

El Estado de Derecho en Alemania y Francia^{*}

Manuel Barría Paredes^{**}

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto describir la noción de Estado de Derecho en dos Países: Alemania y Francia. Así en el caso germano veremos que su origen lo encontramos en la ciencia jurídica alemana, fundamentalmente a través de Robert Von Mohl. Los franceses toman este concepto por la existencia de un diálogo entre juristas alemanes y franceses que es particularmente intensa entre los años 1870 y 1918. Pero a partir de estos hechos apreciaremos la forma como ambos Estados van a concebir esta idea, analizando y explicando su evolución histórica.

Palabras Clave

Estado de Derecho, Estado Liberal, Estado Legal.

^{*} Trabajo realizado en la asignatura de Derecho Comparado, del Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, dirigido por el Dr. Jorge Precht Pizarro.

^{**} Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Magíster en Ciencias Jurídicas y Candidato a Doctor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Colaborador Académico del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción.

INTRODUCCIÓN

Existen tres grandes corrientes históricas de formulación del Estado de Derecho:

a) Rule of Law (Inglaterra). Es interpretado en el Derecho continental europeo, como sinónimo de “Imperio del Estado de Derecho”, concepto elaborado como fruto de la experiencia de los Tribunales británicos.

b) Estado Constitucional: Esta noción aparece como producto de la Revolución Francesa, a través del principio de separación de poderes, del respeto de los derechos, pero también del común sometimiento de gobernantes y gobernados a la ley.¹

c) Estado de Derecho: Como expresión jurídica nace de las doctrinas alemanas y Ihering nos habló ya del *Rechtsstaat*, que presupone una limitación de las funciones del Estado por el derecho, que obliga bilateralmente, tanto al individuo como al propio Estado.² Sin embargo, no todos opinan que *Rechtsstaat* y Estado de Derecho sean lo mismo. Según Pereira Menaut el Estado de Derecho no es esencialmente diferente del *Rechtsstaat* germano. Éste fue la contribución alemana a la superación del absolutismo, así como en la francesa había sido la división de poderes. Expresaba, más que la sumisión de la potestad política al Derecho, la racionalidad, regularidad e institucionalización del estado de las monarquías alemanas de aquella época, que ya no giraban sólo en torno a la persona del príncipe.³

Esto no quiere decir que en Francia haya sido desconocido este fenómeno. Sin embargo, está concebido en forma diferente a como lo consideran los alemanes. Así entonces, se ha definido al Estado de Derecho como la forma política moralmente determinada por el principio del imperio de la ley.

¹ QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario; BERNALES ROJAS, Gerardo, *Derecho Político*, Editorial Jurídica LexisNexis, Santiago, 2005, p. 119.

² HERRARTE, Alberto, *El Estado de Derecho*, Editorial Académica Centroamericana S.A., Guatemala, 1984, p. 51.

³ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Rule of Law o Estado de Derecho*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 33.

Lo caracterizan la vigencia real o formal de las normas jurídicas y la creencia en la santidad del ordenamiento jurídico. Según que ese derecho sea la representación de un orden fundado en un régimen liberal o en un régimen social, el Estado será de Derecho liberal o social, respectivamente. Según que la norma tenga o no vigencia real, este Estado será formal o materialmente un Estado de Derecho.

La individualización de una forma política, según el grado de efectividad del imperio de la ley, tiene relación con el fin jurídico que se asigna a la organización política y con la noción de supremacía de la ley, propia de la forma política moderna. Ella traduce el pensamiento de que gobiernan las leyes, no los hombres.⁴ Lucas Verdú, conceptualizando el Estado de Derecho señala que *“cuando un Estado configura jurídicamente la organización y ejercicio del poder político, de manera que los individuos y sus grupos están protegidos por la existencia previa de normas e instituciones jurídicas, garantizadoras de sus derechos y libertades; cuando la actividad estatal se somete a normas e instituciones jurídicas, sin más excepciones que las exigidas por el bien común, entonces nos encontramos frente a un Estado de Derecho”*.⁵

El presente trabajo se encuentra dividido en tres partes. La primera de ellas se refiere a una breve evolución del concepto de Estado de Derecho. La segunda parte analiza al Estado de Derecho en Alemania, principalmente en lo que dice relación con el Estado liberal de Derecho. Finalmente se analizará al Estado de Derecho en Francia. Ahí veremos la forma en que el concepto llegó al país galo, como también el paso de un Estado legal a un Estado de Derecho.

I.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ESTADO DE DERECHO

Existen antecedentes que nos señalan que el Estado de Derecho tiene su origen en la antigüedad griega. Es ahí donde encontramos los primeros indicios del predominio de la ley por sobre la autoridad. Platón y Aristóteles se pronunciaron a favor del gobierno según el derecho. Platón, en la República, afirmaba que una polis donde “el derecho gobierne a los que gobiernan”, es decir cuando el gobierno está sometido al Derecho, podría esperarse que fructificara todo el bien que los dioses tenían destinados a las comunidades genuinas.

⁴ FAYT, Carlos, *Derecho Político*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 282.

⁵ LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1976, p. 237.

A su vez, Aristóteles, sostuvo el gobierno de las leyes por sobre el gobierno de los hombres, en la medida en que la ley estaba guiada por la razón, mientras que los hombres estaban guiados por la pasión. Heródoto se ufanaba que los griegos fueran gobernados por leyes y no por hombres. La democracia ateniense representó el modelo del Estado guiado por el derecho, frente a Esparta que simbolizaba el Estado poder.⁶ Así, los griegos se ufanaron de ser gobernados por leyes y no por hombres porque aquellas son menos apasionadas: se despersonalizan y objetivan.⁷

Herrarte señala que de lo expuesto por Hayek acerca del Derecho Romano se podría concluir que el Estado de Derecho existió alguna vez en Roma, más concretamente en la época de la República.⁸ Esto es discutido. Se ha señalado como principio romano de que “lo que el príncipe quiere tiene fuerza de ley”, complementado por el de “*princeps legibus solutus*”, que significa desligar al gobernante de la sujeción al derecho. El gobernante hace la ley, pero no está sometido a ella. Su actividad escapa al derecho.⁹

En la Edad Media se agregaron otros antecedentes a la concepción del Estado de Derecho, al perfilarse las características de racionalidad de la ley frente a los caprichos de la voluntad despótica, a lo cual se agregaron los valores de justicia y bien común que trataban de corregir cualquier abstracción y formalismo.¹⁰ Herrarte, citando a Max Weber sostiene que el Estado de Derecho existió en la Edad Media como un haz de derechos subjetivos, en oposición al ordenamiento objetivo contemporáneo. Para Hayek, aunque los hombres de la Edad Media disfrutaron de muchas libertades en el sentido de privilegios concedidos a clases sociales o personas, difícilmente conocieron la libertad como condición general de todo un pueblo. Sin embargo, el Estado no podía crear o hacer la ley porque ello significaba abolir la justicia misma.¹¹

Santo Tomás de Aquino sostuvo que “*en el orden de las cosas humanas, la justicia de una acción pende de su conformidad con la norma de la razón. Y siendo la ley natural esta forma primera de la razón humana, es notorio*

⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, *Derecho Político. Introducción a la Política y Teoría del Estado*, Cuadernos Universitarios Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1993, p. 239.

⁷ LUCAS, ob. cit., p. 238.

⁸ HERRARTE, ob. cit., p. 51.

⁹ BIDART CAMPOS, Germán José, *Derecho Político*, Editorial Aguilar, Buenos Aires, 1972, p. 254.

¹⁰ NOGUEIRA; CUMPLIDO, ob. cit., p. 239.

¹¹ HERRARTE, obra citada, p. 51.

que todas las demás leyes tendrán razón de leyes en cuanto proceden y emanan de la ley natural; hasta el punto que, en aquello que se separen de la ley natural, dejan de ser leyes, son una corrupción de la ley".¹² Además distingue la *vis directiva* o potencia orientadora de la ley, y la *vis coactiva* o potencia coercitiva de la misma ley; el gobernante está sujeto a la primera, pero no a la segunda. Ello se vincula con la responsabilidad directa ante Dios, pero no ante el pueblo, cuyo contralor es improcedente.¹³ Luego, la tradición romano-canónica favoreció la despersonalización del poder mediante la técnica del *oficium* y del *misterium*. Además, las bases iusnaturalistas, apoyadas en el Derecho divino, servían de base al Derecho positivo organizador de la convivencia.¹⁴

En los siglos XVI y XVII se produjo la contraposición entre aquellos que consideraban a la legislación como libre actividad creadora del Monarca "*Principes Legibus Solutus*" y los partidarios de la limitación del poder real por medio de la actividad legisladora. A su vez la Escuela naturalista protestante inicia la formalización del Derecho. El Estado comienza a inscribirse dentro de la juridicidad, concibiéndose así la ley como un esquema general, formal y obligatorio, que se apoya en la fuerza del aparato estatal. Locke y Montesquieu agregan la afirmación de los derechos individuales y la regla técnica de la separación de poderes.¹⁵

En Gran Bretaña, entretanto, se desarrollaba el principio de la supremacía de la ley, denominado *Rule of Law*. Esto significa literalmente "*regla del Derecho*", pero también lo hacen equivaler a *supremacy of law* o "*supremacía del Derecho*", pues la idea inspiradora es la de "*gobierno conforme a derecho*" o "*bajo el Derecho*". La expresión *rule of law* tiene poco más de cien años, pero la idea de la sumisión de gobernantes y gobernados a un Derecho que está sobre todos tiene su origen en la Edad Media y puede discernirse con razonable claridad en el art. 39 de la Carta Magna de 1215 y, mejor aún, en el principio *Rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege*.¹⁶

En el siglo XVII la idea del *rule of law* reaparece con mayor fuerza en los argumentos antiabsolutistas del juez Coke y, a finales de siglo, en el Segundo Tratado de Locke.¹⁷ Las luchas de la Reforma en Inglaterra

¹² NOGUEIRA; CUMPLIDO, citando a Santo Tomás de Aquino, en ob. cit., p. 240.

¹³ BIDART, ob. cit., p. 254.

¹⁴ LUCAS, ob. cit., p. 238.

¹⁵ NOGUEIRA; CUMPLIDO, ob. cit., p. 240.

¹⁶ *El rey debe estar no bajo el hombre, sino bajo Dios y la Ley.* (La traducción es nuestra).

¹⁷ PEREIRA, ob. cit., p. 26.

impusieron también la libertad religiosa, que después de sancionada en la metrópoli (*Petition of rights*, 1682 y *Bill of rights*, 1689) pasó a las colonias americanas y tomó cuerpo en las Cartas de libertad. Fue el primer derecho fundamental del hombre que se reconoció en el Siglo XVII. Las colonias inglesas de América, influídas sobre todo por los autores del Derecho natural, sostuvieron la bandera de los derechos humanos de libertad. Y al conquistar su independencia y constituirse en Estados soberanos, proclamaron en sus *Bills* o *Declarations of rights* una serie de derechos de ciudadanía.¹⁸

II.- EL ESTADO DE DERECHO EN ALEMANIA

La concepción del Estado de Derecho se debe a la ciencia jurídica alemana de mediados del siglo XIX. La propia noción de Estado de Derecho representó, en sus prístinas manifestaciones en la experiencia histórica y doctrinal germana, la búsqueda de un “*ideal institucional*” (*institutionelles Ideal*) o de una “*realidad espiritual*” (*geistige Wirklichkeit*), dirigida a proteger al ciudadano con su libertad, sus valores, así como sus derechos innatos y adquiridos frente al peligro de eventuales abusos por parte de los detentadores del poder político.¹⁹

Así, en la doctrina del *Rechtsstaat* se dieron desde el principio dos tendencias, una que hacía más hincapié en el aspecto liberal y otra en el mecánico e institucional.²⁰ Un representante de la primera tendencia es Robert Von Mohl, profesor de derecho político de la Universidad de Tubinga. Es él quien utiliza por primera vez el concepto de *Rechtsstaat* dentro de una perspectiva individualista.²¹ Von Mohl hace una enumeración de cinco formas de Estado: teocracia, despotismo, Estado patrimonial, Estado patriarcal y Estado de Derecho, entendido como un Estado que se subordina al Derecho. Este concepto del Estado jurídico, sometido a las normas jurídicas, es equivalente a la noción de Estado constitucional, donde las esferas de actividad del Estado y de los individuos se encuentran jurídicamente determinadas, y se asegura la libertad del individuo al mismo tiempo de la actividad de los órganos del

¹⁸ FISCHBACH, Georg, *Derecho Político general y Constitucional comparado*, Editorial Labor S.A., Barcelona-Buenos Aires, 1934, p. 336.

¹⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, 1984, p. 213.

²⁰ PEREIRA, ob. cit., p. 33.

²¹ NOGUEIRA; CUMPLIDO, ob. cit., p. 241.

Estado.²² Von Mohl usa esta expresión para evitar la utilización del concepto de Estado Constitucional, que se vinculaba al Régimen del Terror durante la Revolución Francesa.²³

Como señala Pérez Luño, el Estado de Derecho se consideraba como un tipo de Estado con unas exigencias de contenido o materiales que se cifraban en: a) La necesidad de una organización y regulación de la actividad estatal guiada por principios racionales, que deben traducirse en un orden político justo. El Estado de Derecho es concebido como un Estado racional (*Vernunftsrechtsstaat*) bajo la terminología de Estado de razón *Staat der Vernunft* en expresión de Welcker, o de Estado de la racionalidad *Verstandesstaat* en la de Von Mohl; b) El rechazo de cualquier tipo de transpersonalismo en la definición de los objetivos del poder. El Estado no es una institución puesta al servicio de fines trascendentes de carácter divino, ni de los intereses de quienes gobiernan, sino que se halla en función del beneficio de todos los individuos que lo integran; c) Limitación de las tareas del Estado a la garantía de la libertad, la seguridad y la propiedad de sus ciudadanos a través de la ley, concebida como norma general emanada de los representantes de la voluntad popular.²⁴ Esta escuela fue importante sólo en el terreno académico, más que en la realidad de las constituciones, leyes e instituciones políticas vigentes en Alemania.²⁵

Fromont señala que el contenido del principio del Estado de Derecho se concibe desde una doble perspectiva, a saber, como noción formal del Estado de Derecho y la otra como la noción material del Estado de Derecho.²⁶ Federico Julio Stahl defiende la concepción del Estado de Derecho pero sólo desde una perspectiva formal. Para Stahl, el *Rechtsstaat* es aquel que alcanza sus fines a través del derecho, el cual es entendido sólo como derecho positivo.²⁷ Predomina esta idea, que impuso la idea del *Rechtsstaat* como conjunto de autolimitaciones de un Estado que, en su conjunto, no dejaba de ser absoluto.²⁸ La debilidad de la concepción del Estado de Derecho consistía en la indeterminación del Derecho a que debía someterse el Estado. Bajo el predominio del pensamiento liberal, la cuestión

²² FAYT, ob. cit., p. 283.

²³ QUINZIO; BERNALES, ob. cit., p. 119.

²⁴ PEREZ, ob. cit., p. 219.

²⁵ PEREIRA, ob. cit., p. 33.

²⁶ FROMONT, Michel, "République Fédérale D'Allemagne. L'Etat de droit", en *Revue du Droit Public*, N° 5, 1984, p. 1206.

²⁷ NOGUEIRA; CUMPLIDO, ob. cit., p. 241.

²⁸ PEREIRA, ob. cit., p. 33.

se resolvía en una sumisión formal a la ley, que naturalmente era el reflejo de la legalidad impuesta por la ideología dominante.

Con este alcance, el Estado de Derecho quedó reducido a un aparato de legalidad formal, técnicamente servido por una construcción jurídica basada en el enunciado de los derechos fundamentales y en el equilibrio de los poderes.²⁹ Desde un punto de vista material, el Estado de Derecho se permite reagrupar en tres grandes categorías, que son el liberalismo, el estado social y los principios no escritos: la seguridad y la proporcionalidad.³⁰

1.- El Estado Liberal de Derecho

El Estado de Derecho nació, por tanto, como una fórmula de compromiso que implicaba aunar diversas garantías formales, proclamadas por una Constitución que consagrara la división de poderes y el principio de legalidad, con una serie de garantías materiales, ya que el primado de la ley reposaba en su carácter de expresión de la voluntad general y en su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos. Incluso se ha llegado a afirmar que, en estas formulaciones iniciales del Estado de Derecho, la noción de legalidad suponía una síntesis de la idea liberal manifestada en la defensa de los derechos individuales, con la idea democrática concretada en la concepción de la ley como producto de la voluntad general.³¹

Según Quinzio y Bernaldes, *“el Estado Liberal de Derecho tenía como valor la libertad, el rol del Estado era de gendarme, aseguraba los derechos individuales, civiles y políticos, un derecho de propiedad absoluto, economía de libre mercado y una concepción formalista y positiva de los derechos fundamentales”*.³²

En este sentido, pueden establecerse como rasgos característicos del Estado liberal de Derecho en Alemania los siguientes:

²⁹ FAYT, ob. cit., p. 283.

³⁰ FROMONT, ob. cit., p. 1310.

³¹ PÉREZ, ob. cit., p. 220.

³² QUINZIO; BERNALES, ob. cit., p. 123.

a) Una aparente despolitización del Estado. Éste aparece como un mero instrumento neutro y disponible para garantizar el libre juego de los intereses económicos. Se consuma la fractura entre sociedad y Estado al independizar la organización y reproducción del poder político de cualquier conexión con la sociedad. Estos presupuestos se traducen en la cobertura ideológica de los intereses de la burguesía. El Estado liberal de Derecho funciona como un Estado al servicio de la burguesía para lo que dificulta el ejercicio del derecho de asociación, abandona el mercado a los económicamente poderosos y reconoce una libertad e igualdad en el plano formal, que no tienen correspondencia en el social y económico.

b) Tendencia hacia la identificación del concepto de Estado de Derecho con el principio de legalidad, lo que implica el sometimiento de la Administración a la ley, así como la posibilidad del control jurisdiccional de sus actos. Ahora bien, la supresión de cualquier referencia al contenido material de la legalidad termina por conducir a una identificación absoluta entre legalidad y Estado de Derecho o, lo que es igual, entre Estado y Derecho.³³

2.- Elementos del Estado Liberal de Derecho

En el mismo sentido de lo dicho anteriormente, Lucas Verdú señala que el Estado Liberal de Derecho, al quedar subsumido en el Estado constitucional, estableció los siguientes postulados:³⁴

1.- Primacía de la ley que regula toda la actividad estatal, tanto la esfera ejecutiva como jurisdiccional; entiéndase ley en sentido formal; o sea, elaborada por los órganos legislativos del Estado; en las democracias liberales por el Parlamento representativo; elegido por el cuerpo electoral. Los ciudadanos son iguales ante la ley.³⁵ Este principio se construyó en oposición al principio absolutista que estableció que los actos del Rey no estaban limitados por las leyes (*rex legibus solutus*).³⁶ Como señala Pérez Serrano, “la ley constituye un acto regla, una norma general e imperativa, concretada en términos precisos y hoy escritos, encaminada a crear o modificar Derecho objetivo para realizar aspiraciones de justicia mediante el orden en la comunidad. Sin dificultad se comprende que será ley toda

³³ PÉREZ, ob. cit., p. 222.

³⁴ LUCAS, ob. cit., p. 238.

³⁵ LUCAS, ob. cit., p. 238.

³⁶ NOGUEIRA; CUMPLIDO, ob. cit., p. 245.

manifestación que revista estos caracteres; y que no merecerá ese nombre en propiedad, aunque de hecho lo ostente, un acto que no los reúna".³⁷

2.- Un sistema jerárquico de normas que realiza la seguridad jurídica y que se concreta en el rango diverso de las distintas normas y en su correspondiente grado y ámbito de validez.³⁸ Este principio fue desarrollado por la escuela vienesa del derecho y especialmente por Kelsen. En este sistema existe una jerarquía de normas jurídicas, encontrándose en la cúspide la Constitución. La Constitución es un sistema de normas establecidas que regulan las relaciones entre los detentadores y los destinatarios del poder y la interacción de los diferentes detentadores del poder.³⁹ Una Constitución y un determinado contenido dado con ella se ha convertido en una parte constitutiva fundamental del Estado y de su Derecho.⁴⁰ La Constitución es cualitativamente distinta de la ley. La Constitución es siempre más breve que un código; menos sistemática, menos completa, más cargada de metas políticas y valores poco jurídicos, así como de mandatos al legislador; más necesitada de interpretación, y de una interpretación diferente de la tradicional de la ley.⁴¹

3.- Legalidad de la administración, estableciéndose un sistema de recursos en beneficio de los posibles afectados. La concepción liberal del Estado de Derecho consagró la vinculación de la administración pública y su actividad a la ley, buscando dar seguridad jurídica a los administrados, rompiendo con la tradición del Estado Policía. Este principio de legalidad de la administración se concreta bajo dos modalidades. En primer lugar, la responsabilidad de la administración por los daños y perjuicios causados a las personas al margen de lo querido por el ordenamiento jurídico, siendo sujeto imputable jurídicamente en su accionar y, por tanto, sujeto de obligaciones.⁴² Así, se ha señalado que la capacidad de obligarse trae consigo una capacidad de responder; la personalidad, centro de todas las capacidades, como dice el ilustre Hauriou, acarrea la responsabilidad del sujeto de Derecho; y siendo el Estado una personalidad jurídica,

³⁷ PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1976, p. 399.

³⁸ LUCAS, ob. cit., p. 238.

³⁹ HERRARTE, ob. cit., p. 59.

⁴⁰ STERN KLAUS, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1987, p. 201.

⁴¹ PEREIRA, ob. cit., p.77.

⁴² NOGUEIRA; CUMPLIDO, ob. cit., p. 247.

lógicamente había de aceptarse la posibilidad de que originase quebrantos e incurriera en responsabilidad por consiguiente.⁴³

En segundo lugar, la concreción de la justicia contencioso-administrativa, es decir, el control jurisdiccional de la actividad administrativa a través de tribunales ordinarios o contencioso-administrativos, a los cuales pueden recurrir las personas que se sienten menoscabadas en el ejercicio de sus derechos por actos de la administración.⁴⁴ Así, en Alemania subsisten el Tribunal Supremo (*Reichsgericht*) de Leipzig y los Tribunales que existían en los Estados Miembros; pero es de interés subrayar el proceso de unificación, que ha abocado al *Reich* jurisdicciones antes ejercidas por los Países.⁴⁵

4.- Separación de poderes como garantía de la libertad y freno de posibles abusos. Este es quizás uno de los temas más importantes, y que ha generado más discrepancias entre los autores, desde el momento en que incluso no es clara la nomenclatura de esta concepción. Así, esta perspectiva expuesta por primera vez por Locke y luego universalizada por Montesquieu establece la necesidad de dividir al poder del Estado en tres poderes independientes, iguales y autónomos entre sí, atribuibles a titulares distintos: los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.⁴⁶ Hauriou señala que “por ella, el poderoso haz de los poderes reales, que hasta entonces se encontraban sólo en las manos del Príncipe, se encuentra desatado de forma que en adelante es posible, según la fórmula de Montesquieu, “*detener el poder con el poder*”, es decir, utilizar el antagonismo relativo de los diversos poderes del Estado para obligar a cada uno a actuar siempre conforme a Derecho.⁴⁷ Ahora bien, y como señala Herrarte, más que separación de poderes, debe hablarse de distribución, y más concretamente, de distribución de funciones. En efecto, la equiparación del poder con la soberanía y su indivisibilidad dio margen para que el mismo Montesquieu pensara en la supremacía de un poder: el legislativo.⁴⁸ En Alemania, la Suprema magistratura está a cargo del Canciller. La primacía del Ejecutivo queda patente con sólo tener en cuenta su potestad legislativa y constituyente. El *Reichstag*, órgano normal de legislación en el antiguo

⁴³ PÉREZ, ob. cit. p. 179.

⁴⁴ NOGUEIRA; CUMPLIDO, ob. cit., p. 247.

⁴⁵ PÉREZ, ob. cit., p. 569.

⁴⁶ NOGUEIRA; CUMPLIDO, ob. cit., p. 246.

⁴⁷ HAURIOU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1973, p. 171.

⁴⁸ HERRARTE, ob. cit., p. 75.

régimen, subsiste como organismo, pero con función más bien de registro o ratificación, para rodear de solemnidad máxima algunas resoluciones o acuerdos. Y tal como lo señalamos anteriormente, en la labor judicial hay que recurrir al Tribunal Supremo.⁴⁹

5.- Reconocimiento y garantía de los derechos y libertades fundamentales incorporados en el orden constitucional. Como dice Bidart, “la escuela de los derechos individuales pone, a su modo, un dique de contención al Estado. Hay en la persona humana un valor trascendente, superior y anterior al Estado, que éste debe respetar. Los derechos del hombre, tan generalizados en nuestra época, no son “dados” por el Estado, sino preexistentes. El Estado sólo los reconoce, sólo los formula positivamente, tomándolos de la dimensión personal del hombre. Son derechos naturales que se hacen positivos, pero que no surgen del derecho positivo estatal”.⁵⁰ Las garantías que el Estado otorgue son fundamentales para un pleno Estado de Derecho. Estas garantías son, indudablemente, una limitación a los poderes del Estado. No hay así auténtico Estado de Derecho sin el reconocimiento de la eminente dignidad de la persona humana y de sus derechos fundamentales y la protección jurídica de ellos a través de recursos eficaces.⁵¹ Por ello que en la Alemania Nazi fue tan discutido si había o no en Alemania un verdadero Estado de Derecho.

6.- Finalmente, un último elemento del Estado de Derecho está constituido por el examen de constitucionalidad de las leyes como garantía frente al eventual despotismo del legislativo.⁵²

El Estado liberal de Derecho estableció la arquitectura normativo-institucional que describimos anteriormente, que no resistió certeramente las transformaciones económico-sociales: industrialismo, masificación, proletarización de las clases medias, injusticias económico-sociales, extremismos de izquierda y derecha.⁵³ Como señala Pérez Luño, el individualismo, así como el apoliticismo y neutralidad del Estado Liberal de Derecho, no podía satisfacer la exigencia de libertad e igualdad reales de los sectores social y económicamente más deprimidos. El aparente apoliticismo que ante transformaciones socio-económicas adoptó el Estado

⁴⁹ PÉREZ, ob. cit., p. 568.

⁵⁰ BIDART, ob. cit., p. 256.

⁵¹ NOGUEIRA; CUMPLIDO, ob. cit., p. 251.

⁵² LUCAS, ob. cit., p. 239.

⁵³ LUCAS, ob. cit., p. 239.

Liberal de Derecho se tradujo en una serie de conflictos de clase que, a partir de la segunda mitad del siglo XIX y desde los inicios del XX, desvelaron la insuficiencia del marco de libertades burguesas cuando se inhibe del reconocimiento de la justicia social.⁵⁴ Es así como se produce la crisis del Estado Liberal de Derecho, las cuales como enseñan Nogueira y Cumplido produjeron las siguientes consecuencias:

a) El predominio del ejecutivo que comienza a asumir funciones legislativas a través de la delegación legislativa y el rol central reconocía las políticas administrativas del gobierno para hacer frente a los problemas que debía enfrentar el Estado.

b) El reconocimiento de los derechos económicos y sociales en las Constituciones. Un ejemplo de ello es la Constitución de Weimer de 1919 en Alemania. Estos derechos complementan los ya reconocidos, y que requieren del Estado un rol activo e interventor para lograr su concreción real.

c) La crisis de la concepción de la ley general y abstracta aprobada por el parlamento y la importancia que comienzan a revestir las medidas específicas para resolver los problemas concretos.⁵⁵

Tras la segunda post guerra mundial, la doctrina alemana y la Ley Fundamental de Bonn argumentó sobre la posibilidad del Estado Social de Derecho, esto es, sobre un Estado de Derecho que actualizase los postulados liberales del Estado de Derecho y los armonizase con las exigencias de la justicia social.⁵⁶

III.- EL ESTADO DE DERECHO EN FRANCIA Y SU CONEXIÓN CON EL RECHTSSTAAT

Carré de Malberg sostenía que por Estado de derecho debe entenderse un Estado que, en sus relaciones con sus súbditos y para garantía del estatuto individual de éstos, se somete él mismo a un régimen de derecho, por cuanto encadena su acción respecto a ellos por un conjunto de reglas de las cuales unas determinan los derechos otorgados a los

⁵⁴ PÉREZ, ob. cit., p. 223.

⁵⁵ NOGUEIRA; CUMPLIDO, ob. cit., p. 255.

⁵⁶ LUCAS, ob. cit., p. 239.

ciudadanos y otros establecen previamente las vías y los medios que podrán emplearse con vistas a realizar los fines estatales: dos clases de reglas que tienen por efecto común limitar la potestad del Estado subordinándola al orden jurídico que consagran.⁵⁷

Sin embargo, ¿Cómo es que los franceses acuñaron la expresión “Estado de Derecho”, en su doctrina nacional? Los franceses toman este concepto por la existencia de un diálogo entre juristas alemanes y franceses que es particularmente intensa entre los años 1870 y 1918, diálogo que lejos de ser unilateral, es en realidad una retroalimentación, toda vez que “a los juristas alemanes, la doctrina francesa le ofrece una construcción elaborada del liberalismo jurídico, que sale de sus fuentes en la revolución de 1789”, “a los franceses la doctrina alemana le ofrece el modelo de una reflexión teórica sobre el Estado”.⁵⁸

En Francia, la soberanía pertenece al pueblo. Por esto se consideró como totalmente contrapuesta la idea alemana del Estado de derecho a la concepción francesa del mismo.⁵⁹ En efecto, en Francia la ley es una expresión de la soberanía popular, instrumento que además es una garantía de la libertad individual entendida como autonomía. Desde este punto de vista, la teoría de la separación de poderes constituye en Francia una técnica de organización del Estado que permite asegurar la supremacía del poder legislativo (expresión de la voluntad popular) sobre el ejecutivo y el judicial. Tanto el ejecutivo como el judicial, están obligados, en el ejercicio de sus funciones, a aplicar y respetar las leyes.⁶⁰

⁵⁷ CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, p. 449.

⁵⁸ CHEVALLIER, Jacques, *L'État de droit*, Éditions Montchrestien, E.J.A., Paris, 2003, p. 24.

⁵⁹ No obstante aquello, existen varios autores franceses que acuñaron el vocablo de Estado de Derecho, concibiéndolo de manera diferente a la doctrina alemana. Como señala CHEVALLIER, Jaques, en obra citada, p. 24, “la versión del *Rechtsstaat* que ellos conocen y que llegó a ser la dominante, lleva la marca de los juristas del Imperio, y “La Unión Sagrada”, a la cual participan los juristas franceses entre 1914 y 1918, los lleva a tomar sus distancias con respecto a la doctrina germánica”. Otros franceses que acuñaron este concepto son CARRÉ DE MALBERG, Raymond, en obra citada, p. 449, HAURIUO, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1927, p. 284.

⁶⁰ ZÚÑIGA URBINA, Francisco Octavio, “Separación de poderes y Estado de Derecho”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n° XIV, año 1991-1992, p. 197.

1.- El Estado Legal

La construcción de un orden jurídico jerárquico fue en Francia el producto histórico de una lucha contra el absolutismo monárquico, intentando contener el poder real sujetándolo a normas superiores, en las cuales debía encontrar su fundamento y sus límites; esta construcción cambia en la Revolución por el advenimiento de una nueva figura, la de Nación Soberana, cuyo poder normativo es superior y debe regir y encuadrar la actividad de los órganos del Estado.⁶¹ Como señala Sánchez Agesta, el elemento del régimen constitucional nacido en la Revolución francesa que ha de ejercer una extraordinaria influencia en el constitucionalismo continental es la ley.

La mística rusioniana de la ley, que tiende por naturaleza a la igualdad, respeta la libertad y es siempre recta, y la identificación de Montesquieu entre ley y libertad ha sellado esta Declaración de 1789 y, a través de ella, toda la posterior evolución del régimen constitucional francés. Por su virtud, la ley ha definido la igualdad, ha garantizado la libertad, ha definido la unidad nacional y ha forjado, por último, una administración fuerte e independiente.⁶²

La teoría del Estado de Derecho tiene para la doctrina francesa una doble función: una función cognitiva, permitiendo delimitar mejor, por contraste, lo que caracteriza el régimen político francés, y una función crítica, otorgando argumentos teóricos en apoyo de la denuncia de la omnipotencia parlamentaria. Al final de cuentas, la actitud de los autores con respecto al Estado de Derecho, es en un comienzo, ambivalente, el cuidado de marcar la especificidad de la tradición política francesa los lleva a tomar distancia de la doctrina alemana del Estado de Derecho, pero a la inversa, la concepción del Estado de Derecho que ella defiende le confiere una legitimidad nueva a la crítica del funcionamiento de las instituciones de la Tercera República.⁶³ Dugüit sostiene que en realidad lo que hay es un *Estado ligado por el Derecho*.

Se quiere dar a entender, desde luego, que el Estado legislador está obligado por el derecho a hacer ciertas leyes, y a no hacer ciertas otras

⁶¹ CHEVALLIER, ob. cit., p. 25.

⁶² SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Derecho Constitucional Comparado*, Editora Nacional, Madrid, 1965, p. 252.

⁶³ CHEVALLIER, ob. cit., p. 30.

leyes. Se quiere decir además que, hecha una ley por el Estado, en tanto que esta ley subsista, el mismo Estado queda ligado por la ley que él hizo, puede modificarla o abrogarla; pero mientras la ley exista, tan obligado está él a obedecerla y cumplirla como sus propios súbditos; y sus administradores, sus jueces y sus legisladores mismos tienen el deber de aplicar la ley, y no pueden obrar más que dentro de los límites marcados por ella. Este es el régimen llamado de *legalidad*.⁶⁴

Como señala Maurice Hauriou, se ha diseñado un nuevo régimen de carácter legal y administrativo. Esta construcción es de origen francés y consiste esencialmente en un ingenioso equilibrio, que se obtiene por la creación de un nuevo poder (ejecutivo o administrativo) encargado de asegurar la viabilidad y la aplicación de las leyes. Ha venido este poder a compartir la misión del juez, asumiendo una parte importante de las funciones de él; queda, además, separado del poder judicial por prohibiciones constitucionales enérgicas. En virtud de todo esto asegura realmente el imperio de la ley escrita, porque, al establecer la separación del poder judicial y del poder legislativo, impide al juez hacer o derogar la ley.⁶⁵ Así entonces, en Francia lo que realmente existe es un “*Sistema de Estado Legal*”.

Así, Carré de Malberg señalaba que el régimen del Estado de Derecho alemán, se establece en interés de los ciudadanos y tiene por fin especial preservarlos y defenderlos contra la arbitrariedad de las autoridades estatales. Muy diferente es el sistema establecido por la Constitución francesa, en lo que se refiere a la subordinación de la potestad administrativa a la legislación. Ya no se trata aquí solamente del sistema de Estado de Derecho, sino que la verdadera denominación que debe darse al Estado francés en este aspecto sería más bien la del *Estado legal*, es decir, un Estado en el cual todo acto de potestad administrativa presupone una ley de la que depende y de la cual debe asegurar la ejecución.⁶⁶

Hauriou señala como principales características de este sistema de Estado Legal los siguientes:⁶⁷

⁶⁴ DUGÜIT, León, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Francisco Beltrán, Madrid, año 1926, Pág. 33.

⁶⁵ HAURIOU, ob. cit., p. 286.

⁶⁶ CARRÉ, ob. cit., p. 450.

⁶⁷ HAURIOU, ob. cit., p. 287.

1.- No coexiste con el derecho consuetudinario; la costumbre queda abolida como fuente de Derecho y no hay otra fuente que la ley escrita.

2.- El juez, desde el punto de vista de la aplicación de la ley escrita, está acantonado en lo contencioso. Todas las operaciones preparatorias de la ejecución de la ley anteriores a los litigios que se suscita han pasado a la competencia del poder ejecutivo. Luego, el juez no crea derecho. La jurisprudencia no puede ser fuente de derecho.

3.- Una vez liberada la ley escrita de la exclusiva dependencia del juez, se convierte en la fórmula esencial del Estado de Derecho, la cual fórmula será en lo sucesivo, "la sumisión de todos los poderes al imperio de la ley". Esta subordinación no se reduce desde luego a aquellos actos de administración que producen efectos de orden individual respecto a los administrados, sino que se extiende, en principio, a todas las medidas de administración, hasta aquellas (reglamentarias o particulares) que, sin tocar el derecho de los administrados, conciernen únicamente al funcionamiento interno de los servicios administrativos y sólo deben dejar sentir sus efectos en el interior del organismo administrativo.⁶⁸

4.- Esta nueva fórmula del Estado de Derecho por la sumisión a la ley escrita, se combina por la sumisión del Estado de Derecho por la sumisión del Juez; continúa siendo cierta la observancia del principio de que *nadie tiene derecho de tomarse la justicia por su mano*.

2.- Hacia un Estado de Derecho francés

He aquí entonces el problema. Es necesario avanzar hacia un verdadero Estado de Derecho. Como señala Chevallier, este análisis no es sólo descriptivo. Desemboca en un juicio de valor: sin medios de recursos contra las leyes, Francia "no se elevó hasta la perfección del Estado de Derecho". La teoría del Estado de Derecho va, por tanto, a servir de apoyo teórico a la denuncia de la "soberanía parlamentaria" inherente al régimen del Estado legal. Bajo el imperio de las leyes de 1875 el Parlamento está en efecto "en posesión de un poder indefinido". La Constitución no subordinó el poder legislativo al poder constituyente, ni limitó el campo de acción del legislador, y en consecuencia, el Parlamento "tiene en sus manos el poder constituyente" ya que sólo el puede iniciar el procedimiento de revisión. De

⁶⁸ CARRÉ, ob. cit., p. 451.

este modo, el Parlamento es “no sólo órgano supremo, sino que además es órgano propiamente dicho” y la “garantía constitucional de los derechos pierde bastante de su importancia”.⁶⁹

Carré de Malberg sostiene que el Estado de Derecho tiene características que lo diferencian del Estado legal.⁷⁰

1.- El Estado de Derecho se establece simple y únicamente en interés y para la salvaguardia de los ciudadanos; sólo tiende a asegurar la protección de sus derechos o de sus estatutos individuales. En este sentido, Duguit sostiene que “Como la ley es la garantía de los derechos individuales, todo atentado a los derechos individuales, todo atentado contra la ley debe considerarse un atentado a los derechos individuales; y por tal concepto, la prohibición terminante de que tal atentado se realice es la consecuencia lógica de este principio”.⁷¹

2.- El sistema del Estado de derecho se encuentra establecido actualmente en la mayor parte de los Estados, por lo menos en lo que a la potestad administrativa se refiere. Incluso ha llegado a imponerse hasta en los países con un régimen monárquico.

3.- El sistema del Estado de derecho, por más que tenga, en cuanto a la extensión de la potestad administrativa, un alcance menos absoluto que el del sistema de Estado legal, posee, en otros aspectos, un alcance mayor que este último. El régimen de Estado de Derecho significa que no podrán imponerse a los ciudadanos otras medidas administrativas que aquellas que estén autorizadas por el orden jurídico vigente, y por consiguiente exige la subordinación de la administración, tanto a los reglamentos administrativos como a las leyes. Además, el desarrollo natural del principio sobre el cual descansa el Estado de derecho implicaría que el legislador mismo no puede, mediante leyes hechas a título particular, derogar las reglas generales consagradas por la legislación existente. Estaría igualmente de acuerdo con el espíritu de dicho régimen que la Constitución determine superiormente y garantice a los ciudadanos, aquellos derechos individuales que deben permanecer fuera del alcance del legislador. El

⁶⁹ CHEVALLIER, ob. cit., p. 31.

⁷⁰ CARRÉ, ob. cit., p. 451.

⁷¹ DUGUIT, ob. cit., p. 36.

régimen del Estado de derecho es un sistema de limitación, no solamente de las autoridades administrativas, sino también del cuerpo legislativo.⁷²

Así entonces, según Chevallier, “la teoría del Estado de Derecho aparece bajo este ángulo como una máquina de guerra contra el sistema del Estado legal, y pone en duda el privilegio de incontestabilidad de la cual se beneficiaba hasta entonces la ley en el derecho francés, y viene a legitimar la institución de un control de constitucionalidad de las leyes.” Y señala más adelante que la teoría del Estado de Derecho servirá también, como en Alemania, de sólido apoyo en la construcción doctrinal de un derecho administrativo en pleno florecimiento, favoreciendo el crecimiento del control del juez administrativo sobre los actos administrativos, por el camino de un recurso por abuso del poder, siendo la naturaleza contenciosa y el carácter objetivo indiscutidos, y justificando también el desarrollo de la responsabilidad de una administración de responder por sus actos, incluso más profundamente, significa una verdadera refundación del derecho administrativo, concebido, no más como un privilegio para la administración, sino que como un medio de reforzar las garantías ofrecidas a los administrados: así el criterio de “poder” será muy lógicamente reemplazado por el de “servicio”, que traduce mejor la voluntad de sujeción de la administración al derecho.⁷³

3.- El lazo existente entre el Estado y el Derecho

El problema se produce por la concepción de autolimitación imperante en la doctrina germana. En este punto, las proposiciones son contradictorias. Tal como lo expone Chevallier, hay algunos autores que son más cercanos al pensamiento jurídico germano y son adeptos, además, al positivismo jurídico, en que se excluye toda posibilidad de un derecho anterior y superior al Estado. Por el contrario, otros buscan en el derecho un principio de limitación objetiva del Estado.⁷⁴

Carré de Malberg es uno de los seguidores de la doctrina alemana y exponía que *“La Constitución francesa, después de haberse contentado en tiempos pasados, con asignar la ley como límite a la potestad administrativa, acabó por formular el principio de que la legislación domina por completo a la administración, en el sentido de que esta última función solamente puede ejercerse,*

⁷² CARRÉ, ob. cit., p. 452.

⁷³ CHEVALLIER, ob. cit., p. 32.

⁷⁴ CHEVALLIER, ob. cit., p. 34.

por su misma definición, para la ejecución de las leyes o en virtud de un poder legal". Y más adelante señala que "la Constitución excluye el sistema según el cual tendría la autoridad administrativa un poder inicial que le permitiera tomar, por propia iniciativa, todas las disposiciones que juzgara útiles, con la única condición de mantenerse dentro de los límites de las leyes, es decir, de no infringir, ni contrariar ninguna ley. La Constitución no sólo exige que el administrador actúe intra legem, sino que le manda actuar secundum legem, en el sentido de que todo acto administrativo debe fundarse en leyes que le autoricen o de las cuales busque ejecución".⁷⁵

En contra, Duguit señalaba que *"hecha la ley por el Estado, queda éste obligado a respetarla en tanto que se halle en vigor. Puede modificarla o abrogarla; pero mientras exista, no puede realizar un acto de compulsión, un acto administrativo o jurisdiccional, sino dentro de los límites establecidos por la misma ley, siendo por esto mismo el Estado un Estado de Derecho".⁷⁶* Desde el instante en que se concibió el derecho como un dispositivo "extrínseco" de limitación del poder estatal, estamos destinados a salir del terreno del estricto positivismo jurídico. La norma jurídica se supone que nace, ya no desde el Estado, sino que en virtud de un principio anterior y superior a él. Dios, la naturaleza, el hombre, la sociedad; se apoya sobre el orden preexistente, que puede ser tanto como divino, natural, humano o social.

El estado no se concibe ya más que como un escriba, como máximo un intérprete, y la norma jurídica existe independientemente de su intervención: el hecho generador del derecho se sitúa fuera del Estado. El derecho natural durante mucho tiempo sirvió como referencia a todos los que buscaban desprender el derecho de la influencia del Estado. La proclamación en 1789 de los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre se inscriben cien por ciento en esta perspectiva, que prolonga y amplifica; contra la arbitrariedad absolutista, los revolucionarios buscan anclar el derecho en un principio superior y trascendente: pretendiendo la universalidad, la declaración erige los derechos del hombre en el imperativo categórico imponiéndose al poder.⁷⁷

A modo de conclusión, y siguiendo las palabras de García-Pelayo, Francia se coloca bajo el principio de la soberanía de la ley desde el comienzo de la Revolución. De este modo, la doctrina del Estado de

⁷⁵ CARRÉ, ob. cit., p. 456.

⁷⁶ DUGUIT, ob. cit., p. 35.

⁷⁷ CHEVALLIER, ob. cit., p. 36.

Derecho legal ha sido una creación y una práctica francesa que ha dado origen a un sistema de garantías de los ciudadanos frente a los excesos y desviaciones de la Administración, sistema que ha permanecido firme a través de todos los cambios constitucionales y que es una de las aportaciones capitales de Francia al Derecho público moderno.⁷⁸

BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, Germán José, *Derecho Político*, Editorial Aguilar, Buenos Aires, 1972.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.

CHEVALLIER, Jacques, *L`État de droit*, Éditions Montchrestien, E.J.A., Paris, 2003.

DUGÜIT, León, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Francisco Beltrán, Madrid, año 1926.

FAYT, Carlos, *Derecho Político*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

FISCHBACH, Georg, *Derecho Político general y Constitucional comparado*, Editorial Labor S.A., Barcelona-Buenos Aires, 1934.

FROMONT, Michel, "République Fédérale D'Allemagne. L'Etat de droit" , en *Revue du Droit Public*, N° 5, 1984.

GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1953.

HAURIUO, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1973.

⁷⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1953, p. 494.

HERRARTE, Alberto, *El Estado de Derecho*, Editorial Académica Centroamericana S.A., Guatemala, 1984.

LUCAS VERDU, Pablo, *Curso de Derecho Político*, vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1976.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, *Derecho Político. Introducción a la Política y Teoría del Estado*, Cuadernos Universitarios Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1993.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Rule of Law o Estado de Derecho*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, 1984.

PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1976.

QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario; BERNALES ROJAS, Gerardo, *Derecho Político*, Editorial Jurídica LexisNexis, Santiago, 2005.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Derecho Constitucional Comparado*, Editora Nacional, Madrid, 1965.

STERN KLAUS, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1987.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco Octavio, "Separación de poderes y Estado de Derecho", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, nº XIV, año 1991-1992.