

EL ESTADO DEMOCRÁTICO AVANZADO ANTE LA TEORÍA CLÁSICA DEL ESTADO

Carlos Ruiz Miguel

Profesor de Derecho Constitucional

Universidad de Santiago

SUMARIO

- I. Presupuestos teóricos.
 - 1. Justificación del estudio.
 - 2. Presupuestos teológico-políticos: la muerte de Dios.
 - 3. Presupuestos filosóficos: crisis de la Modernidad.
 - 4. Presupuestos históricos: el tránsito Estado de Derecho-Estado Social-Estado Democrático.

- II. Transformaciones en el Estado democrático avanzado.
 - 1. Sistema de fuentes.
 - A. Concepto de ley. Contenido de la ley.
 - B. Primacía de la ley.
 - 2. Representación.
 - A. Sistema electoral y legitimación.
 - B. Partidos políticos y Parlamento.
 - a. Tarea integradora.
 - b. Tarea visual-legitimadora.
 - 3. Administración.
 - A. Sujeción de la Administración a los objetivos de la norma.
 - B. Instrumentos de la acción administrativa.

- III. El Estado democrático avanzado y la Constitución.

I.- PRESUPUESTOS TEÓRICOS.

1. Justificación del estudio.

Un análisis de las transformaciones del Estado democrático avanzado no está exento de la necesidad de justificarse. La razón de ello es que, dependiendo del marco conceptual del que se parta, un estudio de este tipo puede tener o no razón de ser.

Desde el planteamiento normativista puro o kelseniano no es dable al jurista enfrentarse a la crisis del Estado social (matriz del Estado democrático

avanzado) desde la simple dicotomía entre teoría y realidad. Aunque hubiese una divergencia entre la norma y la realidad, para este planteamiento formalista sólo la norma, no la realidad, es relevante para el Derecho (1), y para el Constitucional en particular, por lo que para el jurista sólo cabe evadirse de la crisis aceptando que la validez de las normas depende únicamente de argumentos internos al propio sistema jurídico.

Nosotros, sin embargo, partiremos de un marco diverso. En primer lugar debe advertirse el carácter tautológico de la proposición «la validez de las normas depende de argumentos internos al propio sistema jurídico». Sin detenernos en este punto, sí son procedentes algunas observaciones. Como ha dicho Ibáñez, la verdad científica intenta articular dos pruebas, la prueba empírica (adecuación a la realidad) y la prueba teórica (coherencia del discurso). Ambas pruebas son paradójicas. Si es paradójico todo enunciado que se refiere a sí mismo, o autoreferente, es paradójica la prueba empírica porque implica medir la materia con instrumentos hechos de materia, y también lo es la prueba teórica pues requiere que haya que pensar el pensamiento o hablar del habla. De ahí que, para Ibáñez, la verificación de ambas dimensiones nos introduzca en un proceso de regresividad ilimitada (2). Ahora bien, consideramos aquí que, en la medida en que el pensamiento piense la realidad y no el pensamiento, la paradoja no se producirá. La realidad que pretendemos pensar es la del Estado actual.

En segundo lugar, y desde un planteamiento jurídico-constitucional, no podemos dejar de lado las aportaciones de ciertos autores. Para Heller, todo problema jurídico tiene sus raíces, de un lado en la sociología y del otro, mirando hacia arriba, en la esfera de lo ético-político. Por tanto, los problemas jurídicos no solamente pueden ser estudiados desde los puntos de vista causal y normativo, sino que, además, exigen que se efectúe este doble estudio (3).

(1) Kelsen, Hans: *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionalis. Contributo per una dottrina pura del diritto*, trad. y presentación de Agostino Carrino, Giuffrè, Milán, 1989 (1ª ed. alemana, 1920), pp. III, 24 (en nota), 80.

(2) Ibáñez Alonso, Jesús: «Perspectivas de la investigación social: el diseño en tres perspectivas», en Manuel García Ferrando, Jesús Ibáñez y Rafael Alvira (comps.): *El análisis de la realidad social*, Alianza, Madrid, 1989, p. 49 ss., p. 71. Un ejemplo de proceso de regresividad como el reseñado es advertible en Popper, cuyo racionalismo postula como punto de partida una hipótesis irracional e indemostrada para evitar esa regresión ilimitada.

(3) Heller, Hermann: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, trad. de Mario de la Cueva, UNAM, México, 1965, p. 111.

Por su parte, Smend, afirma que sin un conocimiento fundado de lo que es el Estado, no existe a la larga una teoría jurídica del Estado que resulte operativa ni tampoco un desarrollo satisfactorio del Derecho Constitucional mismo (4) de tal suerte que todo estudio jurídico-político tiene una dependencia respecto de la labor previa que realiza la Filosofía del Estado (5). Desde estos enfoques que acabamos de reseñar, creemos que sí que aparece ya justificado este estudio.

2. Presupuestos teológico-políticos.

Afirmaba Schmitt que todos los conceptos sobresalientes de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados (6). Los problemas del Estado democrático avanzado también pueden contemplarse desde esta perspectiva.

El Protestantismo minó determinados presupuestos teológicos católicos, aunque siguiera compartiendo el dogma básico del Cristianismo. El catolicismo se organiza de forma compacta, jerárquicamente. Esta jerarquía abarca todos los estratos humanos y aun la cúspide (el Papa) que a su vez se subordina a Dios (es Vicario). La jerarquía lleva consigo una disciplina y unos determinados principios: sumisión, obediencia, etc. Además existe un cuerpo de expertos encargados de conocer y difundir los dogmas (los sacerdotes) que se organiza en un aparato administrativo eclesial. Estos principios católicos han impregnado múltiples facetas de los sistemas jurídicos, administrativos y políticos de los Estados europeos, aun de los aconfesionales. Así, la Administración pública seguirá las pautas de la Iglesia organizándose jerárquicamente, mediante la participación de expertos conocedores de las leyes dictadas por la infalible voluntad general. El Protestantismo hasta cierto punto demolió este sistema a través del libre examen. Ello provocaría el abandono en buena medida de la figura del experto en dogmas y de la obediencia a las autoridades expertas, con lo que se abre

(4) Smend, Rudolf: *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. de José María Beneyto, CEC, Madrid, 1983, p. 44.

(5) Smend, *op. cit.*, p. 46.

(6) Schmitt, Carl: «Teología política» (1ª ed. alemana, 1922), en *Estudios políticos*, trad. de Francisco Javier Conde, Doncel, Madrid, 1975, p. 33 ss., p. 65.

paso a la interacción del libre pensamiento. Estos principios protestantes se secularizarán en Norteamérica principalmente.

El libre examen y la confianza que ello supone en el hombre llevaron a exaltar la figura humana y a subordinar lo divino o lo sagrado a las necesidades y apetencias humanas, relativizándose así el principio absoluto de la religión cristiana. Así es como se pudo llegar a hablar por Nietzsche (hijo de un pastor protestante) de la «muerte de Dios». El tema será incluso asumido por la propia Teología protestante en la llamada «Teología de la muerte de Dios».

Ibáñez ha advertido la importancia de este fenómeno. Para él, «cuando Dios vivía, la verdad, el bien y la belleza dependían de *Su acuerdo*» (subrayado Ibáñez) (7) y toda legitimación se fundaba en el acuerdo divino (8). Esto significa que en dicha situación existía una determinabilidad *a priori* de la verdad, del bien, de la belleza ... o de lo racional-legal. Se podía hablar de una racionalidad *a priori* que sería asumida por el pensamiento de la Modernidad que partía de una concepción lógico-matemática del mundo que permitía el establecimiento de un orden desde arriba susceptible de ser expresado en leyes generales y permanentes.

Esta situación cambia, a juicio de Ibáñez, con la muerte de Dios. Si Dios ha muerto al no haber nadie que dé a los hombres su acuerdo, no les queda a éstos más remedio que *ponerse de acuerdo* entre ellos sobre lo que es verdadero, bueno o bello: es el consenso (9). En este nuevo contexto no es posible la determinación del orden *a priori*, sino que su establecimiento se hace por consenso. Si acaso, cabrá una racionalidad *a posteriori* del consenso. No sería aventurado decir que el Estado democrático avanzado surge en una situación histórica de muerte de Dios.

3. Presupuestos filosóficos: crisis de la Modernidad.

El paradigma filosófico de la Modernidad se fundamenta en un postulado básico: la separación de la *res cogitans* y la *res extensa* por obra

(7) Ibáñez, *op. cit.*, p. 64.

(8) Ibáñez Alonso, Jesús: «Cómo se realiza una investigación mediante grupos de discusión», en García Ferrando et al., *op. cit.*, p. 489 ss., p. 490.

(9) Ibáñez, *op. cit.*, p. 64 y 490.

de Descartes (10). Dicha separación e independización de la *res cogitans* es un corolario del principio teológico del libre examen. La escisión se radicalizará hasta considerar a la *res extensa* como algo absolutamente subordinado a la *res cogitans*. Desde esta perspectiva, surgirá el constructivismo racionalista que considerará a la *res extensa* como algo inerte y **moldeable ilimitadamente** por la *res cogitans*, esto es, por la Razón. Este esquema de pensamiento dominará la Modernidad y se manifestará de múltiples formas según cómo se llene de contenido a los conceptos de *res cogitans* y *res extensa*.

Por lo que respecta al Estado, como ha advertido Freund, es en Hobbes donde por primera vez ese enfoque cartesiano se proyecta sobre la teoría política (11). La consideración del legislador o gobernante como instrumento racionalizador (*res cogitans*) de la sociedad (*res extensa*), aparte de ser causa de la aparición de las ideologías y de las utopías, determinará, jurídicamente hablando, una determinada forma de entender el Derecho que, en su forma de Derecho intervencionista aparecerá como aquel sector del sistema jurídico que asume una capacidad de conformación inmediata de la realidad social (12). Este tipo de Derecho de la Modernidad sería el que Nonet y Selznick llaman «Derecho autónomo» (*autonomous law*) que encuentra su apogeo en la dogmática formalista del Derecho público y su expresión en la racionalidad lógica weberiana y kelseniana (13). Este tipo de Derecho otorga al Estado autonomía para la conformación activa, desde arriba, de la realidad social (14).

(10) Descartes, Renato: «Discurso del Método», Cuarta Parte, en *Discurso del método. Reglas para la dirección de la mente*, trad. de Antonio Rodríguez Huéscar, Orbis, Barcelona, 1983. Descartes dice «conocí por esto que yo era una sustancia cuya completa esencia o naturaleza consiste sólo en pensar, y que para existir no tiene necesidad de ningún lugar ni depende de ninguna cosa material; de modo que este yo, es decir, el alma, por la que soy lo que soy, es enteramente distinta del cuerpo, y hasta más fácil de conocer que él, y aunque él no existiese, ella no dejaría de ser todo lo que es», op. cit., cuarta parte, p. 72.

(11) Freund, Julien: *L'aventure du politique*, Criterion, París, 1990, p. 17-18 («a partir de esta idea de convención «artificial» lanzada por Hobbes, se ha creído que toda sociedad era artificial pues dependía de un contrato. Es posible jugar con ella como se juega con cualquier artificio. Es posible desmontarla, o montarla de nuevo. La sociedad puede ser hecha, deshecha o rehecha, según nuestros caprichos. Es la fuente misma de la idea revolucionaria»).

(12) Porras Nadales, Antonio J.: «Desarrollo y transformaciones jurídicas del Estado social en el modelo territorial autonómico español: balance y perspectivas», *RCEC* nº 4 (1989), p. 269 ss., p. 271, 281, 283 y 287.

(13) Nonet, P. y Selznick, P.: *Law and society in transition*, Nueva York, 1978, p. 76-77 (cit. en Porras Nadales, Antonio J.: «El Derecho intervencionista del Estado», *REP* nº 63 (1989), p. 65 ss., p. 70.

(14) Porras Nadales, «El Derecho...», cit., p. 74.

Además de la escisión cartesiana, otros postulados caracterizarán a la Modernidad, combinándose con aquel. El optimismo antropológico y su corolario, la idea del progreso, el mecanicismo, la técnica, etc., configurarán este paradigma.

Sin embargo, la Modernidad experimentará sucesivas crisis que pondrán en tela de juicio sus principios: crisis teórica (que comienza con Nietzsche y Schopenhauer), que desembocará en la postmodernidad; crisis moral (Auschwitz, Hiroshima, el Gulag), que cuestionará el optimismo antropológico; crisis de eficacia, que pondrá en tela de juicio su racionalidad; y crisis ecológica, que obligará a replantear la radicalidad de la escisión cartesiana buscando una nueva armonía con la naturaleza.

En este contexto de crisis, el Derecho intervencionista clásico también quedará afectado. Como advierte Porras Nadales, el Estado social de Derecho sufrirá una triple crisis (15): crisis de legitimación (Habermas), crisis de sobrecarga (O'Connor) y crisis de reflexión del centro o de racionalidad (Luhmann). En efecto, asistimos a una grave y larga crisis del Estado social que afecta a todas sus estructuras: políticas, socio-económicas y jurídicas. Estamos viviendo una aguda y crítica etapa de transición de la civilización occidental de modo que el Estado, fruto de esa civilización, sufre intensamente esa crisis. La crisis de nuestra civilización no es producida por la crisis social del Estado, sino que ésta última es el efecto inducido por la primera, porque el Estado ha sido incapaz de responder satisfactoriamente, a los requerimientos de la sociedad (16). En lugar de *escuchar* a la sociedad, el Estado se ha dedicado a *transformarla*.

La imaginación jurídico-política burguesa parece haberse agotado. Conceptos como soberanía popular, representación política, separación de poderes, derechos del hombre, control de constitucionalidad, Estado de Derecho, etc., atraviesan una seria crisis, lo cual no significa que sean inservibles, sino que fueron concebidos para una época en la que las

(15) Porras Nadales, Antonio J.: «Problemas de configuración jurídica del Estado democrático avanzado», *RCEC* n.º 8 (1991), p. 79 ss.

(16) Lucas Verdú, Pablo y Lucas Murillo de la Cueva, Pablo: *Manual de Derecho Político*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1990 (2ª ed.), p. 111.

interrelaciones Estado-Sociedad civil fueron menos dificultosas. Urge, pues, como dice Luhmann, superar las teorizaciones jurídico-políticas pasadas. Nuestras instituciones son residuales y requieren una nueva reflexión política (17).

4. Presupuestos históricos: el tránsito Estado liberal-Estado Social-Estado Democrático.

El Estado liberal-burgués de Derecho surge marcado por el más puro individualismo, resultado del influjo de la doctrina rousseaniana (18). El triunfo del Estado liberal va a significar que, si, por un lado el Estado va a seguir desarrollando sus funciones políticas tal y como habían sido consideradas de modo clásico (19) y además, en cierta medida, funciones morales, por otro lado, la Sociedad no va a poder continuar realizando las tareas sociales (beneficencia, asistencia a enfermos, a ancianos, etc.) que hasta entonces desempeñaban los diversos grupos sociales (gremios, congregaciones religiosas, etc.). La causa de esto va a residir en la profunda desagregación social que va a producir el Estado liberal triunfante. De una parte, se van a disolver las corporaciones y asociaciones laicas (como los gremios) (20). De

(17) Lucas Verdú y Lucas Murillo, *op. cit.*, p. 119.

(18) Rousseau, Jean-Jacques: *Du Contrat social*, ed. de Bertrand de Jouvenel, Pluriel, París, 1982, libro 2º, cap. III, p. 203. Según Rousseau «si cuando el pueblo delibera, una vez suficientemente informado, no mantuviesen los ciudadanos ninguna comunicación entre sí, del gran número de las pequeñas diferencias resultaría siempre la voluntad general y la deliberación sería siempre buena. Mas cuando se desarrollan intrigas y se forman asociaciones parciales a expensas de la asociación total, la voluntad de cada una de estas asociaciones se convierte en general, con relación a sus miembros, y en particular con relación al Estado: entonces se puede decir que no hay tantos votantes como hombres, sino sólo tantos como asociaciones. Las diferencias devienen menos numerosas y dan un resultado menos general. Finalmente, cuando una de estas asociaciones es tan grande que prevalece sobre todas las demás, no se tendrá ya como resultado una suma de pequeñas diferencias, sino una diferencia única; entonces no hay ya voluntad general y la opinión que domina no es sino una opinión particular.

Importa, pues, para fijar bien el enunciado de la voluntad general, que no haya ninguna sociedad parcial en el Estado y que cada ciudadano sólo opine según sus propios criterios» (cursivas mías).

(19) *Partida 2ª*, Título I, ley II; Bodino, Juan: *Los seis libros de la República*, Selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1985, libro 1º, cap. X, p. 76 ss.

(20) La Asamblea francesa votó el 14 de junio de 1791 la llamada ley Le Chapelier que reprimía severamente, como un delito, toda asociación o coalición de obreros para imponer un salario

otra parte, las sucesivas Desamortizaciones van a eliminar o ahogar a las congregaciones religiosas y a las asociaciones privadas de beneficencia (21). El Estado liberal burgués de Derecho, en definitiva, sólo aspira a enfrentarse a individuos aislados.

Ahora las necesidades sociales no podían ser cubiertas por nadie: ni por el Estado que se limitaba a la realización de sus cometidos políticos (Estado abstencionista), ni por la sociedad que había quedado desarticulada. Sin embargo, esas necesidades seguían existiendo y de forma cada vez más acuciante por mor del propio proceso de la revolución industrial. Esta situación de abandono fue el caldo de cultivo propicio para la aparición de las ideologías revolucionarias, ahora antiburguesas, que tienen como documento emblemático el *Manifiesto Comunista* de 1848. La situación social se hacía insostenible. Fue entonces cuando la clara visión política de un político conservador, Bismarck, a finales del siglo XIX, conduce al establecimiento del Estado Social. Bismarck era consciente de que para salvar al Imperio de una revolución social que lo destruiría, era necesario que se satisficieran las gravísimas necesidades sociales entonces existentes. Dado que la sociedad no atendía a las mismas, era necesario que el Estado supliese esa carencia. Se trataba de una aplicación del principio de subsidiariedad en el plano horizontal. Con el Estado Social, se implantaba una nueva especie del despotismo ilustrado («todo para la sociedad, pero sin la sociedad»). No obstante, lo que pudo interpretarse al comienzo como una intervención subsidiaria y excepcional del Estado, terminó convirtiéndose en una función propia y ordinaria del mismo. Es el apogeo del Estado Social, que se produce, tras la siembra ideológica en el período de entreguerras (tanto en las democracias, como en los Estados fascistas y comunistas), a partir de 1945 (22).

uniforme a los patronos. Respondía así la burguesía a las reivindicaciones corporativas que, en forma de huelgas, llevaron a cabo a partir de mayo de 1791 los carpinteros, tipógrafos, sombrereros y herradores. Los revolucionarios franceses prohibían el derecho de asociación contradictoriamente con las proclamaciones revolucionarias de los derechos humanos. En España, las Cortes de Cádiz abolieron los gremios por decreto de 8 de octubre de 1813.

- (21) El Decreto de 27 de septiembre de 1820 (ratificado por ley de 11 de octubre del mismo año) prohíbe a la Iglesia y a las corporaciones civiles y de beneficencia que adquieran bienes para el futuro (art. 15). La ley fue derogada en 1824 y restablecida el 30 de agosto de 1836. Las posteriores leyes de desamortización civil (bienes de municipios y de fundaciones benéficas) y eclesiástica (bienes y derechos de monasterios, conventos, colegios y congregaciones de religiosos) supusieron la consumación del proceso.
- (22) Un útil análisis de los procesos de implantación del Estado social en los diversos países occidentales en Lucas Verdú, Pablo: *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

La dinámica propia del Estado Social conducía a un agigantamiento del Estado y, además, a resultados de ineficacia. Los burócratas de la Administración no podían conocer perfectamente todas las necesidades sociales ni controlar los procesos de intervención y ayuda del Estado. De ahí que ya a partir de los cincuenta, y de forma progresiva, se diera el paso hacia el Estado democrático en su más amplio sentido. No se trataba sólo de introducir la democracia en los procesos de elección de los representantes, o si se quiere, no se trataba sólo de garantizar la legitimidad de origen de los titulares del poder; sino que, además, se procuraba que éstos tuvieran legitimidad de ejercicio al insertarse mecanismos democrático-participativos en los procesos de ejecución de las políticas definidas por los representantes elegidos. De esta forma, las leyes van a procurar que en el funcionamiento de la Administración, al aplicar las políticas públicas, se dé una efectiva participación a los interesados que, en cuanto directamente implicados, van a disponer de una información y de un interés del que carecen los funcionarios de la Administración. Este es el marco del Estado Democrático Avanzado.

II.- TRANSFORMACIONES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO AVANZADO

1. Sistema de fuentes.

A. Contenido de la ley.

El ordenamiento del Estado moderno, sobre todo tras la Revolución francesa, se ha caracterizado por un determinado contenido de la ley y por la primacía de la misma. Estos dos postulados van a sufrir serios embates.

La ley de la fase histórica del Estado social podría decirse que cumple una función regulativa-racionalizadora (al estilo del «Derecho autónomo») que, por su propia lógica, exigía una posición previa de autorracionalidad finalista de los poderes públicos, en la que imperan los elementos racionalizadores activos conformadores o transformadores de la realidad o de la dinámica social. Se trata de lo que la doctrina alemana ha llamado «normas de programación final».

En la nueva fase del Estado de Derecho que se ha dado en llamar Estado post-social, post-moderno o democrático avanzado, el contenido de la ley cambia para pasar a desempeñar una función legitimadora que constituye el soporte de su capacidad para atribuir espacios de autonomía y esferas de redistribución y autocontrol de la renta social. Se trata de un contenido adjudicativo-legitimador que coloca a los poderes públicos en una posición de control limitado *a posteriori* del nivel de gasto de la renta social sin que ello implique necesariamente una actitud explícita o apriorísticamente racionalizadora. En esta fase, la ley sirve para garantizar *erga omnes* el reconocimiento de espacios de autonomía y autocontrol institucional por parte de los sectores sociales interesados (23). Este Derecho lo llama Porras Nadales «Derecho receptivo» (24) y tiene relación con lo que Stewart llama «Derecho de la reconstitución» (25).

Se produce así el curioso fenómeno de que, mientras en las primeras fases jurídicas de la Modernidad la ley sirvió para anular los espacios de autonomía entonces existentes (Corporaciones, gremios, asociaciones), en los actuales momentos, el mismo instrumento, la ley, sirve para «reconstituir» un nuevo y vigoroso tejido social dotado de autonomía propia.

B. Primacía de la ley.

El modelo histórico del Estado de Derecho se fundamentaba en los principios de legalidad, seguridad, uniformidad, generalidad y permanencia (26). Como afirma Hill, la «teoría de la esencialidad» derivada del principio del Estado de Derecho y del principio democrático postula que el legislador, en cuanto órgano deliberante de representación popular directa, debe afrontar todas las decisiones estatales esenciales por sí mismo, sin posibilidad de su delegación o remisión a otros poderes, significativamente el ejecutivo (la Administración) (27), pero tampoco el judicial.

(23) Porras Nadales, «El Derecho...», cit., p. 75 y 76.

(24) Porras Nadales, «El Derecho...», cit., p. 75.

(25) Stewart, Richard B.: «Principios estructurales del Derecho Constitucional y los valores del Federalismo: la experiencia de los Estados Unidos», *RCEC* nº 1 (1988), p. 55 ss., p. 71.

(26) Porras Nadales, Antonio J.: «La función de gobierno: su ubicación en un emergente modelo de Estado post-social», *REP* nº 56 (1987), p. 77 ss., p. 90.

(27) Hill, Hermann: «Rechtstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns», *Die öffentliche Verwaltung*, cuaderno 20 (octubre 1987), p. 885 ss., p. 893. Sobre la «teoría de la esencialidad» vid. Parejo Alfonso, Luciano: *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991, p. 56 ss.

Sin embargo, en la nueva fase histórica del Estado de Derecho hay una necesidad de estrategias de flexibilización «ajustada a la situación» (*situationsgerechte*) para el mantenimiento de la capacidad funcional de la Administración y de la efectividad del cumplimiento de sus tareas (28). La vinculación de la Administración a la ley contiene muchas aperturas y espacios amplios que no sólo permiten, sino que incluso exigen una actuación administrativa flexible. La actuación administrativa aparece, en consecuencia, menos *vinculada* a la ley y más *dirigida* por la ley (29). En efecto, se precisa una nueva juridicidad que no ha de depender exclusivamente de los principios de legalidad y conexos, en la medida en que dejen de satisfacerse principios operativos como el de flexibilidad, tratamiento individualizado o capacidad de respuesta de sectores interesados frente a los poderes públicos (30). En la fase post-social la actuación del Estado responde a una doble serie de factores: por un lado, la generalización de mecanismos selectivos de participación de grupos sociales sobre el Estado en un proceso generador de consensos que no puede ser calificado como antidemocrático; y, por otro lado, a un intento de los órganos decisoriales de la Administración de ganar cuotas de eficacia incrementando el índice de adecuación entre los soportes normativo-decisionales y la realidad final resultante (31).

Este marco complejo no puede ser previsto, dada su dinamicidad, por normas legales de superior rango expresivas de una concepción lógico-matemática del mundo que debía permitir el establecimiento de un orden *a priori* desde arriba, susceptible de ser expresado en leyes generales y permanentes (32). De este modo, entra en crisis el principio de calculabilidad del impacto de las decisiones legislativas, quebrando el modelo de racionalidad legal-burocrática weberiano basado en el reconocimiento de la capacidad de organizar y dirigir el sistema social a través de los procesos de impulso que, desde los órganos legislativos, se transmite causalmente a los aparatos burocráticos de la Administración (33).

(28) Hill, *op. cit.*, p. 892.

(29) Porras Nadales, «La función...», cit., p. 90.

(30) Hill, *op. cit.*, p. 893.

(31) Porras, «La función...», cit., p. 91.

(32) Porras, «La función...», cit., *ibid.*

(33) Porras, «La función...», cit., p. 84.

Por tanto, la única posibilidad de racionalizar, al menos de forma limitada, la actuación del Estado habría que buscarla en los mecanismos de control *a posteriori* que, como afirma Porras Nadales siguiendo a Luhmann, quizá ahora deban articularse sobre una dogmática jurídica progresivamente desvinculada de todo componente político-legal. Ello implica la apertura del sistema de fuentes para reducir la actividad normativa a la fijación de las macrorreglas de juego o principios fundamentales funcionales y procedimentales de justicia (Derecho Constitucional), generando el plano operativo-intervencionista de la Administración un marco descentralizado de pluriesferas decisionales relativamente autónomas cuya dinámica apenas permite deducir un plano de relativa racionalidad *a posteriori* (34).

En esta nueva situación en la que el establecimiento de una racionalización normativa *a priori* aparece cuestionado, debe reconsiderarse el papel que juegan los principios generales del Derecho en el sistema de fuentes. Como señala Hernández-Gil, los principios generales del Derecho no responden a una estructura normativa típica, al paradigma usual de la norma (normas de conducta o normas de organización) pues por su generalidad y abstracción se dificulta el conocimiento de los supuestos de hecho y de las consecuencias jurídicas (35). Los principios generales del Derecho permiten eludir las rigideces ineficaces de una racionalización normativa *a priori*, permitiendo a la vez un control y una racionalidad *a posteriori* en la medida en que son fuente de Derecho aplicable por los jueces.

Esta cuestión ya se suscitó en la República Federal Alemana en 1977 con ocasión de la codificación del procedimiento administrativo. En aquel momento diversas voces (Ule, Laubinger, Püttner y Hill) se alzaron previniendo frente a una fijación por escrito de los, hasta ese momento, flexibles principios generales del procedimiento. Para este sector doctrinal, la fijación y «legalización» de tales principios dificultaría un desarrollo creativo del Derecho, la reacción del mismo ante problemas nuevos no previstos, así como la corrección de eventuales desarrollos defectuosos del Derecho. Frente a este sector, otro grupo de autores opuso que la Codificación aumentaba la

(34) Porras, «La función...», cit., p.91.

(35) cit. en Arce y Flórez-Valdés, Joaquín: *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990, p. 87 y 122.

seguridad jurídica. En la actualidad, Hill defiende una postura intermedia según la cual la codificación debe trazar estructuras fijas, pero a la vez debe estar abierta de cara a ulteriores desarrollos flexibles (36).

Frente a los principios generales del Derecho se han alegado dos argumentos. El primero hace referencia a la seguridad jurídica. Frente a él cabe contraargumentar, por una parte, que una seguridad jurídica absoluta exige una racionalidad *a priori* que la realidad actual, sumamente fluida, parece que no facilita, como ya se ha visto. Por otra parte, por encima de la seguridad jurídica está la justicia, siendo aquélla una parte integrante de ésta, no siendo admisible que la absolutización de aquélla pueda redundar en perjuicio de ésta. La justicia exige no sólo la regulación *general* justa, sino también la justicia del caso *singular* (37). Finalmente, el objetivo de la eficacia no puede relegarse por consideraciones formalistas. Frente al formalista *fiat iustitia et pereat mundus* que conduce a la ineficacia, se erige el hegeliano *fiat iustitia ne pereat mundus*, armonización de la eficacia y la justicia.

Un segundo argumento frente a los principios generales del Derecho es su colisión o coincidencia con la Constitución. Si chocan con la Constitución, se dice, debe prevalecer ésta y si coinciden con la Constitución lo que se aplica no son aquéllos sino ésta. Sin embargo, por una parte, es seguro que los principios no chocan con la Constitución Española, pues según sostiene Arce, ésta los recoge (art. 1.1 y 10.1 CE) (38). Por otra parte, es indudable que los principios generales del Derecho no fueron inventados por la Constitución, pues tienen una larga historia, independientemente del rango que se les diera. Además, no es ocioso advertir que la estructura de los preceptos constitucionales que los recogen no es igual a la estructura de los demás preceptos constitucionales, lo que pone de relieve su diversa naturaleza y su carácter de principios. No sólo eso, sino que el hecho de que la CE acoja en su seno a los principios generales del Derecho, aleja las suspicacias de quienes para aceptar una determinada forma de flexibilidad del subsistema jurídico, exigen que, a la par que sea abierto, se elimine su abuso mediante

(36) Hill, *op. cit.*, p. 886.

(37) Arce, *op. cit.*, p. 87.

(38) Arce, *op. cit.*, p. 93 ss.

el mantenimiento de un marco estable formado por el «consenso fundamental» (*Grundkonsens*) jurídico constitucional y social básicamente (39).

Lo expuesto anteriormente ofrece así la respuesta a la pregunta planteada por Hill acerca de en qué medida la Constitución y especialmente el principio del Estado de Derecho contienen cláusulas que permitan jurídicamente una apertura limitada, relativa, y una flexibilización de la actuación administrativa (40). En España existen ya casos en los que se recoge la virtualidad flexibilizadora y correctora de los principios generales del Derecho en el ámbito administrativo (41).

En definitiva, el sistema de fuentes del Estado post-social configura un Derecho principal superador del anterior Derecho legal y de las disfunciones que éste presenta en su versión clásica. Por el propio carácter del Derecho principal, el centro de gravedad se desliza progresivamente hacia los jueces.

2. Representación.

A. Sistema electoral y legitimación.

Al hablar de representación aludiremos a diversos aspectos que giran en torno a la misma, aunque en rigor no sean propiamente la misma representación. En primer lugar se tratará del sistema electoral y de la legitimación del Estado, para aludir posteriormente a los partidos políticos y al Parlamento.

En la fase histórica del Estado social de Derecho se produce el fenómeno señalado por Habermas de que la constante expansión de las políticas intervencionistas no va acompañada de procesos suplementarios de incremento de la legitimidad democrática, de modo que el sufragio universal se convierte en un *maximum* inextensible (42). Ibáñez, en la misma línea, de

(39) Hill, *op. cit.*, p. 892-893.

(40) Hill, *op. cit.*, p. 893.

(41) STS de 16 de septiembre de 1988 (Ar. 7046). Esta sentencia afirma tajantemente que «se impone en el Derecho Administrativo el principio del valor superior de la justicia», merced a lo cual da una respuesta flexible frente a los problemas que surjan ante la Administración.

(42) cit. por Porras, «El Derecho...», cit., p. 66.

forma quizá exagerada, dice que «la democracia totalitaria intenta reducir la participación de los ciudadanos a los votos: votar es necesario (hay que votar) y suficiente (no hay que hacer otra cosa que votar)» (43).

Ibáñez ha propuesto una interesante tricotomía relevante para nuestro estudio al señalar la existencia de tres niveles, a los que corresponden tres perspectivas, tres modos de participación política y tres dispositivos de investigación social. En primer lugar, se encuentra el nivel de los elementos, al que corresponde la perspectiva distributiva, cuyo dispositivo de investigación social es la encuesta, y cuyo dispositivo de participación política son las elecciones con voto individual y secreto. En segundo lugar, se halla el nivel de la estructura o de las relaciones entre los elementos, al que corresponde la perspectiva estructural, cuyo dispositivo de participación política son las conversaciones entre ciudadanos, fundamentales en la génesis de la opinión pública y cuyo dispositivo de investigación social es el grupo de discusión. En tercer lugar, aparecería el nivel del sistema o de las relaciones entre estructuras (relaciones entre relaciones), al que corresponde la perspectiva dialéctica, cuyo dispositivo de participación política son las asambleas o manifestaciones que pueden incidir en muchas decisiones y cuyo dispositivo de investigación social es el socioanálisis. A juicio de Ibáñez, si observamos un dispositivo de acción de un nivel determinado con un dispositivo de investigación social de diferente nivel, lo destruimos pues rompemos los enlaces o conexiones estructurales entre los elementos. De ahí que, en su opinión, la reducción de la democracia a dispositivos de participación política de tipo distributivo rompa la riqueza de la vida política y social (44). La misma idea late en Schmitt cuando sostiene que «el método del sufragio secreto transforma al ciudadano con derecho a voto en un particular aislado, y le permite manifestar su opinión sin abandonar la esfera de lo privado», por lo que puede concluirse que «de una suma de la opinión *privada* de particulares no resulta ni una opinión *pública*, ni una auténtica decisión *política*» (cursivas nuestras) (45).

(43) Ibáñez, *op. cit.*, p. 57.

(44) Ibáñez, *op. cit.*, p. 56-58.

(45) Schmitt, Carl: *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 1982 (1ª ed. alemana, 1928; 1ª ed. española, 1934), p. 272.

En el Estado post-social se produce un incremento de legitimación del sistema, rompiendo esa barrera que señalaban Schmitt, Habermas e Ibáñez. En una sociedad organizada como la buscada por este Estado, la potencialidad participativa de la misma y su penetración múltiple y dispersa sobre los aparatos del Estado es mayor que en la fase anterior del Estado de Derecho, si bien, como señala Porras, ello puede aparecer como un factor de difuminación del convencional paradigma del Estado representativo, lo que explicará las dificultades de la doctrina para aceptar sus importantes consecuencias sobre la teoría del Estado contemporáneo (46). En este nuevo modelo de sistema democrático se haría recaer la carga de determinación del propio carácter democrático del sistema hacia el interior de la respectiva microestructura de las distintas unidades sociales autónomas (grupos o corporaciones semipúblicos o semiprivados) como soporte condicionador del contenido democrático final del Estado en su conjunto, obligando, por otra parte, a replantear las teorías sobre la representación al imponer un componente de Derecho privado ajeno a las tradicionales teorías del mandato representativo. Además, en este modelo tales unidades sociales operarían como instrumentos de articulación o representación inmediata y directa de sus propios intereses no generalizables (47).

De este modo, el impulso o la orientación política (*indirizzo politico*) como expresión de la fuerza dinámica orientadora de la acción estatal, debería dejar paso a un espectro dominante de macroimpulsos sociales cuya incidencia global final sólo sería constatable según el proceso resultante *a posteriori*. En este proceso se operaría una cierta sustitución de la tradicional legitimación estructural-representativa del Estado (lo que Ibáñez llama dispositivos distributivos de legitimación, esto es, elecciones con voto individual y eventualmente secreto), por una tendencial legitimación funcional deducida de la adecuación real de las respuestas intervencionistas del Estado a las demandas articuladas sobre los poderes públicos (lo que Ibáñez denomina dispositivos estructurales de legitimación, es decir, concertación social) (48). Esto guarda cierto paralelismo con la distinción típica de la Escuela Española de teólogos-juristas entre legitimidad de origen (a la que corresponderían la

(46) Porras, «El Estado...», cit., p. 67.

(47) Porras, «El Estado...», cit., p. 68.

(48) Porras, «El Estado...», cit, p. 68-69.

tradicional legitimación estructural-representativa del Estado o los dispositivos distributivos de legitimación) y legitimidad de ejercicio (que aludiría a la legitimación funcional o a los dispositivos estructurales de legitimación) (49).

En conclusión, el principio de participación democrático-selectiva de sectores interesados con capacidad para incidir sobre el momento decisonal mediante fórmulas operativas de consenso o con técnicas adjudicativas e incluso con una eventual autonomía o capacidad de autonormarse (50), produciría un suplemento de legitimidad para el Estado que así compensaría, aunque de forma estructuralmente fragmentaria, el dilema habermasiano de la crisis de legitimación del Estado del capitalismo tardío (51). Por lo mismo, desde el planteamiento de Ibáñez, podría decirse que se produce un incremento democrático en la medida en que *no sólo* se aceptan los dispositivos de participación distributivos, sino también los estructurales encarnados por el consenso.

No obstante, en este momento de transición se producen aún ciertas disfunciones entre los dispositivos distributivos de participación política y los estructurales, o dicho de otra manera, entre la representación estructural y la funcional.

B. Partidos políticos y Parlamento.

En el tránsito del Estado social de Derecho al Estado democrático avanzado los partidos políticos y el Parlamento deben cumplir una doble tarea: una tarea integradora y una tarea visual-legitimadora conectada con la anterior.

a. Tarea integradora.

Una de las causas que han determinado la crisis del Estado social ha sido la llamada por O'Connor «crisis fiscal del Estado». Este fenómeno ha sido

(49) La distinción se encuentra ya en Vitoria. Vid. Vitoria, Francisco: «¿Es lícito con autoridad privada matar al tirano?», en *Escritos políticos*, selección de Luciano Pereña, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 323-324.

(50) Porras, «La función...», cit., p. 90.

(51) Porras, «El Estado...», cit., p. 77.

bien estudiado por Buchanan y Wagner que han demostrado la necesidad de limitar constitucionalmente el gasto público como única solución ante el déficit público generado por el excesivo desprendimiento de los partidos gobernantes para renovar sus mayorías (52). La fragmentación que trae consigo el Estado post-social implica que, en la medida en que las demandas sociales tengan un carácter financiero más que normativo, será necesario un cierto control, al menos financiero, aunque sea *a posteriori* en el que el Parlamento y los partidos deberían tener algo que decir.

Como dice Leibholz, la base estructural de las asociaciones y de los partidos es absolutamente distinta, pues las asociaciones son exponentes de los múltiples particulares intereses de la sociedad (siempre que se mantengan fieles a su carácter originario), mientras los partidos realizan decisiones verdaderamente políticas (53). La suma de los intereses particulares y de las asociaciones no es igual al interés general que se dirige a la sustancia misma de lo político (54). Por ello, los partidos políticos tienen la misión y el deber jurídico constitucional, según Leibholz, de obrar en un sentido integrador igualando y neutralizando los múltiples y antagónicos intereses sociales, procurando que este pluralismo de intereses de las asociaciones no haga peligrar la unidad política y estatal, conduciendo a una oligarquía y dominio de dichas asociaciones (55).

Ahora bien, para que los partidos políticos (y el Parlamento en el que aquéllos operan) cumplan esta función integradora, deberían cumplir dos requisitos, por un lado, que de impulsores del gasto público se convirtieran en constrictores del mismo y, de otro lado, que los partidos asumiesen decididamente su misión de asumir el interés **general**, lo que resulta interferido por la presencia de otros intereses (de clase, territoriales, etc.) en buen número de partidos. El primer requisito puede satisfacerse si se estableciese la medida preconizada por Buchanan de limitar constitucionalmente el gasto público, si bien por sí solo no basta. El segundo requisito,

(52) Buchanan, James M. y Wagner, Richard E.: *Déficit del sector público y democracia*, trad. de E. Galdón y J.L. López de Garayo, Rialp, Madrid, 1983, p. 173.

(53) Leibholz, Gerhard: «El orden social, estatal y las asociaciones», en *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, IEP, Madrid, 1971, p. 95 ss., p. 122-123.

(54) Leibholz, *op. cit.*, p. 124.

(55) Leibholz, *op. cit.*, p. 130-131.

parece que se intenta cubrir por los que Kircheimer ha llamado partidos «cogelo-todo» (*catch-all-party*). En todo caso, sin el presupuesto de una comunidad ético-religiosa, económica o cultural el pluralismo de los partidos no integra, sino que desintegra la comunidad política (56). Por lo demás, si los partidos y el Parlamento no asumen esa función integradora se corre un grave riesgo de que su protagonismo y significación pueda verse mermado por el empuje disgregador (Leibholz), pero también participativo (Porrás) de la sociedad democrática avanzada.

b. Tarea visual-legitimadora.

El eje partidos-Parlamento sufre cierto vaciamiento de las competencias funcionales de determinación de la acción programática del Estado a causa de la crisis del modelo tradicional de *indirizzo politico* como circuito de articulación racional de los términos sociedad democrática-partidos políticos-representantes políticos (Parlamento)-subsistema político (Gobierno)-Administración pública-sociedad democrática, en el que se seleccionan las directrices programáticas públicas escalonadamente. Sucede que para la determinación del cada vez mayor número de políticas lo imprescindible es el acuerdo y la participación de los sectores sociales afectados, de suerte que toda regulación que carezca de este requisito corre grave riesgo de ser protestada o boicoteada o ineficaz. En esa situación las instancias parlamentarias se convierten en una instancia meramente expendedora de envolturas formal-legales de los acuerdos, resultando irrevisable de hecho el contenido del acuerdo cuyo reconocimiento formal *erga omnes* se solicita.

En esta tesitura crítica en la que los partidos y el Parlamento ven vaciarse su función transmisora de la orientación política en buena medida, cabría interrogarse qué función cumplen. Parece que de constituir, como en la fase histórica del Estado social, el centro inicial de impulso sobre la esfera *interna* de la actuación burocrática, pasarían en el Estado post-social, a cumplir una función de proyección *hacia afuera*, mediante la reproducción visualizada del pluralismo subyacente y la relativa ocultación de los mecanismos de compromiso o consenso capaces de conducir a la unicidad

(56) Schmitt, Carl: «Staatsethik und pluralistischer Staat» (1ª ed. 1930), en *Positionen und Begriffe*, Duncker und Humboldt, Berlín, 1988, p. 133 ss., p. 140-141.

resultante de la voluntad estatal, siendo esta proyección hacia afuera el gran soporte de legitimación de las decisiones políticas (57). Esta legitimación simbólica-visual no es baladí, sino que es absolutamente esencial en una sociedad como la actual en la que las imágenes y los medios de información intercomunican el conjunto del sistema.

Este carácter simbólico-visual del eje partidos-Parlamento se presta a dos consideraciones. En primer lugar, la investigación acerca de ese carácter simbólico-visual puede aprovecharse de los estudios existentes acerca de la caracterización de la Monarquía por esos rasgos. La pérdida por la Monarquía de su función de gobierno, o lo que es lo mismo, de determinación de las directrices programáticas de las políticas públicas (*potestas*), para conservar únicamente su función de reinado (*auctoritas*), no ha implicado necesariamente el abandono de la institución, sino más bien su reubicación (58). El caso de la Corona británica o de la española revelan la enorme importancia simbólico-visual de la institución y consiguientemente su fortísima capacidad integradora. Este reducto simbólico-visual no es un espacio desdeñable en absoluto y es un reto para el eje partidos-Parlamento el acotarlo con prudencia, pues de su adecuada adaptación a la nueva situación puede depender su capacidad legitimadora.

La segunda reflexión que surge versa acerca del enorme poder que entraña ese tipo de legitimación visual, pero también acerca de su enorme debilidad. Su enorme poder consiste en la enorme capacidad de lo visual para estructurar directamente el psiquismo del sujeto receptor de la imagen por la facilidad de ésta de alcanzar la sensibilidad neurovegetativa anulando los filtros de lo racional (59). La enorme debilidad de esta legitimación es la existencia en el mundo actual de una sucesión torrencial de imágenes, a veces incluso imperceptibles para la esfera consciente (como en el caso de la tachiscopia) que hace necesaria una continuada exposición visual, pues de lo contrario se corre el riesgo de que otras imágenes impulsadas quizás por otros poderes, borren aquella primera imagen cuya impresión se buscó. Esto

(57) Porras, «La función...», cit., p. 89.

(58) Schmitt, *Teoría...*, cit., p. 278; Id.: *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1983 (1ª ed. alemana y española en 1931), p. 218 ss.

(59) Gómez de Liaño, Ignacio: *La mentira social. Imágenes, mitos y conducta*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 193-195.

obliga, por tanto, a los Parlamentos y a los partidos a ejecutar con más seriedad que nunca, si cabe, sus importantísimas funciones, pues sólo de ellos mismos dependerá su «permanencia visual». De este modo, aparte de una reponsabilidad política, estos órganos contraen una grave responsabilidad social.

3. Administración.

A. Sujeción de la Administración a los objetivos de la norma.

En la actuación administrativa del Estado social se producían graves ineficacias debido a su propio carácter rígidamente determinado *a priori* por la ley. Así, los mandatos jurídicos de las instancias administrativas centrales, fieles cumplidoras del principio de legalidad, son rudos, disfuncionales y devienen rápidamente obsoletos. Los burócratas centrales no pueden reunir y procesar la vasta información necesaria para regular de forma ajustada las muchas variaciones de las circunstancias. Por imperativos de la racionalidad *a priori* y por reducción de costos se adoptan regulaciones uniformes para todo el ámbito nacional que no consiguen sus metas y producen efectos colaterales no intencionados cuando los funcionarios intentan aplicarlas a condiciones no previstas o alteradas por el tiempo (60).

En contraste con esta situación se ha visto que en la actual fase del Estado post-social, los fines de las normas no están fijados de modo absoluto e inequívoco. En efecto, la exactitud del objetivo previamente establecido disminuye en relación a diversos factores, como lo alejado que el objetivo esté (en el tiempo, en el espacio y en lo burocrático), lo inseguro que sea el desarrollo de lo regulado y lo plural de las variables observables y de las instancias participantes en la adopción y realización de los objetivos (61). Los objetivos de las normas que deba ejecutar la Administración precisan de una sintonización, concreción y desarrollo en el caso concreto, no sólo entre las autoridades competentes, sino también en colaboración con los ciudadanos afectados. Así pues, en vez de simples programas de objetivos, aparecen cada

(60) Stewart, *op. cit.*, p. 65-66.

(61) Hill, *op. cit.*, p. 888.

vez más los programas de «relacionamiento» (*Relationisierungsprogramme*) que, en lugar de contener representaciones minuciosas y soluciones finales, sólo ofrecen direcciones y modelos que, a su vez, necesitan desarrollo y sintonización con la realidad. En este contexto los objetivos ya no son fijos, sino fluidos, apareciendo los llamados procesos de aprendizaje cooperativo (*kooperativen Lernprozesses*) (62).

B. Instrumentos de la actuación administrativa.

En Alemania federal se ha discutido recientemente acerca de las llamadas «actuaciones informales» de la Administración que también han colisionado con los instrumentos clásicos de la actividad administrativa. Como medios clásicos de la Administración se pueden considerar las órdenes, las prohibiciones y los permisos. Sin embargo, estos medios tienen el inconveniente de que no sólo causan elevados gastos de control, sino de que paralizan la iniciativa de los destinatarios. Los instrumentos administrativos dotados de coacción jurídica, especialmente las órdenes y prohibiciones, deben ser utilizados, no como regla general cual sucede ahora, sino sólo como *ultima ratio*. Por ello, en esta nueva fase del Estado post-social, en sustitución de las órdenes y prohibiciones, aparecen la información, las llamadas, las obligaciones de anunciar las actuaciones, los modelos de actuación jurídico-privados o la propia flexibilización de las órdenes y prohibiciones (63).

En este contexto, las «actuaciones informales» cobran todo su sentido. Entre éstas se entienden los acuerdos para «apartar» consecuencias normativas, los consejos o la tolerancia de situaciones antijurídicas debido a que no haya precedido a las mismas una autorización o a que dicha autorización fuera rechazada. En estos supuestos, un empleo formalizado del Derecho es visto como disfuncional y entorpecedor porque sin la observación de las reglas formales de Derecho pudiera conseguirse el objetivo pretendido de modo más rápido y efectivo. En estos casos, la Administración no emplea el Derecho de forma inmediata, sino que trata con el destinatario acerca del camino más indicado para solucionar el problema, y sólo si esta vía es infructuosa se acude a la coacción jurídica. Estas prácticas que Hill llama

(62) Hill, *op. cit.*, *ibid.*

(63) Hill, *op. cit.*, p. 890.

«actuaciones informales», son denominadas por Isensee «ilegalidad necesaria o pragmática» y por Treutner «utilización estratégica de reglas jurídicas» o «Derecho como fuente aprovechable burocráticamente» (64).

Aparecen, por tanto, en el horizonte formas de actuación administrativas que, pese a ser más efectivas, pueden chocar con las normativas presentes y con los hábitos de actuar surgidos por dichas normas.

III.- EL ESTADO DEMOCRÁTICO AVANZADO Y LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de 1978 configura un Estado social y democrático de Derecho. La cuestión es examinar hasta qué punto el Estado democrático avanzado como categoría superadora del Estado social puede estar admitido en la Constitución. Desde este enfoque la Constitución define una triple secuencia Estado de Derecho-Estado social-Estado democrático de carácter cronológico de tal suerte que el Estado democrático sería la última fase evolutiva del Estado social a partir de la crisis de éste. La expresión significaría en este sentido un incremento de legitimación del sistema. Esta concepción del Estado democrático diverge de aquella en la que la expresión tiene un contenido mínimo: celebración periódica de elecciones.

Esa situación final del Estado democrático avanzado explica que tenga, por una parte, rasgos «modernos» y, por otra, rasgos «post-modernos». Los rasgos «modernos» del Estado más destacables son, en primer lugar y en relación a la actuación política, la plasmación de la doctrina «clásica» del *indirizzo politico* (arts. 66.2, 99 y 97 CE), corroborada por la restricción de la iniciativa legislativa (art. 87 CE); y, en segundo lugar y por lo que respecta a la actuación administrativa, la consagración de los principios clásicos modernos: legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica (arts. 9.3 y 103.1 CE).

Lo anterior no significa que deba rechazarse una formulación de una teoría del Estado post-moderno, post-social o democrático avanzado. Por eso, y en relación sobre todo a ciertos preceptos constitucionales, se debe buscar

(64) Hill, *op. cit.*, p. 890.

una interpretación de la Constitución que nos permita encajar en la misma la nueva fase histórica del Estado que parece asomar. Este problema ha sido planteado en Alemania por Hermann Hill, quien busca una cobertura jurídico constitucional a su propuesta de una flexibilidad de la actuación administrativa ajustada a la situación (*situationsgerechte Flexibilität*) o de «apertura limitada».

a) Ya se ha tenido ocasión de señalar que, de acuerdo con Arce, debe considerarse que el art. 1.1 CE recoge una formulación de los principios generales del Derecho conjuntamente con el art. 10.1 CE (65), por lo que la constitucionalización de esos principios, en cuanto cláusulas de apertura, facilita el tránsito entre el Estado social y el Estado post-social legitimando constitucionalmente este último. Ahora bien, no cabe olvidar que, precisamente esa amplísima apertura de esas cláusulas cercena el principio de seguridad jurídica y mina las garantías del Estado de Derecho.

b) En cuanto a la superación del marco estricto del principio de legalidad y de reserva de ley, además de lo dicho anteriormente sobre la teoría de la esencialidad (66), debe añadirse que tanto la CE como la GG contienen preceptos relativizadores de dicho principio. El art. 20.3 GG señala que el poder ejecutivo está sometido a la ley y *al Derecho*.

Por su parte, la jurisprudencia del TEDH también ha tenido ocasión, en materia de derechos fundamentales, de interpretar de forma flexible numerosos preceptos del CEDH que remitían a la ley ciertas limitaciones de los derechos (67). Utilizando las versiones inglesa («prescribed by the law») y francesa («prévüe par la loi») de estos preceptos, el Tribunal de Estrasburgo ha afirmado que las limitaciones no deben operarse únicamente por una ley en sentido formal, sino por una norma jurídica (que puede ser un reglamento y aun una sentencia judicial) (68).

En idéntico sentido, el art. 103.1 CE *in fine* dicta que la Administración actúe con sometimiento pleno a la ley y *al Derecho*. Lucas Verdú ha observado

(65) Arce, *op. cit.*, p. 93 ss.

(66) Hill, *op. cit.*, p. 893.

(67) Arts. 8.2 y 10.2 CEDH, por ejemplo.

(68) SSTEDH De Wilde, A 12, nº 47; Sunday Times, A 30, nº 47; Dudgeon, A 45, nº 44; Müller, A 133, nº 29; Salabiaku, A 141, nº 29; Chappell, A 152-A, nº 52; Markt intern Verlag, A 165, nº 30; Kruslin, A 176-A, nº 29; Huvig, A 176-B, nº 28;

en múltiples ocasiones que esta referencia al «derecho» implica rebasar el estricto ámbito de lo legal, pues la distinción entre la *lex* y el *ius* no puede interpretarse sin recurrir a principios suprapositivos (69). Por ello debemos concluir que, en la medida en que los principios generales del Derecho son fuente de Derecho, queda abierta la puerta para una flexibilidad en la que la justicia y la equidad sean determinantes.

c) El principio de seguridad jurídica ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el sentido de que para que exista un engarce con la ley se exige una «suficiente seguridad», lo que no supone una magnitud fija, sino un criterio ampliamente flexible que, debido a su apertura, ha sido calificado por algunos (Braun y Staupe) como una simple fórmula vacía. Lo cierto es que los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán para la seguridad jurídica se reducen a aquellos que han conducido en la práctica administrativa a fundamentar la necesidad de una «flexibilidad ajustada a la situación» (70).

También el TEDH, en el marco de la protección de los derechos fundamentales, ha establecido que los requisitos de una «ley» (en el sentido antes indicado) para operar limitaciones en un derecho son los de accesibilidad y previsibilidad. Esta última, más cercana a la seguridad jurídica, se ha interpretado como aquella cualidad de la norma en virtud de la cual ésta debe formularse con la suficiente precisión como para permitir al ciudadano adecuar su conducta. Éste ha de estar en condiciones de prever (recabando para ello, si es necesario, consejos clarificadores) las consecuencias de un acto determinado. Estas consecuencias no tienen que conocerse necesariamente con una certidumbre absoluta: la experiencia revela que esto no es posible, sobre todo en los terrenos en los que los datos cambian en función de la evolución de las concepciones de la sociedad (71). Según el TEDH, la certeza, aunque sea deseable, va acompañada frecuentemente de una rigidez excesiva. Sin embargo, el Derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación, por lo que muchas leyes se sirven, por la fuerza de las

(69) Lucas Verdú, Pablo: *Estimativa y política constitucionales*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1984, p. 91.

(70) Hill, *op. cit.*, p. 893.

(71) SSTEDH Ezelin, A 202, nº 46; Open Door, A 246, nº 60.

cosas, de fórmulas más o menos vagas cuya interpretación y aplicación depende de la práctica (72). La previsibilidad de una norma depende en una gran medida del contenido del texto legal, del terreno que cubre y del número y calidad de los destinatarios y, en particular, depende de la materia sobre la que trate (73).

El principio de seguridad jurídica también está garantizado en el art. 9.3 CE, por lo que las anteriores consideraciones pueden ser extensibles al Derecho español. Además, cabe reiterar aquí lo dicho *supra* acerca del nexo entre seguridad jurídica y justicia. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este extremo, asegurando que el principio de seguridad jurídica puede entenderse como «la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes» (74). Ahora bien, el propio TC ha advertido que el principio de seguridad jurídica no puede convertirse en un valor absoluto por cuanto, en tal caso, «daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso» (75).

d) El principio de igualdad puede verse en conexión con el de seguridad jurídica y de previsibilidad de la actuación administrativa. Desde esta perspectiva, el principio de igualdad supone un argumento añadido a favor de la apertura en la medida en que no se entiende por tal una rígida uniformidad, sino precisamente, la igualdad. De ahí que el art. 3.1 GG lo que postule no es el tratar igualmente todo, sino tratar igualmente lo igual y desigualmente lo desigual. Aquí se encuentra un mandato de justicia del caso concreto y de diferenciación. Las divergencias de la normalidad están permitidas si hay motivos materiales que así lo justifiquen. El límite reside en la prohibición de la arbitrariedad (76).

(72) SSTEDH Sunday Times, A 30, nº 49; Silver, A 61, nº 88; Müller, A 133, nº 29.

(73) SSTEDH Malone, A 82, nº 68; Groppera Radio AG, A 173, nº 67; Kruslin, A 176-A, nº 30; Huvig, A 176-B, nº 29; Andersson, A 226-A, nº 75; Herczegfalvy, A 244, nº 89.

(74) STC 147/1986 (FJ 4º.a).

(75) STC 126/1987 (FJ 11º).

(76) Hill, *op. cit.*, p. 894.

En esta línea también se encuentra la jurisprudencia del TEDH sobre el principio de igualdad (artículo 14 del Convenio de Roma), conforme a la cual no toda discriminación vulnera el mismo, sino sólo aquella que, a la luz del caso concreto, carezca de una justificación objetiva y razonable. Tal justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Además, se vulnera la igualdad cuando no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (77).

La jurisprudencia constitucional española se entronca en la misma corriente. Como ha dicho insistentemente el TC, aludiendo expresamente a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, no toda discriminación vulnera el art. 14 CE, sino sólo aquella que sea injustificada por no perseguir una finalidad legítima, esto es, por no ser objetiva y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (78).

e) Los derechos fundamentales materiales no prohíben al legislador la utilización con cierta extensión de cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados, ni reconocer a las autoridades un espacio de arbitrio. Estos derechos influyen sobre la reserva de ley en la medida en que en vez de una reserva de ley general, se formula una reserva de ley diferenciada en proporción al derecho fundamental y a la relevancia del derecho fundamental en la regulación. Por lo demás, estos derechos influyen sobre el principio de igualdad, de forma que la igualdad es proporcional en el sentido de que debe preservar la realización de un derecho fundamental. El mandato de una individualización proporcionada a los derechos fundamentales, debe ser cumplido por la Administración. Por tanto, en virtud de los derechos

(77) SSTEDH régimen lingüístico belga, A 6, Nº I.B.10; Sindicato nacional de la policía belga, A 19, nº 46; Marckx, A 31, nº 33; Rasmussen, A 87, nº 38. Más recientemente, SSTEDH Darby, A 187, nº 31; Fredin, A 192, nº 60; Observer y Guardian, A 216, nº 73; Sunday Times II, A 217, nº 58; Pine Valley, A 222, nº 64.

(78) SSTC 22/1981 (FJ 3º); 23/1981 (FJ 4º); 34/1981 (FJ 3º); 7/1982 (FJ 2º); 49/1982 (FJ 2º); 75/1983 (FJ 2º); 6/1984 (FJ 2º); 76/1986 (FJ 3º); 148/1986 (FJ 6º), entre otras muchas.

fundamentales, está ordenada una actuación administrativa flexible, ajustada a la situación en cooperación con el titular del derecho fundamental (79).

f) Ciertas garantías institucionales de la Constitución pueden entroncar con lo que aquí se denomina «Estado democrático avanzado». El art. 36 CE contiene una garantía institucional de los Colegios profesionales preservando sus «peculiaridades propias», es decir, su configuración como espacio social autónomo. La mencionada garantía institucional protege, incluso frente al legislador ordinario, un microespacio social en el que los interesados gestionan ellos mismos los asuntos que les afectan sin interferencias burocrático-estatales y con participación de todos (80).

En un nivel inferior de protección, la Constitución no olvida otro tipo de asociaciones en las que los interesados pueden gestionar y defender sus intereses propios. Es el caso de las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 51.2 CE) y las organizaciones profesionales (art. 52 CE), llamadas a protagonizar un importante papel en el emergente Estado post-social (81).

g) Otra manifestación de lo que se ha llamado Estado post-social, la constituyen los llamados convenios de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas suscritos al amparo del art. 16.3 CE (82). Se dejan aquí al margen los convenios suscritos con la Iglesia Católica, cuya posición es clara en el sistema de fuentes en tanto que tienen el rango de tratados internacionales. Los demás convenios, sin embargo, presentan especial interés y algunos problemas.

Se trata de normas claramente encuadrables en el marco de lo que se ha llamado Estado post-social. En efecto, no son normas elaboradas según el esquema clásico del *indirizzo politico*. Son normas elaboradas en colabo-

(79) Hill, *op. cit.*, cit., p. 894.

(80) Sobre los Colegios profesionales, vid. Ariño Ortiz, Gaspar y José María Souvirón: *Constitución y colegios profesionales*, Unión Editorial, Madrid, 1984.

(81) Garrorena Morales, Ángel: *El Estado Español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 137-138.

(82) Sobre este particular, véanse: Agustín Montilla de la Calle: *Los acuerdos entre el Estado y las confesiones religiosas en el Derecho Español*, Bosch, Barcelona, 1985; Javier Martínez-Torrón: *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Comares, Granada, 1994.

ración y con el acuerdo de los interesados. Por ello, aunque formalmente esos acuerdos deben aprobarse por una ley del Parlamento, éste *de facto* (no *de iure*) ve sustancialmente mermados sus poderes (sobre todo, de enmienda), pues la alteración de los términos del acuerdo puede llevar a la inutilidad del mismo.

* * *

Parece que está claro, por tanto, que la Constitución está dotada de preceptos con la suficiente apertura como para permitir el tránsito del Estado social al Estado post-social o democrático avanzado sin traumatismos importantes y, creemos, sin necesidad de operar ninguna reforma constitucional, lo que, por otra parte, da muestras de su potencialidad. No obstante, todo tránsito de esta naturaleza genera una serie de disfunciones en la medida en que los hechos puedan ir más allá de lo previsto por las normas o cuando las normas se hallen más avanzadas que la realidad social que evoluciona más lentamente.