

EL PRINCIPIO DE ESTADO DE DERECHO COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL COMÚN EUROPEO (*)

ALBRECHT WEBER

I. EVOLUCIÓN EN ALEMANIA.—II. INGLATERRA.—III. FRANCIA.—IV. ESTADO DE DERECHO COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL GENERAL.—V. MANIFESTACIONES CONCRETAS DEL PRINCIPIO DE ESTADO DE DERECHO: A. *Principio de división de poderes*. B. *Sometimiento a la Constitución de los poderes públicos*. C. *Sometimiento a la ley del ejecutivo*. D. *Tutela judicial*. E. *Elementos de seguridad jurídica*. F. *Principio de igualdad y prohibición de la arbitrariedad*.—VI. RETROSPECTIVA.

El principio de Estado de Derecho, a pesar de su impronta alemana y su historia conceptual, es un objetivo constitucional y un principio estructural europeo común que, tanto en contenido formal como material, está vinculado al Derecho constitucional de los Estados europeos y de la Unión Europea. El reconocimiento general del concepto de Estado de Derecho en la teoría de algunos países (*Etat de droit, stato di diritto, estado dou direito*, etc.) y en algunos textos constitucionales recientes, aparecidos tras el paso del fascismo o el comunismo a formas de gobierno democráticas (España, Portugal, Polonia, Hungría, Rumania, Bulgaria, Eslovenia, Checoslovaquia y Eslovaquia), reflejan este proceso de recepción (1). La concepción formal del principio del Estado de Derecho (el principio de supremacía de la Constitución, el imperio de la ley, las garantías

(*) Traducido por Alberto Oehling de los Reyes. Profesor ayudante de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares.

(1) Para cuestiones dogmáticas, teóricas y lingüísticas, véase Luc HEUSCHLING, «Etat de Droit», en *Verfassungsprinzipien in Europa*, en Actas del IV Congreso de la SIPE, Göttingen, 1-3 de junio de 2007.

jurisdiccionales y la división de poderes) encuentra su complemento material en la protección de los derechos fundamentales y en la consecución de la justicia material. Estos dos componentes adicionales del desarrollo del principio del Estado de Derecho parecen ser bastante necesarios ya desde el siglo XIX, momento en que surge el Estado de Derecho formal como *Gesetzesstaat* («*Etat légal*»). Sin embargo, el desarrollo del Estado de Derecho en Europa muestra que el perfeccionamiento y complementación por medio de ciertos elementos materiales se ha impuesto tanto en la teoría constitucional como en la jurisprudencia. Antes de que hagamos referencia a los elementos esenciales del principio de Estado de Derecho, a través de una comparación de textos y del análisis de la jurisdicción constitucional, se deben, en primer lugar, esbozar brevemente algunos rasgos de la evolución de la idea del Estado de Derecho en Alemania, Inglaterra y Francia.

I. EVOLUCIÓN EN ALEMANIA

Ya en la antigüedad pueden encontrarse ciertos orígenes históricos e ideológicos del Estado de Derecho, por ejemplo, la idea del imperio de la ley (Platón), la idea de la división de poderes y la idea de Constitución mixta (Aristóteles, Polibio) (2). También sería esencial, para el desarrollo de la idea del Estado de Derecho —además de las instituciones medievales, la evolución progresiva hacia la consolidación del Derecho y la emancipación del poder político de la Iglesia—, el paso hacia un Derecho basado en la razón de la Ilustración, y novedades como las Cartas de derechos e ideas como el sometimiento del poder estatal para asegurar las libertades de los ciudadanos (Locke, Montesquieu, Rousseau, Wolff, Pufendorf) (3).

En Alemania el concepto de Estado de Derecho experimenta su impronta filosófica a partir de Kant, con sus obras *Idea para una Historia Universal desde un punto de vista cosmopolita* (1784) y *Fundamentos metafísicos de la Teoría del Derecho* (1797), con W. von Humboldt (*Ideas para un ensayo sobre los límites de la actividad del Estado*, de 1792) y R. von Mohl. A estos autores se les atribuye normalmente la formación del concepto y la idea de mostrar el Estado de Derecho como un Estado basado en la razón y en relación con obje-

(2) Compárese STOLLEIS, «Rechtsstaat», en HR 6, Sp. 367 y sigs.; STARCK, *Theorie des Rechtsstaats*, 1970, págs. 189 y sigs.

(3) BÖCKENFÖRDE, «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriff», 1969, en el mismo, *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, pág. 145; BUCHWALD, *Prinzipien des Rechtsstaat*, 1996, pág. 77.

vos como la seguridad, la libertad del ciudadano y la limitación de la actuación estatal (4). Igualmente, F. J. Stahl se refiere al Estado de Derecho no en relación con «el fin y el contenido del Estado, sino en relación con la forma y carácter del mismo» (5). Con esta concepción, aceptada también por los autores liberales, se conforma una concepción burguesa del Estado de Derecho liberal determinante para la segunda mitad del siglo XIX (O. Bähr, R. Gneist, Laband, O. Mayer). Elementos también esenciales de este concepto de Estado Derecho formal son el imperio de la ley, la reserva de ley, la sujeción de la Administración a la ley, la posibilidad de revisión judicial de los actos del Estado y la responsabilidad del Estado y los funcionarios en caso de negligencia. Además, esta forma de ver las cosas no sólo marca el modelo de comprensión del Imperio (*Kaiserreich*) como Estado de Derecho (6), sino que también tendría vigencia para la comprensión jurídico-estatal de la República de Weimar (Thoma, C. Schmitt) (7). Y su comprensión jurídico-positiva llevará, finalmente, al concepto de Estado de Derecho de Hans Kelsen, que define el Estado de Derecho como mero ordenamiento coercitivo del comportamiento humano, con independencia de su contenido (8). Tras las experiencias de la República de Weimar y el Tercer *Reich* se ha impuesto en la dogmática y en la jurisprudencia un principio de Estado de Derecho material de carácter formal. La síntesis entre Estado de Derecho formal y material se manifiesta, en cierto modo, en el concepto de Estado social de Derecho (art. 20.1 de la Ley Fundamental), pero también en otros aspectos significativos como la sujeción de todo el poder estatal a los derechos fundamentales (art. 1.3 de la Ley Fundamental), la tutela jurisdiccional efectiva (art. 19.4 de la Ley Fundamental) y la sujeción de todo el poder estatal a la ley y el Derecho (art. 20.3). Y es precisamente esta síntesis entre elementos estructurales materiales y formales lo que caracteriza la comprensión actual del principio de Estado de Derecho no sólo en Alemania, sino también en otros Estados constitucionales europeos (9). El principio de Estado de Derecho como

(4) SCHULZE-FIELITZ, «Art. 20 (Rechtstaat)», nota al margen núm. 10, en DREIER, *GG-Kommentar*, vol. II, 2006. Compárese STERN, *Staatrecht*, vol. I, 1984, § 20, pág. 770; SOMMERMANN, en MANGOLD/STARCK, *GG. Kommentar*, art. 20, nota al margen 232; el mismo, *Staatsziele*, 1997, págs. 49 y sigs.

(5) Von STAHL, *Philosophie des Rechts*, vol. II, 2, 1856, pág. 137.

(6) Véase HÜBNER, en ANSCHÜTZ/THOMA, *Handbuch des Deutschen Staatsrecht*, vol. I, 1930, § 4, pág. 37.

(7) THOMA, *Handbuch Deutsches Steuerrecht*, vol. I, 1930, § 16, pág. 198; el mismo, *Handbuch Deutsches Steuerrecht*, vol. II, 1932, § 76, pág. 223.

(8) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, pág. 91.

(9) SOMMERMANN, *Staatsziele*, 1997, pág. 56.

principio estructural elemental de la Constitución es, de acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal, una de las

«ideas directrices que vinculan de manera inmediata al legislador, y que se deriva de una visión global de lo predispuesto en el artículo 20.3 de la Ley Fundamental con relación a la sujeción de los distintos poderes, y también de los artículos 1.3, 19.4, 28.1 de la Ley Fundamental, así como de la misma visión en conjunto de la Ley Fundamental» [BVerfGE 45, 187 (246)].

Este principio no supone exigencias determinadas inequívocas y requisitos constitucionales absolutamente detallados, sino que exige de ciertas concretizaciones en casos particulares. Así se ha ideado el principio del Estado de Derecho como un principio constitucional general con una base normativa concreta de elementos específicos, y también como un principio amplio que, por otra parte, ha influido en la comprensión del Estado de Derecho de otras Constituciones (10).

II. INGLATERRA

El concepto de Estado de Derecho continental de impronta alemana se contraponen de alguna manera al principio de *rule of law* angloamericano, el cual contiene algunos elementos esenciales del concepto de Estado de Derecho formal, pero que, sin embargo, no son idénticos en ciertos aspectos. Ahora bien, también aquí desde hace algún tiempo se han ido desarrollando algunos puntos comparables y —como consecuencia de la recepción del Convenio Europeo de Derechos Humanos— se ha impulsado la implementación progresiva de una comprensión material. El enfoque del *rule of law*, que se entiende más como *legal doctrine* que como *legal rule*, tiene sus orígenes en los inicios del siglo XIII. «The King shall not be subject to man, but to God and the law: Since law makes the King» (Bracton) (11). Este sometimiento se observa en el desarrollo constitucional inglés desde la Carta Magna, sobre todo con vistas a la protección frente a detenciones arbitrarias. La lucha entre el trono y el Parlamento durante el siglo XVII llevará a la aplicación de un Derecho común (*common law*) tanto

(10) Compárese, por ejemplo, la forma de comprensión del principio de Estado de Derecho de los jueces y tribunales de Polonia, Hungría y Checoslovaquia. Véase GROTE, «Das Rechtsstaatsprinzip in Mittel- und Osteuropa», en FROWEIN/MARAUHN, *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, 1998, pág. 12.

(11) Citado en BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, 2003, pág. 92.

en las relaciones públicas como privadas. La sujeción a la ley de la Monarquía se apoyará en las leyes del Parlamento y en los derechos de libertad. Cabe así citar, por ejemplo, el muy conocido caso *Entick v. Carrington* (1765), referido a una situación de allanamiento de morada ilegal y confiscación sin juicio previo ni fundamentos legales, donde la *Court of Common Pleas* (Lord Camden) ya manifestó:

«What would be the Parliament's say, if the judges should take upon themselves to mould an unlawful power into a convenient authority, by new restrictions? That would be not judgement but legislation...» (12).

El establecimiento decisivo del *rule of law* se observa también en la obra del constitucionalista inglés Dicey en el siglo XIX. Su comprensión del *rule of law* se basa en tres principios: el principio de legalidad, la idea de igualdad y la garantía de la tutela jurisdiccional (13).

Se entrevé una primera afirmación que recuerda la comprensión europea continental de primacía de la ley y de proscripción del despotismo y la arbitrariedad:

«It means, in the first place, the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness or prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the Government...; a man may with us be punished for a breach of law, but he can be punished for nothing else.»

Por otra parte, se plantea la igualdad de trato, es decir, la igualdad en la aplicación de la ley como instrumento fundamental para la labor de los jueces y tribunales ordinarios:

«Equality before the law or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary law courts.»

Finalmente, la tercera afirmación se refiere a la tutela jurisdiccional de los derechos de libertad, que debe tener su implementación no sólo a través de una Constitución codificada, sino también a través de la función judicial:

(12) 19 StTr 1030, 1067 (BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, cit., pág. 92).

(13) DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885. Reimpresión de Wade, 1959.

«That with us the law of the Constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the courts; that in short, the principles of private law have with us been by the action of the courts and Parliament so extended as to determine the position of the Crown and of its servants; thus the Constitution is the result of the ordinary law of the land.»

El influyente concepto de Dicey, ciertamente renuente a un control judicial de las leyes y a la introducción de una jurisdicción administrativa (14), muestra, sin embargo, que hay asimismo ciertos elementos esenciales del concepto de Estado de Derecho de carácter formal, como la sujeción a la ley, la prohibición de la arbitrariedad y la posibilidad de tutela jurisdiccional por parte de un tribunal independiente, que caracterizan de forma determinante la comprensión inglesa de Estado de Derecho (15). Pero, por lo demás, se muestra ahora un incipiente debate en Gran Bretaña que reafirma, junto a la significación formal del *rule of law*, también la concepción material (*substantive rule of law*). Igualmente hay que tener en cuenta la influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos (*Human Rights Act* de 1998) que ha dado lugar a un enriquecimiento material del *rule of law* y una transformación del Derecho inglés en orden al compromiso constitucional con los derechos fundamentales europeos, dado el sentido de fortalecimiento que supone un catálogo codificado de derechos fundamentales, y aun cuando los jueces ingleses no pueden anular ninguna ley estatal incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se puede decir que el principio constitucional de *sovereignty of Parliament* permanece intacto. Pero se espera, a través de la posibilidad de interpretación conforme al Convenio o a través de la declaración formal de incompatibilidad de una ley con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (*Declaration of Incompatibility*), un progreso hacia la comprensión del Estado de Derecho en su sentido europeo continental. Esto también supone un progreso de carácter material de la *judicial review*, que tiene en la *supervisory jurisdiction* ante la *High Court* su fundamento en el *common law* (16). Esto mostraría, además, que el *Human Rights Act* lleva a una constitucionalización y relegalización del ordenamiento jurídico inglés a través de la dotación de derechos subjetivos que hace el Convenio Europeo de

(14) Para una crítica, véase BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, cit., pág. 95.

(15) Véase también CRAIG, «Fundamental Principles of Administrative Law», en FELDMAN, *English Public Law*, 2004, págs. 689-697.

(16) HERDEGEN, en FROWEIN (ed.), *Kontrollrechte bei der gerichtlichen Überprüfung*, 1993, pág. 30; BARNETT, *Constitutional and Administrative Law*, 2004, pág. 707.

Derechos Humanos, así como por su orden de primacía (17). Y así, a pesar de la significación limitada de algunos elementos importantes del concepto formal de Estado de Derecho, el principio de *rule of law* podría experimentar cada vez más un desarrollo hacia la comprensión europea continental.

III. FRANCIA

En Francia hasta finales del siglo XIX no se presenta ningún concepto jurídico definido propio. En efecto, al margen de las limitaciones a la monarquía absoluta por medio de las seis leyes fundamentales (*lois fondamentales*) y las aspiraciones de algunos adeptos a una *monarchie limitée* para frenar jurídicamente la fuerza del poder real, sólo se puede hablar verdaderamente de la conformación de elementos jurídicos del Estado de Derecho después de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y de las posteriores Constituciones francesas. A partir de ahí, el concepto de división de poderes, que se vincula estrechamente a la idea de Constitución (art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano), el reconocimiento inalienable e irrenunciable de los derechos naturales y la sujeción a la ley de las intromisiones en las libertades de los ciudadanos se plantean como elementos materiales y formales esenciales. Igualmente, el Estado francés se comprenderá —de forma parecida a como sucederá después en el siglo XIX en Alemania— principalmente como «Estado legal» (*l'état legal*), es decir, que acentúa la sujeción a la ley de la Administración, la primacía de la ley y las posibilidades de control a través de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por otra parte, el concepto de Estado de Derecho (*état de droit*) se presenta en el Derecho Público francés —y se hace también reconocible— a través particularmente de la obra de Carré de Malberg con una comparación entre Estado de Derecho y Estado legal:

«L'état de droit est établi simplement et uniquement dans l'intérêt pour sauvegarde des citoyens: Il ne tend qu'à assurer la protection de leurs droits ou de leurs statuts individuels. Le régime de l'état legal est orienté dans une autre direction: Il se rattache à une conception politique ayant trait à l'organisation fondamentale des pouvoirs» (18).

(17) Véase SCHIRMER, *Konstitutionalisierung des englischen Verfassungsrechts, Schriften zum Europäischen und Internationalen Recht*, vol. 13, Osnabrück, 2007, pág. 392.

(18) Cit. en FAVOREU (dir.), *Droit Constitutionnel*, 2006, nota al margen 31.

Carré de Malberg, con su crítica al *l'état legal* de la Tercera República, se vuelve al mismo tiempo un defensor del control judicial del legislativo, que se había desarrollado poco en lo que se refiere al control preventivo que realiza el Consejo Constitucional respecto a las leyes del Parlamento (19). La teoría francesa dedica escasas veces al concepto del Estado de Derecho un capítulo propio como principio constitucional y lo trata integrado principalmente en la idea del Estado de Derecho formal, como concepto relacionado con las nociones de supremacía de la Constitución y de la ley, la reserva de ley, la división de poderes, la prohibición de la arbitrariedad, la proporcionalidad, la tutela jurisdiccional y la idea de responsabilidad del Estado. Se echa en falta una doctrina más coherente y el efecto penetrante y sugestivo de la jurisprudencia, aun cuando los elementos del *état de droit* se puedan observar también como un cierto matiz material.

IV. ESTADO DE DERECHO COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL GENERAL

Junto a los elementos y caracteres accesorios del principio del Estado de Derecho, que conforman un núcleo «común europeo», y dentro de un cierto margen de fluctuación según el texto constitucional y la jurisprudencia, también tiene igualmente importancia el principio de Estado de Derecho como principio constitucional general. El Tribunal Constitucional Federal alemán comprende el principio de Estado de Derecho como «decisión fundamental», «principio central», «base», «base fundamental», «idea directriz» o «base constitucional» (20):

«El principio del Estado de Derecho forma parte de las ideas directrices que el legislador fija de modo inmediato, que se deducen de una síntesis de lo preceptuado en el artículo 20.3 de la Ley Fundamental sobre la conexión de los distintos poderes y los artículos 1.3, 19.4 y 28.1 de la Ley Fundamental. Ciertamente este principio no contiene, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [...], nada concreto para toda situación que se derive de las distintas prohibiciones y mandatos de rango constitucional. Este principio constitucional requiere más bien de una concretización dependiendo de las circunstancias objetivas, de forma que tienen que permanecer protegidos en conjunto los elementos

(19) Compárese SOMMERMANN, *Staatsziele*, 1997, pág. 209, refiriéndose también a las afirmaciones de MALBERG, *Contribution à la Théorie de l'Etat*, vol. I, 1920, pág. 256. Véase también HAMON, «L'Etat de Droit et son essence», en *RFDC*, 1990, pág. 698; REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de Droit*, Paris/Aix-en-Provence, 1992, pág. 311.

(20) Compárese con STERN, *Staatsrecht*, vol. I, 1984, § 20, pág. 780.

fundamentales del Estado de Derecho y la vigencia de las garantías constitucionales» (21).

De esto se deduce que la posibilidad de concretización por el Tribunal Constitucional Federal del principio de Estado de Derecho, según qué casos, deriva de una visión global del principio constitucional general, cuya mención expresa se encuentra en el artículo 28.1 y en el artículo 20.2 y 3 de la Ley Fundamental.

Las Constituciones jóvenes, particularmente las de España y Portugal, y sobre todo las Constituciones de los Estados del Centro y Este europeo surgidas después de la era comunista, vinculan expresamente el principio de Estado de Derecho a la Constitución y establecen una relación de contenido incluso semántica con el principio democrático [por ejemplo, el art. 2 de la Constitución de Portugal («La República de Portugal es un Estado de Derecho democrático»), art. 1 de la Constitución española («España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...)]. Además, estas normas fundamentales se complementan en ambas Constituciones por medio de contenidos específicos. Así, por ejemplo, en Portugal se completa a través de varios conceptos: por un lado, el principio de supremacía constitucional y sometimiento a la Constitución, el principio de legalidad (art. 3.2 de la Constitución portuguesa), el acceso al Derecho, la tutela jurisdiccional (art. 20) y la responsabilidad de los poderes públicos (art. 22). Por otro lado, se completa también a través de componentes del concepto de Estado de Derecho de carácter material, sobre todo por medio de la acentuación de los derechos y las libertades fundamentales (arts. 2 y 7). Igualmente, la Constitución española contiene en su artículo 9.3, de forma muy precisa, los elementos centrales del principio del Estado de Derecho (el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la prohibición de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras, la seguridad jurídica, la responsabilidad de los poderes públicos y la prohibición de la arbitrariedad). El principio del Estado de Derecho en España se comprende de esa forma no sólo como un fin estatal y como un principio interpretativo, sino que se comprende a la vez como un principio normativo, que queda sometido simultáneamente a una relación de metas y objetivos(22), como se deriva, particularmente, del ejemplar artículo 1.1 de la Constitución española: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores

(21) BVerfGE 45, 187 (246).

(22) ENCINAR, en HOFMANN/MARCO/MERLI/WIEDERIN, *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, 1996.

de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Precisamente a partir de esas prioridades se comprende el carácter modélico del Estado de Derecho en el contexto democrático y social. Estos elementos del Estado de Derecho determinados después en el artículo 9.3 de la Constitución española han sido asimismo reseñados por el Tribunal Constitucional como expresión del principio más genérico de seguridad jurídica:

«Los principios constitucionales que integran el artículo 9.3 de la Constitución [...], no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho. En especial, lo que acabamos de afirmar puede predicarse de la seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente [...]. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad» (23).

También las jóvenes Constituciones poscomunistas contienen principalmente referencias expresas al principio del Estado de Derecho como principio constitucional general. Aquí, algunas veces, el concepto aparece solo (art. 4.1 de la Constitución de Bulgaria), pero la mayoría de las veces lo hace en conexión con el principio democrático (art. 2.1 de la Constitución de Hungría, art. 1 de la Constitución de Eslovaquia, art. 2 de la Constitución de Polonia, art. 1.1 de la Constitución checa). Igualmente, en algún que otro caso se observa también vinculado con la noción de Estado social de Derecho (art. 1.3 de la Constitución de Rumania y art. 2 de la Constitución de Eslovenia). En otras Constituciones se encuentran concretizaciones del principio de Estado de Derecho general de forma similar a como se plantea en las Constituciones de España y Portugal. Así, por ejemplo, en Polonia el principio de Estado de Derecho se establece con relación a la división de poderes (art. 10), el principio de supremacía de la Constitución, la idea de sujeción del poder público a la Constitución (art. 8), la garantía de los derechos y las libertades del ciudadano (art. 5), el respeto a la dignidad humana como obligación del poder público (art. 30) y el derecho a una indemnización (art. 77). Y, en esa misma línea, también Chequia ha fijado el principio de Estado de Derecho con relación a la idea de división de poderes, la sujeción a los derechos fundamentales y la

(23) STC 27/1981, FJ 10.

protección de los derechos fundamentales (arts. 2-4). Por otra parte, Lituania y Estonia han tomado una posición específica, ya que citan el principio de Estado de Derecho solamente en el Preámbulo y no en el texto constitucional (véase, por ejemplo, el inciso 7 de la Constitución de Lituania de 1992, donde se afirma que la sociedad lituana «aspira a una sociedad civil abierta, justa y en armonía, y un Estado de Derecho»). Igualmente, los Tribunales Constitucionales de Polonia, Hungría, Chequia y Eslovenia, de forma similar a los Tribunales Constitucionales de Alemania o España, han derivado de la cláusula referida al Estado de Derecho general determinados principios básicos para la actuación estatal. De hecho, el Tribunal Constitucional polaco tuvo presente el principio general del Estado de Derecho incluso antes de su recepción por la nueva Constitución de 1997, al derivarlo de conceptos contenidos en el artículo 1 de la Constitución de Polonia de 1952, a saber, la noción de primacía de la ley, la prohibición de la retroactividad de las normas, la protección de los derechos adquiridos, la exigencia de claridad y certeza, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a la tutela de los derechos de libertad. Además, con el reconocimiento de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes ya se está remitiendo, de algún modo, al principio del Estado de Derecho (24). De forma similar, el Tribunal Constitucional de Hungría ha recurrido al principio de Estado de Derecho como base para deducir otros elementos relacionados con este concepto (por ejemplo, la división de poderes, el principio de proporcionalidad y la seguridad jurídica). No obstante, el principio del «Estado de Derecho democrático», contenido en el artículo 2 de la Constitución de Hungría, ha sido además precisado a través de ciertas prescripciones especiales, que, sin embargo, no siempre se pueden deducir directamente del contenido de significado de este principio (25).

La complejidad que supone la relación entre seguridad jurídica, justicia material y prohibición de la retroactividad, en relación con la superación del pasado comunista, ha tenido ocupados a varios Tribunales Constitucionales en repetidas ocasiones. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán, en el denominado caso «Guardia del muro de Berlín» (*Mauerschützenfall*), ha dado prioridad al principio de justicia material respecto a la seguridad jurídica cuando se trate de una vulneración del deber de justicia o de derechos humanos protegidos por el Derecho internacional (26). En un caso similar el Tribunal Constitucional húngaro decidió, en cuanto a la posibilidad de retroactividad

(24) GROTE, «Das Rechtsstaatsprinzip in Mittel...», cit., pág. 13.

(25) BRUNNER/S HOLYOM, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn*, 1995, pág. 314.

(26) BVerfGE. Europäische Grundrechte-Zeitschrift, 1996, 538 (549).

de la supresión del plazo de prescripción entre 1944 y 1990, que la seguridad jurídica también es un elemento esencial del Estado de Derecho, por lo que aquellas relaciones jurídicas del pasado ya consolidadas no podían modificarse constitucionalmente ni a través de normas jurídicas ni a través de la derogación de normas jurídicas (27). Partiendo de una concepción material del Estado de Derecho el Tribunal Constitucional checo ha enjuiciado también la ley sobre la ilegalidad del régimen comunista y ha manifestado:

«La nueva Constitución de la República de Checoslovaquia no está fundamentada en una neutralidad valorativa, no es una mera delimitación de instituciones y procedimientos, sino que integra en su texto también ideas regulativas determinadas, que expresan los valores intangibles fundamentales de la sociedad democrática. La Constitución acepta y respeta el principio de legalidad como componente de la concepción global del Estado de Derecho, vincula incluso el Derecho positivo a la legalidad formal, pero también somete la interpretación y aplicación de las normas jurídicas a su sentido material y de contenido, condicionando el Derecho a la obligación de respeto a los valores constitutivos fundamentales de la sociedad democrática, y mide, a través de estos valores, la misma aplicación de las normas jurídicas. Esto significa cierta continuidad con el “Derecho anterior”, pero una discontinuidad con los valores del “régimen anterior”. Esta comprensión del Estado constitucional rechaza la legitimidad racional meramente formal del régimen y del Estado de Derecho formal. Como quiera que sean las leyes en el Estado, en el Estado que se hace llamar democrático y que proclama el principio de soberanía popular, no puede haber otro régimen legítimo que el democrático» (28).

El principio del Estado de Derecho material sería así la base fundamental de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional checo, que deduce una exigencia de interpretación valorativa del Derecho ordinario, la proscripción del formalismo excesivo y la existencia de principios jurídicos no escritos de la sociedad democrática como fuentes de Derecho (29). En esta línea, el Tribunal Constitucional de Eslovenia ha desarrollado manifestaciones concretas similares del principio del Estado de Derecho (30).

(27) Decisión 11/1992, en BRUNNER/SHOLYOM, *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, cit., pág. 333.

(28) Véase la Decisión U’S 19/92, 1.º Fundamento, en BRUNNER/HOFMANN/HOLLÄNDER, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechischen Republik*, 2001, pág. 135.

(29) Véase así HOLLÄNDER, *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, cit., pág. 30.

(30) Compárese CERAR, en HOFMANN, *Rechtsstaatlichkeit...*, cit., pág. 30.

En Portugal se derivarían también del principio del Estado de Derecho, establecido en el artículo 2 de la Constitución, aspectos como el principio de supremacía de la Constitución, la legalidad de la Administración, la separación de poderes, el principio de proporcionalidad, la tutela jurídica, las garantías procedimentales, la protección de la confianza, la certeza y la protección de los derechos fundamentales (31). El Tribunal Constitucional portugués ha subrayado el principio del Estado de Derecho, a pesar de su relativa borrosidad, por un lado, como una norma fundamental para una multitud de manifestaciones concretas de la Constitución (puede recurrirse a éste como complemento). Por otro lado, el significado del Estado de Derecho material se aclara a través de la acentuación de la dignidad humana como uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho democrático (32). Asimismo, en aquellas Constituciones del Oeste que no han fijado expresamente el principio del Estado de Derecho en el texto constitucional se ha deducido, por regla general, como principio constitucional no escrito, llegando a conformar un principio estructural inmanente del sistema. Suiza, por otra parte, no había configurado tampoco el concepto de Estado de Derecho hasta la Constitución Federal de 2000, y ha pretendido conjugarlo con la comprensión constitucional democrática jurídico-estatal general, sin basarse en ningún concepto concreto de Estado de Derecho, suponiéndolo más como un elemento fundamental de base del Derecho constitucional suizo (33). Entre los aspectos formales del Estado de Derecho se cuentan aquí: la división de poderes, el principio de legalidad, la obligación de indemnización por expropiación, la responsabilidad jurídica del Estado, la tutela jurídica cualificada a través de la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa. Mientras que a su faceta material pertenecen, sobre todo, la protección de los derechos fundamentales y la noción de igualdad jurídica (34). En la jurisprudencia suiza el concepto «Estado de Derecho» y «jurídico-estatal» se aplica menos que en Alemania u otros Estados constitucionales del Oeste, aunque por lo visto se concibe como un principio tácito del ordenamiento jurídico suizo (35). En Austria, que igualmente no presenta ninguna determinación normativa expresa del principio de Estado de Derecho en la Constitución (solamente algunas Constituciones de los *Länder* contienen

(31) Véase CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 1993, págs. 348 y sigs.

(32) Decisión Nr. 417/95. AMARAL/POLAKIEWICZ, en HOFMANN, *Rechtsstaatlichkeit...*, cit., pág. 30.

(33) Compárese BREITENMOSER, en HOFMANN, *Rechtsstaatlichkeit...*, cit., págs. 44 y sigs.

(34) BREITENMOSER, en HOFMANN, *Rechtsstaatlichkeit...*, cit., págs. 53 y sigs.; HÄFELIN/HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 2005, nota al margen 171.

(35) BREITENMOSER, en HOFMANN, *Rechtsstaatlichkeit...*, cit., pág. 50.

referencias explícitas al Estado de Derecho), se ha interpretado el concepto de Estado de Derecho sobre todo de modo formal en relación con ciertos elementos anejos específicos y ha jugado un importante papel principalmente respecto del principio de legalidad, la tutela jurídica, así como en orden a la accesibilidad y comprensibilidad de las normas jurídicas (36). Hasta qué punto se complementa el principio del Estado de Derecho también en su vertiente material a través de la jurisprudencia de los derechos fundamentales se insinúa al menos a la vista de la significación del principio de igualdad (art. 7 de la Constitución federal), y de la influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico austriaco (en especial art. 6) (37). Incluso la Constitución italiana tampoco ha normativizado expresamente el principio de Estado de Derecho, si bien se deriva de ciertas declaraciones esenciales y otras nociones importantes, como la idea de sometimiento a la Constitución (art. 1), el principio de igualdad (art. 3: *eguaglianza*), la reserva de ley en orden a la limitación de los derechos fundamentales, la sujeción a la ley de la Administración y la responsabilidad de los titulares de funciones públicas (38).

V. MANIFESTACIONES CONCRETAS DEL PRINCIPIO DE ESTADO DE DERECHO

Cuando a continuación se recogen en la siguiente lista ciertas manifestaciones típicas del principio del Estado de Derecho, que se derivan en parte de los textos constitucionales y en parte de la dogmática, a saber, de la jurisprudencia, esto no significa que estemos refiriéndonos a un principio constitucional europeo común sólo relativo o exclusivo a las citadas concretizaciones. Se trata, más bien, de una clasificación de aspectos centrales, que admiten en su ámbito un perfeccionamiento y un desarrollo diferenciado. En realidad, sólo el concepto de Estado de Derecho en Alemania toma una noción totalmente definitoria, pero, dado el desborde y entrecruzamiento continuo de aspectos anejos específicos, siempre puede faltar algo, de forma que siempre es muy conveniente una nueva delimitación (39).

(36) Véase así WALTER/MAYER, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, 1996, nota 165; ÖHLINGER, *Österreichisches Verfassungsrecht*, 2005, nota 79.

(37) MERLI, en HOFMANN, *Rechtsstaatlichkeit...*, cit., pág. 101.

(38) Véase VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale*, 2006, págs. 277 y sigs.

(39) Compárese la monografía fundamental de KÜNIG, *Rechtsstaatsprinzip*, 1986; SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 1997.

A. Principio de división de poderes

En Alemania el principio de división de poderes como principio organizativo básico de la Constitución queda fijado a varios aspectos; el más notorio está en el artículo 20.2 de la Ley Fundamental [«Éste (el poder estatal) se ejerce por el pueblo mediante elecciones y votaciones y a través de órganos especiales de los poderes ejecutivo, legislativo y el judicial»]. Al mismo tiempo, después de afirmar el sometimiento del legislativo, del ejecutivo y del judicial al ordenamiento constitucional, se postula su sujeción a la ley y al Derecho (art. 20.3). Además, por otra parte, el sometimiento de los tres poderes queda también determinado por el artículo 1.3 de la Ley Fundamental y otras indicaciones de las secciones VII, VIII y XI de la Ley Fundamental. Una clasificación típica de las funciones en determinados órganos se muestra de forma muy clara en la Constitución de Baviera (*Bayerische Landesverfassung*) en su artículo 5.1-3 y, de forma similar, en el artículo 47 de la Constitución de Turingia. Otras Constituciones de los *Länder* se apoyan más en la fórmula de la Ley Fundamental (véanse, por ejemplo, los arts. 25.1-3, 3.1 y 4.1 de la Constitución de Meclemburgo, 2.1 y 2 de la Constitución de Baja Sajonia, 61 de la Constitución del territorio del Sarre, 77 de la Constitución de Renania Palatinado y 2.2 y 4 de la Constitución de Sajonia-Anhalt). Y otras Constituciones de los *Länder* hacen una breve transcripción del ordenamiento orgánico similar al de la Constitución de Baviera, pero de forma abreviada (véanse así los arts. 25.3 de la Constitución de Baden-Wurtemberg, 3 de la Constitución de Berlín, 2.4 de la Constitución de Brandeburgo, 67 de la Constitución de Bremen, 3 de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia, 3.1 y 2 de la Constitución de Sajonia y, finalmente, 2.2 y 3 de la Constitución de Schleswig-Holstein).

En Austria el principio normativo de división de poderes no ha sido fijado expresamente, sino que se deriva, más bien, del principio tácito de división material de poderes (la diferenciación entre el poder legislativo, el poder judicial y la Administración) y de su clasificación en órganos determinados, así como por el hecho de la existencia de ciertas exigencias de tipo personal (como, por ejemplo, las posibles incompatibilidades) (40). No obstante, la Constitución Federal distingue aquí de forma ciertamente atípica entre legislativo [Título segundo, art. 24-59.b)] y el «ejecutivo del Estado Federal», que incluye tanto a la «Administración» (arts. 60-82: el Presidente de la República Federal, el Gobierno Federal, los cuerpos de seguridad del Estado, el Ejército federal y el Consejo

(40) Compárese ÖHLINGER. *Österreichisches Verfassungsrecht*, cit., §§ 599 y sigs.

escolar) como también la «jurisdicción» (art. 82-94 de la Constitución Federal). A pesar de esta incorporación funcional común (que es comprensible históricamente) existe una clara prohibición de intromisión organizativa formal entre justicia y Administración (art. 94 de la Constitución Federal). No se trata de una división de poderes material que queda al arbitrio del legislador, ya que hay que tener en cuenta también los requisitos de una división de poderes material en el sentido del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en Austria tiene rango constitucional). No hay, por tanto, una división de poderes totalmente clara entre el Parlamento y el Gobierno en el sentido de incompatibilidad personal (*personeller Inkompatibilität*), ni hay tampoco incompatibilidad entre cargo público y mandato (41). Así, la Constitución austriaca se presenta —de forma similar que en Alemania— como un sistema de clasificación diferenciado que, a pesar de esta estructuración bipolar de las tres funciones estatales fundamentales legislativa, administrativa y judicial, concuerda con una clasificación orgánica diferenciada, vinculada a controles recíprocos y dependencia.

Suiza tampoco hace una mención expresa del principio de división de poderes, ni en su Constitución del año 2000, ni en su Constitución anterior. Pese a ello, la detallada ordenación formal llevada a cabo por la Asamblea Federal [Consejo Nacional (*Nationalrat*) y Consejo de Estados (*Ständerat*): art. 148 de la Constitución Federal suiza], conlleva las ideas de limitación y distribución del poder entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. La labor de creación normativa entra en las competencias de la Asamblea Federal (arts. 138 y sigs.), la función administrativa se ejerce por el Consejo Federal (*Bundesrat*), como máxima autoridad gubernativa y ejecutiva (art. 174), y la justicia es encomendada al Tribunal Federal (art. 188.1). El principio de división de poderes, en relación a los titulares de funciones representativas (incompatibilidad de mandatos), se establece fuertemente respecto a los funcionarios de los órganos normativos (Consejo Nacional y Consejo de Estados) y respecto al Consejo Federal (Gobierno), así como en el ámbito judicial (art. 144). Por otra parte, como en Alemania y Austria, se manifiesta de una forma sutil la idea de limitación de poderes, correspondiendo a la Asamblea Federal, como órgano de representación popular (tanto al Consejo Nacional como al Consejo de Estados), una capacidad importante en orden al control del Gobierno. Labor de control que, a la vez, desarrolla el mismo Gobierno pero con respecto a la Asamblea Federal. Jurídicamente, se observa un mayor peso de la Asamblea Federal respecto al Gobierno (por ejemplo, en cuestiones como la supervisión del Parlamento sobre el Consejo Federal, referida en el art. 169.1, y en la elección de los miembros

(41) ÖHLINGER. *Österreichisches...*, cit., notas al margen 420 y 421.

del Consejo Federal a través de la Asamblea Federal), que, no obstante, quedan atenuadas en la práctica por medio de la posibilidad de iniciativa legislativa del Consejo Federal (art. 181 de la Constitución Federal suiza). El mayor peso de la Asamblea Federal se deduce también de la ausencia de un control determinante judicial-constitucional respecto a las leyes federales, cuyo control se limita a una capacidad de examen judicial accesorio respecto a Decretos del Consejo Federal (42). Por lo demás, se observan ciertas disfunciones en cuanto al principio de división orgánica de poderes en las labores de administración y gobierno de la Asamblea Federal en ciertas competencias judiciales y de creación normativa del Consejo Federal (43).

También Francia, patria de Montesquieu, que eleva con el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano la división de poderes a principio constitucional indispensable, sólo en algunas ocasiones durante su historia constitucional ha implementado el concepto de separación de poderes de un modo estricto (1791, 1795 y 1848). Es cierto que la Tercera y la Cuarta República se han de clasificar, a causa de la impronta del sistema de gobierno parlamentario (*Régime d'Assemblée*), más como una mezcla de Gobierno y Parlamento, pero esto no excluye que se tuvieran presentes ciertas determinaciones funcionales de la actividad estatal. De hecho, bajo el concepto de *séparation des pouvoirs* pueden llegarse a entender tanto la separación funcional de poderes como también una separación de tipo orgánico. En este sentido, se trata de la coordinación de funciones específicas de uno o más órganos estatales heterogéneos o individuales. Además, se ha recurrido también a la teoría de la división de poderes para diferenciar los distintos sistemas de gobierno, por ejemplo, el sistema de gobierno presidencial del sistema de gobierno parlamentario, como también otras posibles formas híbridas (44). En la literatura jurídica sobre el Estado el término sirve principalmente para hacer una mejor explicación de las formas de gobierno (45). Ahora bien, a pesar de todo, y aun cuando se puedan hacer clasificaciones orgánicas de las funciones clásicas del poder legislativo, ejecutivo y judicial, también hay aquí dificultades de delimitación, sobre todo en relación con las competencias de creación nor-

(42) Compárese HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 2005, notas al margen 1418-1419, 2087 y sigs.; no obstante, deduce a este respecto sólo un «ámbito de aplicación» frente a las leyes federales.

(43) HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, cit., nota al margen 1420.

(44) Compárese, por ejemplo, HAMON/TROPER, *Droit constitutionnel*, 2005, pág. 101.

(45) Compárese, por ejemplo, CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, 2005, págs. 133 y sigs.; GICQEL/GIQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, pág. 249; FAVOREU y otros, *Droit Constitutionnel*, notas al margen 373 y sigs.

mativa entre Parlamento y Gobierno (arts. 34 y 37 de la Constitución francesa de 1958), y se ha requerido de un perfeccionamiento por el Consejo parlamentario. La función clásica ejecutiva corresponde tanto al Presidente (Título II, arts. 5 y sigs.) como al Gobierno (véase el art. 20 de la Constitución francesa, dentro del Título III: «El Gobierno decide y dirige la política nacional. Dispone la Administración y las Fuerzas Armadas»). El Parlamento tiene determinada esencialmente la función de creación normativa (Título V, arts. 34 y sigs.), y la función judicial es responsabilidad de la jurisdicción ordinaria (Título VIII) y, en ciertos casos especiales, de los tribunales superiores (Título IX), mientras que el control judicial-constitucional recae en el Consejo Constitucional (Título VII). En particular, se deduce una interacción de actividad entre órganos, en el sentido de un parlamentarismo racionalizado (*parlementarisme rationalisé*), a saber, entre el Gobierno, el Presidente de la República y el Parlamento, y en concreto con relación a competencias una semidefinidas. Son de especial interés aquí tanto las competencias propias del Presidente de la República en orden al control (por ejemplo, las posibilidades de disolución de la Asamblea Nacional y de nombramiento del Primer Ministro, la posibilidad de recurso al Consejo Constitucional, etc.) como también la propia división de las funciones de creación normativa entre Gobierno y Parlamento.

Tampoco la Constitución de 1958 menciona expresamente el principio de división de poderes, pero encuentra su entrada directa como principio constitucional desde el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano a través de la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés. El lema *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*, ciertamente discutido en la Asamblea Nacional francesa de 1789 (como también en 1946), insinúa el resultado de la inhibición del poder, que asegura la libertad, y que se logra cuando se establece una profunda relación entre la garantía de los derechos y la distribución del poder (46). El Consejo Constitucional ha diferenciado entre el principio de división de poderes como principio constitucional y lo que es la asignación de competencias normativas, y ha atendido a ciertas prerrogativas del Gobierno, tanto en el marco del procedimiento legislativo como en el marco de su capacidad de dictar decretos (47). Por otra parte, la manera de comprender la incompatibilidad de cargos de gobierno y el mandato parlamentario (art. 23.1

(46) Compárese, por ejemplo, TROPER, «L'interprétation de la Déclaration des droits. L'exemple de l'article 16», *Droits*, núm. 8, 1988, pág. 121; véase también el mismo autor en *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1980.

(47) Compárese RENOUX/DE VILLIERS, *Code Constitutionnel*, 2005, art. 16 DDH, nota 0361.

de la Constitución francesa de 1958) puede considerarse como una consecuencia del sistema de gobierno presidencial-parlamentario (semipresidencialista), cuya regulación es más bien atípica en los sistemas de gobierno parlamentario (por ejemplo, Alemania, Italia, España y, sobre todo, Gran Bretaña), aunque no está del todo en desuso (Austria y Suiza). En este sentido, el Consejo Constitucional francés se ha conformado como el verdadero guardián de la división de funciones y su coordinación en órganos constitucionales determinados, ya que, si bien es verdad que no tiene capacidad decisoria en conflictos entre órganos, sí tiene posibilidades en orden a un control normativo de tipo preventivo (arts. 61.2 y 41 de la Constitución de 1958).

La Constitución española no ha normado *expressis verbis* el principio de división de poderes, aunque se entrevé como elemento esencial del Estado social y democrático de Derecho en el artículo 1.1 de la Constitución. Por otra parte, el artículo 1.3 define la forma política del Estado español como «Monarquía parlamentaria», lo que ya señala una interrelación de poderes en el sentido de un sistema parlamentario. Pero la Constitución se sirve más bien de una distribución de funciones en orden a la legislación (Título III, Capítulo II), que —con carácter previo— se diversifican en las Cortes Generales (Congreso de los Diputados y Senado). El Título IV regula las funciones ejecutiva, gubernativa y la Administración (el Gobierno «ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo a la Constitución y las leyes»). Además, esa función legislativa es —de forma parecida a lo que pasa en Alemania— transferible por las Cortes al Gobierno a través de delegación sobre determinadas materias (arts. 81 y 82 de la Constitución española). Igualmente, de esta clasificación se deriva que la Constitución española también sigue la tesitura de distribución y atribución funcional en determinados órganos. Por otra parte, el poder judicial (Título VI) queda determinado precisamente como «poder» (art. 117.1: «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley»). Hay que destacar aquí también la posición que ocupa el Tribunal Constitucional (Título IX) como órgano constitucional, al que le corresponden, para fortalecer la delimitación y distribución de funciones entre órganos, elementos procesales constitucionales de control concreto y abstracto de normas, a saber, capacidades en orden a la resolución de conflictos de competencia y para conocer del recurso de amparo (art. 161 de la Constitución). De modo similar a como sucede en Francia (*Conseil supérieur de la Magistrature*, arts. 64 y 65 de la Constitución francesa de 1958), la supervisión de la judicatura es encomendada al Consejo General del Poder Judicial, órgano que, sin embargo —de forma distinta a su homónimo francés—, es legitimado por el Parlamento. Aquí se muestra también el princi-

pio del control entre órganos (*Interorgankontrolle*) en el sentido de una división de poderes que queda legitimada democráticamente directa o indirectamente.

Italia, de forma comparable a España, no presenta ninguna garantía expresa de la división de poderes, sino que atribuye las funciones a órganos convenientes (compárese, por ejemplo, el Título I, Sección II, de la Constitución italiana, en lo relativo a la elaboración de las leyes del art. 70). La Presidencia de la República, como órgano constitucional, no se inscribe en el Gobierno (Título II, arts. 83 y sigs.), mientras que las funciones gubernativa y ejecutiva se atribuyen al Consejo de Ministros y la Administración pública (arts. 92, 97 y sigs.). Además, hay un título dedicado al poder judicial (la Justicia), mientras que, por otro lado, el Tribunal Constitucional, al igual que ocurre en la Constitución española, mantiene una posición destacada (Título VI, «Garantías constitucionales», Sección I, «El Tribunal Constitucional»). En Italia también la *Corte Costituzionale* tiene posibilidades respecto a conflictos de los poderes estatales entre el Estado y las Regiones (sobre ello trataremos más adelante). Como en el sistema parlamentario alemán, austriaco, español y de otros Estados existe una fuerte interrelación y entrecruzamiento entre los poderes. En la Constitución no hay prevista una incompatibilidad entre el mandato parlamentario y los cargos de gobierno, pero tiene vigencia —como en otros Estados— para los cargos de Presidente de la República, los altos cargos del *Consiglio Superiore della Magistratura* y los cargos del Gobierno Regional, Consejo Regional o del Tribunal Constitucional.

En Gran Bretaña el modelo de división de poderes tiene mucha menos influencia, debido a la doctrina imperante de la soberanía del Parlamento y a que los conceptos de división de poderes, desarrollados por John Locke y Montesquieu y basados curiosamente en el modelo inglés, no llegaron a consolidarse. De hecho, observadores muy influyentes del sistema de gobierno británico como, por ejemplo, Dicey o Jennings, han restado importancia a la significación del concepto de la división de poderes (48). Ahora bien, en los últimos tiempos la cuestión de la división de poderes (*separation of powers*) se ha vuelto a manifestar notoriamente, y no sólo por la preponderancia creciente de la judicatura en orden a los sistemas de control y limitación del poder (49). Si bien es verdad que la función legislativa la ostenta el Parlamento (*Commons and Lords*), que,

(48) Compárese DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885, reimpresión de Wade, 1959, pág. 338; JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 1959, págs. 18 y sigs.

(49) Véase BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, 2003, pág. 78 [en referencia a Moshill en *R. v. Home Secretary, ex parte Fire Brigades Union* (1995) 2AC 513 (567)].

en la mayoría de los casos, queda por delante de la iniciativa legislativa del Gobierno y cuyas decisiones requieren de confirmación real (*royal assent*), la realidad es que aquí tampoco la función legislativa queda exclusivamente reservada al Parlamento, y también cabe la posibilidad de delegación de competencias legislativas del Parlamento al Gobierno (*delegated legislation*). El matiz diferenciador está, no obstante, en que la utilización de esta facultad de creación normativa no queda definida a través de límites jurídico-constitucionales (de forma comparable a como sucede, por ejemplo, en Alemania, Italia y España), y se tendrá que atender a los métodos y límites contenidos en la propia ley de delegación. Encontramos, por otra parte, que la función ejecutiva comprende la actividad gubernativa y administrativa, pero que hay, asimismo, ciertas facultades de creación normativa en razón de prerrogativa real (por ejemplo, con relación al título nobiliario hereditario; *order in council*). Las funciones de actividad gubernativa, que originariamente correspondían al Soberano y en cuyo nombre aún hoy se ejecutan un gran número de actos jurídicos, presentan también un cariz residual, por cuanto incluyen toda aquella actividad que no corresponde al legislador (50). Finalmente, la función judicial se encomienda principalmente a los tribunales ordinarios (*Civil and Criminal Courts*), pero también al *Judicial Committee of the Privy Council* y a la *House of Lords* como última instancia de apelación de todos los tribunales del Reino Unido. Y la independencia de la judicatura, que es asegurada legalmente, es decir, a través del Derecho constitucional consuetudinario, posibilita, desde hace siglos, sobre todo un control del poder respecto al Gobierno y la Administración (*judicial review*), pero no frente a los actos del Parlamento, como consecuencia del dogma de la supremacía parlamentaria. Por eso, el control del poder judicial con relación a la función legislativa es perfilado esencialmente de forma diferente a como aparece el control normativo desarrollado por los Tribunales Constitucionales de los ordenamientos jurídicos continentales. No obstante, a pesar de esa independencia fundamental reconocida y esa autonomía del poder judicial, el sistema inglés también presenta una interesantísima, sólo explicable históricamente, mezcla de poderes tanto desde una perspectiva personal como material. El *Lord Chancellor* es, como miembro del Gabinete, simultáneamente el más alto representante de la judicatura, el Juez Presidente de la *House of Lords* y, además, el Presidente del *Judicial Committee of the Privy Council*, que está dentro del ejecutivo, pero que *de facto* y en realidad conforma un tribunal independiente (51). Hay que citar aquí también que se deducen ciertos cambios

(50) BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, cit., pág. 80.

(51) BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, cit., págs. 388 y sigs.

en la función de creación normativa desde una perspectiva vertical, como consecuencia de la atribución de facultades legislativas al Parlamento escocés y a las Asambleas Legislativas del País de Gales e Irlanda del Norte, así como por la aplicación del Derecho comunitario (*European Communities Act*) y del Convenio Europeo de Derechos Humanos (*Human Rights Act*). Pero a pesar de esta mezcolanza e interrelación de poderes, que ya Bagehot, en el siglo XIX, identificaría como una vinculación muy estrecha y como una casi total «confusión del poder legislativo y el poder ejecutivo» (52), permanece reconocible la diferenciación principal de las funciones de creación normativa, ejecutiva y judicial respecto de aspectos jurídico-estatales de garantía de las libertades (53).

B. *Sometimiento a la Constitución de los poderes públicos*

Un elemento básico del Estado democrático de Derecho es el sometimiento a la Constitución de todos los poderes públicos, que garantiza la supremacía de la Constitución respecto a otras normas (del legislativo y del ejecutivo) y supone el sometimiento a la Constitución de jueces y tribunales, incluyendo la jurisdicción constitucional y su labor de control e interpretación. El sometimiento a la Constitución y el principio de primacía constitucional es un elemento central de los Estados constitucionales europeos, como expresión de una unión del soberano al *pouvoir constituant* por él mismo legitimada (*pouvoir constitué*). El sometimiento a la Constitución supone, simultáneamente, por un lado, el reconocimiento del principio fundamental de la estructura en niveles del ordenamiento jurídico (Kelsen), que queda fijado en muchas Constituciones unas veces de forma explícita y otras de forma implícita (art. 20.3 de la Ley Fundamental, art. 3.2 de la Constitución de Portugal, art. 9.1 de la Constitución española, art. 8 de la Constitución polaca, arts. 2.2 y 3 de la Constitución checoslovaca, art. 2.2 de la Constitución eslovaca). Y, por otro lado, el reconocimiento fundamental de que la primacía de la Constitución lleva a conformar un control independiente para asegurar el cumplimiento de la Constitución, que realiza un Tribunal Constitucional bien a través de un control normativo pre-

(52) *The English Constitution* (ed. 1963), pág. 65.

(53) «While the classification of the powers of government into legislative, executive and judicial powers involves certain conceptual difficulties, within a system of government based on law, it remains important to distinguish in constitutional structure between the primary functions of law-making, law-executing and law-adjudicating. If these distinctions are abandoned, the concept of law itself can scarcely survive.» BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, cit., pág. 89.

ventivo (como, por ejemplo, en Francia) o de un control normativo represivo y a través de otras formas procedimentales. Esto tiene también validez con relación a aquellos tribunales que se están aproximando a una cierta monopolización de control judicial-constitucional [como, por ejemplo, Irlanda con la *Supreme Court*, Bélgica con la *Cour d'Arbitrage (Schiedshof)* y Suiza con el *Bundesgericht*]. A saber, donde no se reconoce la supremacía de la Constitución de forma general, en vista de la supremacía del Parlamento (por ejemplo, Gran Bretaña), o se restringe al juez, con carácter expreso, un control de constitucionalidad de las leyes (art. 120 de la Constitución de los Países Bajos). Por eso, en líneas generales, el principio de sometimiento a la Constitución de todo el poder público y la primacía de la Constitución constituye una fórmula europea comunitaria del principio del Estado de Derecho, que engloba parcialmente el desarrollo constitucional inglés (por cuanto hacen referencia a *fundamental laws* como, por ejemplo, la Carta Magna), aun cuando su consecución instrumental se lleve a cabo por vías diferenciadas.

C. Sometimiento a la ley del ejecutivo

El sometimiento a la ley del ejecutivo es otra base central del principio de Estado de Derecho. La primacía de la ley incluye la legalidad de la Administración y la superioridad de las leyes del Parlamento sobre las normas jurídicas de rango inferior a las leyes y los actos jurídicos. El reconocimiento en la Ley Fundamental del sometimiento del poder ejecutivo y judicial a «la ley y el Derecho» es, más bien, una particularidad alemana del principio de Estado de Derecho, que aquí se refiere al conjunto de las disposiciones legales (Derecho constitucional, leyes formales, decretos, estatutos y también Derecho consuetudinario) (54). El principio de reserva de ley, que queda determinado de manera no expresa en el artículo 20.3 de la Ley Fundamental, exige una ley del Parlamento para posibilitar medidas de intromisión del ejecutivo, en especial en el ámbito de los derechos fundamentales. Además, la reserva de ley se amplía en orden a una reserva jurídico-estatal y democrática del Parlamento con relación a decisiones fundamentales que afectan a la sociedad.

En Suiza se reconoce el principio de legalidad respecto a la Administración. El Tribunal Constitucional (*Bundesgericht*) ha extendido la aplicación de este principio no sólo a las posibilidades de intervención de la Administración, sino

(54) BVerfGE 78, 214 (227). En cuanto al Derecho europeo véase BVerfGE 74, 358 (370), y respecto al Convenio Europeo de Derechos Humanos BVerfGE 111, 307 (322).

también al ámbito de la Administración de servicios (*Leistungsverwaltung*) (55). En Austria, por otro lado, el principio de legalidad de la Administración tiene vigencia para toda la Administración estatal (art. 18.1 de la Constitución austriaca), incluido el ámbito jurisdiccional, llegando a vincular al propio legislador, y da lugar también a ciertas exigencias en orden a la claridad y seguridad normativa (56).

En Francia la reserva de ley (*réserve de loi*) está vigente tanto como medida de delimitación entre las competencias del legislador parlamentario y las posibilidades del ejecutivo para dictar disposiciones, pero también con relación a cualquier tipo de intromisión en los derechos fundamentales. En este sentido, el artículo 34 de la Constitución francesa contiene una reserva legal jurídico fundamental («se regularán por ley: los derechos civiles y las garantías fundamentales de los ciudadanos para el ejercicio de sus derechos fundamentales») y una reserva parlamentaria general en orden a las materias que se especifican en el mismo artículo 34. De hecho, en la jurisprudencia del Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) la reserva legal ha adoptado siempre un papel significativo (57).

En España la reserva de ley en relación con los derechos fundamentales ha quedado normativizada expresamente en el artículo 53 de la Constitución (art. 53.1: «Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos»). También aquí la reserva legal se puede referir a la delimitación competencial respecto a las posibilidades del ejecutivo para dictar disposiciones. Y junto a la cuestión de la regulación de los derechos fundamentales hay un concepto amplio de reserva legal referido al ámbito de la organización de la Administración pública (reserva legal relativa) o al ámbito del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador (58). Así, el Tribunal Constitucional español ha aportado la siguiente fundamentación:

«El principio de reserva de Ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos

(55) BGE 103 I a, E 3b. También véase COTTIER, *Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage*, 1983, pág. 24.

(56) Véase MERLI, en HOFMANN y otros, *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, 1996, pág. 92; ÖHLINGER, *Österreichisches Verfassungsrecht*, 2005, nota 583.

(57) Compárese FAVOREU y otros, *Droit Constitutionnel*, 2006, nota al margen 124.

(58) ENCINAR, en HOFMANN, *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, 1996, pág. 181.

propios, que son los reglamentos. El principio no excluye la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador» (59).

En Italia la reserva de ley se ha comprendido como un mandato al legislador dirigido a que «la autoridad normativa primaria no haga una dejación de aquellas funciones que son confiadas a ella sola» (60). Con vistas a la perfilación jurídico-constitucional de la reserva de ley se pueden diferenciar situaciones de reserva absoluta, formal y relativa (en última instancia, por ejemplo, en el caso de concretización a través de decretos) (61).

Igualmente, en los Estados del Centro y del Este europeo el papel de la reserva de ley juega un importante papel como reserva del Parlamento en la delimitación de la capacidad normativa ejecutiva (por ejemplo, en Polonia, Lituania y Eslovenia). Además se requiere de reserva de ley en orden al establecimiento de cualquier tipo de intromisión en el ámbito de los derechos fundamentales (62). Hay que tener en cuenta que la forma de comprensión «europea común» de reserva de ley siempre juega asimismo un importante papel en el nivel de las interrelaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros (63).

D. *Tutela judicial*

Las posibilidades de tutela judicial son también un elemento básico del principio del Estado de Derecho europeo común. De hecho, la mayor parte de las Constituciones —con las excepciones de Gran Bretaña, Francia y Austria— reconocen sistemas jurídicos de garantía expresa (así, el art. 19.4 de la Ley Fundamental, el parágrafo 21 de la Constitución finlandesa, el art. 24.1 de la Constitución italiana, los arts. 17.4 y 24.1 de la Constitución española, el art. 20 de la Constitución portuguesa, el art. 20.1 de la Constitución griega, el

(59) STC 83/1984 (cit. en GONZÁLEZ ENCINAR, *ibidem*, pág. 189, con otras referencias).

(60) Corte Costituzionale, Sent 383/1998.

(61) Respecto a la tipología de las posibilidades de «riserva delle legge», véase VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale*, 2006, págs. 188 y sigs.

(62) Véase GROTE en «Das Rechtsstaatsprinzip in Mittel...», cit., pág. 38. Véase también el Informe del *Land*, en HOFMANN/MÁRCO/MERLI/WIEDERIN, *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, 1996.

(63) Véase a este respecto, por ejemplo, el artículo sobre la reserva de ley en Europa de EBERHARD, «Das Legalitätsprinzip im Spannungsfeld von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht», en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2007.

parágrafo 24.5 de la Constitución de Estonia, el art. 25.2 de la Constitución de Croacia, el art. 92.1 de la Constitución de Letonia, el art. 30.1 de la Constitución de Lituania, el art. 45.1 de la Constitución de Polonia, el parágrafo 48.2 de la Constitución de Eslovaquia, los arts. 23 y 25 de la Constitución de Eslovenia y el art. 38 de la Constitución de Checoslovaquia).

Los sistemas de garantía del artículo 19.4 de la Ley Fundamental proporcionan, también a través de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal, sobre todo una tutela judicial frente al ejecutivo. La Ley Fundamental garantiza así la virtualidad de la tutela judicial efectiva, no sólo una mera sucesión de instancias judiciales de apelación. Además, del artículo 19.4 de la Ley Fundamental también deriva una tutela judicial adicional que recae en el Tribunal Constitucional (64).

En Suiza se garantiza la tutela judicial sobre todo a través de la jurisdicción administrativa y constitucional; el acceso al Tribunal Constitucional (*Bundesgericht*) también se asegura por medio de recurso. La Constitución Federal suiza de 2000 se ha basado incluso en el sistema de garantía del artículo 19.4 de la Ley Fundamental (art. 29 a de la Constitución Federal suiza: «Toda persona, en caso de litigio, tiene derecho a un proceso ante la autoridad judicial»). En comparación, la Constitución Federal contiene igualmente otras garantías constitucionales, como la prohibición de la denegación de la tutela judicial (art. 29.1), derecho a ser oído (art. 29.2) y las garantías del proceso judicial (art. 30).

En Austria, donde no se presenta ninguna indicación normativa expresa, la garantía de acceso a la tutela judicial se deduce del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del hecho de la división de poderes entre legislativo y judicial, de la propia delimitación entre justicia y Administración y del control de la misma Administración a través de la jurisdicción contencioso-administrativa (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo) y el Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*). En orden a la tutela judicial efectiva, desde sus inicios, estos órganos han incluido en su jurisprudencia el contenido de este principio, aun cuando la Constitución no reconoce ninguna cláusula rotunda y terminante de garantía de protección jurídica. Y por eso tiene un especial interés la propia forma legal prevista jurídico-constitucionalmente para la garantía judicial (65).

En Francia, que igualmente tampoco presenta un sistema de garantía totalmente expreso, este principio se ha dado por supuesto como principio jurídico

(64) Compárese respecto a la cuestión de la garantía jurisdiccional BVerfGE 83, 182; 78, 214; con relación a las instancias sucesivas BVerfGE 83, 24; respecto a la tutela judicial efectiva BVerfGE 35, 263 (274); 49, 329 (341); 84, 34 (49).

(65) Véase WIEDERIN, en HOFMANN/MARCO/MERLI/WIEDERIN, *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, 1996, pág. 98.

general (caso *La Motte, Conseil d'Etat* de 17 de febrero de 1950). El Derecho constitucional francés reconoce implícitamente el derecho de acceso a los tribunales como «*le droit d'agir en justice*», desde el momento en que se asigna exclusivamente al legislador la facultad de regular el ejercicio del derecho ante los jueces y tribunales y reconoce el derecho a recurso dentro de los sistemas de garantía judicial, que se derivan del reconocimiento del principio de división de poderes (art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789) (66).

En la Constitución española encontramos una forma bastante amplia de garantía de tutela judicial, que incluye la garantía de acceso a la vía judicial efectiva, la tutela judicial y el derecho a la defensa (art. 24. 1), y que, al mismo tiempo, regula otras garantías procedimentales jurídico-estatales como, por ejemplo, el derecho al juez ordinario (art. 24.2). De hecho, desde los prolegómenos de su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional español ha interpretado el artículo 24 como norma inmediatamente aplicable que no requiere de desarrollo legislativo para su vigencia, como derecho de prestación que necesita para su ejercicio de ciertos cauces establecidos por el legislador (configuración legal) y, finalmente, como previsión de carácter compleja dentro de la cual se encuentran el derecho de acceso al proceso, la posibilidad de utilización de otros instrumentos legales y la prohibición de la indefensión (67).

La tutela judicial también queda asegurada en los países del Centro y Este europeos. En general, la jurisprudencia constitucional se refiere sobre todo al acceso a los tribunales, pero también al principio de prestación de la tutela judicial efectiva. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional checo ha interpretado la garantía de la vía judicial del artículo 36 de la Carta Checoslovaca de Derechos Fundamentales y Libertades de 16 de diciembre de 1992 no sólo como posibilidad formal de acceso a los tribunales, sino también como garantía de tutela judicial material. Y de forma similar, el Tribunal Constitucional polaco ha precisado también el significado de la garantía de acceso a la vía judicial no sólo como acceso a la vía judicial, sino también como protección amplia de los derechos de los ciudadanos ante los tribunales (68).

(66) Véase WEBER, *Menschenrechte. Texte und Fallpraxis*, 2004, haciendo referencia al CC Dec 80-119, de 2 de diciembre de 1982, RJC II, 93; DC 96-373, de 9 de abril de 1996, RJC I, 660.

(67) SSTC 19/1983, 99/1985, 48/1986. Una abultada relación de su jurisprudencia en FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, 1995, págs. 265 y sigs.

(68) Véase GROTE, en «Das Rechtsstaatsprinzip in Mittel...», cit., pág. 43.

E. Elementos de seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica, desde una perspectiva formal y también material, forma parte principalmente del mandato de Estado de Derecho. Como principio formal, éste se contrapone a veces a la justicia material en la cuestión de la aplicación del principio de interdicción de la retroactividad formal (*Rückwirkungsverbot*). Pero hay que tener también en cuenta que la claridad y certeza de las normas son características de la justicia y refuerzan la confianza del ciudadano.

Cuál puede ser el significado que tiene el principio de seguridad jurídica como derivación del principio de Estado de Derecho general se ha explicado ya de alguna manera anteriormente. Seguridad jurídica y protección de la confianza legítima juegan un particular papel en la cuestión de la interdicción de la retroactividad de las leyes jurídico-penales, las cuales se sopesan con el principio de justicia material en cuanto principios jurídicos de mayor rango (por ejemplo, de Derecho natural). Por eso, no hay que tomar como algo excepcional que en la jurisprudencia de algunos Tribunales Constitucionales se acentúe especialmente la noción de seguridad jurídica como parte integrante del principio del Estado de Derecho (por ejemplo, Hungría, Polonia y Checoslovaquia). Además, al principio de confianza legítima —de forma similar a como ocurre en la República Federal— le corresponde una función jurídico-estatal central, como prueba la praxis resolutoria de algunos Tribunales Constitucionales del Centro de Europa (69). Como caso de aplicación importantísimo puede citarse la prohibición de normas jurídicas con aplicación de efecto retroactivo, lo que está proscrito expresamente en la mayoría de las Constituciones. Incluso allí donde falta una prohibición expresa de la interdicción de la retroactividad se deriva ésta bien directamente del mismo principio de Estado de Derecho o se implementa como principio jurídico general (70).

La diferenciación que el Tribunal Constitucional Federal ha establecido entre retroactividad (retroactiva) real (*echter retroaktiver Rückwirkung*) y retroactividad (retrospectiva) falsa (*unechter retrospektiver Rückwirkung*) (BVerfGE 30, 367) se puede encontrar de forma similar en otros ordenamientos constitucionales (71). Y de modo también parecido figura el mandato de claridad y certeza nor-

(69) Compárese las pruebas de GROTE, en «Das Rechtsstaatsprinzip in Mittel...», cit., pág. 40.

(70) GROTE, en «Das Rechtsstaatsprinzip in Mittel...», cit., pág. 43.

(71) Véase, por ejemplo, en España, donde el Tribunal Constitucional ha establecido grados de retroactividad. STC 42/1986. Véase HOFMANN, *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, 1996, pág. 20.

mativa como parte integrante del principio de seguridad jurídica. Esto tiene una significación esencial para llevar a cabo la sujeción a la ley de la Administración y el control efectivo de la actuación administrativa a través de los tribunales (72). En Austria el principio de certeza mínima se ha apoyado en el artículo 18 de la Constitución Federal (73). También en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de los países del Centro y Este europeo juega un papel decisivo el principio de certeza como aspecto integrante de la seguridad jurídica, al ligarse también éste, en parte, al mandato de publicidad de las normas (74).

F. *Principio de igualdad y prohibición de la arbitrariedad*

Una manifestación esencial del principio del Estado de Derecho es también el principio de igualdad, que representa no sólo un principio de carácter formal, sino también material, en el sentido de reconocimiento de la igual libertad y dignidad del hombre. El principio de igualdad, como igualdad ante la ley (igualdad en aplicación de la ley) y como igualdad en la ley (igualdad en la creación normativa), es un principio jurídico-estatal común europeo que aparece la mayoría de las veces en forma de prohibición de la arbitrariedad. La igualdad es un elemento esencial de la comprensión inglesa del Estado de Derecho, es decir, del *rule of law*, en su versión de *equality before the law* (Dicey). La noción de igualdad general se encuentra en las declaraciones y convenciones de rango internacional (en el art. 2 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950), en el Derecho comunitario (en el art. 12 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957, y el art. II-80 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa) y en casi todas las Constituciones europeas [el art. 3.1 de la Ley Fundamental, el art. 7.1 de la Constitución Federal austriaca, el art. 8.1-8 de la Constitución Federal suiza, el art. 40.1 de la Constitución irlandesa, el artículo 1 de la Constitución de los Países Bajos, el art. 10.1-2 de la Constitución de Bélgica, el art. 10 bis de la Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo, el art. 83 de la

(72) BVerfGE 8, 274 (325); 21, 73 (79); 45, 400 (420); 75, 329 (341); 87, 234 (263). Compárese, más en detalle, SCHULZE-FIELITZ, en DREIER, *GG-Kommentar*, vol. II, 2006, art. 20, nota al margen 128.

(73) Compárese ÖHLINGER. *Österreichisches...*, cit., nota al margen 583.

(74) Véase GROTE, «Das Rechtsstaatsprinzip in Mittel...», cit., págs. 40 y sigs., con referencias a Polonia, Hungría, Checoslovaquia y Eslovenia.

Constitución danesa (en parte), el parágrafo 6.1 de la Constitución finlandesa, el art. 1 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 («los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos»), el art. 6 de la misma Declaración («la ley es expresión de la voluntad popular... Ésta debe ser igual para todos, tanto si protege como si castiga»), el art. 3 de la Constitución italiana, el art. 14 de la Constitución española, el art. 13.1 de la Constitución portuguesa, el art. 4.1 de la Constitución griega, el art. 18.1 de la Constitución albanesa, el art. 6.1 de la Constitución búlgara, el parágrafo 12.1 de la Constitución de Estonia, el art. 14.1 de la Constitución croata, el art. 91 de la Constitución de Letonia, el art. 29.1 de la Constitución de Lituania, el art. 32.1 de la Constitución de Polonia, el art. 16.1 de la Constitución de Rumania, el art. 12.1 de la Constitución de Eslovaquia, el art. 14.1 de la Constitución de Eslovenia y el art. 1 de la Constitución de Checoslovaquia].

Algunas Constituciones formulan igualmente el principio de igualdad en estrecha conexión con el mandato de dignidad humana y los derechos de libertad de manera ejemplar, como, por ejemplo: la Constitución sueca en el Capítulo 1, parágrafo 2, cuando dice que «el poder público se ejercerá respetando el igual valor de todos los hombres y la libertad y dignidad de todo hombre»; el artículo 13.1 de la Constitución portuguesa («Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley»); el artículo 1 de la Carta Checoslovaca de Derechos Fundamentales y Libertades («El hombre es libre e igual en su dignidad y en sus derechos. Los derechos y libertades fundamentales no son revocables, enajenables ni renunciables»); el artículo 12 de la Constitución de Eslovaquia. La Constitución húngara, por otro lado, no contiene un principio de igualdad de carácter general, sino específico, como prohibición concreta de la discriminación (parágrafo 70/A), como principio de igualdad de derechos entre los sexos (parágrafo 66.2) y como principio general a ser tratado con igualdad por los órganos jurisdiccionales (parágrafo 57). Además, el principio de igualdad se define, en casi todas las Constituciones, a través de la prohibición de la discriminación [hay una formulación muy detallada y actual en la Carta Europea de Derechos Fundamentales (art. II-81 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa)]. Y, en general, la jurisdicción constitucional ha desarrollado además la significación del principio de igualdad como norma similar a la prohibición de la arbitrariedad, que requiere de una comparación entre las circunstancias que son iguales y aquellas que son desiguales. Así, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal juega también un importante papel el criterio de justicia material, en el que se incluye cierta labor de ponderación conforme al principio de proporcionalidad

en la interpretación (75). Igualmente, con otro matiz, en el artículo 8.1 de la Constitución suiza (nueva redacción), en relación con el mandato de igualdad de trato a todos los hombres por parte de los órganos estatales, se contiene una exigencia de igualdad pero dentro de la posibilidad de diferenciación, es decir, en el sentido de que se requiere un cierto razonamiento objetivo para la realización de un trato diferenciado (76). En Francia, por otro lado, la noción de igualdad como principio constitucional se basa en los artículos 1, 6, 11 y 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre. Aquí, el Consejo Constitucional ha visto una violación del principio de igualdad en casos de igualdad de trato ante circunstancias desiguales y en casos de desigualdad de trato ante circunstancias iguales; una diferencia se tiene que poder justificar a través de las distintas circunstancias y de la conformidad con los objetivos trazados por el legislador (77). La noción de igualdad también adopta una significación parecida en la jurisprudencia de los países del Centro y del Este de Europa, y es reconocido que, junto a la interpretación de la noción de igualdad como prohibición de la arbitrariedad, también se ha desarrollado de forma creciente una idea de la igualdad relativa a través de la regla de proporcionalidad (78).

Otros elementos del principio de Estado de Derecho que se han desarrollado por la teoría del Derecho público y la doctrina del Tribunal Constitucional Federal, como el principio de proporcionalidad o de responsabilidad de los poderes públicos, pueden ser identificados como parte integrante del principio de Estado de Derecho, aunque no se han establecido en otros ordenamientos constitucionales en la misma medida. Incluso cuando estos principios aparecen en ciertos ordenamientos constitucionales, en la teoría jurídica y en la jurisprudencia, parece cuestionable en cierta forma si hoy se les puede considerar como parte de los elementos más centrales del principio del Estado de Derecho común europeo (79).

(75) Así, BVerfGE 1, 14; 13, 225 (228); 55, 72 (88).

(76) Compárese la decisión del Tribunal Constitucional Federal suizo (BGE) 108 I a 111, ErwNr 2b, d.

(77) Compárese WEBER, *Menschenrechte. Texte und Fallpraxis*, cit., pág. 871, con otras referencias (DC 73-51, RJC I, 28; DC 79-107, de 12 de julio de 1979, RJC I, 737).

(78) Así, por ejemplo, GARLICKI, «Table Ronde, Les juges constitutionnels Pologne», AIJC, 1988, 43; AIJC 194, 693; SÓLYOM, en BRUNNER/SÓLYOM, *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, cit., pág. 263.

(79) Sobre la proporcionalidad y otros principios jurídicos de Derecho administrativo véase SCHWARZE, *Europäische Verwaltungsrecht*, 2005, pág. 694.

VI. RETROSPECTIVA

La visión global expuesta permite constatar que el principio del Estado de Derecho, en sus elementos fundamentales, se puede considerar como un «patrimonio» del Estado constitucional tanto en los Estados de la Europa Occidental como en los nuevos Estados constitucionales del Centro y del Este europeo. El sometimiento a la Constitución de todos los poderes públicos y la supremacía de la Constitución, la legalidad de la actuación administrativa y la reserva de ley, la claridad y certeza normativa y la publicidad de las normas, el sometimiento a la Constitución y a la ley de los jueces y tribunales, la garantía de tutela judicial, la protección de la confianza legítima, la interdicción de la retroactividad y la búsqueda de la seguridad jurídica son elementos fundamentales de un principio europeo común. Otros elementos integrantes son (o llegarán a ser), respectivamente, ciertos aspectos del Derecho administrativo y del Derecho constitucional (por ejemplo, el principio de proporcionalidad). Pero, con todas las concreciones particulares posibles del principio del Estado de Derecho como principio constitucional general, no se puede olvidar que el Estado de Derecho, *rule of law* o *Etat de droit*, sirve, completa y fortalece a la defensa de la dignidad humana, la libertad y la igualdad, por medio de una efectiva protección jurídica. En este contexto, hoy esta protección jurídica está marcada, en su coercibilidad frente al ejecutivo y el legislativo, por características ciertamente diferenciadas, aun cuando la mayoría de los Estados europeos han configurado jurisdicciones constitucionales con competencias crecientes en orden a un control judicial de los actos del legislador. Si bien, esto no significa que la legalidad constitucional en todo caso exija o requiera una jurisdicción constitucional «concentrada», aun cuando este método conforma «la coronación del Estado de Derecho». Por otra parte, además hay que decir que, en una comparación transversal de elementos jurídico-estatales de ordenamientos constitucionales diferenciados, hay que tener en consideración también la legalidad constitucional a nivel europeo (tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como la Comunidad Europea/Unión Europea), pues la vigencia de la legalidad constitucional se implementa no sólo a través de los elementos fundamentales de nivel constitucional nacional, sino que se superpone y fortalece por medio de las garantías de derechos humanos y por el apoyo y cumplimiento de obligaciones jurídico-estatales supranacionales. Se trata de una interdependencia de niveles múltiples «democrático-jurídico-estatales» que aquí ya no hay lugar a tratar.

RESUMEN

El principio de Estado de Derecho se puede comprender como un principio estructural europeo, vinculado profundamente a la misma existencia y desarrollo del concepto en cada uno de los Estados europeos y, a la vez, del Derecho de la Unión Europea. Este carácter del principio de Estado de Derecho se muestra en la evolución histórica del término en la conformación del concepto como principio constitucional general, pero también de otros principios que se relacionan con él como el principio de separación de poderes, el principio de supremacía de la Constitución, el sometimiento a la ley, el principio de seguridad jurídica y el principio de igualdad.

PALABRAS CLAVE: Derecho Constitucional comparado. Principio de Estado de Derecho. Concepción formal. Concepción material. Manifestaciones típicas del principio del Estado de Derecho.

ABSTRACT

The democracy's principle can be understand as a european structural principle, deeply linked to the same existence and development of the concept in each of the european states and, at the same time, of the European Union Right. This character of the Principle of democracy is showed in the historical evolution of the term and in the structure of the concept as a general constitutional principle, but also the other principles that are related to it such as the separation of powers principle, the Constitution's supremacy principle, the submission to the law, the legal security's principle an the equality principle.

KEY WORDS: Comparative constitutional law. Democracy's Principle. Formal conception. Material conception. Typical signs of the democracy's principle.

