de Derecho. La razón fundamental se encuentra en que Zagrebelsky plantea su teoría del Estado Constitucional de Derecho como un modelo descriptivo alternativo, por lo que entra claramente en conflicto con el modelo descriptivo de Estado de Derecho, modelo restringido, que ha servido al Profesor De Asís de referencia básica para el resto de mode-

los<sup>12</sup>. Por lo que se refiere a Ferrajoli, éste ha definido su posición dentro del positivismo (positivismo crítico), planteamiento que rechaza Zagrebelsky<sup>13</sup>, y desde el positivismo plantea la teoría garantista como crítica externa e interna a los planteamientos positivistas que exigen unidad y coherencia al sistema jurídico, por lo que su modelo garantista aparece como una formulación prescriptiva más del Estado de Derecho<sup>14</sup>.

## 1.2 Sobre el uso de los modelos

La última parte del libro (cap. 3) se dedica a dar respuesta a la pregunta sobre el uso o utilidad que tienen los modelos. Aquí nos encontramos con que la distinción de los modelos entre descriptivo (modelo restringido) y prescriptivos (resto de los modelos) interesa fundamentalmente a la Filosofía del Derecho. En efecto, vista desde planteamientos positivistas, tal y como decide hacerlo Rafael de Asís, la Filosofía del Derecho se subdividiría en dos disciplinas: la Teoría del Derecho y la Teoría de la Justicia. La primera disciplina, la Teoría del Derecho, se encargaría de dar respuesta a

---

<sup>12</sup> «En efecto —señala R. de Asís—, la construcción del profesor de Turín describe una realidad jurídica en la que, supuestamente, las exigencias que acompañan a la idea de sistema y la relación entre el Derecho y el Poder desaparecen desde el significado de la Constitución. Ahora bien, se trata de una posición que en ningún momento se plantea la posibilidad de integrar ese significado en el Estado de Derecho, por lo que, independientemente de su acierto o desacierto, no puede ser realmente presentado como modelo de Estado de Derecho» (p. 94).

<sup>13</sup> De entre los múltiples comentarios críticos de Zagrebelsky al Positivismo jurídico, valga la siguiente cita como muestra: «Según se acaba de describir, hoy debe descartarse completamente la idea de que las leyes y otras fuentes, consideradas en su conjunto, constituyan de por sí un ordenamiento —como podía suceder en el siglo pasado—. La crisis de la idea de Código es la manifestación más clara de este cambio. En estas condiciones, la exigencia de una reconducción a unidad deber tener en cuenta la crisis de legalidad, determinada por la acentuada pérdida de sentido, pulverización e incoherencia de la ley y de las otras formas del derecho» (Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 39, traducción de Marina Gascón). La teoría del Estado Constitucional de Derecho de Zagrebelsky ha sido objeto de diversos estudios en España en el ámbito iusfilosófico. Estos estudios pueden leerse en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, tomos XIII-XIV, 1996-1997.

<sup>14</sup> La aceptación del Positivismo jurídico por parte de Ferrajoli es expresa: «El garantismo jurídico —nos dice el autor italiano— coincide con esa forma de tutela de los derechos vitales de los ciudadanos que se realiza históricamente a través de su positivización en el marco del Estado de Derecho, y no es concebible fuera del horizonte teórico del positivismo jurídico» (p. 868). En cuanto a la posición «crítica» que la teoría de Ferrajoli admite dentro del Positivismo jurídico, puede verse en su tesis de la «irreducible ilegitimidad jurídica de los poderes públicos en el Estado de Derecho» (p. 866), debida a la ineficacia en la realización política de las promesas constitucionales (Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos, Rocío Cantarero. Las páginas citadas corresponden a esta edición española).

la pregunta «¿qué es el Derecho?», y a la segunda, la Teoría de la Justicia: «le corresponde contestar a la pregunta “¿qué debe ser el Derecho?”» (pág. 119). La Filosofía del Derecho se plantearía dos cuestiones sobre el Derecho, cada una de ellas relativamente independientes. La Ciencia jurídica, la Ciencia política o la Historia, por el contrario, únicamente se formulan la pregunta *qué es el Derecho* para cada una de ellas y desde planteamientos cognoscitivos distintos, por lo que todas las cuestiones relativas a *cómo debe ser el Derecho* no tienen interés para estas aproximaciones científicas al Derecho (págs. 113-123). Aun así, cree el Profesor De Asís que la Ciencia política, por ejemplo, podría usar el modelo estricto como su modelo científico de Estado de Derecho (pág. 123); la Ciencia histórica se decantaría por el uso del modelo liberal, en cuanto hay razones históricas que indicarían la aparición histórica del Estado de Derecho como Estado liberal de Derecho (pág. 114); en cuanto a la Ciencia jurídica, al igual que la Teoría del Derecho y la Teoría General del Derecho, podría usar el modelo restringido para sus análisis de un ordenamiento jurídico concreto, pues: «este modelo vale para una Teoría del Derecho positivista, pero también como modelo de Teoría General e incluso como modelo de Ciencia jurídica, referido, por ejemplo, al Ordenamiento jurídico español» (pág. 124).

Con independencia de las razones que se exponen en el libro para llevar el uso de los modelos a otras disciplinas científicas, lo cierto es que solamente a la Filosofía del Derecho le interesa el estudio completo de la distinción, desplegada en los distintos modelos, entre qué es y qué debe ser el Derecho. Desde esta perspectiva iusfilosófica, el profesor de la Universidad de Jaén opta por el uso del modelo restringido para la Teoría del Derecho (es decir, la disciplina que se encargaría de responder a la pregunta *qué es el Derecho* y *qué es el Estado de Derecho* con carácter general e independientemente de cualquier ordenamiento jurídico concreto), mientras que su opción de Teoría de la Justicia (es decir, su opción sobre *qué debe ser el Derecho* y *qué debe ser un Estado de Derecho*) se inclinaría por el uso del modelo democrático de Jürgen Habermas, con algunas matizaciones.

### 1.2.A EL «MODELO RESTRINGIDO» COMO MODELO DE LA TEORÍA DEL DERECHO

La humildad científica, considerábamos antes, era uno de los valores básicos del trabajo de Rafael de Asís y, como no podía ser de otra manera, no se trataba de una figura retórica. Encontramos ahora un lugar para dejar patente esta afirmación, pues, aunque el Profesor De Asís declara ser un

positivista en el ámbito de la Teoría del Derecho, tal afirmación no le ciega a la hora de aclarar que ser positivista es una opción de valoración como pueda serlo el declararse iusnaturalista, por ejemplo. Así entendemos que no existe una teoría únicamente descriptiva de nada y que el modelo restringido también consiste en una toma de partido: «conviene recordar –nos dice Rafael de Asís– que el modelo (restringido) 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 requisitos establecidos» (pág. 125)<sup>15</sup>.

Realizada la anterior aclaración, Rafael de Asís propone el modelo restringido para la Teoría del Derecho (positivista) porque está convencido de que con tal modelo obtendremos una descripción acertada de lo que es el Estado de Derecho Moderno: «considerar al Derecho como una técnica normativa de control social, apoyada en el Poder, que conforma un sistema de normas válidas por haber sido dictadas en última instancia por un órgano competente» (pág. 124). Lo que esta definición afirma sobre el Estado de Derecho son tres principios básicos: 1. Que el Derecho Moderno tiene validez por configurarse como un sistema coherente y unitario; 2. Que el Estado de Derecho se apoya, para conseguir ser eficaz como técnica de control social, en un Poder político cuyas competencias están determinadas por el sistema jurídico; 3. Que el Estado de Derecho no necesita vincularse a ninguna propuesta moral particular para exigir la obediencia de sus destinatarios. Los aspectos segundo y tercero dependen de que el primer principio, la unidad y coherencia del sistema jurídico, sea cierto. Si no fuera así, difícilmente quedarían establecidas por el sistema jurídico las competencias de los órganos de poder del Estado y, asimismo, tampoco se podría mantener que el Estado de Derecho no recurre a un orden moral distinto de la moral interna del Derecho, pues las características básicas de esa moral interna no podríamos identificarlas ante la falta de coherencia y unidad del sistema jurídico. Al cabo, la disputa por describir el Derecho actual como un sistema unitario y coherente se presenta aquí como la disputa por el Estado de Derecho. Y en esta discusión entra el texto que venimos comentando.

---

<sup>15</sup> Esta misma declaración nos permite entender por qué el Profesor De Asís ha propuesto para la Ciencia política o para la Historia el uso de modelos que él mismo definió en su momento como modelos prescriptivos. Y es que a estas alturas del conocimiento científico, al menos en el plano de las Ciencias Sociales, nadie se atrevería, razonablemente, a hablar de posiciones puramente descriptivas.

En efecto, el principio de unidad y coherencia del sistema jurídico, para ser utilizado por la Teoría del Derecho, debería describir realmente la naturaleza del Derecho actual. Pero, como quiera que hay teorías del Derecho que también pretenden describir la naturaleza del Derecho actual desde la pluralidad, la no-unidad y la no-coherencia, por ejemplo la teoría del Estado Constitucional de Derecho de Zagrebelsky, la crítica a estas teorías está en la base de la configuración del Derecho actual como un sistema unitario y coherente. Recordemos que la posición de Zagrebelsky, y otros, consiste en que: la interpretación de los derechos y principios incorporados en las constituciones, normas supremas desde las que hay que observar todo el sistema jurídico, solamente se puede realizar según criterios materiales difícilmente formalizables en términos jurídicos (criterios de razonabilidad, ponderación, contrapesos, ductilidad)<sup>16</sup>, por lo que el sistema jurídico no puede ya ser más contemplado como un sistema unitario y coherente. Frente a los anteriores postulados del Estado Constitucional de Derecho, postulados suprapositivos según Rafael de Asís, la teoría del Derecho positivista afirmarí­a lo siguiente: a) que los contenidos de los derechos (y los valores) reconocidos en la Constitución «valen no por sí mismos sino por estar juridificados» (pág. 131); b) que la interpretación de los derechos (y valores) vale no por los criterios materiales que se utilizan «sino, en todo caso, por haber sido realizada por el órgano competente» (pág. 131), respetando los requisitos de interpretación del Derecho, es decir, las exigencias de unidad y coherencia propias de cualquier lenguaje y, por lo tanto, exigencias también para el lenguaje jurídico (pág. 139).

Resumiendo la disputa, se trataría de optar; bien por una teoría del Derecho que logra identificar los rasgos básicos del Derecho actual, a pesar de sus problemas de indeterminación y ambigüedad (teoría positivista del Derecho); o bien, acogerse a una teoría del Derecho que deja anclado al Derecho en el mundo de sus indeterminaciones y ambigüedades, declaran-

---

<sup>16</sup> Por lo que se refiere a los derechos, Zagrebelsky mantiene que: «si existe un sector del derecho constitucional donde el análisis exclusivamente iuspositivista resulta estéril ese es, precisamente, el de los derechos» (G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, p. 76). En cuanto a la autonomía de los principios frente a las normas jurídicas positivas, Zagrebelsky también se ha pronunciado claramente: «Los principios no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una "toma de posición" conforme con su *ethos* en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear, precisamente, una "cuestión de principio". Los principios, por ello, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo a las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad» (G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, p. 118).

do a la vez la imposibilidad de cualquier identificación formal del Derecho (teoría del Estado Constitucional de Derecho). No cabe duda que Rafael de Asís opta por la posición positivista, no obstante todos los problemas sustantivos que tal posición positivista deja sin resolver. Y precisamente, advertido de esos problemas, nuestro autor no acaba su discurso sin intentar afrontar estos problemas, pero ya no desde la Teoría del Derecho, sino desde la Teoría de la Justicia.

### 1.2.B EL «MODELO DEMOCRÁTICO» COMO MODELO DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA

Nuestro autor rechazaba la utilización de criterios morales (extrajurídicos) cuando se desenvolvía en el terreno de la Teoría del Derecho positivista. En cambio, nos dice: «estos problemas desaparecen cuando nos movemos en el ámbito de la Teoría de la Justicia» (pág. 146). Resultaría difícil entender, de no conocer las limitaciones de la naturaleza humana, que una misma persona defendiese a la vez dos cosas distintas sobre una misma realidad por el mero hecho de hacer pasar su mirada por prismas distintos: la Teoría del Derecho y la Teoría de la Justicia. Los ojos que miran siguen siendo los mismos, sin embargo los instrumentos que utilizamos nos hacen ver realidades distintas. No han dejado de existir pensadores que se propusieron acabar con esta tan kantiana contradicción, ofreciéndonos distintas versiones de la (verdadera) *cosa en sí*. El fracaso, cuando no la soberbia o la incomprensión, ha sido el resultado más normal para estos intentos, aunque todavía tiene presencia entre nosotros la solución idealista hegeliana a la *cosa en sí*. Pero el siglo XX nos ha conducido por otros derroteros. Ya sea debido a la recuperación formalista de Kant desde principios de siglo, ya por la constatación del pluralismo epistemológico y axiológico, hoy solemos movernos entre la perspectiva del observador (del ser) social y la perspectiva del participante en un proyecto de (deber ser) social. Es el precio que pagamos por ser contemporáneos, es decir, por no saltar por encima de nuestro tiempo.

Hecho el anterior excursus, nos encontramos en la Teoría de la Justicia con un firme posicionamiento finalista y moral por parte de Rafael de Asís, posición que le resultaba imposible abordar desde la Teoría del Derecho. A quien, como él, tiene gusto por los modelos de Estado de Derecho, se le ofrecían varias posibilidades de elección de entre las distintas perspectivas prescriptivas de Estado de Derecho, eligiendo el «modelo democrático».

co» de Jürgen Habermas, con algunas matizaciones, como su opción propia de Teoría de la Justicia. Recordando el modelo democrático de Habermas, éste se nos presentaba como un modelo procedimental de análisis del Derecho, con la sola salvedad material del respeto a la autonomía de los individuos. Parece congruente que un positivista (formalista) en la Teoría del Derecho se decantara por un modelo procedimental en su Teoría de la Justicia. Sin embargo, las matizaciones al modelo de Habermas que Rafael de Asís pone como condiciones para su aceptación tienen una doble naturaleza. Una de ellas es claramente una *matización de contenido* o, si se quiere, una *matización decididamente moral*. La otra, por el contrario, sigue incidiendo en el problema formal de la competencia jurídica. Veamos.

En cuanto a la *matización moral*, Rafael de Asís impone un límite al modelo procedimental habermasiano de Estado de Derecho, consistente en la salvaguarda respecto de la intromisión de la autonomía pública democrática de un contenido mínimo para la autonomía moral individual, entendiéndola como un marco moral en el que destaca la garantía de satisfacción de necesidades básicas (pág. 148). En este sentido, el modelo democrático se emparentaría con algunos rasgos del modelo exigente.

Por lo que se refiere a la *matización formal* al modelo democrático, se trata de la exigencia de Habermas de que las normas del Estado de Derecho sean el resultado del procedimiento democrático, apelando Habermas decididamente por la opinión pública libre, institucional o cuasi-institucional, como último referente de legitimidad para la creación y aplicación del Derecho (legítimo), no obstante la legitimidad de los poderes públicos. En su lugar, Rafael de Asís, prefiere tomar como referente a los propios poderes públicos democráticos competentes en la creación y aplicación del Derecho. Esta preferencia se determina en: la prevalencia del Parlamento dentro de los poderes del Estado, por su mayor legitimidad democrática; un Tribunal Constitucional menos judicial y más cercano al Parlamento; y asumir como criterio para la creación y aplicación de las normas el referente básico de que las decisiones tomadas «serán posiblemente aceptadas por la comunidad» (págs. 150-151). Se trata, como puede comprobarse, de un tratamiento más jurídico y menos sociológico que el de Habermas de los «problemas» de interconexión entre Democracia y Derecho.



## 2. EL DILEMA DE LOS MODELOS EN LAS CIENCIAS SOCIALES

Continuando con la exposición del libro de Rafael de Asís, en éste se ha utilizado el término «modelo» expresando, al menos, dos significados distintos<sup>17</sup>: a) *modelo entendido como categoría descriptiva*, en cuanto el modelo intentaba describir una realidad o la posición de algún autor; b) *modelo entendido como categoría prescriptiva*, con varias acepciones: 1. modelo que nos dice cómo debe entenderse algo; 2. modelo considerado como construcción meramente artificial.

A partir de estas distinciones, el Estado de Derecho restringido pertenecía a la categoría descriptiva y el resto de modelos a la prescriptiva, con la siguiente matización: los cinco modelos operativos de Teoría de la Justicia nos decían cómo debe ser el Estado de Derecho; los cuatro modelos no operativos rechazados serían meras construcciones artificiales. Pues bien, tenemos ahora interés por dos cosas: una, reflexionar sobre el uso de los modelos en la Ciencia social y la Filosofía jurídica en particular. Dos, examinar brevemente las razones por las cuales los llamados modelos no operativos de Estado de Derecho han sido rechazados: el Estado del irracionalismo jurídico; el Estado socialista-comunista; el Estado de Derecho histórico y, por último, el Estado democrático social (pero no protector de los derechos individuales).

### 2.1 Los modelos en las Ciencias sociales y la Filosofía jurídica

El principal problema que hay que abordar en la teoría de los modelos es el de la posibilidad o no de modelos descriptivos en las Ciencias sociales. La reflexión sobre este problema no es algo que echemos en falta en el libro de Rafael de Asís, él mismo fue consciente de que su modelo descriptivo (modelo restringido) contenía una opción valorativa, aunque sostuviera a la vez que era la mejor forma de describir conceptualmente al Estado de Derecho. Esta contradicción que se asume, encierra dentro de sí los límites de la pureza descriptiva en las Ciencias sociales. Al menos desde Max Weber sabemos que los juicios de valor del investigador intervienen en la investigación realizada, de igual manera que la libertad de elección moral intervie-

---

<sup>17</sup> Rafael DE ASÍS, en una nota en la página 113 de su libro, comenta que la teoría de los modelos que le ha orientado ha sido la de E. Di Robilant.

ne en la acción práctica. Pero, considerando ahora tan sólo la labor teórica del investigador, se admite que el investigador elige aquellos datos de la realidad desde su propio juicio de relevancia. En este punto la libertad de elección del investigador es determinante, siendo cualquier opción valorativa, en su origen, tan «irracional» como otra cualquiera. Así que la cuestión referida a *por qué* se da relevancia a algo y se desvalora otros datos es aquí intrascendente, salvo que partamos de un parámetro pre-electivo desde el que enjuiciar las opciones tomadas, posibilidad que rechaza Max Weber<sup>18</sup>.

Desde la Sociología Comprensiva de la acción social weberiana, los motivos por los que las acciones valen para los individuos son plurales (politeísmo de los valores) y no hay un sentido o motivo jerárquicamente

---

<sup>18</sup> Uno de los autores que mejor ha estudiado los problemas de la «teoría del conocimiento» de Max WEBER es Jürgen HABERMAS. Siguiendo su trayectoria crítica que va «de Hegel a Kant a través de Marx», Habermas ha procedido a la recuperación en la teoría del conocimiento de la tradición crítica, kantiana y marxista a la vez. En la obra, *Conocimiento e interés* (Madrid, Taurus, 1986, traducción de Manuel Jiménez, José F. Ivars y Luis Martín Santos), Habermas inicia la recuperación de Kant desde la crítica pública y comunicativa del conocimiento, rechazando al «sujeto aislado» de Kant como portador del criticismo cognoscitivo. Es a partir de esta recuperación pública y comunicativa de la teoría crítica del conocimiento kantiana desde donde Habermas emprende una doble tarea. *Por un lado*, la tarea crítica del Positivismo, ya sea el objetivismo filosófico de Hegel, la Sociología Positivista de Comte o sus derivaciones en Marx, al que considera un agotamiento ilustrado de la «dialéctica de la Ilustración» propuesta por los mayores de la Escuela de Frankfurt, Horkheimer y Adorno. *Por otro lado*, Habermas se muestra también crítico con las «negaciones de la razón ilustrada» de todo el pensamiento posnietzscheano e intuicionista, cuya práctica consiste en una recuperación irracionalista del criticismo kantiano como crítica al Positivismo decimonónico. Es dentro de esta segunda tarea crítica donde se encuadra la lectura de Max Weber hecha por Habermas en su obra, *Teoría de la acción comunicativa I-II* (Madrid, Taurus, 1987, traducción de Manuel Jiménez Redondo). Para Habermas, el irracionalismo de los valores de Max Weber, y del posterior funcionalismo sociológico, determina una pérdida del sentido vinculante y generalizador de la razón práctica del actor individual, para el caso del funcionalismo en favor del predominio de la «razón técnico-instrumental» ajena al mundo de los valores, por lo que para recuperar el universalismo ilustrado, el autor frankfurtiano realiza el giro lingüístico consistente en la sustitución de la razón práctica (privada) por la razón comunicativa (pública). A partir de este cambio de sede de «la razón», Habermas puede rechazar el nihilismo presente en el «pluralismo de los valores» weberiano, de marcada naturaleza subjetivista y sin posible anclaje en valores generales o públicos que no sea la objetividad de la razón técnico-instrumental, proponiendo el debate público de las ideas como único lugar en el que cobra sentido la obtención de juicios de relevancia general, es decir, juicios comunicativos universales y, por lo tanto, ilustrados. Desde esta perspectiva, en su obra, *Facticidad y validez* (1994), Habermas continúa apostando por los «valores generalizables», y por ello escoge la fuerza vinculante del Derecho positivo como lugar privilegiado para la razón comunicativa democrática, siempre que el Derecho sea comprendido como la forma institucional de la razón comunicativa abierta a la renovación de los mejores argumentos. Así, dice Habermas: «Propongo considerar al Derecho como el medio a través del cual el poder comunicativo se transforma en poder administrativo» (HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 217). Una valoración negativa de la crítica de Habermas a la teoría weberiana de los valores puede verse en; Yolanda RUANO DE LA FUENTE, *Racionalidad y conciencia trágica. La Modernidad según Max Weber*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 35 y ss.

superior a otro. Tanto la «acción racional estratégica con relación a fines», como la «acción racional de acuerdo a valores» y la «acción expresiva-irracional»<sup>19</sup>, presentan una misma imputación subjetiva no sometida a legalidad alguna, sino que se asumen desde la constatación de que ése es el sentido que cada cual quiere darle a su acción<sup>20</sup>. Al desligar el mundo de los valores de cualquier legalidad, Weber ha hecho a la vez otra cosa: ha *desencantado* la pretendida legalidad objetiva de la realidad social (*Entzauberung*). La realidad social tampoco puede contener leyes objetivas cuya legalidad tendría que reproducir el investigador. Ésta es la crítica que Weber, asumiendo planteamientos neokantianos, hace al Positivismo decimonónico desde su teoría del pluralismo de los valores. Para Weber, describir la realidad es a la vez prescribir o valorar algo sobre ella (*Wertbeziehung*).

Ahora bien, no obstante la continua presencia de los juicios de valor en la investigación social, Weber subraya que no todas las acciones o actos de conocimiento guardan una misma relación con la realidad social, entendida ahora como hábitat o *mundo de la vida* (ya no como realidad sometida a una legalidad objetiva), ni tampoco producen los mismos efectos sobre ella. Únicamente la «acción racional estratégica con relación a fines» (*Zweckrationales Handeln*) produce un dominio de la realidad que es conscientemente racional, en cuanto pretende abiertamente la racionalización (sistematización, ordenación, formalización, etc.) de la realidad social. En cuanto a «la acción racional de acuerdo a valores», puede alejarse o acercarse a la racionalización social dependiendo de que los valores sobre los que se apoya, aleatoriamente, produzcan efectos en el sentido de la racional-

---

<sup>19</sup> Max Weber incluye un cuarto tipo de acción social, «la acción tradicional» (Max WEBER, *Economía y Sociedad, I*, México, FCE, 1984, p. 16. Traducción de J. M. Echevarría, J. Roura Parella, E. Imaz, E. García Maynez y J. Ferrater Mora), pero este tipo de acción se confunde la mayoría de las veces con la «acción racional de acuerdo a valores» y está contenida en ella, como también en ocasiones esta misma acción contiene la «acción expresiva-irracional», que en esencia no es otra cosa que una exaltación de los contenidos de los valores. *Vid.*, Yolanda RUANO, *Racionalidad y conciencia trágica*, pp. 78-88.

<sup>20</sup> En su obra, *Economía y Sociedad*, al abordar los «conceptos sociológicos fundamentales», define Weber el concepto de *sentido de la acción*: «Por «sentido» entendemos el sentido mentado y subjetivo de los sujetos de la acción... En modo alguno se trata de un sentido "objetivamente justo" o un sentido "verdadero" metafísicamente fundado» (Max WEBER, *Economía y Sociedad, I*, p. 6). Sobre este mismo problema del «sentido de la acción» en Weber, Yolanda Ruano nos dice: «No hay, en definitiva, una racionalidad material sustantiva última. La racionalidad valorativa sólo será enjuiciable en función de la consistencia y vinculación subjetiva de los valores para ordenar sistemática y unitariamente la conducta» (Yolanda RUANO, *Racionalidad y conciencia trágica*, p. 101).

lización social (v. gr. la relación weberiana entre la ética protestante y el «espíritu del capitalismo»). Por lo que hace a la «acción expresiva-irracional», el dominio racional de la realidad es despreciado en aras de algún ideal de dominio absoluto del mundo de la vida<sup>21</sup>. A partir de los efectos de racionalización social que producen las distintas acciones, Weber elaboró una tipología de formas de legitimación social del Poder presentes en nuestra sociedad, y con distintos efectos sobre ella: tipos de legitimación racional-capitalista, tradicional y carismática. Cada uno de estos «tipos ideales» de legitimación se basan en criterios distintos, pero únicamente el tipo de legitimación racional-capitalista asume el principio formal-legal como principio de legitimación del Poder. Los otros tipos acuden a principios materiales poco o nada formalizables, tradicionales o irracionales, desde donde legitiman al Poder<sup>22</sup>.

En la misma época de comienzos del siglo XX, e incluso antes que Max Weber<sup>23</sup>, el iuspublicista alemán Georg Jellinek distinguía para el estudio del Estado entre *tipos ideales* y *tipos empíricos*: «El “tipo empírico” –dice Jellinek– se diferencia fundamentalmente del “tipo ideal” en que de él no surge la exigencia de expresar un ser objetivo que trascienda de la experiencia; significa tan sólo la unificación de notas entre fenómenos, uni-

---

<sup>21</sup> Hay que aclarar que, para Weber una cosa es que la investigación social siempre parta desde los «juicios de valor» del sujeto investigador, y otra distinta que el conocimiento social sea visto por Weber como un mero conjunto de opiniones sin posibilidad de obtener un conocimiento mínimamente objetivo de la realidad. En los trabajos de WEBER publicados en España bajo el título, *El problema de la irracionalidad en las Ciencias sociales* (Madrid, Tecnos, 1985, traducción de Lioba Simón y José M. García Blanco), éste reivindica abiertamente un tipo de conocimiento objetivo para las Ciencias sociales frente al subjetivismo cognoscitivo de determinados investigadores alemanes de su época, Roscher y Knies, quienes afirmaban la trascendencia incalculable de los factores subjetivos y creativos en la Historia. Frente a estos planteamientos, Weber pide al investigador un gesto de humildad científica, declarando sus puntos de partida en la valoración de la realidad y, de esta forma, iniciar una aproximación al conocimiento parcial, pero ya objetivo, de la realidad social (*Wertfreiheit*). Como ha señalado María José Fariñas: «(para Weber) las ciencias histórico-sociales nunca podrán pretender un conocimiento total de la realidad, sino que ésta es abordada desde puntos de vista concretos y diferentes que suministran solamente un conocimiento parcial de la realidad cultural» (M. J. FARIÑAS, *La sociología del Derecho de Max Weber*, Civitas, Madrid, 1991, p. 131).

<sup>22</sup> Para un examen de los «tipos de legitimación» y su posible relación con los tipos de acción social, vid. M. J. FARIÑAS, *La Sociología del Derecho de Max Weber*, pp. 374-390. Un clásico en el estudio de estos temas weberianos es: Norberto BOBBIO, *Estudios de Historia de la Filosofía. De Hobbes a Gramsci*, Madrid, Ed. Debate, 1985, pp. 257-285. Estudio preliminar y traducción de A. Ruiz Miguel.

<sup>23</sup> Al parecer Max Weber debería a su amigo Georg Jellinek la idea de la tipología de las formas de legitimación del Poder, así como la distinción entre «sociología del Estado» y «teoría jurídica del Estado». Sobre esta relación Weber-Jellinek, vid., M. J. FARIÑAS, *La Sociología del Derecho de Max Weber*, pp. 73-78.



ficación que depende del punto de vista que adopte el investigador»<sup>24</sup>. Dentro de los tipos empíricos, los subdividía entre: «tipo empírico permanente» y «tipos empíricos evolutivos»<sup>25</sup>. Pertenecía a la Doctrina Jurídica del Estado el estudio del tipo empírico permanente mediante el método jurídico: «Sólo es posible una ciencia política –añade Jellinek–, una doctrina de las formas racionales de los fenómenos relativos al Estado, en cuanto en la variabilidad de la vida de éste hay algo que permanece»<sup>26</sup>. A la Doctrina Social del Estado, por su parte, corresponde el análisis del tipo evolutivo o tipos evolutivos: «mediante los métodos que usan las ciencias históricas y sociales»<sup>27</sup>. Por el contrario, Jellinek rechazaba un uso científico del «tipo ideal», dado que no era posible entender al Estado como portador de una finalidad objetiva (búsqueda de la sociedad perfecta, *v.gr.*)<sup>28</sup>, todo lo cual llevaba aparejado que los tipos empíricos se formaban siempre desde un «juicio de valor» sobre la realidad estatal.

Lo que sucederá en la teoría de los tipos o modelos sociales a partir de las aportaciones teóricas de Weber y Jellinek tiene que ver con la experiencia fundamental del siglo XX: la democracia de masas que, con el sufragio universal, permitía a todos los sujetos y juicios de valor el acceso a la vida pública y que, principalmente, hará replantearse cuál será la función de la Economía y el Derecho ante esta nueva realidad.

En efecto, la racionalidad económica y la administración legal-racional del Estado habían sido señaladas por Max Weber como los dos ámbitos de expresión de la «acción racional estratégica», la única que establece los medios adecuados para conseguir los fines previamente elegidos, es decir, precisamente el núcleo de la racionalidad moderna conscientemente desencantada de cualquier valor objetivo o fin social último. Todo ello a cambio de ir consiguiendo un dominio racional cada vez mayor del mundo de la

<sup>24</sup> Georg JELLINEK, *Teoría General del Estado I-II*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1914, traducción de la segunda edición alemana por don Fernando de los Ríos Urruti, tomo I, p. 46.

<sup>25</sup> «La Doctrina del Estado necesita, pues, buscar y hallar en los fenómenos de la vida del Estado dos clases de “tipos”, uno el evolutivo y otro el permanente» (G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, I, p. 50).

<sup>26</sup> G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, I, p. 52.

<sup>27</sup> G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, I, p. 53.

<sup>28</sup> «Este “tipo ideal” tiene un valor esencialmente teleológico. Es el *telos* que pugna por traer a la realidad todas las cosas, todos los fenómenos humanos; no es algo que es, sino que debe ser, y por esto es al mismo tiempo medida de valor de lo dado; lo que le es conforme es bueno y tiene sólo por ello el derecho a existir y a extenderse, y lo que no concuerda con él debe ser rechazado y superado» (G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, I, p. 44).

vida. Pero el racionalismo económico y el jurídico no se encontraban a comienzos del siglo XX en un mismo nivel de desarrollo. Si bien desde la Economía política clásica (Adam Smith, David Ricardo) la Ciencia económica se había ocupado de un único modelo de individuo, desprovisto de cualquier juicio de valor que no fuera el interés egoísta que pone en relación la elección de objetivos y medios para conseguirlos (*homo oeconomicus*), el mundo jurídico no estaba tan pacificado. El *homo juridicus* no contenía un único juicio de valor ni era, por lo tanto, tan universalmente aceptado como el *homo oeconomicus*.

La Economía, sobre todo después de la revolución marginalista de finales del XIX y la introducción del aparato matemático, había logrado independizarse del juego de los valores, es decir, había logrado independizarse de la Democracia. Esta independencia respecto del juego de los valores no significa la ausencia de todo valor en el mundo económico, sino la elección de un único juicio de valor como el económicamente respetable: la valoración egoísta y estratégica del «*homo oeconomicus*». De ahí que si definimos la Democracia como el juego de los distintos valores, se puede considerar que la Economía se independiza de la Democracia al escoger en régimen de monopolio un único juicio de valor. Cosa distinta ocurría en la Ciencia jurídica donde las disputas teóricas eran fuertes.

En efecto, a comienzos del siglo XX, durante la época de la República de Weimar, coincidiendo con la primera vez en que Alemania disfruta de una plena democracia, los grandes juristas de la época van a disputar sobre la naturaleza de la Ciencia jurídica desde posiciones enfrentadas. Si la Economía había logrado independizarse del juego de los valores democráticos, el Derecho se situaba en el centro de las disputas sobre la Democracia. A la Ciencia jurídica se le exigía teorizar el Derecho y el Estado de tal manera que se diera cabida a todos los juicios de valor (a todos los sujetos), pero sin primar a ninguno en particular. El modelo de Estado de Derecho por el que se estaba apostando era más artificial aún que el modelo hobbesiano de Estado que había venido utilizándose desde los siglos XVI y XVII hasta el XIX: *el Estado como persona*<sup>29</sup>. Por donde se iba era por otro camino: por

---

<sup>29</sup> La idea del Estado como «persona independiente y soberana» está en la base de la doctrina de la «Razón de Estado», desde Maquiavelo, Bodino y Hobbes hasta sus últimos efectos en el constitucionalismo del siglo XIX: «La doctrina de la “razón de Estado” que, de hecho, es meramente una forma específica de racionalidad que coloca las exigencias organizativas por encima de cualquier código moral» (C. J. FRIEDRICH, *Gobierno Constitucional y Democracia*, CEC, Madrid, 1979, p. 64). En Bodino asistimos a la separación del «poder civil» respecto del «poder público soberano»,

la *despersonalización total del Estado*<sup>30</sup>. Encontraría así el Estado su máxima autonomía (jurídica) respecto de la sociedad, autonomía que no había conseguido de manera plena durante el siglo XIX, porque la realidad era distinta: *primero*, porque el Estado decimonónico se legitimaba tan sólo en una parte de la sociedad (sufragio censatario), ignorando la mayor parte de la sociedad respecto de la cual no se planteaba una relación de autonomía, lo cual le hubiera supuesto un mayor grado de abstracción jurídica<sup>31</sup>; *segundo*, porque la autonomía del Estado decimonónico no era una autonomía pensada en términos estrictamente jurídicos, sino una autonomía negativa impuesta por las necesidades del sistema económico que sí se entendía claramente autónomo. Esta situación se traducía en la imagen de, por un lado, un Estado abstencionista en el terreno económico (*Laissez faire, Laissez passer*) y, por otro lado, un Estado fuerte en el uso de la coacción extra-económica: represión e ignorancia de libertades; Estado policía, etc.

Sabemos que fue Hans Kelsen, dentro del ambiente intelectual de la República de Weimar, quien dio al Estado de Derecho el mayor grado de abstracción y despersonalización. Sabemos que para hacerlo tuvo que «despersonalizar» también a la teoría jurídica del Estado, librándola de cualquier relación con elementos subjetivos o sustantivos, ya sean morales, políticos, psicológicos o económicos<sup>32</sup>. El grado extremo de formalización y abstracción al que sometió Kelsen a la vieja teoría jurídica del Estado le

---

todavía mezclados de acuerdo con el aristotelismo imperante en el siglo XVI. Con Gerber, ya en el siglo XIX, el Estado es concebido todavía como una «persona jurídica con capacidad de querer y obrar» (Felice BATAGLIA, *Estudios de Teoría del Estado*, Madrid, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1966, p. 84. Traducción de Elías Díaz y Pedro de Vega). La tesis de la permanencia del hobbsonianismo en la teoría del Estado es mantenida por Bobbio, *vid.* N. BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 1989.

<sup>30</sup> Según Ernst Forsthoff, la despersonalización del Estado habría comenzado ya en el siglo XIX con Laband y Jellinek: «En la obra de Jellinek, que tan bien representa el período a caballo entre los dos siglos, no se habla ya de la virtud del Estado. Como mera teoría institucional y funcional del Estado, la moderna teoría del Estado no se hace cargo del hombre, abandonándolo al teólogo, al sociólogo, al psicólogo o al estudioso de la moral. La teoría del Estado se ha transformado en una teoría del Estado sin virtud» (E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 12).

<sup>31</sup> Nos referimos a la crítica de Kelsen a la Ciencia jurídica decimonónica que todavía concibe al Estado desde el sincretismo metodológico que reúne moral, política, sociología y derecho (H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1993, p. 15. Traducción de Roberto J. Vernengo). En 1911, en la primera gran obra de KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* (México, Ed. Porrúa, 1987), ya realiza esta misma crítica al pensamiento jurídico decimonónico.

<sup>32</sup> El joven Luis Legaz Lacambra veía así el mérito de Kelsen: «Kelsen tiene el mérito de haber logrado descartar la idea de un Estado concebido como una cosa sustancial separado del Derecho» (L. LEGAZ, *Estudio crítico de la Teoría Pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Bosch, Barcelona, 1933, p. 277).



llevó a formular una propuesta de Estado de Derecho autónoma respecto de los valores de cualquier tipo de sociedad, democrática o no, actual, pasada o futura<sup>33</sup>. Esta pretensión de universalidad y a-historicidad de la teoría pura del Derecho kelseniana se gestó paralelamente a la proliferación de teorías empíricas y sustantivas sobre el Estado de Derecho: la teoría sociológica y democrática de Hermann Heller<sup>34</sup>; la teoría liberal corporativa de Rudolf Smend<sup>35</sup>; la teoría decisionista del Estado de Carl Schmitt<sup>36</sup>; etc. Todas estas teorías, cada una desde presupuestos distintos, rechazaban el formalismo kelseniano, lo que acrecentó la distancia entre la teoría pura del Derecho respecto de las teorías empíricas o sustantivas del Derecho y del Estado, por lo que la teoría pura del Derecho encontraba un difícil encaje en la teoría de los modelos del pensamiento jurídico.

## 2.2 La Ciencia jurídica y los límites del Estado de Derecho

Para la Ciencia jurídica del siglo XX, al menos la que se considera como tal en el Derecho continental europeo, la teoría jurídica kelseniana

---

<sup>33</sup> El Profesor Albert Calsamiglia, en su estudio preliminar de la obra de Kelsen, *¿Qué es Justicia?* (Ariel, Barcelona, 1992, a cargo de A. Calsamiglia), en la que Kelsen se define como defensor de los valores de la Democracia (p. 63), el Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra plantea algunos de los problemas que contiene la «pureza metodológica» de la teoría kelseniana: «Si tuviéramos que hacer caso de lo que dicen los críticos de Kelsen, deberíamos llegar a la conclusión de que la “Teoría Pura del Derecho” ha conseguido su objetivo de ser independiente de cualquier poder y de la ideología, ya que ha sido acusada de defender ideales anarquistas, liberales, socialistas y totalitarios» (A. CALSAMIGLIA, «Estudio Preliminar», p. 9).

<sup>34</sup> La definición del Estado que daba H. Heller era distinta de la kelseniana: «La formación social que se llama Estado debe diferenciarse tajantemente, no sólo desde el punto de vista objetivo, sino, además, metodológico, de toda estructura de sentido. El Estado no es espíritu objetivo y quien intente objetivarlo frente a su sustancia humana psico-física, verá que no le queda nada en las manos. Pues el Estado no es otra cosa que una forma de vida humano-social, vida en forma y forma que nace de la vida» (Hermann HELLER, *Teoría del Estado*, F.C.E., México, 1985, p. 59. Traducción de L. Tobío).

<sup>35</sup> La teoría de la «Integración» de Rudolf Smend consiste en una teoría constitucional del Estado, organicista y liberal, compuesta de elementos políticos y jurídicos. Sobre R. Smend, *vid.*, Peter BADURA, «Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre», *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre. Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, 16, Duncker und Humblot, Berlin, 1977; Agata C. AMATO, «Lo Stato tra diritto e politica. A partire dall'integrazione di Rudolf Smend», *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXVI, 1989.

<sup>36</sup> Para Schmitt la decisión soberana está por encima de las normas jurídicas, siendo su teoría del Estado una teoría de los «estados de excepción normativa». Sobre el «decisionismo schmittiano» y sus implicaciones con los regímenes políticos totalitarios, *vid.*, José A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989; también, José A. LÓPEZ GARCÍA, «La presencia de Carl Schmitt en España», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 91 (Nueva Época), 1996.





constituye su clave de bóveda imprescindible. Por su parte, Rafael de Asís consideró que su modelo restringido de Estado de Derecho se vinculaba con la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen. Además, tal y como hemos expuesto, la virtualidad del modelo restringido consistía en que era el modelo operativo de Estado de Derecho capaz de resolver la pregunta eje de la teoría del Derecho, es decir, capaz de dar respuesta a la pregunta *qué es el Derecho*. Los restantes modelos operativos no pueden abordar dicho problema, al menos para Rafael de Asís, sin introducir elementos valorativos traídos de sus respectivas posiciones en la teoría de la Justicia.

El problema que queremos dejar solamente esbozado ahora es el siguiente: si para la Ciencia jurídica kelseniana existen límites al Estado de Derecho. Ante esta cuestión, debemos dejar clara ya que la respuesta que encontramos en el libro de Rafael de Asís es afirmativa a la existencia de límites en la teoría pura del Derecho al Estado de Derecho. Recordemos que son cuatro los modelos de Estado que estarían fuera de los límites del Estado de Derecho:

a) El «irracionalismo jurídico», rechazado porque no presenta los rasgos mínimos de lo jurídico (unidad y coherencia del Derecho), ya que el Poder utiliza instrumentalmente las normas jurídicas pero no somete a éstas su actuación (pág. 31).

b) El «Estado de Derecho histórico», definido primero por Kant y posteriormente por los liberales alemanes del siglo XIX. Aquí el rechazo no es tal sino que el modelo es visto como el antecesor de los modelos estricto y/o liberal, pues el individualismo moral que está en la base de este Estado de Derecho histórico; bien se condensa en la idea de «autonomía individual» del modelo estricto; bien se conecta con los «derechos de participación» del modelo liberal (pág. 41). En realidad este modelo funciona como origen arquetípico de los modelos estricto y liberal, por lo que hay que entenderlo realizado en alguno de estos modelos de Estado de Derecho.

c) El caso del «Estado socialista-comunista», es rechazado porque: «es una expresión que normalmente no se utiliza para describir un Estado de Derecho» (pág. 41). Pero la explicación de esta «no utilización» radica en que el Estado socialista-comunista, aun conteniendo los requisitos mínimos de lo jurídico (del Derecho) según lo describe el modelo restringido (y Kelsen), lo que ocurre es que no contempla la libertad individual como requisito, estando protegidos únicamente los derechos sociales (pág. 32).

d) En cuanto a la hipótesis de un «Estado social-democrático (defensor en exclusiva de los derechos sociales)», se distingue del Estado socialista-comunista en que sí contemplaría la libertad individual, al menos en lo que hace a la participación democrática. Rafael de Asís dice que esta hipótesis se rechaza porque: «no ha encontrado una plasmación en la historia, ni tampoco, que yo conozca, en concepción alguna sobre el Estado de Derecho» (pág. 41). La paradoja de este modelo consiste en que los ciudadanos participarían libremente en la creación de un tipo de normas jurídicas que no contemplarían los derechos individuales, sino solamente los derechos sociales. Al no considerarse las discrepancias individuales, la unanimidad del colectivo sería la única realidad jurídicamente reconocida.

Si dejamos de lado el modelo histórico, que se realizará en el modelo estricto o en el liberal como señalábamos antes, podemos considerar que los otros tres modelos tienen en común la *ausencia de libertad*, pues al menos el modelo socialista-comunista y el social-democrático anti-individualista sí que reúnen los requisitos mínimos de «lo jurídico», aunque el modelo del irracionalismo jurídico no los reuniría. Luego, hasta ahora tenemos: a) que los tres modelos rechazados tienen en común el no contemplar a la libertad como presupuesto; b) que los modelos socialista-comunista y social-democrático anti-individualista sí contendrían el mínimo jurídico; c) que el modelo del irracionalismo, ni contempla la libertad como presupuesto ni contiene los requisitos mínimos de lo jurídico, es decir, unidad y coherencia del sistema normativo al que se somete la actuación del Poder. Pero, si hacemos caso a la interpretación de Kelsen del Profesor García Amado, se obtendría que para el caso del irracionalismo jurídico, o para el caso de que se dude de la existencia del Derecho en los otros dos modelos, la respuesta sería afirmativa sobre la presencia de *lo jurídico*: «La eficacia del poder —dice García Amado— se trastoca en juridicidad mediante la necesaria presuposición de la norma fundamental, con lo que siempre será jurídico el dominio del tirano»<sup>37</sup>. Desde esta interpretación de Kelsen, se podría decir que lo que falta en los tres modelos es el requisito de «la libertad», pero que no faltaría el requisito «del Derecho»,

---

<sup>37</sup> Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 204. Hay que completar la cita de García Amado con la siguiente salvedad sobre la existencia de juridicidad: «..., salvo que se trate de una ausencia total de orden, de la pura arbitrariedad sin normas». De todas formas más adelante recogemos de su mano esta salvedad.

dado que para Kelsen, señala García Amado: «la democracia no es condición de validez de las normas jurídicas»<sup>38</sup>.

Nos quedamos, pues, con la ausencia de la libertad como criterio clave para la exclusión de los tres modelos como Estados de Derecho. Pero la libertad es lo básico para la existencia de cualquier *norma* y, por supuesto, para la existencia de la *norma jurídica*: «Se tiene una norma —dice Kelsen—, se puede hablar sensatamente de un “deber” sólo cuando subsiste una posible diferencia entre el contenido del deber y el de la voluntad individual de aquel que está sometido a la norma»<sup>39</sup>. Si no se da esta diferencia entre la norma y la libertad se estaría fuera de los límites del Estado de Derecho. Así, se pueden dar, al menos, tres posibilidades: *a*) la caída en el irracionalismo: «la ausencia total de orden, a) la pura arbitrariedad sin normas»<sup>40</sup>; *b*) caída en el factualismo causal e infinito como única explicación: «la diferencia fundamental —señala Kelsen— entre imputación y causalidad es que existe un punto final para la imputación, pero no para la causalidad»<sup>41</sup>; *c*) caída en el país nebuloso de la utopía de la libertad anárquica y solidaria: «La fe en la posibilidad de una comunidad solidaria —dice Kelsen—, en que todos tienen *una sola* y, por consiguiente, una *buena* voluntad, se funda o en una ignorancia de la naturaleza humana o en la fe en la posibilidad de su cambio radical. El *hombre*: es éste el material con el que debe ser construido también la casa de un futuro ordenamiento social; es el mismo material del que está hecho ya el Estado de hoy y de ayer, y que ciertamente, es a la vez un motivo por el que esta casa deja tanto que desear, aunque no por esto se debe asumir que, con este material, no se podría construir mucho mejor. Sin embargo, el que cree poder construir el

<sup>38</sup> Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, p. 202.

<sup>39</sup> HANS KELSEN, *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo* (1923), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, p. 100. Traducción de Rolf Behrman.

<sup>40</sup> Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, p. 204. Alguien como Carl Schmitt, máximo exponente del decisionismo anti-normativo, podría objetar a esta ecuación entre norma y orden el que realmente desde donde se consigue el orden no es desde la norma sino desde el Poder. En un trabajo de Carl Schmitt en el cual reflexionaba sobre el concepto de Estado de Derecho, éste manifestaba que, a la altura de 1935, los «nuevos» conceptos para definir al Estado (*Rechtswolk, Rechtsbewegung, Rechtsreich*) deberían reemplazar al Estado de Derecho: «Luego, espero que tan sólo se considerará tal concepto (Rechtstaat) como trofeo de una victoria histórico-espiritual sobre el individualismo burgués y su tergiversación del concepto de Derecho» (Carl SCHMITT, «Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat?», *Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft*, 95, 1935, p. 201).

<sup>41</sup> Hans KELSEN, «Causalidad e imputación», contenido en: *¿Qué es Justicia?*, Barcelona, Ariel, 1992, p. 232.

palacio del futuro con otro material, el que funda su esperanza en una naturaleza diversa de aquella que conocemos, debe terminar sin salvación en el país nebuloso de la *utopía*»<sup>42</sup>.

Desde la breve exposición de la Ciencia jurídica kelseniana que hemos hecho, es posible afirmar con Rafael de Asís que sí existen límites al Estado de Derecho dentro del positivismo y aplicando el modelo restringido de Estado de Derecho. Parafraseando uno de los textos de Kelsen citados, podríamos decir que hay «un punto final» para el Estado de Derecho sobrepasado el cual se cae en algunas de esas tres experiencias sociales extremas e imposibles para el Derecho, las cuales nos causan, por su lado negativo, algún tipo de vértigo, pero que, a la vez, y por su lado positivo, nos reafirman en nuestra fe en el Derecho<sup>43</sup>. Ahora bien, aceptando estos límites para la Ciencia jurídica kelseniana, que haría de Kelsen tal y como él quería un defensor de la democracia (formal), se impone plantear una interrogante sobre toda la teoría pura del Derecho: entre estos límites extremos al Estado de Derecho y la Democracia como modelo de Estado de Derecho, Kelsen admitiría como Estados de Derecho también a los totalitarismos<sup>44</sup>.

Nos encontramos con que la teoría pura convalidaría como Estados de Derecho a formas estatales no democráticas. Cosa aparte es el papel, a

---

<sup>42</sup> HANS KELSEN, *Socialismo y Estado*, pp. 152-153. Subrayados de Kelsen.

<sup>43</sup> Que en la experiencia social la fe en el Derecho es un factor importante lo explica admirablemente el Profesor García Amado: «Ahí radica, creemos un elemento clave para la comprensión de Kelsen y de su norma fundamental: ésta sólo tiene sentido como presupuesto compartido, como esquema social de interpretación. Es expresión simbólica o figurada de una fe socialmente compartida en la juridicidad (esto es, objetividad y obligatoriedad) del orden que se tilda de jurídico; es manifestación del carácter social de un esquema de interpretación de ciertos fenómenos sociales que, al ser así interpretados y autonomizados como realidad específica cuya existencia última descansa en elementos espirituales o intelectuales, en ese imaginario común. Cuando el científico del Derecho kelseniano da por sentado que tras el ordenamiento eficaz se supone la norma fundamental, no estaría diciendo sino que esa eficacia del ordenamiento como soberano rector de la convivencia se apoya en una fe compartida en su especialidad, especificidad y unidad, fe sin la que esas notas no se dan, como no se dan, esta vez en el esquema meramente epistemológico, sin el presupuesto de la norma fundamental» (Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Kelsen y la norma fundamental*, pp. 54-55).

<sup>44</sup> Se trata, sea pertinente o impertinente, de replantear la línea de crítica a Kelsen conocida como la «*reductio ad hitlerum*». Esta línea de crítica iría desde la época de Weimar hasta hoy. En Weimar, el mismo Hermann Heller sembraba dudas sobre el formalismo jurídico: «Puede que la teoría formalista normológica del Estado no incurra nunca en contradicciones, pero políticamente será siempre, quizá involuntariamente, el auxiliar más eficaz de la dictadura» (H.HELLER, «Europa y el fascismo», contenido en: *Escritos políticos*, Alianza editorial, Madrid, 1985, p. 75. Versión española de S. Gómez de Arteche). En la España franquista, el iusfilósofo español Luis Legaz Lacambra intentó conciliar (sic) la teoría pura del Derecho con el pensamiento político de José Antonio Primo de Rivera (Luis LEGAZ LACAMBRA, «La teoría pura del Derecho y el pensamiento político de José



veces principal, del iusnaturalismo en todo este asunto de legitimación de Estados no democráticos. Pero para el positivismo kelseniano, la razón de tal convalidación, cuya explicación no podemos pormenorizar aquí, estaría en las exigencias del propio objeto de estudio de la teoría pura del Derecho: el derecho positivo. Y es que resulta difícil para Kelsen no explicar jurídicamente a un Estado positivo, histórico, como el Estado totalitario, que ha demostrado positivamente su eficacia histórica. La paradoja que estos tipos de Estado plantean a la teoría pura del Derecho es la siguiente: hasta qué punto la existencia histórico-positiva de estos Estados se deja incluir dentro de los límites de la Ciencia jurídica, cuyo objeto de análisis es el derecho positivo. Pues si estos Estados no se incluyeran dentro del Estado de Derecho kelseniano, su existencia habría sido la de Estados históricos, es decir, positivos, pero no vertebrados por el Derecho. Esta posibilidad afectaría al núcleo de la teoría pura del Derecho, ya que: una cosa es plantear hipótesis no positivas como límites al Estado de Derecho, v.gr; el irracionalismo sin normas o el anarquismo utópico de la libertad, y otra distinta es dejar sin explicación jurídica a Estados históricamente existentes. Esto último, según creo, no puede aceptarlo «el Kelsen» científico del Derecho, aunque repugne «al Kelsen» defensor de la Democracia.

### 3. PARA UN CONSENSO SOBRE LOS MODELOS DE ESTADO DE DERECHO

Problemas, por lo tanto, en los límites del Estado de Derecho cuya complejidad no podemos sino aceptar en este apartado en el que se intenta plantear un consenso alrededor de la idea de Estado de Derecho. Desde estos presupuestos, los seis modelos operativos de Estado de Derecho han de entrar en juego, pero con algunas limitaciones que haremos desde nuestra perspectiva particular de teoría de la Justicia. Esta perspectiva puede quedar enunciada de manera general en la siguiente afirmación del Profe-

---

Antonio Primo de Rivera», contenido en: *Horizontes del pensamiento jurídico*, Bosch, Barcelona, 1946, pp. 304 y siguientes). Más recientemente, Alessandro Baratta: «Para Kelsen, desde un punto de vista meramente formal, todo Estado en cuanto tal (y, por tanto, toda la gama, muchas veces trágica, de variedades que en la época moderna ha asumido el moderno Leviatán) es —en cuanto ordenamiento jurídico— Estado de Derecho» (A. BARATTA, «El Estado de Derecho. Historia de un concepto y problemática actual», *Revista Sistema*, núms.17-18, 1977, p. 13).

sor Elías Díaz: «no todo Estado merece ser reconocido con este, sin duda, prestigioso rótulo cualificativo y legitimador que es –además de descriptivo– el Estado de Derecho: un Estado con Derecho (todos o casi todos) no es, sin más, un Estado de Derecho (sólo algunos)»<sup>45</sup>. Esta constatación nos lleva a hacer las siguientes consideraciones sobre los modelos de Estado de Derecho:

1. *El modelo restringido*: sobre este modelo planean las mismas observaciones hechas anteriormente al formalismo jurídico kelseniano. Establece un límite para el Derecho y el Estado de Derecho que se mantiene en la ambigüedad, pero cuya formulación la consideramos de utilidad básica a la hora de la descripción del resto de los modelos. Podemos decir que «en sí mismo» no es un modelo sino la observación que permite analizar los otros modelos, no obstante la posibilidad de que pueda utilizarse para describir jurídicamente otros tipos de Estado que aquí, en la teoría de la Justicia, no calificamos como Estados de Derecho. Desde estas premisas, el modelo restringido se entenderá tácitamente operante en los modelos de Estado de Derecho que sí escogeremos como objeto de consenso.

2. *El modelo estricto*: será descartado del consenso como posible modelo de Estado de Derecho. La razón estriba en que lo vemos como un modelo importado desde la Ciencia e ideología económica y, en cuanto modelo no-jurídico, prescinde de cualquier idea de autonomía del Derecho, considerando al Derecho como un instrumento más de la Economía.

3. *Los modelos garantista y democrático*: no serán considerados como modelos de Estado de Derecho sino como modelos de autor, Ferrajoli y Habermas. En líneas generales, tanto la teoría de Habermas como la de Ferrajoli, son en realidad variantes de autor de un modelo en particular: el llamado modelo exigente de Estado de Derecho.

4. *Los modelos liberal y exigente*: después de las anteriores matizaciones, creemos que se obtendría un «consenso superpuesto»<sup>46</sup> respecto de los modelos liberal y exigente de Estado de Derecho. Advertimos desde

---

<sup>45</sup> Elías DÍAZ, «Derechos humanos y Estado de Derecho», contenido en: José Antonio López García y J. Alberto del Real (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson-Universidad de Jaén, Madrid, 2000, p. 125.

<sup>46</sup> La idea del «consenso superpuesto» o «consenso por superposición» está recogida en la obra de John Rawls como mecanismo para el acuerdo entre las distintas «Doctrinas Comprensivas Razonables» existentes en la sociedad. Aquí utilizamos la idea de Rawls sin considerar que la base del consenso sean «ciertas ideas intuitivas fundamentales que se consideran latentes en la cultura política pública de una sociedad democrática», tal y como él plantea, puesto que Rawls aclara que dichas ideas



ahora que a este último modelo, en adelante, preferimos llamarlo «modelo o paradigma social». Este consenso superpuesto consiste en el reconocimiento de un ámbito de acuerdo, conjuntamente, con otro ámbito (superpuesto) de desacuerdo entre estas dos formas «enfrentadas» de entender el Estado de Derecho. Además, aquí se considerará que ninguno de estos dos modelos puede atribuirse en exclusiva a un autor en particular, por lo que trataremos como distintas defensas de uno u otro modelo a las propuestas de autor que analizaremos a continuación. Esta ubicación de varios autores en un mismo modelo se entiende mejor si, en lugar de hablar de modelos, utilizamos la fórmula más actual de «paradigma» debida a Thomas Kuhn<sup>47</sup>. Así, estaríamos planteando la presencia de un «paradigma liberal» y un «paradigma social» de Estado de Derecho, dentro de los cuales cabría encuadrar las distintas posiciones de autor. Luego, si consideramos que el consenso superpuesto se puede conseguir respecto de los paradigmas liberal y social, estamos admitiendo que los rasgos identificadores de estos, ahora ya, paradigmas son los que recoge Rafael De Asís en su caracterización de sus modelos liberal y exigente de Estado de Derecho. En este punto sí que coincidimos plenamente con el Profesor De Asís, por lo que mantendremos para la descripción de los paradigmas liberal y social las características de los modelos liberal y exigente de Estado de Derecho, es decir: «aquel Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, fruto de la participación de los ciudadanos, que protegen derechos individuales y que los limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar parte de un conjunto unitario y coherente» (paradigma liberal). A todo lo cual habría que entender la concreción «protección conjunta de derechos individuales y sociales» cuando nos refiramos al paradigma social.

---

intuitivas conforman la ideología no-comprehensiva propia del «liberalismo político». Aunque la idea de Rawls es muy sugerente, el consenso aquí mencionado versa sobre instituciones e ideas jurídico-políticas expresas, por un lado, y, además, estas instituciones e ideas no tienen una base exclusivamente liberal, según expondremos más adelante. Sobre la idea de John Rawls del «consenso por superposición», *vid.*, John RAWLS, «La idea de un consenso por superposición» (1987), trabajo contenido en: Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo (Directores y coordinadores), *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 63-85, traducción de Juan Carlos Bayón.

<sup>47</sup> Thomas S. KUHN, en el prefacio de 1962 a su conocida obra, *La estructura de las revoluciones científicas* (F.C.E., Madrid, 1987. Traducción de Agustín Contin), define los paradigmas científicos: «como realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica» (p. 13. Versión española)

### **3.1 Las razones de exclusión del modelo estricto de Estado de Derecho**

Hay que aclarar de inicio que este modelo sólo fue objeto de exposición en el libro de Rafael de Asís, por lo que las razones para su exclusión del consenso nada tienen que ver con su consistencia como modelo, sino, tal y como adelantábamos antes, tienen que ver con que no es un modelo jurídico. Recordemos que el modelo estricto supedita la labor del Estado de Derecho (Estado que actúa mediante la separación de poderes, a través de normas principalmente generales, que lo limitan al ser normas emitidas y conocidas y formar parte de un conjunto unitario y coherente) a la defensa de la «autonomía individual», entendida como el valor moral que conectaría al Derecho con la Moral. Pero para comprender este modelo hay que plantear previamente determinadas cuestiones: 1. La valoración de la ausencia del requisito de que el Derecho sea fruto de la participación de los ciudadanos; 2. La distinción básica entre «autonomía individual» y derechos, principalmente los derechos individuales; 3. La alusión en el modelo a la existencia de principios de «justicia natural» (justicia material) frente a los principios de «justicia formal» (justicia jurídico-positiva).

1. Si bien deberíamos comentar el problema de la ausencia de la participación política de los ciudadanos una vez hubiéramos establecido la distinción entre autonomía individual y derechos, podemos aclarar ya que es la ausencia del derecho de participación lo que distingue a este modelo de los otros cuatro modelos prescriptivos; garantista, democrático, liberal y exigente. Es decir, se trata de un modelo que no recoge el principio democrático, lo que lo inhabilitaría de partida para cualquier consenso. Además, precisamente por no recoger el derecho de participación política, no podemos tampoco considerarlo como un modelo de Estado de Derecho, cayendo de esta manera en algunas de las razones de exclusión que se planteaban para el rechazo de los modelos no operativos de Estado de Derecho, aun cuando no cabría esgrimir contra el modelo estricto la razón básica de exclusión de aquellos modelos, dado que el uso instrumental del Derecho por el Estado no se daría en el presente modelo. Pero esta es la paradoja que hay que examinar, consistente en que el modelo estricto es un modelo «no democrático» por una razón propia: porque no es un modelo jurídico de Estado de Derecho, sino que se trata de un modelo que concibe la unidad y coherencia del sistema jurídico desde parámetros importados del sistema económico.



Para justificar la anterior afirmación, hay que empezar recordando que, en la Modernidad, la autonomía del sistema económico se produjo a través de un proceso que desembocó en apartar al *homo oeconomicus* del juego de los valores propio de la Democracia. De esta manera, el único valor con relevancia económica era el del cálculo de utilidad medido desde la autonomía de los agentes económicos, y ningún otro valor iba a ser considerado digno de relevancia por la Economía. Esta «unidad de valoración» que la Ciencia económica había logrado alcanzar, le permitía un grado de certeza y predecibilidad de los comportamientos económicos que, con la adaptación del posterior aparato matemático a finales del siglo XIX, la convertirían en la Ciencia Social por antonomasia. No es de extrañar, por lo tanto, que la Ciencia económica trate de exportar a otros ámbitos de la Sociedad (v.g.; al sistema jurídico), la unidad y coherencia de sus métodos. Así, si esta exportación se traslada al sistema jurídico, la unidad y coherencia que da predecibilidad a los actos del Poder político, tendría como base la unidad y coherencia valorativa del *homo oeconomicus*, pero nunca sería debida a una unidad y coherencia propias del sistema jurídico. Además, se explica de este modo la inoperatividad del principio democrático cuando se trata de un modelo económico trasladado al ámbito de lo jurídico, pues la diferencia entre la mera «autonomía individual» con que actúa el sistema económico y los «derechos» del sistema jurídico radica en la necesidad para estos últimos de la participación política, necesidad ausente de la lógica económica, cuando no contraria a la misma. Pero esta explicación resultará plausible si logramos establecer una distinción entre «autonomía individual» y «derechos», pues sabemos que estos últimos sí implican el debate y la participación política.

2. La distinción entre autonomía individual y derechos ha sido objeto de análisis por parte de Rafael de Asís. Él mismo advierte que: «uno de los problemas del modelo (estricto) viene de la mano de la posible vaguedad del referente que se toma en cuenta, esto es la autonomía individual» (pág. 63). De la mano de los autores que defienden la idea de autonomía individual (J. Raz, F. Hayek y F. Laporta), ésta es definida de forma positiva como «la capacidad de elección individual» y, correlativamente, se observa que el Estado de Derecho ha de garantizar, como mínimo, la prohibición de acabar con dicha capacidad (pág. 30). Como quiera que se pretende distinguir entre derechos y autonomía individual, no se tiene en cuenta ningún criterio intersubjetivo o social que delimite (o limite) el contenido

de la autonomía individual. Rafael de Asís no da más datos sobre lo que hay que entender por autonomía individual, ya que cualquier especificación más concreta llevaría a una confusión entre autonomía individual y derechos, al menos con los derechos individuales, siendo estos últimos una manifestación de la libertad social (pág. 28), mientras la autonomía individual tendría una naturaleza individual y un origen pre-social. Esta definición de la autonomía individual presenta un claro parecido con la libertad de elección del *homo oeconomicus* que, resumidamente, se presenta históricamente como el tipo de «libertad natural» de los individuos cuya naturaleza es independiente y previa a la libertad jurídica.

Desde mi punto de vista, lo que se está haciendo al plantear la hipótesis de la existencia de la autonomía individual *tout court*, previa a cualquier autonomía jurídica, consiste en una reducción del liberalismo moral y político a términos del liberalismo económico. Como expone Jürgen Habermas en su obra *Facticidad y validez*, el liberalismo económico hunde sus raíces en los filósofos morales escoceses, desde Ferguson a Adam Smith, cuya principal preocupación se centraba en la defensa de una hipotética «sociedad natural» frente a las propuestas sociales contractualistas del Derecho Natural Racionalista<sup>48</sup>. Con Adam Smith esa «sociedad natural» es vista como portadora de leyes propias distintas de las leyes civiles, pasando aquellas leyes a ser objeto de una ciencia específica; la Economía política. La única recomendación que la Economía política hacía a los individuos era la persecución de su interés egoísta, quedando de la «mano invisible» de las leyes económicas el que tal juego de intereses egoístas diera lugar a una asociación, es decir, a la consecución del «interés general». A pesar de las distintas críticas que ha recibido la hipótesis de la sociedad natural, desde la crítica de Hegel contenida en su teoría de la «esfera de las necesidades» y la crítica de Marx a las «robinsonadas» de la Economía política clásica, hasta la más reciente crítica de J. M. Keynes a las deficiencias de la autonomía económica privada, todavía hoy sigue teniendo numerosos e importantes defensores. Así, esas mismas ideas de Adam Smith las rejuvenece Hayek cuando plantea su teoría de la *catalaxia*, «el peculiar orden espontáneo que genera el mercado»<sup>49</sup>, como la única forma de orden que sería imparcial, entendiendo por imparcial el que ninguna voluntad en particular decide dicho orden, apareciendo la *catalaxia*

<sup>48</sup> J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 107.

<sup>49</sup> Friedrich HAYEK, *Derecho, legislación y libertad, II: el espejismo de la justicia social*, Unión Editorial, Madrid, 1994, p. 26, traducción de Luis Reig Albiol.

como expresión de la *justicia natural* ajena a cualquier criterio de valor sobre lo justo, sea individual o social: «cualquier consideración relativa a la justicia –dice Hayek– carece de base en relación con aquellos sucesos que no dependen de la voluntad ni la intención de nadie, por ser fruto de un cúmulo de circunstancias tan grande que nadie puede globalmente aprehender»<sup>50</sup>. También Robert Nozick, en su particular lectura de Hobbes y Locke, libera al sistema económico de cualquier valoración moral distinta de la libre autonomía individual. Así nos dice respecto de las transacciones económicas que: «cualquier persona puede otorgar a otra aquella propiedad sobre la que tiene el derecho, y esto con independencia de si el beneficiario merece ser o no moralmente el beneficiario»<sup>51</sup>.

Y es que si se mantiene la hipótesis de que el Poder político ha de ser predecible en sus actuaciones únicamente desde los parámetros de la autonomía individual, estaríamos admitiendo que la predecibilidad y calculabilidad del Poder político se encuentra fuera del Sistema jurídico. Hoy día sabemos que estas son las propuestas de las disciplinas de análisis económico del Derecho y la Política. La escuela de la «Elección pública» (*Public choice*) de James Buchanan, constituye un buen ejemplo del análisis del Sistema jurídico-institucional desde los presupuestos metodológicos del *homo oeconomicus*. Una de las características de este enfoque es, precisamente, la negativa a la distinción entre «público» y «privado», ya que todas las acciones humanas, públicas o privadas, son consideradas exclusivamente en términos individuales: «El enfoque o método individualista –dice Buchanan– tiende a destruir cualquier distinción o diferencia lógica entre los sectores “público” y “privado” de la actividad humana. La acción colectiva, junto con la acción privada, está motivada por fines concebidos individualmente, y toda la acción procede sólo después de que se lleva a cabo el cálculo mental por parte de un individuo o individuos. Del mismo modo que los cuerpos de la toma de decisiones o de las elecciones, los seres humanos individuales permanecen fundamentalmente invariables sobre el ámbito tanto de la actividad privada como de la pública. Todos los intentos de los filósofos políticos por distinguir entre “lo que está bien públicamente” y “lo que está bien privadamente” parecen ajenos a este enfoque»<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Friedrich HAYEK, *Derecho. Legislación y libertad, II: el espejismo de la justicia social*, p. 149.

<sup>51</sup> Robert NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Blackwell, Oxford, 1995, p. 217.

<sup>52</sup> James BUCHANAN, «Notas marginales sobre la lectura de Filosofía política», apéndice contenido en: J. Buchanan y Gordon Tullock, *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la*



Con todas estas referencias lo que tratamos de exponer es que la autonomía individual, por sí sola, no genera el necesario debate jurídico-público propio de los derechos. Aun con las dificultades que plantea Macpherson para distinguir el liberalismo político del económico<sup>53</sup>, resulta evidente que cuando el liberalismo se plantea el tema de los derechos, el sistema jurídico-político aparece con unas características propias y externas al sistema económico, es decir, se concibe como un sistema con una lógica distinta de la lógica económica, aun cuando la «opción política» del liberalismo consista en intentar aproximar lo más posible la lógica jurídica a la lógica económica. Por el contrario, cuando es la lógica del sistema económico la única que se propone también para el sistema jurídico-político, entonces ocurre que la unidad y coherencia del sistema jurídico, que implica la predecibilidad de la actuación del Poder político, no es propia del sistema jurídico, sino que depende exclusivamente de la unidad y coherencia de la racionalidad del *homo oeconomicus*. Por lo tanto, y según hemos expuesto, el modelo estricto, al no referirse a los derechos (ni tan siquiera, al menos, a los derechos individuales) no puede ser considerado como un modelo jurídico de Estado de Derecho, sino como un modelo de Estado de Derecho importado de la Economía y sin sustantividad jurídica propia.

3. Por último, la alusión en el modelo estricto al respeto de principios de «justicia natural» frente a los principios de justicia jurídico-positivos, hay que entenderlas también desde la defensa teórica de la autonomía individual económica que tiene su mejor expresión, desde Adam Smith a Hayek y Nozick, en la caracterización de «lo económico» como «lo natural» y «lo jurídico» como «lo artificial». En este sentido, los principios de justicia natural se acomodan plenamente a la idea básica de que el orden jurídico no interfiera en las opciones de la autonomía individual y, por otro lado, proteja dichas opciones. Se entiende, entonces, que tales principios se resuman en un principio básico cual es el del «libre acceso procesal» al

---

*Democracia Constitucional*, Planeta, Barcelona, 1993, pp. 358-359, traducción de Javier Salinas Sánchez. Por otro lado, sobre la unidad y coherencia del individuo considerado como *homo oeconomicus*, Buchanan nos ofrece en el mismo texto una magnífica descripción: «Hemos supuesto que el individuo cuyo cálculo hemos analizado (el individuo “representativo” o “medio”) está motivado por un interés egoísta, que sus compañeros en la decisión constitucional están motivados del mismo modo, y que, dentro del conjunto de reglas elegido para la elección colectiva, los participantes son dirigidos del mismo modo» (p. 353). Este texto de Buchanan no hace sino manifestar, de nuevo, que el modelo económico es un modelo consistente, pero no que sea un modelo con consistencia jurídica.

<sup>53</sup> C.B. MACPHERSON, *La teoría política del individualismo posesivo*, Fontanella, Barcelona, 1979, traducción de Juan Ramón Capella, p. 17.

sistema jurídico, sin que se mencione ningún principio jurídico de carácter material, ya que el sistema jurídico es visto como un instrumento más del orden económico en donde impera la autonomía soberana del *homo oeconomicus*.

### 3.2 La incorporación de las teorías de Habermas y Ferrajoli al «paradigma social» de Estado de Derecho

Las aportaciones teóricas de Luigi Ferrajoli (modelo garantista) y Jürgen Habermas (modelo democrático) tampoco serían consideradas en sí mismas como modelos de Estado de Derecho. Por el contrario, ambas teorías las vemos como variantes de autor del *paradigma social del Estado de Derecho*, pues tanto Ferrajoli como Habermas se destacan por defender la opción social del Estado de Derecho, aunque desde elaboraciones teóricas propias.

Por lo que hace a Luigi Ferrajoli, en su libro *Derecho y Razón* se muestra partidario de una teoría jurídica de los derechos sociales de igual rigor a la conseguida para los derechos individuales: «No se ha teorizado ni realizado un Estado social de derecho —dice Ferrajoli—, caracterizado por obligaciones taxativamente establecidas y sancionadas, por derechos claramente definidos y accionables frente a órganos individualizados y, con ello, con la certeza, la legalidad y la igualdad en la satisfacción de expectativas»<sup>54</sup>. Además, cuando Ferrajoli se muestra crítico con el Positivismo jurídico y su idea de unidad y coherencia del Derecho, principalmente lo hace en defensa del reconocimiento de los derechos sociales dentro del sistema jurídico, a través de su teoría de las lagunas normativas del Ordenamiento consideradas como «violaciones consistentes en omisiones»<sup>55</sup>.

En la teoría de Jürgen Habermas, por otro lado, encontramos críticas a las deficiencias del Estado social: «Un aspecto especialmente preocupante (desde el punto de vista jurídico) de esa “crisis del Estado social” —señala Habermas—, era la “insensibilidad” que mostraban las crecientes burocracias estatales frente a las restricciones que sus actuaciones suponían para la autodeterminación individual de sus clientes, una debilidad del paradigma jurídico ligado al Estado social que resultaba simétrico a la “ceguera

<sup>54</sup> L. FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 863.

<sup>55</sup> L. FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 878.

social” del derecho formal burgués»<sup>56</sup>. Pero resulta más claro su rechazo del paradigma liberal de Estado de Derecho: «Si bien es correcto –dice Habermas– que el Estado social no puede reducir su aseguramiento del surgimiento y despliegue de la autonomía privada a derechos concernientes a prestaciones estatales relativas a seguridad y asistencia social, también es cierto que nada se consigue con solemnes apelaciones retóricas a la “comprensión liberal-occidental de la libertad ”»<sup>57</sup>.

Sin embargo, la teoría comunicativa del Derecho de Habermas se presenta a sí misma como un tercer paradigma de Estado de Derecho, distinto del Estado liberal y también del Estado social. Pero aunque aquí no podemos entrar en detalles sobre las múltiples y complejas razones que da Habermas para que se considere su teoría del Estado de Derecho como un nuevo paradigma, «el paradigma procedimental del Derecho», lo cierto es que no creemos excedernos si consideramos la propuesta habermasiana como uno de los últimos desarrollos más importantes del paradigma social del Derecho y del Estado de Derecho. Los argumentos básicos de esta posible inserción de Habermas dentro del paradigma social los da el propio Habermas cuando, por un lado, incluye a los derechos sociales (también los derechos ecológicos) dentro de su catálogo de derechos propios de su visión sobre el Estado de Derecho<sup>58</sup>, por otro lado, también se decanta Habermas por el paradigma social cuando define su paradigma procedimental del Derecho como un plano superior de reflexión sobre el Estado social<sup>59</sup>. Por el contrario, Habermas no admite una posible vuelta al paradigma liberal en el que se quedarían fuera los derechos sociales: «Mientras el paradigma ligado al Estado social –dice Habermas– tiene en cuenta las desviaciones, sometiéndolas a regulaciones especiales y fijándolas así como tales, el modelo liberal de mercado tiende más bien a pasar por alto y a trivializar las desigualdades fácticas»<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 471. Las críticas al Estado social se reproducen en otras partes de la obra; pp. 489;499; etc.

<sup>57</sup> J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 490. También puede verse este rechazo al paradigma liberal en las pp. 324; 513, etc.

<sup>58</sup> J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 188-189.

<sup>59</sup> J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 492.

<sup>60</sup> J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 509.

### 3.3 Las condiciones del consenso entre el paradigma social y el liberal de Estado de Derecho

Para concluir hemos de ofrecer algunas notas sobre los acuerdos y desacuerdos que se dan entre los paradigmas liberal y social del Estado de Derecho. El consenso superpuesto admite a la vez un ámbito de acuerdo y un ámbito de discrepancia. El acuerdo sobre el Estado de Derecho se concretaría en: *a)* La consideración del Poder político sometido al Derecho; *b)* la concepción del Derecho como un sistema unitario y coherente de normas positivas, emitidas y publicadas; *c)* la división de poderes como criterio de ejercicio funcional del Poder sometido al Derecho; *d)* el acuerdo sobre el respeto del «principio democrático» como forma de legitimación de la creación del Derecho y como criterio a tener en cuenta en la ejecución y aplicación del Derecho.

El ámbito de desacuerdo estaría en la distinta política jurídico-constitucional de interpretación de los derechos reconocidos por el Sistema jurídico. Aquí, cada paradigma ofrece una política constitucional distinta para el desarrollo de los derechos. Ambos paradigmas se someten a las restricciones que operan bajo el acuerdo, pero en el marco de tales restricciones existe una «zona discrecional» donde opera la política constitucional sobre los derechos. En los límites de esta zona discrecional es donde cobra sentido la aportación de Zagrebelsky sobre el Estado Constitucional. Así, cuando Zagrebelsky elabora su teoría de la Constitución entendiéndola como un inmenso campo de «política constitucional» a dotar de contenido por el pluralismo de los valores e intereses sociales, hay que coincidir que tal apreciación es justa dentro de los márgenes de esa zona discrecional<sup>61</sup>. Por otro lado, Zagrebelsky exagera al considerar que su teoría del Estado Constitucional está enfrentada al Estado de Derecho, cuando la virtud principal de su teoría de la Constitución, vista como política constitucional, consiste precisamente en haber puesto de manifiesto la existencia de un ámbito de desacuerdo dentro del Positivismo, al igual que Ferrajoli, por cierto. Intentar hacer, a partir de ese ámbito de desacuerdo lícito y productivo, una nueva teoría del Estado de Derecho enfrentada radicalmente al Positivismo constituye, como ha visto entre nosotros Gregorio Peces-Barba, una recaída

<sup>61</sup> Un examen de la teoría de Zagrebelsky parecido al que aquí hacemos, puede verse en: Gianluigi PALOMBELLA, «I limiti del diritto mite», *Democrazia e Diritto*, 4-1, 1994-1995, pp. 185-217.

en el iusnaturalismo<sup>62</sup>. Por lo tanto, la política constitucional sobre los derechos es, a la postre, lo que diferencia a ambos paradigmas y lo que determina que el catálogo de derechos se restrinja a los derechos individuales (paradigma liberal) o se extienda también hasta los derechos sociales (paradigma social). En cuanto a la proyección de estos paradigmas hacia los derechos llamados de tercera generación, constituye para ambos paradigmas un terreno todavía problemático.

Hay que advertir que las discrepancias entre los paradigmas no se da en la forma de reconocer los derechos, puesto que ambos se sitúan dentro del Positivismo constitucional a estos efectos<sup>63</sup>. El desacuerdo está en la interpretación político-constitucional de los límites y ponderación de los derechos constitucionales reconocidos, no admitiéndose una teoría exclusivamente moral de los derechos<sup>64</sup>. También, de manera general, no es posible identificar para cada paradigma una preferencia determinada por uno u otro poder del Estado. Partiendo de que es el Poder parlamentario el poder guía de la política constitucional de los derechos, y dependiendo de la configuración del Parlamento el que se opte por una u otra política de los derechos, es cierto que ambos paradigmas deben respetar las decisiones del órgano jurídicamente competente (R. de Asís), pero para el caso de un órgano de poder del Estado sin ulterior control, como puede ser el Tribunal Constitucional, el paradigma liberal se decanta por una composición más judicial del órgano, mientras que el social lo hace por una configuración del

---

<sup>62</sup> Gregorio PECES-BARBA, «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», epílogo a la obra de G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, p. 164. El estudio ha sido recogido recientemente en: G. PECES-BARBA, *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas»-Dykinson, Madrid, 1999, pp. 111-130.

<sup>63</sup> Sobre la positivización constitucional de los derechos, *vid.*, Maurizio FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Universidad Carlos III-Trotta, Madrid, 1996, traducción de Manuel Martínez Neira.

<sup>64</sup> Es bien conocido que un defensor de la fundamentación moral de los derechos es Ronald Dworkin. Sus críticas al Positivismo, incluido el positivismo del «originalismo constitucional» y la «Regla de reconocimiento» de Hart, se insertan dentro de un discurso sobre la «integridad» del pensamiento jurídico-político que vuelve inoperantes las distinciones positivistas entre Derecho y Moral, norma y principios, etc. No obstante, el componente institucional de la teoría de los derechos de Dworkin le lleva a hacer depositario de la «única interpretación correcta» al juez (Hércules), lo que convierte al órgano judicial en el investigador racional de los derechos, más allá del derecho positivo expresado en normas, todo lo cual no significa para Dworkin que los jueces se inventen los derechos, sino que aplican derechos políticos pre-existentes, estén o no regulados jurídicamente. Como quiera que la teoría de Dworkin sobre los derechos ha sido objeto de múltiples trabajos, tan sólo remitimos a uno de ellos por su claridad expositiva.  *Vid.*, Michael BAURMANN y Helmut KLIEMT, «¿Tomar a la ligera el positivismo jurídico?», *Doxa*, núm. 2, 1985, pp. 167-185, traducción de Javier de Lucas.



Tribunal con más peso del Parlamento, lo cual supone una valoración general distinta del «principio democrático»<sup>65</sup>.

Por último, hay que concluir con Habermas, a través de su teoría de la cooriginalidad de la autonomía privada y la autonomía pública, que no es acertada la tesis según la cual el paradigma liberal constituye la base del Estado de Derecho, pasando a ser el paradigma social un *paradigma instrumental* del Estado de Derecho, cuya función acabaría con la generalización de la igualdad social en el disfrute de los derechos más allá de la mera igualdad formal liberal. Aquí nos decantamos por afirmar la consistencia del paradigma social<sup>66</sup>. Es verdad, no obstante, que si incluyéramos al modelo estricto de Estado de Derecho dentro del paradigma liberal (ampliado), la evocación del liberalismo individualista como la *base natural* del Estado de Derecho tendría cierto sentido, pues la característica principal de la «autonomía individual» en la que se funda el modelo estricto es, podemos decir, su «naturalismo» frente a cualquier construcción jurídica que estaría obligada a respetar dicha autonomía individual, y ello con independencia de que el sistema jurídico se legitime o no en el principio democrático<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Un examen desde la teoría de la argumentación de la legitimidad democrática y el principio de imparcialidad en los órganos judiciales y, especialmente, en el Tribunal Constitucional, puede verse en: Luis PRIETO SANCHÍS, «Notas sobre la interpretación constitucional», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, mayo-agosto, 1991, pp. 175-198.

<sup>66</sup> Sobre la consistencia del Estado social dentro de la Constitución española, *vid.* Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, «Sobre el Estado de Derecho y su significación constitucional», *Revista Sistema*, núm. 57, 1983, pp. 51-76. Por otro lado, Eusebio Fernández ha hecho una defensa del Estado Social de Derecho desde planteamientos que lo consideraran como un Estado de Derecho ampliado, aunque sostiene que la no consideración de tal ampliación dejaría intacta la fórmula Estado de Derecho, por lo que deja traslucir que la definición liberal del Estado de Derecho contendría el mínimo para hablar de Estado de Derecho, mientras que la definición social sería una «ampliación» que él mismo compartiría: «Los derechos económicos, sociales y culturales y otros nuevos derechos serían objetivos o metas morales y políticas a conseguir por el Estado de Derecho, pero nunca presupuestos de su definición» (Eusebio FERNÁNDEZ, «Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho», *Revista Sistema*, núm. 136, 1997, p. 109). Este trabajo de Eusebio Fernández tuvo respuesta por parte de Gerardo PISARELLO, «Por un concepto exigente de Estado de Derecho. (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)» (*Revista Sistema*, núm. 144, 1998, pp. 97-106). Pero el trabajo de Pisarello cae, a nuestro entender y entrando en contradicción con Eusebio Fernández, en una defensa del Estado Social de Derecho considerándolo como la nueva definición de Estado de Derecho. Aquí, por el contrario, solamente planteamos la «consistencia» del Estado Social de Derecho, pareja a la «consistencia» del Estado de Derecho liberal, justificándolo como un dato refrendado por la práctica política y la misma doctrina jurídica. Sobre este último aspecto, *vid.* Gregorio PECES-BARBA, *Derechos sociales y positivismo jurídico* (1999), ya citado.

<sup>67</sup> Desde su concepción dialógica de la Democracia, Carlos Santiago Nino ha expuesto y criticado distintas versiones sobre la Democracia que consideran a la autonomía individual, hedonista y utilitarista, como principal valor de la Democracia, por encima de los valores morales públicos de la



Pero fue precisamente para evitar esta posibilidad por lo que argumentábamos antes contra la inclusión del modelo estricto entre los modelos de Estados de Derecho sometidos al consenso superpuesto.

Desde nuestra perspectiva, tanto el paradigma social como el liberal están enfrentados como paradigmas por motivos distintos a que uno, el liberal, sea el paradigma natural, y otro, el social, sea el paradigma artificial del Estado de Derecho. Si se quiere, la naturalidad o artificialidad es predicable para ambos paradigmas, pues el enfrentamiento tiene que ver con la consolidación de prácticas políticas y teóricas distintas y vigentes en nuestra sociedad. Y es que, de todas maneras, nadie puede pensar hoy razonablemente que una sociedad más igualitaria, es decir, más cercana a la igualdad real, vaya a parecerse en algo a la sociedad liberal decimonónica, o al tipo de sociedad que defienden en la actualidad el neoliberalismo. Muy al contrario, el tipo de sociedad que pueda surgir de una mejora en la situación real de igualdad de los individuos y los grupos, no debe parecerse mucho a la sociedad liberal, tampoco a la sociedad actual, aunque sí que podemos afirmar que debe ser siempre una sociedad respetuosa con todos los derechos, individuales y sociales, y con la Democracia. Una sociedad así, tal vez estuvo en el proyecto de los mejores deseos de los teóricos liberales, pero no podemos pasar por alto que la teoría y la práctica social y democrática tuvieron que despertar la conciencia de que tal ideal no era suficiente para lograr la expectativa de una sociedad de hombres libres e iguales.



---

Democracia. Vid. Carlos S. NINO, *La Constitución de la Democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, traducción de Roberto P. Saba. Por otro lado, Massimo La Torre ha hecho un análisis perspicaz de la orientación funcionalista del «principio democrático», reivindicando frente a dicho análisis el sentido de «ideal normativo» de la Democracia y, por lo tanto, el papel fundamental que tal sentido debe tener en la conformación del Estado de Derecho. Vid. Massimo LA TORRE, «Discutiendo de Democracia. Representación política y derechos fundamentales», *Derechos y Libertades*, núm. 3, 1994, pp. 231-258, traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig.