

GENESIS, LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD
DEL
ESTADO SOCIAL DE DERECHO

por
JESUS LOPEZ MEDEL
Madrid

1.—LO SOCIAL, EN LA INTERDEPENDENCIA DE ESTADO Y DERECHO

2.—GENESIS

2.1.—La constante histórica tensional entre Derecho y Estado

2.2.—De Maquiavelo y Hobbes, al Derecho y Estado del Pueblo
Soviético

2.3.—Lo social en la fase genética de Estado y Derecho.

3.—LEGALIDAD

3.1.—La Ordenación iusnatural de la Constitución Política

3.2.—La juridicidad: sistema correcto y Derecho oportuno

3.3.—Control de legalidad.

4.—LEGITIMIDAD

4.1.—El ejercicio del poder jurídico en orden al bien común

4.2.—La participación comunitaria

4.3.—El Estado social de Derecho, como Estado de Justicia y
Libertad.

1.—LO SOCIAL, EN LA INTERDEPENDENCIA DE ESTADO Y DERECHO

Dentro de la amplitud temática y problemática del Estado Social de Derecho, intentamos nosotros, con claridad, que debe ser —como ha subrayado Millán Puelles— nota de todo pensamiento filosófico, referirnos a lo que hemos titulado “*génesis*”, “*legalidad*” y “*legitimidad*” del Estado Social de Derecho. Posiblemente el centro de nuestra meditación radica en presentar estas tres circunstancias, momentos, o condicionamientos, en una doble interdependencia:

Interdependencia que llamaríamos *vertical*, es decir mostrando de qué manera, *génesis*, *legalidad* y *legitimidad* están correlacionadas, aunque históricamente o en cada sociedad concreta se den insistencias problemáticas más acusadas, bien en la fase *genética* del Estado, bien en la configuración de su *legalidad*, o bien en el planteamiento de su misma *legitimidad*.

Y la *interdependencia* que llamaríamos *horizontal*, es decir aquellos tres instantes o condiciones, contemplados en el *Estado*, o contemplados en el *Derecho*.

Nos quedaría la *interdependencia* que llamaríamos *integral* como síntesis o resultado de las anteriores y por la cual, sin identificarse —como en Kelsen— *Estado* y *Derecho*, habríamos llegado a esa auténtica interdependencia entre uno y otro, la cual gráficamente la expresamos o la sustentamos con la rúbrica *Estado Social de Derecho*.

Génesis, *legalidad* o *legitimidad*, como instantes o condiciones de suyo interdependientes, no son, ni mucho menos la única fundamentación o construcción, sea ius-filosófica o política del *Estado Social de Derecho*. A éste se llega por supuestos o raíces éticas, axiológicas, o teleológicas. Pero aquellas notas no sirven —al menos en este trabajo— para aclarar tal síntesis o planteamiento del Estado Social de Derecho.

De la misma manera que el profesor Delgado Pinto,¹ explica que “la paz individual, la paz interior de la persona, la que llama-

1 En Vol. “*Derecho y Paz*”. “*La virtualidad del Derecho como medio para la consecución de la Paz*”. Actas I Congreso Filosofía del Derecho. Madrid, 1964-35 y ss.

mos paz del hombre consigo mismo no puede ser resultado directo del Derecho..... (pero) que sin embargo, el Derecho sí puede ser y es medio indirecto para la consecución de la paz interna del hombre”, trasladando nosotros tal precisa idea al tema de la *Sociedad* y del *Estado*, vistos en actitud *teleológica* y *finalista*, tendríamos que la paz social tampoco puede ser “fin intencional directo”², aunque puede darse “como resultado del *Derecho*”.

Parecidamente, pues, tendríamos que decir, que *génesis*, *legalidad* o *legitimidad* del Estado Social de Derecho, no actúan como instrumentación finalista única, aunque acaso se advierta mejor el orden de las finalidades en la *legitimidad*, que en la *génesis*, pero ambas concurren a los resultados mismos del Estado y de su verificación de la *Justicia Social*.

Una indagación iusfilosófica sobre aquellos tres instantes, ayudará, por tanto, a comprender o a descubrir, casi mejor que a describir, el Estado Social de Derecho. Y este trabajo va en la línea de una meditación, de un toque de atención sobre aquel trípode temático y problemático, más que sobre el Estado, la Sociedad y el Derecho mismo.

2.—GENESIS.

2.1.—*La constante histórica tensional entre Derecho y Estado.*

La primera manifestación de interdependencia la podríamos encontrar ya en la singladura, *génesis* de la *Norma*, *génesis* del *Estado*. Podemos decir que es una constante histórica, plenamente humana, en la reflexión sobre las razones del *existir* y del *convivir*. Me permitiría recordar y distinguir aquí la posición de los sofistas. Porque, si con ellos se penetra fuertemente en la distinción del “*nomos*” y “*physis*”, acaso lo sea de manera especial por una *actitud* suya frente a la deificación de la *Polis* y el *Nomos* en Atenas. Los sofistas son sobre todo extranjeros que llegando de las colonias, se convierten en verdaderos campeones de la *razón*, poniendo como base de su especulación y discurso la que emana del hombre mismo, en una visión antropológica de la cual en buena parte se derivará lo *justo por naturaleza*, lo *justo por convención*. Y todo ello

2 DELGADO PINTO: Trab. cit. 37.

como aparato argumental ante una concepción embrionaria del Estado, la *Polis*, asentada y amurallada en la ideología de una clase dominante, e incapaz, desde sí misma, de advertir la doble pulsación en las cosas, y sobre todo en las cosas humano-sociales, de la "*physis*" y el "*nomos*"³.

Podemos decir, que ya desde entonces, se viene produciendo una *constante tensional*, en la génesis de la *Norma* y del *Estado*, éste como expresión de convivencia. Aunque, en determinados momentos se polarice o se coloree de muy distintas maneras. Bien sea en la *transustancialización sobrenatural* o *espiritualista* medieval; bien en la *idealista formal* del XVIII; bien la *individualista liberal* del XIX; bien la *materialista-capitalista* del XX. Tal tensión se manifiesta en San Agustín⁴ en las *dos Ciudades*; o en Lutero⁵, en los *dos Reinos*, el de la gracia y el de la misericordia de Dios. Y siempre, igualmente, bajo la constante hilación de la "*ordenación*", ética, natural, social, o humana.

En un trabajo nuestro inédito⁶ "*Estimativa jurídica en la promoción y creación de la norma*", partiendo del *factum* de los asuntos humanos, hemos tratado de indagar los principios ontológicos que desbordan un planteamiento meramente formal de la génesis del Derecho, como se da en Stammler. Entre otras razones porque las cosas *humano-sociales* llevan esa bipolar tensión de presentarse *como supuestos de ordenación* más o menos imperativa, con tendencia a traducirse en normas o sistemas, a la par que, por aplicación o insuficiencia de aquéllos, las realidades sociales y los instrumentos de convivencia también tienden a *transformar*, o superar, o a poner a prueba las mismas normas. Si algún esfuerzo doctrinal entre nosotros se presenta más vivo y significativo, acaso lo sea el del profesor Gómez Arboleya, de manera singular en "*Historia de*

3 Cr. Especialmente HEINNMANN. "*Nomos und physis*" 1945.

4 Cr. Especialmente GIORGANNI. "*Il concetto del diritto e dello Stato in S. Agostino*" 1951.

5 Cr. VERDROSS, "*La filosofía del derecho del mundo occidental*". México, 1962-142. También, CORTS GRAU, "*Historia de la Filosofía del Derecho*". Tm. I. Segunda Edi. Madrid, 1968-394 y ss.; H. LIERMANN, "*Zur Geschichte des Naturrechts in der evagelischen Kirche*", en escrito conmemorativo sobre Bertholet —Tübingen— 1949-298; GUNDMANN, "*Der Lutherische Weltbund —Colonia— 1957*"; y WENZEL, "*Derecho Natural y justicia material*" Madrid, 1957; 127-128.

6 Trab. Firma de Cátedras, 1967, con la bibliografía allí citada.

la estructura y del pensamiento social”⁷ porque la problemática *Hombre, Sociedad e Historia* va dejando en sí una especie de rostro, que a la par es instrumento de la Norma, dada ésta en una sociedad temporal e histórica concreta.

2.2.—De Maquiavelo y Hobbes, al Derecho y Estado del Pueblo Soviético.

Cuando Giovanni di Napoli⁸ trata de ofrecernos la argumentación sobre la naciente concepción moderna del Estado y Derecho, nos dirá este autor que no sirve sólo Maquiavelo (1467-1527) para explicarlo. Más atrás estará lo que Giovanni di Napoli llama “*agustinismo y aristotelismo en política*”, cuya síntesis entre razón y naturaleza, razón y fe, va a desequilibrarse con Ockam, o los averroistas. Luego “las ideas de Marsilio se vuelven a encontrar en J. Wicleff y en J. Hues, de los cuales deriva la actividad de Lutero sobre las relaciones entre Iglesia y Estado”.

Si se analiza bien el *Leviathan* de Hobbes⁹, de su misma estructura se advierte aquella constante tensión bipolar: una primera parte dedicada a “*El Hombre*” (ejemplos: Capítulo VI. Del origen interior mociones voluntarias, comunmente llamadas pasiones y de las maneras como se las designa; Capítulo XIV. De la primera y segunda ley natural y de los contratos; Capítulo XV. De otras leyes de la naturaleza). Y otra segunda parte, dedicada al *Estado* ejemplos: Capítulo XVII. De las causas, generación y definición de un Estado; Capítulo XVIII. De los derechos de los Soberanos por institución; Capítulo XXI. De la libertad de los Súbditos). En la parte final de este último Capítulo hay un texto muy expresivo:

“.....Si tomamos la libertad en su sentido propio, como libertad de cadenas y prisión, sería muy absurdo que los hombres clamasen, como lo hacen, por la libertad de que tan manifiestamente disfrutaban. Además si tomamos la libertad como exención de leyes, no es menos absurdo que los hombres demandan, como lo hacen, esa

7 T. I, Madrid, 1957.

8 En “*Historia de la Filosofía*”, dirigida por Cornelio Fabro. Tm. I, Madrid-México, 1965, 518 y ss.

9 Cr. Sobre el tema, Vialatoux, “*La cité de Hobbes. Theorie de l'Etat totalitaire*”. París, 1935, 81-95; Hood, “*The Divin politics of Thomas Hobbes. An interpretation of Leviathan*”. Oxford, 1964. Biblio. cit. en “*Los filósofos modernos*”, del P. Clemente Fernández, S. I., Madrid, 1970, 116 y ss.

libertad, por la cual todos los hombres pueden ser señores de sus vidas, y sin embargo, por absurdo que sea, eso es lo que piden ellos, desconociendo que las leyes no tienen poder para protegerles si no hay una espada en las manos de un hombre o de varios hombres para hacer que esas leyes se cumplan”.

Queremos anotar aquí, por último, —saltando el pensamiento de Hegel, muestra máxima de síntesis filosófica e histórica— el dato sobre lo que se viene operando, como si estuviéramos en los balbuceos histórico-científicos, acerca de lo que le ocurre a Estado, Sociedad y Derecho Soviético. En una amplia nota bibliográfica ¹⁰ sobre la obra de Dieter Pfall, *Die Entwicklung der Sowjestischen Rechtslehre* ¹¹ hemos subrayado nosotros, como ejemplo característico, ese punto de tensión entre un naciente *Estado* soviético, que quiere prescindir inicialmente del Derecho, con la tendencia actual donde se pretende correspondenciar una génesis del Derecho para el logro de la plenitud del Estado Soviético. Y así se habla, últimamente y con indiferencia de *Estado General del Pueblo*, o de *Derecho General del Pueblo*.

2.3.—*Lo social en la fase genética de Estado y Derecho.*

La interdependencia en la *génesis* de la instrumentación normativa (*Derecho*) y de la convivencia organizada (*Estado*), es, pues, constante histórica, pero no sólo porque se haya dado en la Historia, sino porque es incuestionable de lo humano-social. No entramos aquí en el protagonismo de tal génesis, es decir de *que* haya de primar en un momento histórico. Esto sí que es Historia o sociología puras. Cuando el episodio de la lucha entre Bonifacio XIII y Felipe el Hermoso, se reveló en lo político una primera fricción y ruptura en la síntesis natural-humana de lo justo. Otro tanto, acentualmente podríamos alegar del hecho político de la *Revolución Francesa*, o del desequilibrio radical que se produce con la *Revolución en Rusia*. Pero no podemos confundir la génesis del *Estado Na-*

¹⁰ Vid. en este mismo volumen de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*.

¹¹ Vol. XIX de la colección “Abhandlungen des Bundesinstitut für ostwissenschaftliche und internationale Studien”. Colonia, 1968. Ver especialmente Capítulo 15. “*Die Wandlungen in der Staatstheorie und in der Begründung des Rechts*” pgs. 195 y ss.

cional, o la de los *movimientos Revolucionarios*, como *génesis del Derecho*, aunque de uno y otros se deriven grandes implicaciones en los ordenamientos jurídicos positivos.

Lo que sí prueban, aun en esos y otros casos, es que la tensión en su mismo *origen* recíproco, *normativo y estatal*, es una realidad. Y que el equilibrio tiende a restablecerse inmediatamente. Como así ocurrió a los Estados Protestantes; o como ocurre a toda sociedad nacional que se libera —incluso de normas concretas anteriores— que se supera, o que se independiza.

Pero existen muchos otros momentos en la historia en los que el maridaje inicial de *Norma y Estado*, permiten hacer fluir con naturalidad esa tensión bajo el prisma, que luego veremos de la *legalidad*.

Quizá nuestra mejor conclusión o aportación aquí sea afirmar que una de las raíces y presupuestos para que tal tensión se produzca de la manera más equilibrada posible, sea plantear o cualificar el *Estado de Derecho*, como *Estado Social de Derecho*, es decir, concibiendo al Estado, como *génesis y desarrollo permanente* y no como esquema formal, abstracto, total, absoluto o único, sino *teleológicamente* operando en una sociedad y naturaleza que tienen, como el hombre, su propia “naturaleza” —no en sentido orteguiano— y desarrollo, y dentro siempre de unos límites y posibilidades que son al tiempo reductos de leyes naturales y leyes sociales. Y a su vez, concibiendo ese derecho que está a las *puertas* del Estado, en unos casos; o *informando* en otros; o *completando* y desarrollando en los demás, toda la convivencia, y no como normas, o en cuanto preceptos meramente formales, lógico-conceptuales, o matemáticos. También *lo Social* del Estado es *Social* del Derecho. No podremos adjetivar o colorear el Estado con *Estado Social* si la instrumentación normativa (Derecho) no lo hace parecidamente.

La génesis del Estado Social de Derecho parte, entonces, de esa misma génesis, no estrictamente histórica y coyuntural, sino axiológica, en cuanto que Estado y Derecho se dan en la *Sociedad*. Lo social en el Estado y lo social en la Norma, no sólo justifican sino que equilibran muchas de las insuficiencias o inconsecuencias que han venido advirtiéndose o señalándose a la hora de las justificaciones teoréticas sobre el Derecho y sobre el Estado.

3. LEGALIDAD

La segunda de las notas objeto de nuestra reflexión iusfilosófica es la legalidad, en cuanto referida o proyectada al *Estado Social de Derecho*.

De nuevo aquí también se da parecida tensión bipolar en cuanto afecta a la legalidad del Estado y a la legalidad del Derecho mismo (aunque parezca redundancia). Lo que ocurre es que problemáticamente, tal dosis de tensión es mucho menor en lo que pudiéramos llamar descubrimiento, convicción o unanimidad conseguida en el terreno de las instrumentaciones políticas, acerca de que todo Estado moderno ha de concebirse y estructurarse como *Estado-normativo*. La tensión, sin embargo, se presenta de manera más fuerte, en el terreno de los principios y de los valores, es decir en la reflexión sobre hasta qué punto las dosis de legalidad se centran exclusivamente en la formalidad normativa o administrativa, cuestión que en el fondo es tanto como preguntarse sobre el viejo problema del Derecho Natural, como instrumentación de la Convivencia y del bien común (Estado) o como mera instrumentación de la Legalidad (Derecho). "*El problema del Derecho Natural*"¹² como titula expresivamente E. Wolf una de sus obras lo podríamos trasladar aquí, en ese orden especulativo, a la hora de indagar sobre el tema de la *legalidad* en el *Estado Social de Derecho*.

Por nuestra parte, vamos a contemplar y a meditar esta cuestión sobre tres vertientes distintas, aunque guarden conexión entre sí: primero, *ordenación iusnatural de la Constitución Política*; segundo, *ordenación positiva formal*, o el tema de la juridicidad referida al Estado; y tercera, *ordenación controladora de la legalidad misma*.

3.1.—*Ordenación iusnatural de la Constitución Política.*

El deslinde fáctico entre *poder temporal* y *poder espiritual*, entre soberanía popular y soberanía eclesial, desequilibrado mítica-mente por Maquiavelo —a nuestro modo de ver su mejor aportación— a favor de una teoría de la conducta del protagonista del po-

12 Barcelona, 1960. Del mismo. "*Zum Problem der Naturrechtslehre*", 1964.

der temporal, ha facilitado mucho, a largo de la Historia y del Pensamiento, algo de lo que en la *teoría del mejor régimen político según Santo Tomás*¹³ ya estaba latiendo.

Se trata de que el esquema de posibilidades y de convivencias está *reglado* y en razones bifrontes de la *persona* y del bien *común*, para una convergencia en los fines y en los resultados.

He tenido ocasión en un trabajo¹⁴ de mostrar la influencia de dos profesores iusnaturalistas, aunque fuesen neoakatianos en la formulación del Código Civil austriaco, el ABGB de 1811. Y esto no es ciertamente y sólo anecdótico.

La síntesis *Estado-Derecho*, que cobra en Hegel acentos ideales, como cualificación también de un Derecho Natural abstracto¹⁵ está lejos de agotarse. Como ha expuesto el profesor López Calera¹⁶ recientemente: "*La praxis hegeliana busca culminarse en la realización objetiva de la libertad, que se dará precisamente en el Estado. Sin embargo esa objetividad de la libertad no constituye la absorción de lo individual por la totalidad ética del Estado, como se ha sostenido frecuentemente por los críticos de Hegel... La complejidad del momento ético que representa al Estado en la filosofía del Estado hegeliano, es más profunda de lo que a veces aparece en las críticas trasnochadas sobre el Hegel nazi o fascista*".

Por nuestra parte¹⁷ esa sabia anotación del maestro López Calera, hemos tenido ocasión de comprobarla al analizar textos de la

13 Ob. cit. Demongeot, Madrid, 1959. También, Galán, "*La filosofía política de Santo Tomás de Aquino*". Madrid, 1945.

14 Me refiero a las aportaciones de von Martín, Profesor de Derecho Natural de la Universidad de Viena, y discípulo de Wolf, y de von Zeiller, posteriormente, también profesor de dicha Cátedra vienesa. Cr. nuestro trabajo. "*Las instituciones inmobiliarias en Austria*". Revis. Derecho Privado, marzo, 1963-230.

15 LÓPEZ CALERA. "*Derecho abstracto o Natural en Hegel*". Granada, 1967.

16 LÓPEZ CALERA. "*Hegel (1770-1970): Totalidad, Historia y Libertad*". Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Granada núm. 9-10, 1969-70, págs. 6 y 7.

17 En observaciones a la obra de ELIAS DIAZ, "*Estado de Derecho y Sociedad democrática*". Madrid, 1966. Nos referíamos al manejo exclusivo para su tesis de la obra "*Grundlinien der Philosophie des Rechts*", de la cual hay por cierto edición española en 1878; y no a contemplar el Hegel-liberal que pudiera advertirse en "*Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*", de la cual hay versión castellana en Buenos Aires, 1956, 1959 y 1961, con el tí-

obra¹⁸ de Hegel, *Vorlesungen* precisamente en el apartado I. *El comienzo de la Filosofía*:.... “La historia de la Filosofía, comienza allí donde el pensamiento logra alcanzar la existencia de la libertad.... Este surgir del espíritu se relaciona, por el lado histórico, con el florecimiento de la libertad política; y la libertad política, la libertad en el Estado, tiene su comienzo allí donde el individuo se siente individuo.... En la historia, la filosofía se presenta allí donde existen constituciones libres. Allí nos llama la atención, primeramente, el Oriente. Pero en el mundo oriental no se puede hablar de verdadera filosofía.... Libertad y derecho políticos, moralidad libre, conciencia pura, pensar puro, no existen allí.... *Quien quiere la Ley, quiere poseer la libertad*. Un pueblo que se quiere como libre, subordina sus apetitos, sus fines particulares, sus intereses particulares, a la voluntad general, es decir, a la Ley”.

No hay duda, por tanto, de que estamos aún lejos de agotar el esquema de posibilidades hegelianas en torno al Estado, pero la insistencia en aquellos textos, lo ha sido para poner de relieve el que la primera expresión de legalidad en el Estado Social de Derecho, se alcanza más fuertemente en aquellos niveles de las *Constituciones Libres*, es decir, donde la libertad encuentra, por la Ley, su posibilidad, su marco, su verificación. No en esta línea, sino en una exageración de la arquitectura formal de la Norma, Kelsen hará de la Constitución, *Norma Fundamental*, hará raíz para su posición identificadora de Estado y Derecho¹⁹.

Nosotros vemos en la ordenación iusnatural de la constitución, la *base primera de la legalidad* en que ha de moverse un auténtico Estado Social de Derecho. Pero esa legalidad básica, o constitucional, ya tiene de suyo la virtud de no ser ni mera estructura, ni mera forma imperativa o normativa²⁰. Incluso para la Jurisprudencia se

tulo “*Introducción a la Historia de la Filosofía*”.

KELSEN por su parte en “*Teoría pura del Derecho*”, 3.ª ed., Buenos Aires 1963, alude a la identificación por Hegel del derecho subjetivo con la propiedad y que consiste en la realización externa de la libertad.

18 El texto que sigue está tomado de la citada versión castellana, con prólogo y traducción de Eloy Terrón, 3.ª ed., Buenos Aires, 1961, 190 y ss.

19 KELSEN, “*Teoría.....*” o. c. 140 y ss.

20 BOBBIO ha vuelto a insistir y a analizar el pensamiento de Kelsen, describiendo los diversos supuestos de “*Normativa*”, en el trab. “*Sein*” and “*Solle*” in “*Legal Scienze*”. A. R. S. P., núm. monográfico “*Sein und Sollen*”

ha clarificado suficientemente el que, en sí mismas, las normas constitucionales son normas programáticas, indicativas o principios de proyección. Y que sus preceptos tienen una fuerza *ético política* con apelaciones a la conciencia del pueblo, y aun como exigencias para el propio legislador, aparentemente formal creador de la norma. Con todo el aparato de Derecho, sin embargo, tal legalidad, no se queda ni se limita, ni desciende al plano de los intereses concretos. Los destinatarios de la legalidad constitucional no son los individuos aislados o genéricamente enumerados. Se opera en razones y principios ético políticos, en un marco superlegal, que ambienta, inspira o hace exigentes incluso, por insuficiencia, normas específicas y concretas ²¹.

Podríamos entonces decir que las normas constitucionales tratan de ofrecer el escenario amplio en el que se pretenda dar solución o salida al viejo y eterno problema que Dieter - Schelauke ha denominado ²² "*Die Veränderlichkeit rechtlicher Ordnungen im Gefüge soziologischer Vergebenheiten*" (*La mutabilidad de los ordenamientos jurídicos en el entramado de los supuestos sociológicos*). No se trata aquí de un "*ius acomodaticio*", como le llama Knoll ²³, sino un *ius* que traduce el esquema de ideales y realidades operantes en una comunidad, las posibilidades teleológicas y finalistas del propio Estado. Curiosamente las constituciones Políticas de la postguerra tienden a revestirse de mayor carga ético moral, pero al propio tiempo con una superior precisión —sobre todo en

im Erfahrungsbereich des Rechts". Congreso de Filosofía Jurídica y Social, Gardón-Rivera 1969, 9 y 10.

21 Un caso típico y significativo de la jurisprudencia ha sido la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1968, en la que se interpreta el valor de algunos principios constitucionales de las Leyes Fundamentales Españolas en torno a la inspiración del Estado, según doctrina social de la Iglesia. Se trataba de interpretar como norma positiva concreta el valor del Concilio Vaticano II en torno a la legalidad de la Huelga. La tesis había sido sostenida por el Letrado Profesor Ruiz Giménez.

22 En su obra "*Naturrechtsdiskussion in Deutschland*". Colonia, octubre, 1967, 294.

23 En "*Katholische Kirche und scholastische Naturrecht*". Viena-Frankfurt-Zurich, 1962. Esta obra de Knoll, como es sabido, constituye uno de los más recientes ataques al Derecho Natural según doctrina católica; y la posición crítica que había sido sostenida por el mencionado autor fue combatida antes por Messner en su obra "*Moderne soziologie und scholastisches Naturrecht*". (Versión castellana, Barcelona, 1964.

materia de Derecho económico-social—. La abjetivación *Social*, como ocurre a la República Federal Alemana, aún está dando motivo de polémica y literatura porque —al menos desde el ángulo de los trabajadores y de sus sindicatos— se insiste en la urgencia de la concreción y verificación de la República Federal Alemana, como democrática y *social* ²⁴.

La legalidad del Estado de Derecho parecería, por tanto, una redundancia. La legalidad en el Estado *social* de Derecho, traduce mejor un contenido *iusnatural-social* y no meramente formal. Esto se da en un primer instante en las constituciones, cuando éstas no se limitan a meras declaraciones de derechos individuales, o cuando no se reducen a garantizar la fuerza del Estado, su desarrollo, o su “ejecución” totalitaria, sino que, por el contrario pretenden legalizar, flexiblemente, el ámbito de los derechos económico-sociales, de la persona en la sociedad política. La norma constitucional así entendida, y con parecida fuerza que el Derecho Natural con respecto al positivo, sirve de enlace, de entramado y aún de posibilidad para que los fines personales y los de la comunidad se cumplan según normas de Justicia.

3.2.—*La juridicidad: sistema correcto, y Derecho oportuno.*

La relación de Estado y Derecho, latente siempre históricamente, y casi constantes en todo planteamiento iusfilosófico y científico *no agnóstico*, ha sido puesto de relieve últimamente, y de manera clara por Heinrich Henkel: ²⁵... “si bien existe *Derecho sin Estado*, *no es imaginable en cambio, Estado sin Derecho*, y esto significa que al alcanzarse en la Sociedad, la estabilidad, se produce una si-

24 Me refiero al documento-ponencia de LUDWIG ROSENBERG, “*Los Sindicatos en el Estado Social de Derecho*”. Berlín, 1966 (versión castellana del mismo año, edic. limitada). Fue la ponencia defendida en el VII Congreso Federal de la Confederación alemana de Sindicatos. Rosenberg, dice: “*La República Federal Alemana es una federación democrática y social*”..... “el orden constitucional de los Estados Federados, deberá responder a los principios del Estado Republicano, democrático y *social de derecho*”. Pone énfasis en lo *social* y se pregunta: “¿Qué hemos hecho nosotros —los Sindicatos— en la parte libre de nuestra Patria en los años transcurridos desde 1945 para cumplir el mandato que se dió libremente a sí mismo el pueblo alemán a través de la Constitución de la República Federal de Alemania?”

25 En “*Introducción al Derecho*”. Madrid, 1968, 184 y ss.

tuación que a partir de ese momento representa una indisoluble vinculación de Estado y Derecho... (porque) se ponen de manifiesto las coincidencias estructurales entre Derecho y Estado, en cuanto que ambas tienen en común el elemento de un orden reglado".

Y más adelante proseguirá: "se verá claramente que en la relación de Estado y Derecho no se trata de un ensamble artificial y externo, sino de un ensamble existencial, nacido de bases ontológicas que lleva a una mutua y amplia penetración. Esta penetración tiene una importancia fundamental: en primer lugar para el Estado y su orden de dominio en cuanto que éste queda expresado en forma y regulación jurídicas. Este *proceso de juridificación* se extiende desde la atribución de las supremas funciones directivas a los titulares del poder estatal, hasta la última ramificación del poder soberano en las competencias y funciones de los titulares estatales inferiores de fuerza. Como el ejercicio de fuerza contiene siempre una cuestión de procedimiento, la conformación jurídica se extiende también a éste".

La nota, pues, de legalidad del Estado social de Derecho, tiene su expresión manifiesta en ese *proceso de juridificación*, en el plano ordinario y normal de la vida comunitaria, y de las relaciones entre los distintos dominios y poderes. Nosotros, a tal proceso instrumental lo hemos llamado aquí más expresivamente como formando parte de un *sistema jurídico*, pero no en lo que tiene de *inexorabilidad*, sino lo que, para el buen servicio a la justicia y al bien común, ha de ser correcto y oportuno.

Sin tratar de ofrecer aquí ninguna tesis sobre el sistema jurídico en su justificación, su construcción o su interpretación, bueno será ahora, no obstante, recordar que en esa "*conformación jurídica*", anida una buena parte de la problemática tanto del papel de las leyes, como el de la medida y grado de justicia²⁶. Si Platón en *La República* vino a estimar que las leyes son innecesarias para el gobernante bueno, sin embargo en *Las Leyes* vino a preguntarse

26 El propio Henkel, con anterioridad a su "*Einführung in die Rechtsphilosophie*" (1964, cit. en versión castellana) había publicado un librito titulado "*Recht und Individualität*". Berlín, 1958. En él se plantea el tema de cómo el Derecho puede o no alcanzar o tener en cuenta la individualidad del caso, y de ahí especialmente el Capítulo IV (24-42) cuando se estudia la relación del legislador con los problemas de la individualidad y la legislación general como misión de la individualización judicial.

sobre cómo y *quién las hace* (Libro IV):... “Estaba a punto de decir que ningún hombre hace nunca leyes, que son las casualidades y accidentes de todas clases que ocurren en todas formas los que hacen las leyes. Una vez es la guerra que revuelve la política y cambia las leyes, otras la calamidad... También las enfermedades fuerzan a veces a hacer innovaciones.... Previendo todo esto podría parecer que ningún mortal hace ninguna ley, sino que los asuntos humanos son de puro hacer...”.

Aunque Platón no dé en aquel texto ninguna fundamental axiológica, ninguna motivación finalista de *lo justo en las leyes*, su expresión es suficientemente descriptiva y rica, aunque sólo fuese a los efectos del amplio contenido de circunstancias, supuestos o estructuras sociológicas vistas en el plano de la legalidad del Estado.

Acaso al verlo así sea mucho más exacto que contemplar el sistema jurídico bajo la idea de inexorabilidad, tal como aun entre nosotros la ha expuesto²⁷ el profesor Fernández Miranda: “El Derecho está vigente en cuanto impera en un orden social dado, es esencial que sea él y sólo él el que determine las consecuencias de la conducta social. Toda norma tiene carácter de inexorabilidad de que carecen las convenciones sociales. Derecho es sistema de normas imperativas dotadas de inexorabilidad que regulan la conducta humana de alteridad, definiendo situaciones por las que se realiza un orden de convivencia”.

Nosotros no podemos ligar esencialmente la legalidad del Estado Social de Derecho al de la inexorabilidad de las normas, que es como decir frigidez del sistema jurídico que instrumenta el Estado. La sacudida que muestran la mayor parte de los autores alemanes de la postguerra,²⁸ tanto en el Derecho Natural protestante como católico, incluso en orientaciones más relativistas o neokantianas, obedece justamente al “descubrimiento” de que la legalidad

27 En “*El concepto de lo social y otros ensayos*”. Oviedo, 1951, 388 y ss.

28 El fenómeno se dio acusadamente en Radbruch, pero no fue exclusivo de él. La obra de Brunner está contagiada fuertemente de esta reacción. Incluso en Henkel, Fechner, y entre nosotros aún el propio Recasens en la evolución de su propio pensamiento.

Acaso la obra más inmediata a la capitulación alemana, y que mostró la espontánea tendencia, y urgente, para volver a un Derecho Natural, por el lado mismo protestante, sea la de Helmut Thielicke, “*Kirche und Öffentlichkeit*”. Tübingen 1946.

del Estado no termina con la juridicidad y su aplicación inexorable e imperativa. Aparte de la justicia en la norma, está el problema de la norma que se incrusta en las estructuras sociales, en los comportamientos humanos. No es un imperativo ni una inexorabilidad formal, conceptual o lógica. Implica otras pulsaciones, otras *verificaciones* sociales, de muy amplio espectro, como lo prueban algunas altas preocupaciones iusfilosóficas en tal sentido²⁹.

Nosotros aquí no podemos entrar a tal análisis, pero sí anotar el que la interdependencia que inicialmente hemos puesto de manifiesto —entre la fase *genética* del Estado y del Derecho, la *legalidad*, y el ulterior tramo de la *legitimidad*, que luego analizaremos— se condensa en la configuración del Estado *social* de Derecho, es decir aquel en el que la legitimidad no sólo es “elemento común de orden reglado, tendencia a la estabilidad, la duración y la seguridad” sino, “con ello”, *impulso a la institucionalización*”³⁰. En esa *institucionalización de la juridicidad*, entra por tanto las categorías axiológicas de la legalidad constitucional; entra el ordenamiento positivo ordinario no como en fase de decantación y laboratorio, sino haciéndose y rehaciéndose; y entra también lo que viene denominándose “*camino hacia el derecho correcto*”, “*derecho oportuno*”, circunstancias que aparte de rondar el terreno de lo justo, en cualquier caso están haciendo flúido, constructivo y *creador lo que sería mero camino formalista de positividad*.

3.3.—Control de legalidad.

Un Estado Social de Derecho, acaso en una expresión aparentemente *negativa*, pero consubstancial con él, se manifiesta por la existencia del *contro de legalidad*.

29 Cito aquí el número monográfico de A.R.S.P., con la introducción de Shumann, “*Validation of new forms of social organization*”, del cual puede deducirse la variedad de pulsaciones en la temática de la “verificación”, sociojurídica. Por ejemplo los trabajos, cuya titulación damos en castellano, Dorsey, “La Ley y el proceso formativo del orden social (1-21)”; Edel, “*La validez del proceso social*” (29-42); Genkis, “*Ontología de la ley y la validez del cambio social*” (42-63) DOYLE, “*El papel futuro del Estado-Nación*” (136-143); MACGUIGAN, “*Valoración, un concepto moral*”, (143-152); GOTTLIEB, “*Legitimidad y variación de las formas del orden social*” (152-155).

30 HENKEL, “*Introducción.....*” ob. cit. 185.

También aquí nos interesa poner de relieve que esta nota está en interdependencia de las anteriores; que se presenta incluso como *corrección* a la legalidad formal, o meramente positiva.

En los modernos Estados tal aspecto ha aparecido referido especialmente a dos vertientes: control de legalidad, vía *constitucional* (contrafuero, inconstitucionalidad), y control de legalidad *jurisprudencial*. Casi diríamos que son ámbitos materiales, que responden a esos dos mundos; el más genérico de la *legislación* fundamental, y el más concreto de la *jurisprudencia*³¹, que a su vez, de alguna manera son, independientes entre sí. La preocupación, la tarea, la teoría, en cierto modo no es nueva: “Cuanto más se perfeccionan la legislación o la Ciencia, tanto más se desplaza la materia jurídica, poco a poco, desde los factores concretos; en un mundo jurídico no desarrollado, los primeros preponderan sobre los segundos; en uno desarrollado, los segundos sobre los primeros³².”

Aun en el plano, pues, de la legalidad, la *abstracción* y la *concreción*, como ha expuesto García Valdés³³ forman parte de aquella misma legalidad. Pero tanto para el campo de las decisiones sociales *generales*, como para el más estricto de las decisiones y relaciones *interindividuales*, el Estado se desarrolla socialmente sobre bases jurídicas de *control*.

Esta tarea se presenta en la sociedad y mundo actual,^{33bis} con caracteres y exigencias más definidos. El estado individualista era un Estado de Derecho *formal*. Aparentemente primaban los va-

31 Ver HENKEL, “*Recht und.....*” ob. c. 43-73 Capítulo V.: “Las tendencias a la individualización en el desarrollo de la nueva Administración de la Justicia alemana”.

32 IHERING, “*Geist des römischen Rechts*”, 1969, segunda edic. 320 y ss.

33 En “Prólogo a la versión castellana de la obra de RADBRUCH”, “*La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*”. Córdoba (A.), 1963, pg. 9: “Abstracción y concreción son dos aspectos de una misma realidad que se requieren y exigen mutuamente”.

33bis. Las razones pueden ser múltiples, *sociales, políticas o históricas*. HEGEL en “*La filosofía de la lógica y de la naturaleza*”. (De “*Enciclopedia de las ciencias filosóficas*”). Buenos Aires, 1969, 15-16, alude al proceso que se inicia con Lutero de la independencia de los planteamientos filosóficos, menos abstractos y más desmenuzados; señala el “principio de la experiencia” y recuerda que Grocio, precisamente al estudiar la forma en que los pueblos se han conducido unos con otros, estableció principios generales y formuló una teoría que puede ser filosofía exterior de los Estados.

lores y derechos abstractos —“los españoles serán *justos y benéficos*” —(Cortes de Cádiz)—, y pese al amplio aspecto de recursos y supuestos de constitucionalidad, la ley —normas, preceptos, etc.— se presentaban como “reductos de poder” para sus poseedores. Sin embargo, escasa fuerza de desarrollo personal y social alcanzaron. No es extraño que, como reacción, el Derecho —y de Estado— fuera estimado como un *producto de burguesía* ³⁴.

Aun en los tiempos actuales, la temática del control de legalidad tiende a ser suplantado por motivaciones, argumentaciones, o dispositivos sociológicos, porque si en aquel control no se produce la aquiescencia de la norma, el Estado, como sociedad, se convierte en acción y reacción. Los temas que toca Alfred Schaefer, en *Macht und Protest*-³⁵ son expresivos: “Legalidad y apariencia” (I-IV); “Democracia y coerción” (1-V); “Partido y Parlamento” (2-XII); “Revolución y Dictadura” (2-XIII); “Patriotismo y Nacionalismo” (3-XIV); “Lucha de clases y golpe de Estado” (3-XV); “Monopolio de la desigualdad absoluta” (3-XVII); “El Fantasma electoral” (3-XVIII); “Antiliberalismo” (3-XIX); “Egoísmo” (3-XX) “Inresurrección” (3-XXI).

Esta es una muestra temática de carácter sociológico, que se presenta como fórmulas de escape en la sociedad moderna, cuando los resortes de legalidad no se cumplen, o no son válidos o no son suficientes. La propia sociedad creará los sucedáneos, las válvulas con apariencia correctora, los resortes, a veces explosivos para acelerar o desbordar la legalidad.

Messner ha insistido mucho en esta idea de la legalidad, y su control ³⁶ ya que el *poder* tiende a *expansionarse* y a *verificarse*;

34 Nos remitimos a la nota 10. Cr. también YVES CALVEZ, “*El pensamiento de Carlos Marx*”, Madrid, 1960, 587, apartado “*La sociedad comunista y el Estado*”.

35 Editado en Meiseheim am Glan, 1968. Esta obra a partir de la página 228 trae una amplia bibliografía en la temática a que se ha hecho mención en el texto principal.

LÓPEZ CALERA en “*Filosofía de la negación y crítica social en H. Marcuse*”. R. E. Revista de Estudios Políticos, núm. 167-44, alude también a la validez de las normas morales y su sanción por limitaciones históricas.

36 Especialmente en “*La cuestión Social*”, Madrid, 1960-616: “Absolutismo democrático califica Messner a esa actitud de los parlamentos que dejan escapar hoy una importante tarea legislativa por cesión a la burocracia administrativa”.

tiende o pretende ser autorizado por el poder legislativo, en la ordenación de su acción. De aquí que sean precisas instrumentaciones correctoras, por el lado legislativo y jurisprudencia, para delimitar el ámbito preciso de la legalidad, entre lo que es como tal, y lo que, por exceso, no es tal. Parlamentos y Tribunales, con autonomía e independencia y en determinados casos sincronizados³⁷ pueden ofrecer cara a la sociedad, cara a la seguridad de los ciudadanos, la conciencia de que el sentido de la legalidad no va a traspasar los límites necesarios y de la propia libertad³⁸.

Acaso la tarea o el tema del control de legalidad en un Estado de Derecho no termine ahí. En un trabajo reciente de Dino Pasini³⁹ se nos ha puesto de relieve "el papel de la dogmática jurídica en cuanto que puede ser entendida no sólo como una ciencia jurídica, sino también como un arte que tiene por objeto coordinar, desarrollar y sistematizar desde el punto de vista orgánico, sus múltiples proposiciones jurídicas. La ciencia jurídica, concebida de este modo, tendrá además otra función fundamental: ha de servir de crítica frente a la Ley, al sistema jurídico y en general a las diversas formas de la experiencia jurídica". Tendría, pues, una especie de *control crítico de legalidad*.

Cuando se tiene un concepto iusnaturalista de la norma, y un sentido de instrumentación finalista del Estado, es fácil entender, enlazar y estructurar todas las diversas posibilidades de control de legalidad, que en un Estado Social de Derecho, no están fuera de él mismo, sino que *son exigencias de él mismo*. Cuando las normas y las decisiones jurisprudenciales son algo más que supuestos o efectos lógico-formales, es sencillo adivinar que el control de legalidad, tampoco es pura aplicación por elevación, de logicismos-superiores,

37 BRUFAU en "Normatividad jurídica y cambio social". "Revista Estudios Políticos" núm. 158-abril, 1968, pág. 121, alude a la "política legislativa" y a la "actividad judicial".

El tema es muy amplio, y como preocupación a otros niveles, pero igualmente significativa, V. MAZA "El control de legalidad de los actos comunitarios: proyectos y posibilidades en el Mercado Común Centroamericano". "Revista Estudios Políticos" 159-160, agosto, 1968-273 y ss.

38 HEGEL en "Filosofía del Derecho. (Introducción de Carlos Marx). Buenos Aires 4.^a edic. 1955, pág. 66, escribe: "El Derecho, primeramente, es la existencia inmediata que la libertad se concede de manera directa".

39 En "Estudio de los sistemas jurídicos en el tiempo y en el espacio". Revista Estudios Políticos núm. 161-162-20,

que alcancen la Legalidad del Estado. Es más en el fondo, se opera aquí preventivamente, y no como bisturí, acerca de la *sincronización* entre el derecho vigente o viviente (*law in action*), y el derecho formal o aparente (*law in books*), porque el autocontrol por vía jurídica puede ser polo de atracción para anudar la grieta, o la distensión entre uno y otro derecho, ya que las desviaciones —por acción y omisión— pueden en buena parte corregirse por el *control de legalidad socialmente entendida*.

4. LEGITIMIDAD

El tercer aspecto o instante a contemplar en el Estado social de Derecho es la *legitimidad*. Y vamos a analizar este punto, en otros tres aspectos, que nos parecen fundamentales: lo que supone el *ejercicio del poder jurídico* en orden al bien común; la *participación comunitaria*, y la traducción del Estado social de Derecho como *Estado de Justicia*.

4.1.—*El ejercicio del poder jurídico en orden al bien común.*

El tema del *ejercicio del poder* es clásico en la Escuela Española del Derecho Natural. Pocos documentos tan expresivos, es decir, doctrina y actitudes, como los que ante el hecho americano pusieron en danza al P. Molina, Suárez o Soto. Pero lo que se dio en el plano del Derecho Natural Internacional, fue igualmente concedido para el orden temporal interno.

La legalidad del poder, aparece como primera premisa del Estado social, arrancando de las bases constitucionales. Pero el Estado no se basa sólo en su origen democrático-legal,⁴⁰ como legal democrático fue el acceso del Führer al poder. El marchamo de lo constitucional, tal como lo hemos advertido en el punto 3.1. no agota la legalidad, máxime si los principios fundamentales de una Comunidad Política, no se consuman en su expresividad formal, sino que

40 Acaso sea uno de los puntos de más evidente crítica que podría hacerse a HAYED, "*Los fundamentos de la libertad*". Valencia 1961, Capítulo XI-293 y ss. referido a "*La evolución del Estado de Derecho*".

Cr. especialmente LOCKE, "*Ensayo sobre el Gobierno Civil*". Buenos Aires, 1960 —Capítulo XIII— "*De la subordinación de los poderes a la comunidad política*" 165-177.

de suyo son indicadores, programáticos con semilla creadora, jalones de nuevas concreciones positivas y humanas.

La justificación del poder no arranca sólo de la norma constitucional que le hace colorearse como poder jurídico. La doctrina de la *legitimidad por el ejercicio*, que fue clásica en la doctrina tradicionalista española, se ensambla también, de manera esencial en la continuidad del Estado. Como obra creadora, justificada por su acción teleológica y finalista.

A ese momento de la continuidad del Estado, dedica Mario A. Cattaneo algunos textos de su obra "*Il concetto di rivoluzione della scienza del Diritto*"⁴¹ justamente porque la reacción no legalista —que no quiere decir ilegal— frente al *Estado ejerciendo poder*, puede ser la *revolución*. Cattaneo, en este punto, lo entiende así: "*La trattazione della questione della continuità dell'ordinamento giuridico postula il richiamo al problema, analogo ma non identico, almeno nella sua posizione, della continuità dello Stato. Anche qui la dottrina dominante è orientata nel senso della continuità: questa soluzione è in armonia con la concezione più comunemente accettata dai culturi del diritto costituzionale, sche lo Stato è un ente sociale formato da tre elementi costitutive, governo, popole e erritorio: e evidente che avendosi con la rivoluzione un mutamento rilevante soltanto per il primo elementi dello Stato*"...Cattaneo apelará al pensamiento de Pelloux, Radbruch, Pierandrei, Schönfeld entre otros para recordar el célebre aforismo "*forma regiminis mutata, non mutatur ipsa civitas*".

Se trata del ejercicio del poder en la comunidad política, más y mejor que en el régimen del Estado. La "*civitas*" es el entramado permanente de la socialidad de lo humano, de tal manera que las decisiones soberanas y las decisiones individuales se cualifican, por el bien común, en el Estado Social de Derecho. Es como un miramiento recíproco que la utilización de poderes jurídicos —insisto, estatales e individuales— ha de tener siempre. Messner al estudiar⁴² al Estado como organización de poder, resume en estas líneas aquella idea: "La tendencia a la limitación del elemento poder

41 Ed. Milán, 1960, 88.

42 MESSNER, "*Social ethics*", 1952, 544, también en "*Die Naturecht*", con título en versión castellana, "*Ética social, política y económica*". Madrid, 1967, punto 116. "El Estado como realización de poder", 820 y ss.

inseparable del Estado se asienta, pues, en la realidad de éste, al igual que el mismo elemento del poder". En definitiva, el poder no radica en su formalización positiva formal, sino que se *juridifica socialmente*, en virtud de su adecuado ejercicio, que es lo que dará más que la legitimidad de origen, la legitimidad en la continuidad, lo cual no podrá darse si no lo situamos en sus más exquisitas funciones hacia el bien común.

4.2.—*Participación comunitaria.*

Las exigencias de legitimidad en el ejercicio del poder fueron supuestamente desarrolladas por el Estado liberal, sobre un esquema de legalidad basado en el sistema de *partidos políticos*. Como rampas de *acceso* al poder, y como instrumentos de *oposición*. El mero juego o contraste entre los partidos turnantes se aprecia como expresión de *voluntades-contra-voluntades* ⁴³.

Pero si alguna nota viva y operante substancializa, *ab initio*, el Estado social de Derecho, frente al mero Estado legal, quizá sea la de la *participación comunitaria* en el ejercicio de poder. Duverger titula así su obra reciente "*La democracia sin el pueblo*", e intenta mostrar las posibilidades de superar los antagonismos que se dan entre la sociedad oprimida, que tiende al conflicto frente a las demás. Duverger ⁴⁴ habla de los "muchos puntos intermedios entre una sociedad integrada", y también de "*una escala de integración social*".

La doctrina del Concilio Vaticano II en orden a la participación ⁴⁵ de los hombres del trabajo en los *órganos de decisión del poder*, está pensando sobre todo en algo más que en una aglutinación

43 KELSEN en "*Teoría general del Derecho y del Estado*". México-1950-313, tiene palabras muy duras para la "representación orgánica o funcional", que —dice— "niega la igualdad de todos los ciudadanos..., los mandatos son distribuidos entre los distintos grupos, pero no de acuerdo con su importancia numérica..., este sistema es muy a menudo una simple ideología.

Por el contrario Cr. ELIAS DE TEJADA en "*Derecho y Paz*". "Construcción de la paz y asociaciones intermedias", 71 y ss.

44 En "*La democracia...* ob. cit. 220 —También, MICHEL CREUZET— "*Los cuerpos intermedios*". Madrid, 1964, 109 y ss.

45 Cr. nuestros trabajos "*Sociología y Derecho en los Conflictos económico-sociales*". Madrid, 1967; y "*Filosofía de los derechos económico-sociales*". Anuario Filosofía del Derecho, 1966.

de fuerzas políticas, como mosaico estático de una pluralidad ideológica. Mira especialmente y de manera substancial, a esta tarea de *legitimidad del ejercicio del poder por la participación* misma del pueblo.

En *teoría política*, el paso que se da hacia el Estado Social de Derecho, es el que va de la *representación a la participación*. En *teoría social*, es equivalente al que va de *individualización*, a *socialización*.

Hemos expuesto nosotros que existe una actividad teleológica del hombre que se cumple en buena parte a través de instituciones intermedias, de manera que en ocasiones tal acción operativa se comporta y se desarrolla atemperadas a aquéllas. En los entes intermedios el hombre no es *actor sólo* sino que *deposita* una parte de sus aspiraciones e ideas. Podríamos afirmar que hay una *ontología de la acción teleológica comunitaria* —como, *para el hombre*, lo señala Wenzel⁴⁶— que el legislador no puede desconocer, ya que el Derecho no podrá omitir las dimensiones comunitarias, asociativas, institucionales en las que la actividad puramente individual discurre y vive⁴⁷.

En el plano del pensamiento jurídico se quiso hacer frente a esta nueva fase con la teoría *institucional*, porque trataba de aproximar *Estado e Individuo, Individuo y Estado*, y aún nosotros mismos para otro orden de la filosofía sindical, hemos tratado⁴⁸ de utilizar parte de aquel pensamiento.

Pero las aportaciones de lo institucional, aplicado al mundo del Estado y del Derecho, acaso no se encuentre fuertemente decantadas, y aún hay autores como Bodenheimer, que sostiene que los iuinstitucionalistas son o están afectados por disfraces de las filosofías de poder y fuerza⁴⁹.

46 WENZEL, "*Derecho Natural*", ob. c. 258.

47 Este texto pertenece a un párrafo de nuestra "*Memoria*", en la parte que ha constituido preocupación o planteamiento último de lo que, modernamente, Verdross, y otros autores vienen hablando de una filosofía jurídica como filosofía de la comunidad, del *hombre en sociedad*.

48 En "*El orden institucional Sindical*". Homenaje a CASTAN TOBEÑAS, Navarra, 1969.

49 En "*Teoría del Estado*". México, 1964, 22 y ss. Cr. también, MESSNER, ob. cit. 59. "Lo institucional como factor de la cuestión social", 563 y ss.

Ahora bien: se ve más palpable esa línea de aproximaciones, cuando nos situamos en la posición de una manera de entender el Derecho como *ligazón-participante*, como *relegazón*, *creada* en la norma, y *creadora* en sus efectos. La persona humana, por el *Derecho-en-Sociedad*, ya se hace participante en el orden de la convivencia. Un Estado social de Derecho será aquel que quede legitimado no sólo por la formal legalidad jurídica,⁵⁰ sino por la *instrumentación* que sepa hacer a las *participaciones comunitarias en el Estado mismo*. Esa participación legitimadora no es pura ortopedia de acción o aglutinamiento político, sino algo más. Es esencia misma del Estado social de Derecho, porque por el ejercicio participante, especialmente en los derechos económicosociales, se producen dos efectos típicos del Estado social de Derecho: la *responsabilización* en las tareas, y aún la propia *socialización* personalizante⁵¹. Aparte de que una vez instrumentada tal participación, es decir regulado adecuadamente el juego jurídico-político de las *entidades intermedias*, estemos ya en camino de la *verificación* del Estado social de Derecho, por la Justicia. Lo veremos en el punto siguiente.

4.3.—*Estado social de Derecho, como Estado de Justicia y Libertad.*

La Legitimación del Estado social de Derecho encuentra, finalmente, en la Justicia y Libertad, su más adecuado sentido. También aquí la interdependencia con su génesis y *legalidad* es evidente. Las motivaciones constitucionales aunque programáticas, tienden a realizarse, por vías de legalidad. En su ejercicio, primero, y luego en su participación comunitaria se encuentran los dos primeros presupuestos.

Ocurre como apunta Messner⁵², que verdaderamente, el sistema democrático no puede ser derivado de abstractos derechos a la

50 CABOARA en "Los partidos políticos en el Estado moderno". Madrid, 1967, 107 y 125 y ss. dedica una parte al análisis de lo que llama "controles constitucionales" y "la democracia formal", como insuficientes ante el Estado moderno institucional y funcional.

51 Cr. nuestro trabajo y bibliografía allí citada "*Seguridad Jurídica y socialización*", dentro de la obra "*El Derecho forma dinámica de vida social*". Segunda edic. Madrid, 1955, 147-164.

52 En "*Ética.....*", ob. cit. 505 y ss.

libertad, o de la abstracta persona humana, como las teorías políticas racionalistas intentan probar: que la *libertad* social consiste en la autodeterminación del hombre por lo que resulta a sus fines existenciales. *La libertad está fundada en los derechos y no al revés.*

El desarrollo de lo humano, máxime si hay participaciones comunitarias operantes y vivas, no es sólo un crecimiento material, ni aún lo que en el *argot* de nuestro tiempo se denomina desarrollo económico, o planificación. No hay duda que la mera coexistencia de libertades, a estilo kantiano, no puede cubrir el escenario *multiplicante* y *multiplicador* del hombre en una sociedad, máxime como la de nuestro tiempo.

Por lo tanto, cuando adjetivamos el Estado como Social, no nos limitamos a que el Estado sea una mera *forma* —aunque suprema— de la *vida social*; sino que, al tiempo, se produce un crecimiento de los *valores, derechos y dignidades* que radicados en la persona, se agrandan por el bien común.

Se trataría entonces de una *legitimación*, no *instrumental*, sino *causal* y *final*. Quizá ninguna argumentación más precisa para este punto sea que la que nos ofrece el profesor Corts Grau, en la obra "*Los humanismos y el hombre*", en el tema "Los conceptos cristianos de verdad, Justicia, amor y libertad y su concesión con la paz y el orden"⁵³. He aquí algunos textos:

"La razón natural nos hace comprender que la mera subsistencia y luego la perfección técnica y moral postulan una mutua ayuda y comunicación efectiva; que nuestra personalidad se nutre de jugos sociales, y que la vida social se enriquece con nuestras personalidades diferenciadas; que nuestra individualidad por muy de lleno que se entregue a las instituciones en que vive como repartida, mantiene una energía radical inagotable".

"La convivencia humana ha de comenzar por serlo en verdad.... La desmoralización social es un desmoronamiento que va extrañándonos de la verdad".

"Es más fácil reclamar la libertad que ejercitarla".

"La auténtica justicia nos enseña a ver quien es aquel hombre allá dentro..... La convivencia humana exige que demos a cada cual lo suyo; mas para aquilatar en ocasiones lo que corresponde a cada

53 CORTS GRAU, "Los humanismos...", ob. cit. 184 y ss.

cual hemos de calar en su situación con un amor profundo. Y para luego dárselo hemos de vencer a menudo muy fuertes reacciones interiores..... La ciencia de lo justo y de lo injusto culmina en esa participación que supone un conocimiento —digámoslo con expresión de santa Teresa— “impreso en las entrañas”.

“Una auténtica justicia resolvería de antemano y haría innecesario el planteamiento, como cuestión nueva, de la “justicia social”.

¿De qué manera es capaz el Estado, presente o futuro, para emplazarse a sí mismo en esas coordinadas axiologías y para que el juego de la justicia y la libertad nos lleven al desarrollo y a la paz? ⁵⁴.

En la historia contemporánea, se está viendo que los Estados nacionales nacientes o los no tan recientes, pero en subdesarrollo, aun cargados de legalidad, o de reconocimiento internacional formal, se muestran muchas veces incapaces de legitimar su existencia. Porque el ejercicio del poder no deriva de la mera legalidad; ni aún siquiera de su posibilidad material.

El Estado social de Derecho quedará *legitimado* más fuertemente en cuanto que sitúe, en un primer instante, y alcance como primer objeto una serie de *valores* ⁵⁵ que radican en la esencia de lo humano y de la sociedad, porque el desarrollo de la personalidad, la dignidad, la libertad o la paz, pueden estar entrelazados por el Derecho, pero habrán de ser comprendidos, modelados y cumplidos en la *Justicia* ⁵⁶.

54 PETER NOLL en “*Liberté et égalité en tant que probleme legislatif*”. A. R. S. P. —Vol. 1967— LIII/2-215 y ss. se ocupa de este tema y termina su trabajo con estas palabras (pág. 230): “Ils decoulent de la liberté et de l'égalité sous une loi generale de justice à laquelle la raison peut montrer le chemin”

55 La fundamentación espiritualista del Estado, que fue vieja preocupación del pensamiento cristiano, ocupó también la atención de Wladimir Sergejewitsch Solowjew, al que Heinz-Schiel dedica su libro, “*Die Staats-und Rechtsphilosophie des W. S. S.*”. Bonn, 1958-60.

56 MÜNDEL, en “*Recht und Gerechtigkeit*”. Köln - Berlin - Bonn - München, 1965, dedica unas consideraciones muy precisas en el punto 5-IV, referidas a la visión de Platón sobre “*Die Gerechtigkeit im Staate*”, indicio de que el tema históricamente acaso no sea nuevo.