

EL ESTADO DE DERECHO EN EL PENSAMIENTO GERMANICO Y EN LA TRADICION DE LAS ESPAÑAS (*).

POR

FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA (†)

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. El Estado de derecho en Kant.—III. El Estado de derecho en el pensamiento jurídico alemán.—IV. El Estado de derecho según la tradición hispánica.

I. Planteamiento.

La fijación de las conexiones de la problemática del Estado de derecho con los valores jurídicos de la tradición común de las Españas presupone la cuestión previa de conocer si el Estado de derecho del cual se habla en las temáticas del jusconstitucionalismo contemporáneo es concepto que solamente resulta lícito adscribir a las situaciones políticas correspondientes a las instituciones impregnadas del liberalismo burgués imperante en el siglo XIX, o si resulta hacedero extenderlo a todos los tiempos y lugares en los cuales haya existido un régimen de libertad amparado por reglas sólidas de seguridad jurídica. Pues bien pudiera resultar, por el contrario, que esos pomposamente cacareados Estados de derecho diesen en la negación cabal de los verdaderos Estados de derecho, pese a tantas bulliciosas proclamas encendidas.

(*) Al cumplirse el quinto aniversario del fallecimiento de nuestro querido amigo y maestro el profesor Francisco Elías de Tejada y Spínola (e. p. d.), tenemos el honor de publicar este estudio que constituyó su comunicación a las I Jornadas Brasileiras de Direito Natural que, si bien ha sido publicada en São Paulo en las Actas de dichas jornadas, está inédita en España.

No es tarea mía, en el tema que me ha sido asignado en las presentes jornadas, tratar de definir las características del llamado Estado de derecho, después de que lo hiciera con sus robustos saberes hombre de la talla intelectual de nuestro querido José Pedro Galvão de Sousa. Por lo cual me ceñiré a considerar el punto de las relaciones entre liberalísimo, el dicho «Estado de derecho» y el régimen tradicional de justa y segura libertad jurídica.

II. El Estado de derecho en Kant.

Con la usual ignorancia que los tratadistas alemanes suelen mostrar hacia el pensamiento tradicional católico, sobre todo en la primera oleada generacional del liberalismo hacia 1830, en sus *Grundzüge einer Geschichte des philosophischen Staatsrechts*, Robert Mohl atribuye a Hugo Grocio la fundamentación racionalista del orden jurídico y con ello la forja de un nuevo sistema filosófico, que es precisamente lo que sería luego el llamado Estado de derecho (1). No obstante lo cual, paréceme sorprendentemente inadecuado hablar de un Estado de derecho en la acepción decimonónica con anterioridad a la especulación kantiana. En Kant es donde, a mi ver, por vez primera, topamos con los rasgos de una construcción ideológica cuyos supuestos jurídicos básicos requieren las perspectivas de la libertad entendida al uso, modo y provecho de la burguesía que domina la escena de la civilización occidental en el siglo XIX.

(1) En *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften in Monographien dargestellt*, Erlangen, Ferdinand Enke, 3 tomos, cita al I, 1855, págs. 229-230.

Aunque Robert von Mohl utiliza la expresión «Rechtsstaat» nunca la disocia de la necesidad del «Polizeistaat» en la medida en que la acción tutelar del Estado no se agota con la administración escueta de la justicia, como señala Francesco de Sanctis en las págs. 36-37 de Robert von Mohl: «Una critica liberale all individualismo», en la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LIII, 1976, págs. 31-47.

Y es que el Estado de derecho, tal cual asoma en la temática política del Occidente europeo, y en especial en el Derecho político continental, va ligado a la robustez de la burguesía establecedora del constitucionalismo moderno y cuyo primer teórico con altezas de filosofía fue Manuel Kant. Bien lo muestra el dato de que el Estado de derecho, más que descripción teorizada de una realidad existente, o para ser más exactos inexistente, nació en forma de ideal a establecer, de palanca movedora de los aconteceres políticos, de impulso incitador de los cambios de gobierno. Es un estado ideal que se pretende trasmutar en realidad, una bandera ideológica antes que un régimen jurídico vigente.

Bien lo ha visto Friedrich Darmstaedter en su estudio *Rechtsstaat oder Machtstaat? Eine Frage nach der Geltung der Weimarer Verfassung* al relacionar al Estado burgués de derecho con el programa implícito en la especulación política kantiana. Limitase, es cierto, a referir a Kant la primera formulación del modelo del Estado ideal burgués, cuando escribe que «der Idealtypus Rechtsstaat ist eben das, was die klassische Philosophie seit Kant und vor allem Kant selbst ein Ideal, das Ideal im exakten Sinne nennt» (2); pero es que en ese tipo del Estado ideal de derecho postulado por la burguesía reside la fórmula clásica de todo Estado de derecho para los escritores que van a desorrollar la cuestión a lo largo del siglo XIX. Entre nosotros lo ha visto perfectamente el mejicano José Fuentes Mares en *Kant y la evolución de la conciencia socio-política moderna* al señalar cómo en la contraposición kantiana entre estado natural y estado civil va implícito el preludio del Estado de derecho del liberalismo moderno (3).

En la acepción habitual decimonónica, Kant dibuja ya al Estado de derecho en el § 43 de la *Einleitung in die Rechtslehre* cuando contrapone dos tipos de relaciones: la relación de fuerza, que enlaza a unos Estados con otros, «daher das Wort Poten-

(2) Berlín-Grünwald, Walter Rotschild, 1932, pág. 48.

(3) México, Editorial Stylo, 1946, pág. 184.

taten», y que daría origen en todo caso a un Derecho internacional entre los pueblos o «Völkrecht»; y las relaciones de los individuos entre sí dentro de un pueblo, que constituyen para él la verdadera situación de relación jurídica, la «rechtliche Zustand». Este segundo tipo de relaciones es el que corresponde al estado burgués o civil de convivencia, al «bürgerliche (status civilis)», en contraste con el estado de naturaleza, lo que rudamente definió E. Paolo Lamanna en sus *Studi sul pensiero morale e politico di Kant* nada menos que por el punto de tránsito desde la animalidad a la humanidad (4).

Empero el texto literal de Kant dice más que todo posible comentario: «Dieser Zustand der Einzelnen im Volke in Verhältnis unter einander heisst der bürgerliche (stattus civilis) und das Ganze derselber in Beziehung auf siene eigene Glieder der Staat (civitas), welcher seiner Form wegen, als verbunden durch das gemeinsame Interesse Aller, im rechtlichen Zustande zu sein, das gemeine Wesen (respublica latius sic dicta) genannt wird» (5). Esta situación de los individuos en el seno del pueblo en sus relaciones mutuas entre sí llámase el estado civil o burgués, así como el conjunto de ellos en relación de miembros del Estado o «civitas», el cual a causa de su forma, como enlazados por el común interés de todos, en relación de derecho, es denominado la república en sentido amplio.

Las consecuencias a deducir del planteamiento kantiano son dobles. De un lado la identificación del Estado con el derecho, con la situación jurídica o «rechtliche Zustand». De suerte que no hay derecho donde no haya estado civil o «bürgerliche». En efecto, la definición que del Estado da en el § 45 de la propia *Rechtslehre* es de que «ein Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen», de que el Estado es la unión de una multitud de hombres bajo normas jurídicas (6).

(4) Firenze, Felice Le Monnier, 1968, pág. 236.

(5) Immanuel Kant, *Sämtliche Werke*, Leipzig, Inselverlag, 6 tomos, cita al V, 1920, pág. 431.

(6) *Ibidem*, t. V, pág. 433.

La segunda cara mana de la anterior. Desde que el derecho no es más que el «Inbegriff der Bedingungen unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann» (7), o sea el conjunto de condiciones bajo las cuales el albedrío de uno pueda coexistir con el albedrío de los demás según una ley general de libertad; puesto que el derecho es la simple cobertura formal de las libertades individuales, no habrá derecho más allá donde existan tales libertades individuales; serán situaciones jurídicas aquellas en las cuales la libertad individual quede asegurada bajo la cobertura del derecho; y será Estado de derecho dicho régimen que asegure las libertades individuales.

Al identificar al Estado con el derecho y al reducir el derecho a las libertades individuales, Kant admite como único Estado posible al Estado de derecho en el sentido en que a partir de él y según lo por él adoctrinado adoptará la doctrina burguesa del siglo XIX. No es un azar que en Kant la palabra «bürgerlich» valga por «status civilis», como he señalado antes. Libertad y derecho fúndense en el que llamaré Estado de derecho y dentro de la terminología del liberalismo burgués decimonónico. Por decirlo con Pablo Lucas Verdú en *La lucha por el Estado de derecho* será «el fruto maduro de la burguesía» (8).

III. El Estado de derecho en el pensamiento jurídico alemán.

Andando pisadas de Kant desenvuélvese la teoría del Estado de derecho en el siglo XIX, caracterizada por referir el Estado a la existencia de cierto sistema de libertades burguesas amparadas por la protección de las normas legales. Lo señalaré en algunos de los tratadistas más significativos, aun a sabiendas de la parquedad del número que aludo, reducidos a la escasez de

(7) *Ibidem*, t. V, pág. 335.

(8) Bolonia, Real Colegio de España, 1975, pág. 20.

símbolos más que a elenco de nombres, habida cuenta de la brevedad que permite el presente trabajo.

a) El judío Joll Jolson, más conocido por el barón Friedrich Julius von Stahl, contrapone en su *Rechts und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung* las situaciones o regímenes cifrados en el principio de la autoridad u «Obrigkeit» y aquéllos centrados en la libertad individual. Menciona entre los primeros al estado patriarcal, al patrimonial y al de la policía, en el valor que la palabra policía tuvo en la terminología alemana del siglo XVIII. Colocando frente a ellos al Estado de derecho: «Der Rechtsstaat steht daher im Gegensatz vor Alem zum patriarchalischen, zum patrimonialen, zum blossen Polizeystaate» (9).

No es que von Stahl niegue la existencia de ordenamientos jurídicos en tales Estados fundados sobre la regla de la obediencia; sabe muy bien que todo Estado requiere un ordenamiento legal. No reside la diferencia en el objeto del sistema político, que sin excepción para todos consiste en la instauración del derecho; sino en el matiz del modo y en el carácter en que el derecho vaya a ser establecido. Dícelo a la letra con fina agudeza en los distingos: «Dies ist der Begriff des Rechtsstaates, nicht etwa dass der Staat bloss die Rechtsordnung handhabe ohne administrative Zwecke, oder vollends bloss die Rechte der Einzelne schütze, er bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen» (10).

Protección especial de los derechos de los individuos, «die Rechte der Einzelne schütze», que pasa a nota típica del Estado de derecho, del «bürgerliche Staat» kantiano, del Estado burgués del liberalismo. Remáchalo von Stahl al señalar que el concepto Estado de derecho sirve de impulso para el desarrollo de los tiempos modernos, que la idea de que el Estado ha de

(9) Heidelberg, J. C. B. Mohr, 4.^a ed., 2 tomos, cita al II, 1870, página 138.

(10) F. J. von Stahl: *Rechts-und Staatslehre*, II, págs. 137-138.

ser Estado de derecho constituye la fuerza motriz política del siglo. «Der Staat soll Rechtsstaat sein, das ist die Losung und ist auch in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neuern Zeit» (11).

La coincidencia con Kant es completa: el Estado de derecho será aquel que proteja los derechos individuales; es el ideal motor de las instituciones del siglo; da en antítesis de los Estados de los siglos anteriores, del Estado patriarcal de Filmer, del Estado patrimonial de Federico el Grande, del Estado de policía iniciado en la cameralística de Veit Ludwig von Seckendorff. Es el Estado querido por Kant, es el Estado liberal de la burguesía decimonónica.

b) Lo que Kant había sostenido en 1797 lo repetirá Otto Bähr al publicar su *Der Rechtsstaat* en 1864. La ligazón vino a través de von Sthal, en una cita, la cual inicia la *Introducción* y el § 1 de libro. Bähr parte de la diferenciación, de raíz kantiana entre situaciones de fuerza, según la autoridad, y situaciones de derecho, según la libertad. La diferencia está en que Kant las refería a coyunturas respectivamente de las relaciones entre los Estados y de las relaciones de los individuos en el seno de los Estados, mientras que Bähr avanzará hasta identificar todo sistema admisible de derecho público con el régimen jurídico del Estado de derecho forjado con arreglo a los cánones de las libertades burguesas. «Zwar ist heutzutage mehr als jeder Gedanke lebendig, dass das Verhältniss zwischen Regierenden und Regierten nicht ein solches eindeitiger Gewalt, sondern des Recht sien soll; dass beide mit Rechten und Pflichten einander gegenüber stehen» (12). O sea la afirmación de que a la fecha es cada vez más viva la postura de que las relaciones entre gobernantes y gobernados deben fundarse en el derecho y no en la unilateralidad del poder, de suerte que ambos ostenten derechos y deberes frente a la otra parte.

La novedad de Otto Bähr aparece en que asocia el Estado burgués de derecho a la división de poderes a tenor de la teoría

(11) *Ibidem*, II, pág. 137.

(12) Cito por la edición fotográfica en Aalen, Scientia, 1961, pág. 2.

elaborada por el Barón de Montesquieu en el capítulo 6 del libro XI de *De l'esprit des lois*; por más sea de notar aquí que ya Kant había aludido a la importancia del contrapeso montesquiano de poderes para garantizar la libertad burguesa inherente al Estado de derecho. Lo que caracteriza al *Der Rechtsstaat* de Otto Bähr es la importancia otorgada a las decisiones judiciales para aseguramiento de las libertades burguesas del Estado de derecho, al extremo de que en el § 55 viene a concluir que Estado de derecho es aquél en el cual las decisiones de los tribunales son lo bastante poderosas como para resolver los casos concretos en que la libertad individual se ejerza (13).

c) Al publicar en 1872 Rudolf Gneist su *Der Rechtsstaat* repite asimismo a la letra lo que sobre cimientos kantianos edificó el Barón von Stahl, expresando estar totalmente de acuerdo con él, «wohl einverstanden» (14). Es la línea en que se mueve, al lado de tales trabajos monográficos, la entera ciencia política y jurídica del siglo XIX. Será Estado de derecho el Estado burgués liberal donde la función del Estado se agota en la protección de las libertades individuales formalmente consideradas. Como ya apuntó Friedrich Julius von Stahl y repite Carl Schmitt en *Was bedeute der Streit um den Rechtsstaat?* es cuestión de modos y maneras, de las maneras liberales en la aplicación del derecho (15).

La polémica que tuvo lugar en 1935, en Alemania, acerca de la cuestión hay que resolverla en la fórmula de la identificación del Estado de derecho con el régimen liberal, si es que aceptamos el valor que a la expresión «Estado de derecho» viene dando en el derecho público. En la tesis leída el 1 de febrero de 1935, en la Universidad de Berlín, por Günther Krauss, sostiénese que el concepto del Estado de derecho va ligado a la coyuntura jurídica del constitucionalismo del siglo XIX, de tal suerte que carece de valor para el siglo XX; que «der Begriff des

(13) O. Bähr, *Der Rechtsstaat*, pág. 192.

(14) R. Gneist, *Der Rechtsstaat*, pág. 16.

(15) En la *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, XC, 1935, págs. 189-201. Concretamente en la pág. 192.

Rechtsstaat ist an die verfassungsrechtliche Lage des 19. Jahrhunderts; für den Staat des 20. Jahrhunderts hat es keine Berechtigung mehr» (16). Pero ha de negarse tal exclusividad si se distingue entre legalismo y derecho, entre el formalismo legalista inherente al Estado liberal y la función jurídica propia de todo Estado. Que es la réplica formulada por Otto von Schweinichen en la contratesis titulada en esas mismas opiniones: «Das Wort Rechtsstaat kann so gebraucht werden, dass en den typischen Zusammenhang von Staat und Rechtsverwirklichung bezeichnet; dan hat es so viele Rechtsstaaten inder Geschichte gegeben, wie es Staaten gegeben hat, in denen Recht in typischer weise Geltung gefunden hat; bon hier aus betrachtet ercheint der Staat des 19. Jahrhunderts als typischer Gesetzestaat, während der nationalsozialistische Staat im Wahren Sinn ist» (17). O sea, que la palabra Estado de derecho indica la conexión característica entre el Estado y la realización del derecho; que por ello han existido en el curso de la historia muchos Estados de derecho, en los cuales el derecho fue realizado de una manera específica; y que el llamado Estado de derecho del siglo XIX es mero Estado legalista, siendo el verdadero Estado de derecho el Estado implantado por el nacionalsocialismo hitleriano.

La polémica, resuelta arbitrariamente por Carl Schmitt a favor de Günther Krauss en el epílogo que cierra el volumen *Disputationen über den Rechtsstaat*, que recoge ambas tesis dispares, no aclara nada porque opera sobre el equívoco constante del pensamiento europeo, obstinado en contraponer individuo a Estado con olvido de la sociedad autárquica; es decir, enfrentar a individualismo contra totalitarismo con menosprecio de las soluciones tradicionalistas. Soluciones para las cuales no cabe Estado de derecho ni amparando formalmente libertades abstractas en la guisa en que postula el Estado de derecho de cuño burgués, ni tampoco Estado de Derecho cuando el Estado suplanta a la

(16) Recogida en las págs. 9-32 del volumen *Disputation über den Rechtsstaat*, Hamburg, Hanseatische Verlagsantalt, 1935.

(17) En la *Disputation über den Rechtsstaat*, págs. 33-69.

sociedad con la consecuencia de privar al individuo del bastión normal que garantice sus libertades concretas y efectivas.

Sea de ello lo que quiera, lo cierto es que la coyuntura política posterior a la segunda guerra mundial, terminada en 1945, no ha supuesto en modo alguno y pese a las apariencias deducidas de las sonoras proclamaciones en los textos constitucionales, el retorno a la actitud mental del liberalismo decimonónico. Lo ha puesto de relieve Ernst Forsthoff en su libro *Rechtsstaat im Wandel*, donde el catedrático de Heidelberg subraya la mudanza en los conceptos, secuela de que el repudio del nacionalsocialismo ha llegado adobado de la técnica administrativa, en tanto grado que parece preciso hablar, no de un regreso al liberalismo característico del Estado de derecho decimonónico, pero sí de un tránsito del Estado legal al Estado administrador, del «Übergang vom Gesetzstaat zum Verwaltungsstaat» (18).

Con lo cual nos hallamos de nuevo al airón de la duda suscitada por Manuel Kant hace cerca de dos siglos: la de elegir entre la identificación entre régimen liberal y Estado de derecho de una parte, y de otra admitir la universalidad de los regímenes jurídicos como constantes universales de todo Estado. Dilema del que solamente resulta hacedero salir buscando la respuesta desde la doctrina tradicional de las Españas, mediante la distinción: *a*) entre ley y derecho, entre legalismo y régimen justo; *b*) entre libertad abstracta revolucionaria y libertades sociales concretas; *c*) entre sociedad orgánica autárquicamente libre, Estado absorbedor de la sociedad y liberalismo individualista, y *d*) afirmación de un orden tradicional según la existencia de una sociedad creadora del derecho a la par del Estado en el encauzamiento de las libertades concretas de los individuos.

IV. El Estado de derecho según la tradición hispánica.

Ante todo es preciso separar Estado legalista de Estado de

(18) Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1964, pág. 23.

derecho, dos conceptos harto diferentes, pero confundidos en la línea de pensamiento liberal que arranca de Manuel Kant.

Estado de leyes o Estado legalista es aquél en el cual existe un ordenamiento normativo asegurador del orden en la vida de convivencia; o sea, un conjunto de leyes políticas en la acepción helénica del vocablo, donde el orden de seguridad en la convivencia queda garantizado por entero. Estado propiamente jurídico, que no estrechamente legalista, es aquél en el cual el orden de la convivencia esté expresado por normas auténticamente jurídicas, en las cuales, además de quedar establecido el orden en la convivencia, estatuya un ordenamiento que sea justo.

En el fondo, la separación entre Estado legalista y Estado jurídico, propiamente implica la revisión del concepto moderno de la norma mecanicísticamente entendida, cual de consuno piensan kantianos y positivistas. Para Kant la norma jurídica es orden formal amparador de libertades formales, libertad reducida a evitar los choques entre los individuos dentro de la comunidad social. En la temática kantiana queda el derecho escindido de la justicia, ya que todo lo más la justicia consiste en la equivalencia de la igual protección de las libertades individuales, es tratar por igual manera todos los sujetos, proporcionándoles parejo ejercicio de la libertad individual para evitar que el uso de la libertad de nadie pueda menoscabar o entorpecer el uso de la libertad por parte de los demás individuos con quienes dentro de la sociedad estatal convive. De donde resulta lógico que para el pensamiento kantiano sea el derecho simple forma mecánica de la coexistencia de las libertades individuales. Kant aparta a la forma de la ley del contenido de la ley. No será la justicia la expresión del orden jerárquico de los seres, sino la la circunstancia de tratar midiendo por el mismo rasero a los hombres libres en el seno del Estado. Con lo cual la norma jurídica da en regla de equiparada protección de las libertades individuales, sin que para ella cuente nada el contenido de lo justo. Formalismo que redundo en legalismo, legalismo formalista al cual se reduce, en definitiva, el llamado Estado burgués de derecho.

Del mismo modo, en el positivismo legalista, ya que hay que dejar fuera de consideración aquí, ahora, al positivismo jurídico sociológico, que arranca de la segunda etapa del pensamiento de Rudolf von Ihering. El positivismo legalista caracterízase por la identificación del derecho con la norma legal, aludiendo la más mínima aproximación a la ética. En *Positivism and the separation of law morals*, Herbert L. A. Hart dícelo expresamente, al asentar que no hay más derecho que el dictado por el Estado, y que «there is no necessary connection between law and morals» (19). Norberto Bobbio lo ha remachado en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, al escribir que no hay más hontanar que la ley y que todo derecho se identifica con la voluntad estatal, «un'identificazione della volontà creatrice del diritto con la volontà del sovrano político, in definitiva una totale riduzione del diritto al diritto statale» (20). Con mayor precisión, Umberto Scarpelli ha condensado en esos dos rasgos el contenido del positivismo jurídico en *Cos' é il positivismo giuridico*: voluntarismo y exclusión de valoraciones éticas (21); habiendo podido, Giacomo Gavazzi, en sus recientes *Elementi di teoria del diritto*, definir al Estado liberal como el «Stato di legislazione» (22).

El Estado de derecho concebido por Kant y teorizado por los escritores liberales es un Estado poseedor de normas legales en las que nada cuenta la moral, válidas simplemente porque aseguran el ejercicio mecanicista de las libertades individuales, sin entrar ni salir en la consideración de que estas libertades sean buenas o malas. Mas el derecho consta de dos factores: la seguridad en la convivencia y la justicia en el contenido. A fuera de reflejo de la condición humana, el derecho asume, sí, la seguridad en la raíz animalesca de sus instintos; más la seguridad no basta, como no bastan los instintos; la complejidad perfecta del derecho requiere añadir a la seguridad la justicia, fundada

(19) En la *Harvard Law review*, LXXXI, 1958, págs. 593-630, cita a la pág. 595.

(20) Milano, Edizioni di Comunità, 1965, págs. 153-154.

(21) *Ibidem*, pág. 34.

(22) Torino, G. Ghiappichelli, 1970, pág. 107.

en la racionalidad humana, del mismo modo que en el ser humano es la razón la que disciplina a los instintos animalescos. Seguridad a secas, sin justicia, no es derecho, igual que el hombre reducido a puro instinto es animal, que no hombre; solamente cuando la racionalidad impera lo justo sobre la ciega tendencia institutiva de la seguridad aparece el derecho, ni más ni menos que el hombre es tal cuando la razón doma a los impulsos instintivos. Es la justicia, dictado de la razón, aquello que transforma en propiedad estable el apetito de la perduración en momentos de vejez; es la justicia, dictado de la razón, lo que regula en términos jurídicos por justos al apetito jerarquizador de dominio que encadena a los individuos en los grupos animales. Sin la justicia, dictado de la razón, no cabe el derecho. La sola seguridad conduciría a un equilibrio mecánico de fuerzas, jamás subiría a la valoración cualitativa de las conductas. Sin la justicia no es dable concebir al derecho.

Por lo cual, cuando las sistemáticas del derecho liberal burgués hablan de un Estado de derecho mecánicamente armonizador de libertades, cuando recortan lo jurídico al equilibrio de las libertades en la convivencia, reconducen el orden social a la seguridad con deliberada exclusión de la justicia. En un mecanicismo que contempla al hombre recortado a la animalesca dimensión de la fuerza de sus instintos; excluyendo a la justicia, eliminan al elemento racional del derecho; ciñen lo jurídico a lo legal imperado por la fuerza del Estado, o sea, a lo seguro y al olvidar al factor jurídico de la justicia pendiente de la racionalidad humana, hablan de un Estado de derecho en manera de un Estado de leyes, Estado de leyes que es la negación misma del derecho.

El abuso de la terminología, esbozado por Kant, empleado por Roberto von Mohl y teorizado por Jol Jollson, por Otto Bähr, por Rudolf Gneist y por la generalidad de los técnicos de lo que falsamente apellidó la ciencia liberal con el pomposo nombre de «Estado de derecho» es, en consecuencia, situación formalista y mecanicista de equilibrio entre fuerzas o libertades que da cabalmente en la antítesis brutal y animalesca de lo que

sea el auténtico Estado de derecho. Abuso de vocabularios y usurpación de terminologías que es el equívoco en que se debate la ciencia política decimonónica, sustituyendo con nebulosas confusiones la clara concepción del verdadero Estado de derecho.

La doctrina clásica de las Españas, sólidamente apoyada sobre pilares tomistas, anuda indisolublemente a lo justo con lo jurídico, con arreglo al clásico tema escolástico de ver en el derecho el «*objectum iustitiae*». Para la tradición hispánica no hay derecho sin justicia; el derecho es la síntesis entre la ordenada convivencia, factor de seguridad, y la justicia o acomodo del hombre a la tabla de mandatos imperada por Dios. Y tal como en la existencia terrenal el ser humano ha de ganar, practicando la justicia, su destino trascendente cara a Dios en medio de una sociedad donde se relaciona en seguridad con otros hombres, es la unidad del quehacer humano lo que proporciona la unidad de lo justo con lo seguro en el derecho. Es el hombre justo con justicia referida a Dios para la salvación que constituye su más capital negocio, el de su destino eterno; el hombre ha de coincidir en seguridad con otros hombres para tener la posibilidad de obrar en modo de presentarse justo delante de su Creador y juez. Respecto a Dios el hombre ha de ser medido con vara de justicia, mientras que su seguridad le relaciona con otros hombres dotados de parejo destino de justicia trascendente; faltando la justicia el hombre no cumpliría su destino de salvación, al paso que sin seguridad el hombre no estaría en situación de cumplir los mandatos justos del Señor. De esta guisa, justicia y seguridad son necesarias para el logro del destino humano, vocacionado a la llamada de la salvación eterna; en la actuación terrenal del hombre son precisas la justicia para la salvación y la seguridad para cumplir las obras salvíficas.

De esta unidad en el obrar humano de lo justo con lo seguro brota la posibilidad del destino de salvación para la criatura racional, libre y responsable. No siendo el derecho otra cosa que el reflejo en la convivencia de esta situación inexorable del hombre forzado a ser libre en el ejercicio de una libertad que es

el instrumento gozoso con que Dios le obliga a optar entre salvarse o condenarse.

De la unidad en el ser humano de justicia con seguridad proviene la unidad de justicia en el derecho. No cabe derecho sin justicia, porque sería acto soberbio de la creatura negando al Dios que impera a la justicia en la observancia del orden jerárquico por El establecido al crear el universo. No existe derecho sin seguridad, porque es en garantizar la convivencia en lo que radica la posibilidad de que los hombres obren justamente cumpliendo los mandatos divinales. Orden seguro y justicia fúndense de este modo en el derecho, tal como se unían en la actividad humana. Es el derecho norma de convivencia con contenido de justicia. Si fuera norma de convivencia a secas, como acontece en el Estado legalista, formalista y moralmente neutro por los liberales, kantianos o positivistas, llamado abusivamente «Estado de derecho», estaríamos al nivel del animal que ignora la misión trascendente de la salvación, que es destino ineludible para el hombre, por ser hombre. El Estado liberal burgués de derecho baja al hombre a la animalidad, es un atentado a la dignidad del ser humano.

Además, el Estado de derecho liberal burgués de las teorías liberales da en sistema radicalmente injusto desde que desconoce a la justicia al prescindir de ella. No es, por tanto, un sistema que puede ser calificado de jurídico. Será sistema de leyes, legalista, nunca sistema de normas jurídicas, de derecho. La tradición de las Españas contrapone a esta temática antropocéntrica que contempla en el ser humano estrecho punto de referencia de fuerzas y de libertades, aquél otro régimen jurídico en el cual el hombre pueda cumplir sus anhelos de justicia, un orden de conceptos apoyado teocéntricamente en el Dios de quien toda justicia mana, el auténtico Estado de derecho que es exactamente lo contrario de lo que los liberales apellidan por «Estado de derecho». El régimen de libertades forales de la tradición nuestra, tan admirablemente descrito como el verdadero Estado de derecho por José Pedro Galvão de Sousa en *Do Es-*

tado do direito ao Estado de justiça (23), en calibrados y ciertos juicios que evitan cualquier ulterior apreciación mía en este asunto.

Bien lo muestra que el denominado por los liberales Estado de derecho, a su manera, no pasa de secuela de la separación protestante entre naturaleza y gracia, de la dimensión antropocéntrica en que acaban las trágicas exageraciones de la predestinación luterana. Huyendo de la cárcel de los rigores teológicos calvinistas, Hugo Grocio conduce el derecho a la sociabilidad, expulsando a Dios —hontanar exclusivo de justicia— de los terrenos jurídicos. Huyendo, asimismo, de la barbarie predestinacionista luterana, Manuel Kant estrecha el derecho a norma de convivencia mecánicamente armonizadora de las libertades de unos hombres teológicamente independizados de Dios. El Estado liberal de derecho, negación y antítesis del verdadero Estado tradicional de derecho es, en la doctrina política, el heredero de la Reforma luterana frente a la Contrarreforma, eco de Lutero contra Trento, colofón de las demasías teológicas de un agustino sajón de tanta soberbia como audacia talentosa.

La tradición jurídica de las Españas ve en el Estado de derecho, más que escurridizo Estado de leyes, Estado escueto de plena justicia. En palabras de José Pedro Galvão de Sausa, en *Primado do direito e limitação do poder*, aquel en el cual «a idéia de legalidade deve ser completada pela de legitimidade» (24). La tradición católica de las Españas pone por delante la dimensión teocéntrica del mundo, con las consecuencias de referir la justicia de Dios y de no olvidar que la transitoriedad de la existencia terrenal del ser humano exige tener siempre delante de los ojos la noción clara de lo justo, para ver en el derecho, no fin terrenal que en sí mismo se agota, sino el medio para la consecución del destino ultraterrenal del hombre. No podemos creer que quede reducido el derecho a formal armonía mecanicista de libertades que se agotan en sí mismas, antes pensamos que el derecho es la transcripción de las ordenadas jerárquicas del univer-

(23) Braga, Livraria Cruz, 1971, págs. 3-4.

(24) Braga, Livraria Cruz, 1963, pág. 7.

so en el plano ético, merced al cual el derecho es el «objectum justitiae», el objeto de la justicia.

Al Estado neutro del liberalismo burgués oponemos el Estado misionero de la Contrarreforma. Al Estado liberal de derecho que ignora la justicia preferimos el Estado de derecho que encarna a la justicia, a una justicia cuyo extremo punto de apoyo es el sostén de Dios. A la identificación del derecho con la norma legal dictada por el Estado omnipotente enfrentamos la rica variedad de los círculos sociales autárquicos, cada uno de los cuales es independiente en su esfera y legislador dentro de ella con arreglo al derecho natural, por Dios inscrito en el orden de las cosas creadas. A la legalidad formalista argüimos la legitimidad de lo justo, verdadera garantía de libertad, ya que, cual escribió José Pedro Galvão de Sousa en su *Iniciação à teoria do Estado*, todo poder legítimo es limitado «pelo fim que constitui a sua razão de ser» (25). A la falsa libertad abstracta de la revolución burguesa, correspondiente al vacío formalismo del llamado Estado de derecho por los liberales, erguimos los sistemas de libertades concretas de la tradición. A la omnipotencia legisladora del Estado alternada mecanísticamente con la anárquica suma de omnipotencias individuales, alzamos la realidad de una sociedad cuya fórmula efectiva son los Fueros, entendidos como sistemas de libertades políticas concretas.

En suma, desde la tradición de las Españas denunciarnos el abuso de que el Estado legalista y huero de los liberales puede ser dicho Estado de derecho, al par que recabamos para nuestras banderas ideológicas enarbolar ese título de Estado de derecho del que ellos son arbitrarios y falsísimos portadores. A los enemigos enumerados por Fr. Darmstaedter en *Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates* (26) nosotros añadimos, tachándole además por el más funesto de todos, el manojo de esos mismos liberales que osan pregonar arteramente en sus estandartes el nombre del Estado de derecho.

(25) São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, pág. 96.

(26) Heidelberg, Carl Winter, 1964, pág. 23-51.