

**Estado de derecho, poder público y legitimación
desde la perspectiva alemana**

Torsten STEIN

Universität des Saarlandes

Working Paper n.88

Barcelona 1994

1. INTRODUCCIÓN

Acerca de cada uno de los tres conceptos reunidos en el título de esta ponencia, sin dificultad alguna se podría organizar un seminario de varios días de duración. Así, una reciente monografía sobre la importancia del principio de Estado de Derecho en el Derecho Constitucional de la RFA abarca ella sola, casi 500 páginas. Además cada uno de los tres conceptos adquiere otro significado, en función de si es considerado según el Derecho Político y Constitucional de un Estado determinado, desde el punto de vista de la Teoría general del Estado o según los criterios de la Filosofía del derecho, sin hablar del Derecho Internacional Público. De manera que una consideración conjunta de los tres conceptos dentro de una misma ponencia, a la fuerza tiene que ser a veces superficial, pero quizá podrá ilustrar la recíproca relación de los tres conceptos entre sí. Para ello es todavía necesario incluir un cuarto concepto: el concepto de democracia. Esta inclusión es tanto más necesaria, porque en parte se ha sostenido la opinión de que la democracia, como forma de Estado, considerada hoy en día, sin lugar a dudas como la mejor y como el único sistema de gobierno legítimo, limitaría el principio del Estado de Derecho. Se dice que estos límites se situarían allí donde el Estado de Derecho postulaba determinados principios de fondo, de contenido, limitando con ello la libertad de acción del legislador democrático. Habrá que volver a referirse a esto al diferenciar entre un concepto de Estado de Derecho meramente formal y otro también material.

II. LA LEGITIMACIÓN DEL PODER Y EL SISTEMA DEMOCRÁTICO

En primer lugar se trata de saber si sólo en un Estado de Derecho está justificado el ejercicio del poder público, es decir, qué aspecto de la fórmula de Estado de Derecho debe estar garantizado para que el poder público, más allá de la mera legalidad formal, sea un poder legítimo.

No es infrecuente la opinión de que las consideraciones sobre la justificación del poder que ejercería una determinada autoridad pública carecerían ya de interés en la época de las democracias, puesto que el poder estatal en una democracia no requiere de mayor legitimación, porque en una democracia quedaría eliminada la oposición entre gobernantes y gobernados. Si en la democracia todo el poder estatal emana del pueblo, entonces el pueblo se gobierna a si mismo, ejerce la autoridad pública sobre sí mismo. Los autócratas siempre han buscado una justificación para su dominio: los monarcas la encontraron en el derecho divino, los dictadores en alguna ideología. Parecería que la democracia no necesita de tal legitimación, pues ella no gobierna a nadie, siendo como son, gobernantes y gobernados idénticos. Según este punto de vista, para la legitimación de una

determinada democracia sólo se requiere su perfeccionamiento en detalle.

Un principio básico de toda democracia es el principio mayoritario, acerca de cuya irrevocabilidad debe haber consenso. Pero el principio mayoritario sólo es una condición necesaria para la democracia y no posee en sí misma bastante legitimación para el ejercicio de autoridad pública por la mayoría. Estar en posesión de la mayoría, no justifica ser dueño de la verdad. La mayoría en sí misma nunca concede el derecho a una realización definitiva, sino meramente temporal, de las propias metas e ideas políticas con los recursos del poder público. La legitimidad de la regla mayoritaria como tal depende de que la opinión minoritaria siga presente como una alternativa, básicamente con los mismos derechos. Uno sólo se puede someter a la regla mayoritaria en una votación cuyos resultados son de antemano inseguros, si tiene la certeza de que, aun como minoría, no estará expuesto a persecución por las propias convicciones, sino que por el contrario, tendrá la oportunidad de alcanzar alguna vez la mayoría. Siempre forma parte de la democracia la existencia de una oposición libre; el pueblo debe poder aprovechar siempre la oferta de una alternativa objetiva y personal frente al poder estatal existente. Una democracia que no ofrece oportunidad real y que no garantice en su Constitución la irrevocabilidad de la regla mayoritaria, puede fácil y legalmente tomarse en una dictadura, si permite que la mayoría una vez elegida, mantenga el poder público en sus manos por la vía que fuere, aunque la mayoría de la población no la respalde.

Actualmente, las democracias en su abrumadora mayoría son democracias representativas indirectas. El pueblo no ejerce el poder público en todos los niveles y en todas sus ramificaciones directamente, sino que lo hace a través de elecciones. El poder público es ejercido a través de los representantes elegidos y de aquellos órganos estatales, que a su vez son colocados en sus funciones (o por lo menos son ratificados) por los representantes, los diputados. El ejercicio directo del poder estatal por parte del pueblo por vía de plebiscito (referéndum o iniciativa popular con o sin plebiscito subsiguiente) es la excepción y como tal se reserva casi siempre para decisiones de Estado fundamentales (por ejemplo, la modificación de la Constitución). Algunas constituciones incluso prescinden de esa participación directa excepcional del pueblo en el ejercicio del poder estatal, entre ellas la Constitución de la RFA. Tras esta renuncia está la reflexión de que las masas son susceptibles de seducción y que un referéndum muchas veces se decide bajo la impresión de una situación momentánea, y por ende emocional, y no necesariamente por medio del uso de la razón.

La democracia no depende del grado de la mediatez o inmediatez de la participación popular que garantiza una determinada constitución. La legitimidad de un poder público ejercido bajo signos democráticos también queda determinada por el grado de "realimentación o feedback democrático", es decir, si y en qué medida

la actividad y la composición de los órganos estatales pueden ser reconducidas a la expresión de la voluntad popular. Para ello es determinante toda una serie de factores, por ejemplo el sistema electoral. En un sistema de representación electoral proporcional, el peso de mayorías y minorías queda reflejado, como su nombre indica, proporcionalmente en el Parlamento; en un sistema de elección mayoritario puro, en un caso extremo, puede quedar fuera de consideración hasta un 49 % de la voluntad popular. Durante cuánto tiempo se renuncia, por así decirlo "voluntariamente" (es decir democráticamente), a la realimentación democrática depende de la frecuencia de las convocatorias electorales, o sea de la duración de la legislatura. La fijación de la edad electoral determina qué partes de la población participan indirectamente en el ejercicio del poder público. También es importante la forma en que son nominados los candidatos al parlamento, que según la teoría de la representación, durante el tiempo que dura el mandato, es "idéntico" con el pueblo. Si los partidos políticos sustentan de hecho un monopolio, su orden interno en sí debe responder a principios democráticos y hacer que los partidos mismos estén abiertos a todos los ciudadanos, por lo menos teóricamente; de lo contrario, la manifestación de la voluntad popular queda limitada ya antes de las elecciones de tal manera que afecta la legitimidad del poder estatal. En este contexto es también de gran importancia el llamado "mandato libre", que no sólo excluye instrucciones y órdenes por parte de los electores, sino que tampoco debe estar ligado más allá, de lo absolutamente necesario a una disciplina partidista o de fracción. De otra manera, no podría sostenerse la ficción de identidad entre pueblo y parlamento. Para todos estos factores de realimentación democrática no hay normas forzosas, pero hay valores límite, más allá de los cuales la "realimentación" es tan escasa, que el poder de Estado ya no puede considerarse ejercido por el pueblo y, por lo tanto, legítimo.

Pero incluso si un sistema de gobierno cumple con todas las exigencias democráticas, y por ende el poder ejercido en él puede considerarse en este sentido justificado, ello no significa que el poder público goce en todo caso de legitimidad. Democracia en sí todavía no es Estado de Derecho, pues democracia significa sólo que el pueblo se gobierna a sí mismo, pero el pueblo no puede hacer todo lo que le viene en gana. Si el progreso radicara sólo en el relevo del monarca absoluto no limitado en su poder, por un parlamento que represente al pueblo, tan sólo se habría sustituido la arbitrariedad del monarca por la arbitrariedad de la mayoría parlamentaria. Por eso, aun antes de que la democracia se impusiera como forma de Estado y de gobierno, el paso decisivo para la legitimación del poder estatal era su sujeción al derecho. Esto suponía primero la disolución de la identidad entre monarca y Estado ("L'État c'est moi") y la construcción del Estado como persona jurídica, pues sólo así se podía pretender tener derechos frente al Estado, en tanto que el monarca mismo permanecía inmune y no sometido a la ley. El resultado de esta evolución fue la monarquía constitucional, en la cual los representantes del pueblo sancionaban leyes que actuaban como barrera a las

prerrogativas del monarca. El poder estatal se convirtió en un poder sometido al Derecho. El lugar del poder ejercido por determinadas personas lo ocupó el poder del Derecho ("government of law and not of men"), de la ley. La ley no sólo limitaba la arbitrariedad del soberano, sino que determinaba por el tiempo que estaba en vigor, lo que era Derecho y lo que se podía esperar del poder del Estado. Junto a su función limitadora, la ley también tenía una función clarificadora en el sentido de que creaba seguridad y confiabilidad jurídicas.

Pero un Estado de Derecho sólo restringido a la legalidad del poder estatal no basta tampoco para otorgar legitimidad al poder público. Si la legalidad se da por satisfecha con la creación del derecho bajo un procedimiento determinado -el proceso normativo-; si todo puede llegar a ser ley, y por lo tanto derecho, si cumple con estas reglas meramente formales, entonces legalidad y legitimidad pueden llegar a estar a millas de distancia. El Estado de Derecho meramente formal que ataba al Poder Ejecutivo a leyes, sin someter estas leyes a otros vínculos que no fueren los meramente formales, siempre era impotente ante la injusticia en forma de ley. La historia alemana entre 1933 y 1945 tiene muchos ejemplos sobre ello. Un Estado de Derecho material también debe tomar medidas de seguridad ante el Poder Legislativo, para excluir la posibilidad de que éste imponga un derecho, que si bien es legal en sentido formal, no es legítimo en cuanto a su contenido.

III. ESTADO DE DERECHO

Antes de pasar a la definición del Estado de Derecho y a la diferenciación entre el concepto de Estado de Derecho formal y material, me parece necesario hacer una breve reflexión sobre la relación que existe entre legalidad y legitimidad.

La discusión sobre la relación entre legalidad y legitimidad es antigua y no siempre ha sido afortunada. En tanto que en la época de los soberanos absolutos se trató de derivar la legitimidad del ejercicio del poder estatal soberano de los más diversos objetivos estatales, para las democracias parlamentarias se ha impuesto la idea de que la legalidad de una norma también determina, por lo menos como principio, su legitimidad. Mientras que acerca del valor moral o ético de los propósitos del Estado se pueden tener las más diversas opiniones, la "legitimidad por el procedimiento" se basa en el hecho de que se reconozcan fundamentalmente las decisiones estatales surgidas de un procedimiento legal determinado. Puede ser que este "reconocimiento" sea sólo "resignación" ante las decisiones producidas en un sistema en funcionamiento, siendo, sin embargo, esta "resignación" necesaria para la estabilización del sistema, pues a través del sistema se escogen con carácter obligatorio alternativas a través de procesos de toma de decisión armonizados entre sí. La alternativa escogida en cada caso se convierte en ley y por tanto en derecho.

En especial en los tiempos políticamente intranquilos en Alemania, entre 1967 y 1975, se llegó a cuestionar de nuevo la relación existente entre legalidad y legitimidad. Legalidad y legitimidad fueron separados casi antitéticamente y de una manera tal, que aquellos individuos o grupos que consideraban las normas y decisiones estatales como equivocadas o inaceptables, se otorgaban a si mismos el derecho a no seguir dichas normas. Si bien esto lo hacían remitiéndose a "principios morales comprensibles para todos", sin embargo, estos grupos no hacían otra cosa que colocar una moral privada por encima del ordenamiento jurídico público. En nombre de esta autodefinition de "legitimidad", se pretendía tener derecho a una "resistencia activa", hasta llegar a actos de violencia. Si todos cumplen normas consideradas como legítimas sólo en base a los propios valores éticos, es el fin de todo régimen público.

Sin embargo sí sería correcto afirmar que la legitimidad implica contenidos que otorgan autoridad a una norma -y en general al derecho. Se podría decir que una norma legal (o también una decisión judicial) goza de autoridad, cuando es acatada en si misma -es decir, cuando no es su contenido o la forma en que surge, sino su mera existencia la que garantiza su obediencia. En ningún caso debe llegarse al extremo de que la norma (o decisión) tenga que imponerse por los medios de la autoridad pública, pues en un caso así, quizás sea el poder estatal el que goce de autoridad, pero no la norma.

Pero una autoridad del derecho tan aislada no existe. Probablemente la autoridad del derecho sólo se pueda basar en la convicción de que el derecho es "correcto" entendido en un sentido general. Esto no significa que cada uno sólo conceda autoridad a la norma sentida como correcta en lo subjetivo, a la que le sirve a sus propios intereses. La "corrección" o legitimidad de una norma o decisión se refiere al sistema jurídico en el cual descansa esta norma, o al orden estatal que ha producido este sistema jurídico -y con ello también la norma concreta.

A veces, el derecho exige también obediencia aún siendo "incorrecto". La sentencia objetivamente antijurídica, pero firme, debe ejecutarse; la norma anticonstitucional hay que seguir aplicándola hasta que sea abolida. Esto no se acepta porque el derecho incorrecto se considere "Derecho", sino porque la norma que está detrás de dicha aceptación, y que por motivos de seguridad y paz jurídicas también exige la aplicación de la norma defectuosa y la ejecución de la sentencia equivocada, se sienta como "correcta". Hasta tanto el sistema jurídico como un todo pueda considerarse como correcto y, sobre todo, hasta tanto se disponga de mecanismos para poder apelar dentro de determinados plazos contra decisiones incorrectas y modificar o sustituir normas que se van mostrando incorrectas, hasta entonces el Derecho como un todo, y con ello también el Derecho "incorrecto", goza de autoridad. Pero si el derecho incorrecto o el derecho

que se ha hecho incorrecto se mantiene por demasiado tiempo, se debilita el régimen jurídico en general, los destinatarios del Derecho se apartan del régimen jurídico y se pierde la autoridad del derecho.

De manera que el Derecho sólo goza de autoridad o aceptación -y por tanto de legitimidad- cuando se conforma a la "idea del Derecho". Pero la "idea del Derecho" no es otra cosa que la exigencia planteada al Derecho de que garantice la libertad individual, la libertad de las personas. Ello exige que el concepto de "Estado de Derecho" no se limite a los elementos de legalidad formales, sino que se incluya en él también criterios de legitimidad de fondo, especialmente la exigencia de respeto a los derechos humanos fundamentales y la limitación de los intereses privados por el poder público únicamente en la medida en que fuere necesario para garantizar bienes de mayor relevancia, ya sean intereses públicos en general, ya derechos de otros individuos.

Tampoco aquellos teóricos del Estado y del Derecho constitucional de la RFA que consideran que se debe devolver su contenido formal al concepto de Estado de Derecho o que debe quedar limitado al mismo, porque de lo contrario éste se haría "impreciso" por la combinación de garantías y una cada vez mayor cantidad de conceptos sustanciales sobre lo que es justicia, hasta el punto que el principio de Estado de Derecho ya sólo sería un colectivo para determinadas garantías del derecho constitucional, nunca entendieron bajo el concepto formal de Estado de Derecho únicamente la mera sujeción del poder estatal a las leyes. También ellos han entendido por Estado de Derecho en sentido formal, un Estado que garantice la separación de poderes, la independencia de los tribunales, la legalidad de la administración, la protección legal contra los actos del poder público y un sistema público de responsabilidad jurídico. Un Estado de Derecho es meramente "formal" cuando los típicos elementos formales de Derecho, es decir "procedimientos", "competencias resolutorias" y "modelos de resolución legales" reglamentan la vida pública, pero sin estar planteada la exigencia de una orientación del contenido de la legislación según un orden superior de normas.

En cambio, se considera un Estado de Derecho sustancial aquel Estado que también garantice este compromiso del contenido de la legislación con normas superiores y lo asegure con una constitución que normativiza los derechos fundamentales del individuo y con una legislación subordinada a esta constitución. Un Estado de Derecho meramente formal no es un Estado de Derecho inferior, pues "la forma es la enemiga de la arbitrariedad". El Estado de Derecho sustancial, que no es lo contrario del Estado de Derecho formal, sino aquél que conecta los elementos formales y sustanciales del Derecho se corresponde, sin embargo, mucho mejor con la "idea de Derecho" de garantizar la libertad de la persona.

Es bastante significativo que aquellas voces que exigían una estricta

reducción del concepto de Estado de Derecho a su contenido formal, se oían justamente en aquellos tiempos en que se sostenía también la separación de la legitimidad del poder público de su legalidad. En aquella época, de la misma manera que se quería tomar la libertad de desacatar decisiones que el poder estatal había tomado legalmente, aduciendo un juicio privado de legitimidad, en el caso de una posible asunción del poder público no se quería estar sometido a ataduras con un régimen de normas que protegiera la libertad de cada persona en particular, sino imponer de manera ilimitada, con la propia mayoría, la propia ideología. Justamente para evitar esto, el Estado de Derecho no es sólo el que legitima el poder estatal, sino también aquél que contiene propuestas sustanciales. Así Estado de Derecho significa que el ejercicio del poder estatal sólo es admisible en base a la constitución y a leyes dictadas constitucionalmente desde el punto de vista formal y sustancial, con el único objetivo de garantizar la dignidad humana, la libertad, la justicia y la seguridad jurídica.

A continuación expondré a grandes rasgos la configuración que el principio de Estado de Derecho, así entendido, ha encontrado en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania y que está también sustancialmente recogido por la jurisprudencia, en especial por el Tribunal Constitucional Federal.

Tenemos pues en el principio del concepto de Estado de Derecho diversos elementos: en primer lugar, el Estado de Derecho requiere de la existencia de una Constitución definida en un documento constitucional, que tenga carácter obligatorio como orden fundamental normativo para el ejercicio del poder público. Esto se conoce por principio de "constitucionalidad". En la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, este principio encuentra su expresión en el artículo 20, apartado 3: "El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al derecho" Para una sección especialmente importante de la Constitución, el catálogo de derechos fundamentales, este principio es destacado de nuevo en el artículo 1, apartado 3, que determina: "Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable" El hecho de que la Constitución como orden jurídico fundamental del Estado no sólo limite el poder estatal, sino que en determinadas circunstancias también prevea que puede ser puesto, en peligro por un uso excesivo de las libertades personales, se manifiesta en el artículo 2, apartado 1 de la Ley Fundamental, donde se habla de que todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre y cuando ello no contravenga el orden constitucional. La función de garante que tiene el Estado de Derecho para los derechos de libertad de todos los individuos, implica pues también un deber del Estado de proteger al individuo ante intervenciones no estatales en su esfera de libertad.

En este sentido, la jurisprudencia ha desarrollado toda una serie de deberes

de protección, según los cuales el Estado está obligado a la promulgación de determinadas leyes o bien a seguir manteniendo las mismas. Un ejemplo que justamente vuelve a ser de actualidad: el deber del Estado de proteger la vida de los aún no nacidos, imponiendo este deber de protección al tener que mantener determinadas disposiciones penales para el aborto.

Si se desea establecer una cierta jerarquía entre los elementos que constituyen el principio de Estado de Derecho, debería nombrar probablemente como el siguiente elemento la ordenación jurídica de la relación entre ciudadano y Estado a través de los derechos fundamentales, aquellos derechos fundamentales que garantizan sobre todo la dignidad humana, la libertad personal y la libertad política, así como la igualdad ante la ley. El Estado de Derecho establece como premisa el reconocimiento de la dignidad humana. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania lo expresa en el artículo 1, apartado 1, cuando dice: "La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es la obligación de todo poder público". El carácter fundamental de esta disposición también encuentra expresión en el hecho de que esta disposición esté fuera de toda posibilidad de ser modificada constitucionalmente. En el artículo 79, apartado 3 de la Ley Fundamental se señala que es improcedente cualquier modificación por la cual pueda quedar afectado el principio fijado en el artículo 1. La garantía del artículo 1, apartado 1 tiene la finalidad de proteger al hombre de ser considerado por el Estado o por los demás conciudadanos como mero objeto a disposición de otra persona, como número de una colectividad, como una rueda dentro de un engranaje y que así se le despoje de su existencia espiritual-moral o incluso física. Ahora bien, la garantía de la dignidad humana como garantía central del Estado de Derecho se desgastaría muy rápidamente, si tuviera que medir cada una de las intervenciones del Estado. Esto no quiere decir que la garantía establecida en el artículo 1, apartado 1 de la Constitución alemana sea un mero principio general, incapaz de tener repercusiones prácticas. Por el contrario existen decisiones judiciales por medio de las cuales se ha suspendido una medida tomada por el Estado, porque atentaba contra la dignidad humana. Pero la real garantía de la libertad se encuentra en los derechos fundamentales que siguen después del artículo 1, que vinculan, tal como ya se ha dicho, como derecho de aplicación directa, a todo poder estatal. Esto no significa que cada una de las expresiones especiales de los diversos derechos fundamentales, desde la libertad general de acción, pasando por la libertad de culto y de conciencia, la libertad de opinión, la libertad de reunión, la libertad de escoger profesión y la protección de la propiedad sean lo esencial en el Estado de Derecho. Pero la institución de los derechos fundamentales como tal y su contenido central son componentes indispensables de un sistema de Estado de Derecho, en dos aspectos: por una parte, los derechos fundamentales son derechos de defensa contra arbitrariedades estatales, y por otra parte son decisiones objetivas de valoración que implican también la protección ante intervenciones de otras personas. Así el concepto de libertad en el Estado de

Derecho no se agota en la exclusión de un ámbito de libertad propia, sino que significa libertad jurídicamente ordenada. Aquí se observa la doble tarea del Estado de Derecho, a saber, por una parte disciplina, es decir delimitación, pero por otra parte también activación de la acción estatal para proteger la libertad de cada cual. Es justamente ésta última la base del deber de paz que el Estado de Derecho impone a sus ciudadanos, cuando los sujeta al orden jurídico, prohibiéndoles así imponer sus propios intereses según sus posibilidades. Finalmente, para el Estado de Derecho también es de especial importancia la igualdad ante la Ley, es decir, el mandato definido en el artículo 3, apartado 1 de la Constitución alemana, en el sentido de que todos los hombres deben ser tratados ante la Ley de la misma manera.

El famoso artículo 16 de la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano" de la Asamblea Nacional francesa de 1789 dice: "Toda sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada, y no esté determinada la separación de los poderes, carece de Constitución". La separación de poderes está tan vinculada con todos los elementos principales del Estado de Derecho, que como principio puede ser equiparado con la idea fundamental del movimiento constitucional moderno, a saber, la sujeción de todo poder público a los principios fundamentales del derecho. La separación de poderes es un requisito de organización para evitar la concentración de las decisiones y medios de poder estatales que facilita el abuso de poder, y por otra parte para permitir una cooperación ordenada de diversos grupos y entes con capacidad resolutoria en el ejercicio del poder político y la autoridad pública.

Ya que en las democracias todo poder emana del pueblo, la separación de poderes no significa que el poder estatal como tal quede dividido, sino que se separan sus funciones en el clásico trío poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial. A ello en principio se debe añadir la garantía de que el poder legislativo sólo sancione leyes y no realice actos administrativos o de gobierno o dicte sentencias; que el poder ejecutivo sólo ejecute y no sancione leyes, y que el poder judicial sólo aplique el derecho y no produzca normas jurídicas. Pero es verdad que en la práctica en todo régimen estatal se encuentran desviaciones de este principio, cuando el poder ejecutivo queda facultado, por ley a dictar disposiciones jurídicas o cuando los tribunales llenan los vacíos del derecho con la creación de derecho por parte de los jueces, es decir "derecho judicial".

Pero el objetivo de la separación de poderes, la protección de la libertad del individuo mediante la limitación y moderación recíprocas del poder estatal, no se obtiene con una separación absoluta, sino solamente mediante un entrelazamiento de los tres poderes y el control recíproco resultante. Según la Ley Fundamental alemana, forma parte de este control también el derecho de fiscalización judicial de las leyes, inclusive la posibilidad de declarar sin efecto leyes que resultaren

anticonstitucionales.

Forma parte del entrelazamiento de los tres poderes también la cuestión de como son investidos los cargos de los diversos órganos estatales y las dependencias que existan entre ellos en el ejercicio de sus funciones. Si el poder legislativo elige al Gobierno o lo confirma y puede más tarde retirarlo de sus funciones mediante un voto de censura, a ello debería corresponder el derecho del Gobierno a disolver al Parlamento en determinadas circunstancias, para que la dependencia del poder ejecutivo ante el poder legislativo no sea demasiado fuerte. Cuando el parlamento o el gobierno separada o conjuntamente designan a los jueces, la independencia de los jueces debe quedar garantizada, preferentemente mediante el nombramiento vitalicio y la limitación de la separación del cargo para casos excepcionales. Tampoco el parlamento, aun cuando represente el soberano, debe inmiscuirse en el área central de los demás órganos, pues ni siquiera el principio de la democracia parlamentaria justifica el monismo de poder.

Mientras que la existencia de una Constitución, la ordenación jurídica de la relación entre ciudadano y Estado a través de los derechos fundamentales y la separación y la limitación recíproca de las funciones estatales, pueden ser considerados como los grandes subsistemas del Estado de Derecho, a su vez están configurados por lo que se podría llamar, en un sentido más estricto, los diversos elementos del principio del Estado de Derecho. Pertenecen a él la sujeción jurídica de la Administración, las exigencias en cuanto a procedimientos administrativos, las normas de acción jurídicoestatales, la garantía de protección judicial amplia y efectiva, así como, la indemnización del ciudadano por los perjuicios debido a errores de órganos estatales o al uso de valores patrimoniales por la comunidad. Estas garantías individuales permiten que el ciudadano viva la existencia del Estado de Derecho cotidianamente.

Para el poder ejecutivo, la ley es "mandato y límite". El Principio de la legalidad se manifiesta primero por la "primacía de la ley". La ley precede jurídicamente todos los actos del Poder Ejecutivo, ningún procedimiento administrativo puede contravenir las leyes existentes. El principio de la "reserva de ley" en cambio concierne a la cuestión de en qué ámbitos el Poder Ejecutivo requiere para sus actuaciones de una base legal y donde no debe actuar sin una autorización de esta índole. En el ordenamiento constitucional alemán tal autorización legal es necesaria siempre donde la actuación del Poder Ejecutivo incide sobre la esfera jurídica protegida del ciudadano a través de los derechos fundamentales, así como cuando por la participación en o por la exclusión de prestaciones estatales, la vida del individuo queda afectada de manera semejante a la de una intervención del Estado. Por esto, en una dimensión cada vez mayor, el otorgamiento de subvenciones estatales se sitúa bajo bases jurídicas. Según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal alemán, el legislador

debe reglamentar él mismo y por medio de ley todas las cuestiones esenciales, cuando afecten a los derechos fundamentales.

Entre las exigencias del Estado de Derecho a los procedimientos administrativos se encuentran: el derecho del afectado a ser oído en un procedimiento administrativo particular; la publicación de la decisión que cierra determinado procedimiento y la exposición de motivos que explique las condiciones objetivas y jurídicas de esta decisión, lo que permite que el afectado comprenda la acción del ejecutivo y, dado el caso, pueda interponer los recursos pertinentes.

Entre las medidas de actuación derivadas del Estado de Derecho que hay que tener en cuenta en cada acción estatal, está por una parte la seguridad jurídica que no se agota en la publicación de las leyes, sino que rige también para los actos administrativos y que a veces puede entrar en conflicto con la justicia en casos individuales. En este sentido, seguridad jurídica significa que al vencimiento de determinados plazos una decisión no pueda ya modificarse o sólo pueda modificarse en casos excepcionales. Aquí, la seguridad jurídica está en estrecha correlación con el principio de la protección de la certeza o confianza. Por otro lado forma parte de las normas de actuación derivadas del Estado de Derecho que una práctica de administración establecida, aun cuando no esté prescrita por una ley obligatoriamente, sólo pueda variar en otros casos semejantes, si las diferencias de la situación de hecho lo justifican. A ello debe añadirse, que las leyes, así como los actos administrativos particulares, deben ser definidos y precisos y por regla general no deben reivindicar un efecto retroactivo.

Como norma de actuación del Estado de Derecho reviste una importancia especial la prohibición de exceso, con la que se miden tanto las leyes como los actos administrativos. U prohibición de exceso exige que las intervenciones estatales en los derechos de los individuos deben ser adecuadas para lograr mediante ellas el objetivo propuesto, que la intervención sea necesaria y que no haya otras posibilidades de actuación que pudieren menoscabar en menor medida los derechos del individuo y, finalmente, que el interés general de la medida estatal esté proporcionado con el menoscabo jurídico que ésta produce.

La garantía de una seguridad jurídica amplia y efectiva exige primero, tal como lo define el artículo 19, apartado 4 de la Constitución alemana, que cada persona que sostenga que el poder estatal le ha lesionado sus derechos, pueda acudir a un Tribunal. Forma también parte de la seguridad jurídica efectiva que la interposición de recursos legales por regla general frene la ejecución de la medida estatal hasta la decisión judicial definitiva, que al demandante se le garantice audiencia legal judicial, así como un procedimiento justo y que los tribunales dispongan también de la correspondiente facultad de revisión. De esto último resulta que básicamente no hay ningún ámbito de las decisiones estatales que no

pueda someterse a un procedimiento de revisión judicial; los tribunales sólo pueden revisar una decisión administrativa tan sólo en razón a su legitimidad, pero no en cuanto a su oportunidad.

Finalmente, la idea inherente al Estado de Derecho de justicia sustancial exige que el poder estatal se debe poder corregir no sólo en un caso de conducta antijurídica -que quiere decir concretamente, al margen de la ley- por parte de los tribunales, sino que en caso de que para el ciudadano se hubiere producido un daño debido a la conducta al margen de ley, se indemnice este daño según las reglas del derecho de responsabilidad del Estado. Lo mismo rige para el caso de que el Estado, en una forma permitida por la ley, se dirige contra bienes de los ciudadanos. Todo Estado puede recaudar impuestos de sus ciudadanos para el financiamiento de sus actividades y también puede exigir derechos por los servicios que presta. Además de esto, todo Estado y por tanto, también el Estado de Derecho, en determinados casos particulares puede recurrir a partes de la propiedad y patrimonio de un ciudadano en particular, en función del interés de la colectividad. Pero si esta intervención afecta mas severamente y de forma especial a un individuo determinado, debe pagarse una indemnización adecuada a esta expropiación. Aun cuando en cada caso particular quede abierta la forma en que se regulan las condiciones que justifican la responsabilidad y el pago de la indemnización, como norma general se atribuye al Estado de Derecho una responsabilidad también de índole jurídica.

En la doctrina alemana y sobre todo en la discusión científica, junto a estos elementos básicos del Estado de Derecho, presentados aquí solamente a grandes rasgos, existen todavía múltiples requisitos jurídicos en detalle. A veces podrían considerarse como un lujo que no formaría parte de las condiciones básicas de un Estado de Derecho y que podrían llevar a que el concepto de Estado de Derecho pierda sus contornos y se convierta en un mero concepto genérico de cualesquiera garantías jurídico-constitucionales. Por esta razón no quiero entrar en estos requisitos detallados. Pero en todo caso, los elementos citados, son parte indispensable de un Estado de Derecho, por lo menos desde el punto de vista alemán. Además, se encuentran en gran parte entre aquellas garantías fundamentales, cuyo cumplimiento se exige a través de los instrumentos internacionales y universales de derechos humanos.

Cuando un régimen constitucional fundamenta el ejercicio del poder público no sólo en principios democráticos, sino también en estos principios de Estado de Derecho, justifica con ello su legitimidad. Al poder público así constituido y ejercido en forma de Estado de Derecho, no se le podrá negar obediencia bajo el pretexto de cualquiera otra legitimidad.