

Teoría constitucional y derechos fundamentales

Miguel Carbonell
(Compilador)



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS
MÉXICO

TEORÍA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

MIGUEL CARBONELL
(Compilador)



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS
MÉXICO

MÉXICO, 2002

Primera edición: diciembre, 2002
ISBN: 970-644-283-9

© Comisión Nacional
de los Derechos Humanos
Periférico Sur 3469,
esquina Luis Cabrera,
Col. San Jerónimo Lídice,
C. P. 10200, México, D. F.

Diseño de portada:
Flavio López Alcocer

Impreso en México

CONTENIDO

PRESENTACIÓN. CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES: DOS PILARES DE LA DEMOCRACIA <i>Miguel Carbonell</i>	9
 PRIMERA PARTE MODELOS Y ESTRUCTURA DE LA CONSTITUCIÓN	
LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN LAS EXPERIENCIAS REVOLUCIONARIAS FRANCESAS Y NORTEAMERICANA <i>Roberto L. Blanco Valdés</i>	15
CONSTITUCIONES RÍGIDAS Y CONSTITUCIONES FLEXIBLES <i>Alessandro Pace</i>	45
UNA DEFENSA DE LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL <i>Víctor Ferreres Comella</i>	65
ORDENACIÓN Y JERARQUIZACIÓN CONSTITUCIONALES <i>José Ramón Cossío D.</i>	89
 SEGUNDA PARTE NUEVAS FRONTERAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	
DEL ESTADO SOCIAL TRADICIONAL AL ESTADO SOCIAL CONSTITUCIONAL: POR UNA PROTECCIÓN COMPLEJA DE LOS DERECHOS SOCIALES <i>Gerardo Pisarello</i>	115

LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA NORMA DE CLAUSURA DEL SISTEMA DE LIBERTADES <i>Luis Prieto Sanchís</i>	137
LOS NUEVOS Y LOS VIEJOS DERECHOS FUNDAMENTALES <i>Andrea Greppi</i>	179
LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LA EFICACIA ENTRE PARTICULARES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES <i>Alexei Julio Estrada</i>	203
CUOTAS E IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO: UNA REFORMA CONSTITUCIONAL Y UN CASO SINGULAR <i>Marc Carrillo</i>	251
LA SOBERANÍA, LAS CONSTITUCIONES Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS <i>Humberto Nogueira Alcalá</i>	277
EL FUNDAMENTALISMO COMO DESAFÍO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL: CONSIDERACIONES DESDE LA CIENCIA DEL DERECHO Y DE LA CULTURA <i>Peter Häberle</i>	359
TERCERA PARTE PERSPECTIVAS CRÍTICAS	
¿POR QUÉ EL ESTADO? <i>Owen Fiss</i>	391
LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES: UNA VISITA A LA REGLA THAYER <i>Pablo de Lora</i>	409

LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS CONCEPTOS ESENCIALMENTE CONTROVERTIDOS <i>Marisa Iglesias Vila</i>	443
¿LA ESTADÍSTICA Y/O LOS SONDEOS DE OPINIÓN COMO FUENTES DEL DERECHO? <i>Bernardo Bolaños</i>	477
EL CONSTITUCIONALISMO POSTSOCIAL COMO CONSTITUCIONALISMO ATENUADO Y EL DERECHO EUROPEO COMO NO DERECHO: BORRADOR DE UNA CRÍTICA MATERIALISTA DE LAS FORMAS DE DOMINACIÓN A TRAVÉS DE LAS FORMAS JURÍDICAS EN EL CAPITALISMO ACTUAL <i>Arminda Balbuena Cisneros y Antonio de Cabo de la Vega</i>	499

PRESENTACIÓN

CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES: DOS PILARES DE LA DEMOCRACIA

Miguel Carbonell,
Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

El libro que el lector tiene entre las manos es la continuación de una serie de esfuerzos recientes que se han venido realizando en México con el objetivo de renovar el material con el que se estudia el derecho constitucional en nuestro país. Concretamente, es una especie de segunda parte de la compilación de textos que con el título *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, fue publicada durante el segundo semestre del año 2000.¹

Aquella primera obra quería poner al alcance de los lectores mexicanos algunos ensayos básicos para emprender el estudio de la teoría de la Constitución. Estaba enfocado a estudiantes de posgrado y buscaba reunir en sus páginas a un conjunto de autores que podrían considerarse altamente representativos del pensamiento constitucional de sus respectivos países de origen y de diversas orientaciones metodológicas.

Este nuevo libro se inserta en la misma línea en cuanto a los lectores principales —aunque no únicos, por lo que se dirá más adelante— a los que busca dirigirse: los estudiantes de posgrado de las universidades mexicanas. Pero su contenido es muy diferente al que tiene su antecesor. Se trata ahora de profundizar en una serie de temas, unos nuevos y otros no tanto, y de ofrecer algunas perspectivas críticas sobre ciertas instituciones clásicas dentro del constitucionalismo. Creo que conviene tener más o menos claras las nociones básicas que aporta el libro anterior para abordar con soltura los ensayos que integran éste.

¹ México, UNAM, IIJ/Porrúa, 2000; hay una segunda edición aumentada, bajo los mismos sellos editoriales, de 2002.

El libro se ha dividido en tres grandes partes. La primera trata de las cuestiones más generales, aquellas que conciernen a la estructura de la Constitución y a algunas de sus características clásicas; se encuentran en esa parte trabajos relativos a los modelos de Constitución en las revoluciones americana y francesa, la rigidez y la flexibilidad constitucionales, así como la ordenación jerárquica de las normas en el constitucionalismo mexicano.

En la segunda parte —la más amplia del libro— se encuentran una serie de ensayos relativos a problemas nuevos (relativamente nuevos, dirán algunos) en el campo de los derechos fundamentales. Los ensayos abordan las formas de protección de los derechos sociales, los límites de los derechos fundamentales, la perspectiva y el sentido históricos de los derechos, la cuotas electorales y la igualdad de sexos, los nuevos planteamientos de la soberanía a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos, los derechos frente a los poderes privados y el fundamentalismo, que hoy tal vez supone el mayor reto a vencer en el camino de la construcción de un constitucionalismo global, en la línea con las propuestas que han hecho Ferrajoli y Habermas, entre otros.

La tercera sección contiene propuestas sobre temáticas muy diversas; sin embargo, el enfoque de todos los ensayos tiene un fondo común de preocupaciones e intenciones, lo que lleva a sus autores a asumir posturas críticas acerca de muchas instituciones clásicas del derecho constitucional. Hay en esta parte ensayos que defienden la actuación de las instituciones estatales para hacer efectiva la libertad de expresión, que discuten acerca del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, que analizan las dificultades de la interpretación constitucional frente a los conceptos constitucionales indeterminados, que advierten sobre las tendencias plebiscitarias que se generan en muchos países debido al predominio e importancia de los sondeos de opinión y, finalmente, que llaman la atención sobre los problemas del llamado constitucionalismo postsocial, es decir, del que se genera a partir de la crisis del Estado social.

Como se puede ver del rápido elenco de temas que integran cada una de las tres partes del libro, no se trata de ensayos que aborden cuestiones fáciles o sencillas; muchas de ellas apenas empiezan a ser planteadas en México (como lo relativo a las cuotas electorales o a la posibilidad de instrumentar mecanismos de defensa constitucional frente a particulares).

La metodología empleada (particularmente en los ensayos de la tercera parte) no es muy conocida en la doctrina constitucional mexicana, que en términos generales no se ha caracterizado precisamente por ser demasiado crítica, sino más bien todo lo contrario.

En México, debido a los importantes cambios que ha sufrido el sistema político, se requiere de una amplia puesta al día del ordenamiento constitucional. Por desgracia, ese ejercicio práctico debe hacerse en muchos de sus tramos sin guía y sin faros, pues no existe una teoría constitucional lo suficientemente sólida para encaminarlo.²

Los ensayos de este libro, como es obvio, buscan contribuir a la creación de esa teoría constitucional por una parte; pero aspiran también a servir como herramientas para el debate de la puesta en práctica de muchos de los temas abordados. Las ciencias sociales, y más la ciencia jurídica, deben de tener siempre presente la posibilidad de influir en la realidad para mejorarlala. No por ello, como piensan cándidamente algunos teóricos, se deja de hacer ciencia y se comienza a hacer política; todo lo contrario: solamente es ciencia (o al menos ciencia social) lo que verdaderamente puede convertirse en realidad. ¿Significa lo anterior que debemos desechar de los planes de estudio la filosofía del derecho, la teoría del Estado o la historia de las instituciones jurídicas para sustituirlas por clases de práctica forense de derechos civil, fiscal o penal? Nada más lejos de mis intenciones.

De hecho, si se revisa la procedencia de varios de los autores de esta compilación se verá la presencia importante de filósofos del derecho. Pero de filósofos que no se dedican a la mera metafísica, sino que están atentos a lo que sucede a su alrededor, que son capaces de dialogar con los jueces y con los abogados litigantes, que están preocupados por el rumbo que están tomando muchas de nuestras sociedades. ¿El tomar en cuenta el derecho realmente existente y aspirar a mejorarlo los convierte en políticos? Solamente en la visión miope de los peores teóricos, quienes —ellos sí— no son capaces de aportar nada, ni nuevo ni viejo, a las sociedades en las que habitan.

No hace falta subrayar que, desde mi punto de vista, nunca como en nuestros días se necesita de una ciencia jurídica “comprometida”, no en el

² La explicación sobre este punto se encuentra en José Ramón Cossío, “La teoría constitucional en México”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. 2a. ed., cit., pp. 439 y ss.

sentido de crear intelectuales orgánicos (en la terminología de Gramsci), sino en el de saber que también los académicos tienen la responsabilidad de actuar aquí y ahora, de tener presente que está en juego la existencia única e irrepetible de millones de personas. En la lucha entre compromiso e hipocresía me parece que no hay para los constitucionalistas mucho espacio para la elección.

Como en otras ocasiones, la posibilidad misma de llevar a buen puerto esta compilación se debe a muchas personas. Varios de los ensayos que la componen han sido publicados en las prestigiosas revistas *Doxa* e *Isonomía*; debo a sus respectivos directores, Manuel Atienza y Rodolfo Vázquez, la gentileza de haberme permitido reproducir de nuevo los ensayos de Pablo de Lora, Víctor Ferreres, Marisa Iglesias y Gerardo Pisarello. Manuel y Rodolfo han sido un ejemplo permanente de intelectuales “comprometidos” en el sentido antes descrito del término; la teoría del derecho en general y yo en particular tenemos con ellos una abultada deuda de gratitud. Ha sido también Rodolfo Vázquez quien me ha dado la autorización para tomar el texto de Owen Fiss, previamente publicado en uno de los libros de la colección que codirige con Ernesto Garzón Valdés para la editorial Fontamara. Carlos Flores Juberías, entusiasta y talentoso director de los Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadriqué Furio Ceriol de la Universidad de Valencia, me ha permitido reproducir el ensayo de Alessandro Pace sobre las constituciones rígidas y las constituciones flexibles. Héctor Fix Fierro ha sido un diligente enlace con Peter Häberle, quien con la amabilidad que le caracteriza ha dado su visto bueno para la inclusión de su ensayo sobre el fundamentalismo en este libro. Cristina Anta y Karla Pérez Portilla, como siempre, han puesto su talento y su inteligencia para las tareas de captura y edición de los textos. Vaya para todos ellos, y para todos los autores que han demostrado una generosidad y un interés reseñables, mi más sincero agradecimiento.

Ciudad Universitaria, México, D. F.
Abril de 2002

PRIMERA PARTE
MODELOS Y ESTRUCTURA
DE LA CONSTITUCIÓN

LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN LAS EXPERIENCIAS REVOLUCIONARIAS FRANCESA Y NORTEAMERICANA

*Roberto L. Blanco Valdés,
Universidad de Santiago de Compostela*

*A la memoria
de don Antonio Porta de la Encina,
historiador y maestro*

1. LA CONSTITUCIÓN Y SU DEFENSA: DE LA CONSTITUCIÓN ORGÁNICA A LA MATERIAL, DE LA DEFENSA POLÍTICA A LA JURISDICCIONAL

El hecho de que los hombres que abrieron en su día el proceso de alumbramiento del mundo contemporáneo en que hoy vivimos no fueran inicialmente conscientes de la significación de la titánica labor que acometían y del esfuerzo colosal que iba a exigirles, a ellos y a sus descendientes, la culminación de tal labor, no resta un ápice de trascendencia a sus afanes y proyectos:

El concepto moderno de revolución —ha escrito Hannah Arendt—, unido inextricablemente a la idea de que el curso de la historia comienza súbitamente de nuevo, que una historia totalmente nueva, ignota y no contada hasta entonces, está a punto de desplegarse, fue desconocido con anterioridad a las dos grandes revoluciones que se produjeron a finales del siglo XVIII. Antes que se enrolasen en lo que resultó ser una revolución, ninguno de sus actores tenía ni la más ligera idea de lo que iba a ser la trama del nuevo drama a representar.¹

¹ H. Arendt, *Sobre la revolución*, p. 29.

Muy pronto, sin embargo, tanto los actores como los espectadores de la revolución entenderían la radical novedad de lo que estaba sucediendo: así lo expresaban, por ejemplo, el diputado francés François-Antoine Boissy d'Anglas, cuando afirmaba solemnemente ante la Convención Nacional, el 17 de abril de 1793, que “estamos en el día del caos que debe preceder a la creación”; o su compatriota, el publicista Pierre Simon Ballanche, quien escribía años después, mediada ya la Restauración, que “hemos llegado a una edad crítica del espíritu humano, a una época de cierre y de renovación” y que, en consecuencia, “somos comparables a los israelitas en medio del desierto”. Del otro lado del Atlántico, en Norteamérica, la reflexión sería similar: John Adams, uno de los grandes líderes de la Independencia y de la fundación de la nueva nación americana, tras afirmar en relación con tales acontecimientos que sus protagonistas “habían acudido sin ilusión y se habían visto forzados a hacer algo para lo que no estaban especialmente dotados”, reconocerá, sin embargo, con toda claridad, que “la revolución fue comenzada antes de que la guerra comenzase”.

Las revoluciones francesa y norteamericana, que en todos los campos y en todos los sentidos desplegarían su importancia en la historia universal, darán lugar así, entre otros muchos fenómenos absolutamente nuevos, al nacimiento de *la Constitución*. Las palabras proceden ahora de Georg Wilhelm Friedrich Hegel: “Los principios de estas revoluciones son principios de la razón, pero establecidos solamente en su abstracción y que por tanto resultan fantásticos y polémicos frente a todo lo existente”, afirmaba el profesor de Jena, quien anotaba, un poco más adelante, en sus *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, que “la primera Constitución francesa contenía los principios jurídicos absolutos”.² Ciertamente, la potencialidad ecuménica de las experiencias del 76 y del 89 en el concreto ámbito del *cosmos* constitucional es hoy pacífica, cuando no unánimemente aceptada. Y también la vigencia actual —más de doscientos años después de que los americanos procediesen a declarar su independencia y las turbas parisinas a tomar por asalto la Bastilla— de algunas de las cuestiones esenciales que la revolución liberal y el subsiguiente nacimiento del Estado constitucional iban a abrir hacia el futuro.

² G. W. F. Hegel, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, pp. 691 y 694.

Si a las experiencias históricas se las valora exclusivamente por el metro de su duración —ha escrito con acierto el constitucionalista italiano Giusseppe Ugo Rescigno—, entonces ciertamente la experiencia jacobina no merecería toda la atención que, sin embargo, se le dedica todavía hoy casi doscientos años después. La verdad es que esta experiencia está todavía en el centro de la reflexión porque, de forma similar a la de los Estados Unidos, revela por primera vez una problemática social y política (que penetra en el cuerpo social y en la práctica política) y no sólo teórica [...] que no está resuelta todavía y que es actual: la problemática que gira en torno a la relación Estado y sociedad.³

Habrá de ser precisamente la desigual forma de abordar tal relación, que vendrá determinada por el distinto *punto de partida* de la revolución en Norteamérica y en Francia, la que dará lugar, tras sendos procesos de evolución que en estas páginas trataré de explicar en sus rasgos más fundamentales, a que el *valor* de la Constitución —es decir, a que su alcance o significación jurídico-política— haya sido netamente diferente tras una y otra experiencias revolucionarias. Y así, si la Constitución ha sido concebida como un documento *político* que se limita a organizar el funcionamiento de los poderes del Estado (básicamente del legislativo y del ejecutivo), sus mutuas relaciones y las limitaciones resultantes de las mismas, y como un documento *jurídico* que se conforma como norma básica del ordenamiento jurídico estatal, y que es no sólo obligatorio para los poderes públicos, sino también determinante de las relaciones entre aquellos y los particulares, en la medida en que la Constitución se configura como *auténtico* y *supremo* derecho del Estado, estas dos versiones del constitucionalismo, estas dos materializaciones históricas del *valor* de la Constitución, se corresponden esencialmente con los modelos francés y norteamericano. En efecto, el concepto constitucional toma en la Europa continental y en los Estados Unidos dos caminos divergentes, que se traducen, en el primero de los casos, en la consideración de la Constitución, durante un largo periodo de tiempo, como mero documento político, y, en el caso americano, en la afirmación, desde los momentos inmediatamente posteriores al triunfo revolucionario y a la aprobación del texto supremo de 1787, de la considera-

³ G. U. Rescigno, “Il presidente della Repubblica”, en G. Branca, ed., *Commentario della Costituzione*, p. 156.

ción de la Constitución como una norma jurídica, con todas las importanzísimas consecuencias que ello iba a implicar. Entre otras, y de modo muy fundamental, la de la afirmación de instrumentos de naturaleza netamente diferente para garantizar, en uno y otro modelos, la defensa y protección de la Constitución.

Aunque, como acabo de apuntar, las páginas que siguen no pretenden otra cosa que abordar las líneas esenciales del proceso que condujo en Norteamérica y en Francia a la configuración de dos conceptos de Constitución que habrán de tener, hacia el futuro, una importancia decisiva en la conformación, a largo plazo, del derecho público de todos los Estados del occidente democrático; no quiero, sin embargo, cerrar este primer apartado casi introductorio sin dejar constancia del hecho de que la problemática que se apunta en los momentos iniciales del propio ciclo revolucionario, que no es otra en el fondo que la de cómo defender la integridad del texto constitucional de los ataques de naturaleza diferente de los que aquel puede ser objeto, habrá de continuar gozando de vigencia a lo largo de las dos centurias subsiguientes a la revolución. Según ha observado Pedro de Vega, en el proceso histórico de defensa de la Constitución son observables diversas etapas, la primera de las cuales, coincidente con la fase cronológica del constitucionalismo revolucionario, es la que ahora abordaré. Tras ella y como una de las diversas consecuencias del doctrinariismo liberal, que condiciona la apertura de lo que el propio De Vega ha denominado un utopismo constitucional mágico,⁴ la problemática de la protección de la Constitución, es decir, de su *valor*, quedará en un estado de latencia hasta que la crisis del Estado liberal de Derecho que se produce en los últimos compases del siglo XIX y los primeros del XX vuelva a ponerla, nuevamente, en primer plano.

Ciertamente, el proceso histórico que se desenvuelve de uno y otro lado del Atlántico en el último tercio del siglo XIX y en el primero del XX, constituye, a mi juicio, una segunda etapa, de significación extraordinaria, y de coherencia material indiscutible, para acercarse a la cuestión del *valor* de la Constitución, o, por formularlo de otro modo, a la de sus instrumentos de defensa. Por un parte, en Norteamérica, y en coincidencia con

⁴ P. de Vega, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 17.

una política, desconocida hasta la fecha, de intervencionismo estatal en el desarrollo de la vida económica y social, se asistirá a un relanzamiento del *activismo judicial*, cuyo carácter marcada y empecinadamente conservador provocará graves conflictos y volverá a colocar en el centro de los debates jurídicos y político-constitucionales la temática de la legitimidad del control judicial de la constitucionalidad. Baste en tal sentido con recurrir a la lectura de una obra que ya se ha convertido en clásica, la de Edouard Lambert (*Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, París, 1921), para comprender la extraordinaria trascendencia de lo sucedido en Norteamérica entre la década de los noventa del siglo XIX y las dos primeras del siglo XX.

Por otra parte, del otro lado del Atlántico, en Europa, toda una serie de complejísimos fenómenos políticos más o menos íntimamente interrelacionados entre sí —la caída de los régimen monárquicos convertidos en Repúblicas, o, en su caso, la progresiva marcha de los mismos hacia la parlamentarización; la apertura del campo político de la mano de la extensión del derecho de sufragio y, en combinación con ella, la consolidación de los primeros partidos políticos de masas como fundamentales elementos vertebradores de la vida política a institucional; o, el cambio en el tradicional equilibrio de poderes que había caracterizado durante el siglo XIX a las monarquías constitucionales, como consecuencia de la *fusión* política entre poder ejecutivo y poder legislativo típica del parlamentarismo, por citar sólo los fundamentales— trajeron como consecuencia que el principio clásico de separación de poderes, en el que los europeos habían confiado durante todo el siglo XIX como respuesta frente a los problemas derivados del control del poder del Estado —y, por tanto, de las formas de protección del orden constitucional—, se convirtiese en totalmente insuficiente para hacer frente a los retos inéditos que imponía la nueva situación.

Ello iba a determinar la reapertura en el continente europeo, ahora con más ímpetu y mucho mayores consecuencias desde el punto de vista del debate constitucional —tanto en el ámbito *político*, como en el *doctrinal*—, de la polémica sobre los instrumentos de defensa de la Constitución, cuyos más significativos episodios podrían detectarse en el debate doctrinal que enfrenta a Carl Schmitt y a Hans Kelsen y, sobre todo, en la apertura de un auténtico proceso de regulación constitucional —modélicamente

estudiado por Pedro Cruz Villalón en su obra *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*—que iba a conducir, como el propio Cruz Villalón ha subrayado, al paso de la Constitución *orgánica* a la Constitución *material* y al paso de la garantía *política* a la garantía *jurisdiccional* de la Constitución. En todo caso debe señalarse que los acontecimientos referidos más arriba en relación con Norteamérica no dejarían de tener importantes consecuencias en el debate europeo sobre el control de la constitucionalidad y la defensa de la Constitución. No puede de considerarse, en tal sentido, en absoluto casual, que algunas de las obras doctrinales más influyentes en Europa sobre ese tipo de cuestiones se presenten como estudios comparativos entre las experiencias europea y norteamericana —por ejemplo, las de André Blondel, *Le contrôle juridictionnel de la Constitutionnalité des Lois. Étude critique comparative: États-Unis-France*, París, 1928, o de Georges Solyom, *La juridiction constitutionnelle aux États-Unis et en Suisse. Étude sur le contrôle judiciaire de l'acte législatif*, Ginebra, 1923—, o que todo el riquísimo debate francés respecto de este tema, producido durante el periodo de vigencia histórica de la III República, estuviera entreverado por la evolución de la problemática del activismo judicial en Estados Unidos.

El proceso de regulación legislativa que, en ocasiones contradictoriamente, había comenzado en el periodo de entreguerras, se culminará, tras el final de la Segunda, con la elaboración de las constituciones democráticas de los países que habían vivido de forma más dramática el tremendo trauma de tener que soportar terribles tiranías (Italia y Alemania) y que, como agudamente ha destacado Javier Pérez Royo, vieron en la escasa peligrosidad de la justicia constitucional como instrumento de opresión uno de sus más convincentes elementos de justificación.⁵ La experiencia española de 1978, aunque obviamente distanciada de aquellas desde el punto de vista cronológico, ha entroncado con las mismas y ha convertido también a la Constitución actualmente vigente en una Constitución *material* que se defiende con instrumentos de naturaleza *jurisdiccional*. Ello no debe de resultar extraño a nadie, pues tanto en la España de 1978 como en la Italia y la Alemania de 1945 la justicia constitucional respondía a las mismas necesidades y a similares esperanzas: “Parece que ningún país europeo que

⁵ J. Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes*.

salga de alguna forma de régimen no democrático o de una tensión interna importante —ha escrito Mauro Cappelletti— puede encontrar mejor respuesta a las exigencias de tener que reaccionar contra demonios del pasado, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la justicia constitucional en su forma de gobierno”.⁶ Éste ha sido el punto de llegada de un largo proceso de evolución histórica cuyos orígenes van a ser precisamente objeto de tratamiento en los tres epígrafes que restan.

2. DOS SITUACIONES, DOS REVOLUCIONES: LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN

La centralidad del principio de la separación de poderes en el nuevo orden constitucional que inauguran las revoluciones liberales no necesita de justificación de ningún tipo. Desde la primigenia teorización lockiana en su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* hasta la posterior formulación canónica de Montesquieu en *Del espíritu de las leyes*, el principio pasará a ser clave de arco del edificio político que se construirá tras el derrumbamiento de las instituciones del Antiguo Régimen: el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano —según el cual, como es ya archiconocido, toda sociedad donde la garantía de los derechos no está asegurada ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución— es mucho más que una constatación de la importancia del principio: es una afirmación solemne de la consustancialidad entre la Constitución y la defensa de la libertad y de la imposibilidad de esa defensa —y de la protección de la Constitución misma como orden de derechos— si los poderes que nacen con la revolución se concentran en unas mismas manos y no permanecen separados.

Tal centralidad resulta, por otro lado, fácil de explicar. Aunque los monarcas absolutos habían dirigido a lo largo de casi dos centurias un proceso de progresiva concentración de facultades de control y de dominación política, lo cierto es que tal proceso quedaría inacabado, pues su culminación resultaba contradictoria con la propia *constitución social* del absoluto.

⁶ M. Cappelletti, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17.

tismo. Ello determina que a la postre el Estado liberal sea el primer poder absoluto de la historia, el primero que no admite competidores, lo que no significa, por supuesto, “que sea un poder cuyo contenido mismo determina arbitraria y caprichosamente. La soberanía del Estado indica exclusivamente que las competencias del poder estatal no pueden ser delimitadas *a priori*, porque no hay otros centros de poder que sustraigan determinadas esferas al poder del Estado”.⁷ Ese carácter *absoluto* de la nueva forma política alumbrada por la revolución, ese “poder central inmenso que ha atraído y absorbido en su unidad todas las parcelas de autoridad y de influencia que estaban antes dispersas en una multitud de poderes secundarios, de estamentos, de clases, de profesiones, de familias y de individuos y como esparcidas por todo el cuerpo social” —según la describirá magistralmente Tocqueville en *El antiguo régimen y la revolución*—, puede convertirse en un instrumento de opresión desconocido en la historia de la evolución humana.

Un peligro éste del que los propios contemporáneos son conscientes plenamente, como lo demuestran las reflexiones que realiza Montesquieu a partir de la experiencia de la Revolución Gloriosa de 1688 en Inglaterra. En el célebre Capítulo IV del Libro II *Del espíritu de las leyes* el gran publicista francés apuntará las graves consecuencias que podrían derivarse de la confusión de los *nuevos* poderes institucionales generados por la Revolución tras la supresión de los *antiguos* poderes intermedios cuya presencia caracteriza a las monarquías absolutas feudoestamentales: “En ciertos Estados de Europa algunos han creído abolir todas las justicias señoriales sin darse cuenta de que querían hacer lo que hizo el Parlamento inglés. Si abolimos las prerrogativas de los señores, del clero, de la nobleza y de las ciudades de una Monarquía, pronto tendremos un Estado popular o un Estado despótico”. Tras ello, el propio autor apunta con descarnado realismo que allí donde tal proceso de supresión ha sido acometido, en Inglaterra, la libertad es un bien inapreciable, pues su pérdida podría tener unas consecuencias desconocidas en cualquiera de las monarquías absolutas existentes cuando escribe Montesquieu: “Para favorecer la libertad los ingleses han suprimido todas las potencias intermedias que formaban su monarquía. Tienen razón conservando la libertad ya que, si la perdieran, serían uno de los pueblos más esclavos de la tierra”.

⁷ J. Pérez Royo, *Introducción a la teoría del Estado*, p. 43.

La garantía frente al peligro que supone ese nuevo poder de naturaleza desconocida hasta la fecha, un poder que ha concentrado *en su interior* todas las facultades de control y de dominación política que permanecían hasta entonces dispersas en la sociedad, no puede ser otra, por lo tanto, que su división *interna*, es decir, que su organización es de un modo tal que, como afirmaría el propio Montesquieu, “por la disposición de las cosas, el poder frene al poder”. Desde el primer momento, y según ha apuntado con razón Gaetano Silvestri, el problema de la separación de poderes no se iba a plantear, en consecuencia, como un problema lógico-jurídico sino como un problema político-práctico.⁸ Un problema político-práctico cuya solución dependerá, por ello, en cada caso, de las concretas condiciones históricas en que el mismo haya de abordarse: como es de todos conocido, las de América y las de Francia, cuando de uno y otro lado del Atlántico se abre el ciclo revolucionario, eran lo suficientemente diferentes como para que la forma de enfrentarse a la cuestión de la separación de los poderes del Estado fuera asimismo muy distinta.

¿Quién se atrevería a comparar —escribiría Tocqueville en *La democracia en América*— la guerra de América con las guerras de la Revolución francesa y los esfuerzos de los americanos con los nuestros cuando Francia, expuesta a los ataques de toda Europa, sin dinero, sin créditos, sin aliados, lanzaba a la vigésima parte de su población delante de sus enemigos mientras sofocaba con una mano el incendio que devoraba sus entrañas y movía a su alrededor la otra con la tea?

El contraste entre la situación francesa y la norteamericana no se derivaba únicamente, en todo caso, como expresan las palabras referidas del filósofo de Verneuil, de la diferente *coyuntura* en que se producen sus revoluciones respectivas. El contraste era mucho más profundo. Pero serán de nuevo las reflexiones de Tocqueville el mejor modo de captarlo. Al referirse en la obra antes citada al punto de partida y al estado social de los angloamericanos, el publicista francés deja constancia de la atracción que sobre él había ejercido, tras su periplo americano, “el singular fenómeno de una sociedad en la que no se encontraban ni grandes señores, ni pueblo

⁸ G. Silvestri, *La separazione dei potere*, vol. II, p. 61.

y, por decirlo así, ni pobres ni ricos”. Tocqueville conecta esta singularidad con los orígenes de Estados Unidos (“América es el único país en el que se ha podido asistir a los desarrollos naturales y tranquilos de una sociedad y donde ha sido posible precisar la influencia ejercida por el punto de partida sobre el porvenir de los Estados”), y destaca la influencia de los mismos sobre la construcción del régimen constitucional en Norteamérica: “La población de Nueva Inglaterra crecía rápidamente y mientras en la madre patria la jerarquía de los rangos clasificaba aun despóticamente a los hombres, la colonia ofrecía cada vez más el espectáculo nuevo de una sociedad homogénea en todas sus partes. La democracia se liberaba fuerte y bien armada, como no se había atrevido a soñar la Antigüedad, de en medio de la vieja sociedad feudal”.

Será esa *homogeneidad social* y su decisiva traducción institucional la que posibilitará plantear en América la cuestión de la separación de poderes en términos distintos a aquellos en los que se había planteado en Inglaterra y en los que habrá de plantearse con posterioridad en la Europa continental: en la Francia revolucionaria o en la España gaditana.

La Constitución norteamericana —ha apuntado con precisión Nuno Piçarra— fue la primera en adoptar el principio de la separación de poderes al margen de las estructuras monárquicas que sobrevivirán, a lo largo de todo el siglo XIX, en el constitucionalismo europeo. La Constitución se limitó a un esquema orgánico-funcional [...] desarrollando los mecanismos de relación interorgánica, es decir, el sistema de frenos y contrapesos entre órganos funcionalmente diferenciados, todos democráticamente legitimados.⁹

En suma, la concepción típicamente norteamericana de que en el futuro Estado constitucional que consagraba la Carta Suprema aprobada en Filadelfia, el poder legislativo sería más peligroso para la libertad que el poder ejecutivo —concepción que determinará, como veremos, de forma decisiva, la configuración de la Constitución— no se iba a derivar exclusivamente de una experiencia histórica inmediata que así parecía haberlo confirmado —la del periodo que media entre la Independencia y la elab-

⁹ N. Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, p. 200.

boración del texto constitucional— sino también del hecho insoslayable de que, en América, el Estado constitucional se construirá sin tener que hacer frente a todo el muro de resistencias (sociales e institucionales) que por su parte se verán obligados a derribar —en un proceso lento, socialmente costoso y políticamente contradictorio— los constituyentes liberales europeos.

Entre ellas, y como traba primordial, la barrera institucional que en Europa se iba a derivar de la necesidad de transformar en titulares de órganos constitucionales del Estado a los antiguos monarcas absolutos. Así las cosas, mientras que en el Viejo Continente el fin de la separación de los poderes sería prevalentemente el de repartir entre *viejos* y *nuevos* sujetos políticos las diferentes actividades constitutivas del funcionamiento del Estado, lo que explica la constitucionalización de ejecutivos *dualistas*, con la configuración de un órgano, la Jefatura del Estado, destinado a dar cobijo, transformándolo, al antiguo soberano, el *punto de partida* de la experiencia de Estados Unidos será muy diferente. La ausencia de un monarca absoluto al que se debiera *encajar*, política y jurídicamente, en el nuevo esquema constitucional de los poderes estatales, permitirá a los norteamericanos no sólo configurar un ejecutivo *monista*, sino también optar por hacer derivar el poder de tal órgano estatal de la misma fuente de la que se había hecho derivar la legitimidad del poder legislativo: de la soberanía popular. Es decir, y por expresarlo de forma muy sucinta, les permitirá convertir a los dos órganos centrales determinadores de la dirección política estatal en órganos democráticamente legitimados.

James Madison, uno de los Padres Fundadores de la nueva nación americana, dejará clara constancia en *El Federalista* del contraste entre América y Europa al que me vengo refiriendo, es decir, del auténtico salto cualitativo existente entre el gobierno de las monarquías y el de las repúblicas. Según Madison, la situación es bien distinta “en un gobierno en el que amplias y numerosas prerrogativas están depositadas en las manos de un monarca hereditario”, gobierno en el que, según el político y publicista norteamericano, “el órgano ejecutivo es justamente observado como fuente posible de peligros y consecuentemente vigilado con todo el celo que inspira el entusiasmo por la libertad”, y en un gobierno republicano en el que también el poder ejecutivo procede de la legitimidad democrática:

En una República representativa en donde los poderes del titular del ejecutivo están limitados, tanto en lo relativo a su extensión como a su duración, y donde el poder legislativo es ejercido por una asamblea, que, inspirada por su supuesta influencia sobre el pueblo, tiene una intrépida confianza en su propia fuerza —una asamblea que es suficientemente numerosa como para sentir todas las pasiones que agitan a la multitud, pero no tanto como para ser capaz de perseguir el objeto de sus pasiones por los medios que prescribe la razón— el pueblo deberá dirigir su celo y utilizar todas sus precauciones contra las tentativas ambiciosas de este órgano.

El punto de partida en el constitucionalismo europeo continental será del todo diferente, contradictorio incluso, en la medida en que en él el parlamento se configura justamente como la garantía de pervivencia del propio sistema constitucional. “El parlamento liberal —ha escrito Pérez Royo— era sobre todo un órgano de defensa de la sociedad frente a un Estado sustancialmente autónomo. De ahí que la constitución lo configurase como titular de derechos de los que podía hacer uso como estimase oportuno sin control de ningún tipo”.¹⁰ Los constituyentes gaditanos habían de expresarlo en España, por boca del *Divino Argüelles*, con una claridad que no es fácil que encuentre parangón. Cuando se discutía uno de los preceptos del texto de 1812 por los que se disponía el automatismo en la reunión de Cortes (automatismo que impedía que la misma dependiese, en consecuencia, de la voluntad del Rey), el diputado afirmaría que tal artículo era “la clave de todo el edificio constitucional”. El propio Argüelles explicaría en un discurso vibrante, como en él era habitual, las razones en que se basaba tan radical y solemne afirmación:

Examínense las facultades de las Cortes y las señaladas al poder del Rey, y se verá que aquellas exigen el constante ejercicio y vigilancia de la representación nacional; éstas el incessante desvelo de un gobierno que debe ocuparse con preferencia en objetos de reconocida urgencia y naturaleza muy diferente. Las leyes, Señor, aunque estén dictadas por la misma sabiduría, no hacen más que la mitad de la obra. Su observancia es el fundamento de la prosperidad pública, y sólo puede asegurarse por medio de un cuerpo permanente que tenga a su cuidado el reclamarla. *Tal es la reunión anual de*

¹⁰ J. Pérez Royo, “El parlamento” (texto inédito).

las Cortes. Todo lo demás es inútil, es ineficaz, engañarse la Nación y prepararse a sí misma la ruina de la ley fundamental, único baluarte en que libra su independencia y libertad.

Como a continuación trataré de explicar, concepciones tan distintas, sólo entendibles a partir del dato de las muy diferentes situaciones de partida en que se produce la revolución en América y en Francia (tanto desde una perspectiva coyuntural, como desde una visión más decisivamente estructural), iban a dar lugar a una muy desigual configuración del concepto de Constitución, es decir, a una muy diferente afirmación en relación con su *valor* —con su alcance y significación, como antes se apuntaba—, bien desde el punto de vista político, bien desde una óptica jurídica. A dar cuenta de la relación existente entre el proceso que hasta ahora se ha descrito y el de afirmación que acaba de apuntarse están dedicados los dos epígrafes siguientes.

3. NORTEAMÉRICA: LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución norteamericana de 1787 presenta un doble interés desde el punto de vista de su significación a la hora de proceder a definir el *valor* asignado a la Constitución en Estados Unidos: de un lado, por el esquema que en la misma se establece en relación con la división de poderes; de otro, por la previsión en su tenor literal de un procedimiento *expreso* y *especial* de reforma constitucional.

En cuanto a lo primero, y como hemos visto ya, la experiencia constituyente norteamericana en relación con la separación de los poderes se vertebraba en gran medida a partir del principio del temor y la desconfianza hacia el poder legislativo, experiencia que, como igualmente vimos, estuvo condicionada no sólo por circunstancias de tipo coyuntural, sino también por las exigencias de naturaleza estructural que se derivaban de un modelo constitucional en el que los dos poderes fundamentales del Estado (legislativo y ejecutivo) procedían de la misma fuente de legitimidad: el voto popular. Lo decisivo de tal experiencia, desde la perspectiva que me importa aquí, es que debido a ella será posible que en América se plantee en el decurso de la Revolución un problema que en Europa sólo se abordará

décadas más tarde: el derivado de la necesidad de compatibilizar el respeto al principio democrático con la garantía de los derechos de las minorías.

Aunque podrían traerse a colación pruebas diversas de tal preocupación, es suficiente con reproducir las reflexiones al respecto de James Madison, uno de los autores de *El Federalista*, quien se hace eco en la obra referida de las lamentaciones de quienes creen que “frecuentemente se adoptan decisiones, no según las reglas de la justicia y los derechos de la minoría, sino por la superior fuerza numérica de una mayoría interesada y prepotente”, y se plantea la centralidad de tal cuestión para el Estado representativo (*popular government*): “El gran objeto al que se dirige nuestra investigación —escribe Madison— es el de cómo asegurar el bien público y los derechos de los particulares contra el peligro de una facción, preservando al mismo tiempo el espíritu y la forma de un gobierno popular”. Y ello porque el futuro Presidente de la Unión será consciente de que en el nuevo Estado constitucional construido tras la Independencia, el mantenimiento de la libertad no sólo exigirá establecer garantías para la *sociedad* frente al *Estado*, sino también proteger a la minoría frente a un eventual *abuso democrático*. Sus palabras son en este caso de una transparencia que hace inútil todo comentario adicional:

Es de una gran importancia en una república no sólo salvaguardar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino también salvaguardar a una parte de la sociedad contra la injusticia de la otra parte. Diferentes intereses existirán necesariamente en diferentes clases de ciudadanos. Si la mayoría está unida por un interés común, los derechos de la minoría no están asegurados.

En conclusión, y por expresarlo con toda concisión, en el desarrollo de la experiencia revolucionaria norteamericana todo apuntaba en el sentido coincidente de situar en primer plano la cuestión de la limitación del poder legislativo, es decir, la cuestión de la limitación del poder del órgano encargado de la función legislativa del Estado. El esquema de separación de poderes, y la reflexión política en que el mismo se basaba, encerraba, en consecuencia, lo que podríamos llamar las *condiciones de necesidad* que iban a exigir el otorgar un determinado *valor* a la Constitución como medio para someter a límites precisos a uno de los poderes constituidos del

Estado. Y ello porque entre los medios que los Padres Fundadores del constitucionalismo americano concibieron para hacer frente a esa indeseable posibilidad de un eventual abuso democrático se incluyeron, junto con otros mecanismos, como el voto presidencial o la estructura federal del poder territorial, el de la intervención del poder judicial como instrumento de control del poder legislativo.¹¹ Alexander Hamilton lo expresara con meridiana claridad en *El Federalista*:

Pero no es sólo como vía para prevenir las infracciones de la Constitución como la independencia judicial puede constituir una salvaguardia contra los efectos de los malos humores que pueden producirse ocasionalmente en la sociedad. En algunos casos, éstos no se extienden más allá de perjudicar en sus derechos a determinadas clases de ciudadanos particulares, por medio de leyes injustas y parciales. También aquí la firmeza de la magistratura tiene una gran importancia para mitigar la severidad y limitar los efectos de tales leyes.

Si la reflexión de los Padres Fundadores sobre la separación de los poderes y la exigencia subsiguiente de mantener los derechos de las minorías encerraba las *condiciones de necesidad* del otorgamiento de un determinado *valor* a la Constitución, el segundo de los elementos antes mencionados —la previsión de un procedimiento especial de reforma constitucional— generaría, por su parte, sus *condiciones de posibilidad*. ¿Cuál iba a ser, en tal sentido, la virtualidad constitucional —es decir, la significación desde el punto de vista de la teoría general de la Constitución— que, desde el momento mismo de aprobación de la Carta de Filadelfia, tuvo el establecimiento de un procedimiento especial de reforma de la Constitución? Aunque en respuesta a tal pregunta no es posible entrar aquí en un estudio detenido de la compleja problemática jurídica de la relación existente entre rigidez constitucional, exigencia de un procedimiento *expreso* de reforma y superioridad formal de la Constitución, a los efectos de este trabajo es suficiente con dejar constancia de que los constituyentes norteamericanos tuvieron plena conciencia de las consecuencias que deberían derivar-

¹¹ R. L. Blanco Valdés, “El estado social y el derecho político de los norteamericanos”, en *Fundamentos*, núm. 2.

se del hecho de que la Constitución estableciese un procedimiento especial y, por tanto, *expreso* de reforma. Hamilton habría de expresarlo de forma sencilla y transparente en el número 78 de *El Federalista*:

Aunque confío en que los partidarios de la Constitución que ha sido propuesta no estarán nunca de acuerdo con sus adversarios en poner en duda el principio fundamental del gobierno republicano que admite el derecho del pueblo a modificar o a abolir la Constitución establecida en cualquier momento en que la considere contradictoria con su felicidad, no debe inferirse de tal principio que los representantes del pueblo puedan violar justificadamente algunas de las previsiones de la Constitución, en cualquier momento en que una mayoría de sus electores de forma momentánea considerasen sus inclinaciones incompatibles con la Constitución existente; o que los tribunales deban considerarse en la obligación de aceptar las infracciones cometidas por tal causa, de la misma forma que no lo estarían si las mismas procedieran de las intrigas del cuerpo representativo. Hasta que el pueblo, *por medio de una ley solemne y competente*, haya anulado o cambiado la forma de gobierno establecida, estará vinculado a la misma, tanto colectivamente, como desde el punto de vista individual; y ninguna presunción, ni incluso ningún conocimiento de los sentimientos del pueblo, puede justificar a sus representantes para apartarse de la Constitución antes de haberse aprobado tal ley.

A la vista de todas estas reflexiones de los Padres Fundadores podría decirse que en la experiencia americana todo apuntaba en el sentido coincidente de afirmar la supremacía de la Constitución y, con ella, o mejor, para su eficacia práctica, en el de asentar el control de constitucionalidad. Si el miedo al legislador y la solemnidad formal de la Constitución generaban, respectivamente, las que hemos llamado condiciones de *necesidad* y de *posibilidad* del valor de la superioridad constitucional y del correlativo instituto del control, cabría pensar que el proceso por el cual acabó por asentarse un verdadero *modelo americano* fue un proceso pacífico y tranquilo, consecuencia natural de unas necesidades y unos principios indiscutibles por sí mismos. Las cosas ocurrieron en la realidad de manera bien distinta. No entraremos aquí, pues no es ése el objeto de estas páginas, en el estudio del proceso contradictorio y conflictivo que acabaría conduciendo —después de algunos antecedentes históricos que apuntaban decididamente

en el sentido de otorgar un valor jurídico al texto constitucional— al histórico pronunciamiento del juez Marshall en el celebérrimo *Mandamus Case* (*Marbury v. Madison*). Baste don decir, a ese respecto, que por más que la Convención de Filadelfia se clausurase sin una aceptación explícita en el texto constitucional de la institución de la *judicial review*, lo cierto es que mucho antes de que Marshall abriera, y en un cierto sentido podría decirse que cerrara, la cuestión, con su audaz decisión en el citado *Mandamus Case*, los propios Padres Fundadores habrían de realizar por boca de Hamilton en *El Federalista*, una interpretación precisa de la Constitución, que no dejaba lugar a ningún género de dudas sobre el importantísimo paso histórico que los constituyentes americanos habían dado para afirmar el valor jurídico de la Constitución y para crear, con ello, un genuino modelo constitucional, muy diferente del que habrán de ensayar durante décadas los constituyentes europeos. Con el estudio de la misma cerraré ya este epígrafe.

El punto de partida de la argumentación hamiltoniana no será otro que el consistente en retomar uno de los elementos vertebradores de toda la reflexión político-constitucional de los Padres Fundadores y, más en general, del movimiento revolucionario norteamericano: la denuncia de los peligros que en un régimen republicano —es decir, en un régimen donde los dos fundamentales órganos políticos del Estado, ejecutivo y legislativo, están democráticamente legitimados—, se derivan de los posibles excesos del poder del parlamento. Hamilton conectará directamente esta cuestión con la relativa a la funcionalidad política del poder judicial, el único a su juicio que puede actuar como una barrera eficaz frente a la *voracidad* parlamentaria, de forma tal que la independencia de los tribunales resultará ser, a la postre, la mejor garantía de una Constitución limitada. Tal denuncia de la peligrosidad parlamentaria se combina, además, con la afirmación de la nula capacidad de oprimir de la magistratura, lo que permite a Hamilton obtener una primera conclusión que resulta ser sorprendentemente clara: “Las limitaciones de esta clase [al legislativo] no pueden preservarse en la práctica por otra vía que la de los tribunales de justicia, cuyo deber será declarar nulas todas las leyes contrarias al sentido manifiesto de la Constitución. Sin ello —resume el publicista americano— todas las reservas que se realicen respecto de determinados derechos o privilegios quedarán en nada”.

El esquema resulta, en verdad, de una lógica política casi inapelable. La peligrosidad del poder legislativo y la paralela falta de peligrosidad del judicial deben convertir al último en vigilante permanente de las facultades del primero, mediante el control de la constitucionalidad. Control que tiene no sólo una finalidad jurídica, es decir, de protección del texto de la Constitución, sino también política, en la medida en que, como vimos más arriba, la Constitución es fundamentalmente un ámbito de garantías de los particulares y, muy especialmente, de los grupos de particulares, o, lo que es lo mismo, de las minorías. Pero la intervención del judicial no sólo es necesaria según Hamilton, sino que ha de resultar también posible, es decir, ha de resultar coherente con los principios caracterizados de una Constitución limitada, de forma que a su lógica política se añada una correlativa lógica jurídica. Ésta es, sin duda, la cuestión central que Hamilton aborda a lo largo de sus análisis, y que soluciona de una forma que determinará que su reflexión acabe por convertirse en un punto de referencia insoslayable en el proceso histórico de construcción del control judicial de la constitucionalidad.

La pregunta a la que el coautor de *El Federalista* comenzará por dar respuesta no es otra que la relativa a si la facultad de control del poder legislativo que se atribuye al judicial no convertirá a los magistrados en un poder sobrepuerto al parlamento. Esta cuestión —que, ciertamente, latirá siempre hacia el futuro en el debate posterior sobre la legitimidad de la *judicial review*— será contestada por Hamilton con la argumentación de que los jueces no pueden, en el ejercicio de su función interpretadora de las normas, hacer otra cosa más que declarar nulas las leyes contrarias a la Constitución, pues esta nulidad se deriva de los propios principios que rigen todo sistema constitucional, es decir, todo sistema presidido por una *ley fundamental*: “Se argumenta —dirá Hamilton— que una autoridad que puede declarar nulos los actos de otra debe ser necesariamente superior a aquella cuyos actos han sido declarados nulos. Como esta doctrina tiene gran importancia en todas las constituciones americanas, será conveniente una breve discusión sobre las bases en que se asienta”. En tal discusión, que el publicista americano sostiene con los adversarios de la *judicial review*, Hamilton defenderá esa facultad de la magistratura en primer lugar como una consecuencia de la facultad general de los jueces para interpretar las leyes, de forma tal que afirmar que, cuando lo hacen, se están inmiscuyendo en el ámbito del poder legislativo, sería tanto como negar la posibilidad de

que los jueces existiesen como órganos separados de los órganos legislativos. Pero la defenderá también, en segundo lugar, y esto es lo más fundamental, como una necesidad derivada de la superioridad formal de la Constitución sobre las leyes:

No hay proposición que dependa de principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario al tenor del mandato bajo el cual se ejerce, es nulo. Por tanto, ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida. Negar esto sería tanto como afirmar que el diputado es superior al mandante; que el siervo es superior al amo; que los representantes del pueblo son superiores al propio pueblo; y que los hombres que actúan en virtud de apoderamiento pueden hacer no sólo lo que éste no permite, sino incluso lo que prohíbe.

Aunque ya en esta reflexión apunta Hamilton a la cuestión de la superioridad de la Constitución sobre la ley como elemento explicativo del control de la constitucionalidad, el americano retomará más abajo la cuestión, ahora con una claridad argumental y una rotundidad justificadora que hacen innecesario cualquier comentario adicional:

No es admisible la suposición de que la Constitución haya tenido la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad por la de sus constituyentes. Es más racional suponer que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras, de mantener a aquélla dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes —continuaba Hamilton— es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

Es difícil expresarlo con mayor transparencia y sencillez. La superioridad de la Constitución sobre la ley y la consiguiente obligación del juez de aplicar el ordenamiento a partir de esa consideración fundamental es una

consecuencia ineluctable de su superioridad *formal*, es decir, de la supremacía política de la fuente de procedencia de la Constitución: en una palabra, del hecho de que ésta emana del poder constituyente, un poder, por definición, superior a los poderes constituidos y, entre ellos, al poder legislativo que ejerce el parlamento. Aunque la preexistencia de esta perfecta construcción jurídico-política no resta un ápice de mérito al juez Marshall en su papel de pionero de la *judicial review of legislation*, bien está, en todo caso, reconocer que las bases teóricas que le permitirían su audaz pronunciamiento en *Marbury v. Madison* habían ya sido sentadas por los Padres Fundadores. Uno y otros, más una peculiar coyuntura de la historia que así vino a exigirlo, condicionarían la aparición y la posterior lenta afirmación de un *modelo americano* que se caracterizó en una palabra por la afirmación de la supremacía de la Constitución. El *europeo* que, a partir de la experiencia francesa analizaré a continuación, se caracterizaría por el principio opuesto: el de supremacía de la ley. Nadie mejor que Tocqueville, que tras su viaje por América había comprendido como pocos la importancia de la *judicial review* en el funcionamiento del sistema constitucional estadounidense, para explicar el porqué de ese contraste:

Sé que al negar a los jueces el derecho a declarar inconstitucionales las leyes —dejará escrito el publicista de Verneuil en *La democracia en América*— damos indirectamente al cuerpo legislativo el poder de cambiar la Constitución, pues no encuentra más barreras legales que lo detengan. Pero más vale conceder el poder de cambiar la Constitución del pueblo a unos hombres que representan imperfectamente las voluntades del pueblo que a otros que no se representan más que a sí mismos.

Como veremos a continuación, Tocqueville no hace con estas reflexiones otra cosa que reproducir las ideas que se habían conformado como dominantes a lo largo de esa Revolución a la que el francés habría de dedicar una de sus obras celeberrimas.

4. FRANCIA: LA SUPREMACÍA DE LA LEY

Como ya se ha apuntado más arriba, la configuración del concepto de Constitución —de su *valor*— en Europa exige constatar las muy diferen-

tes condiciones (coyunturales y estructurales) de partida: en esencia, la vigencia, en el momento en el que se produce el estallido de la Revolución, de las instituciones del Antiguo Régimen y, de forma muy especial en lo que aquí nos interesa, de las monarquías absolutas.

Y es que será en el preciso contexto histórico caracterizado por tales condiciones en el que el ámbito —teórico y político— de la separación de poderes se conformará como un ámbito privilegiado para comprobar las consecuencias de ese muy diferente *punto de partida* en contraste con el americano: el permanente y en general radical enfrentamiento entre el poder legislativo y el poder ejecutivo traslucirá, mejor que casi cualquier otra circunstancia, la tensión entre el nuevo órgano surgido de la revolución (el más fiel portador de sus valores y proyectos) y sus más firmes adversarios sociales e institucionales, entre los que destacará el monarca absoluto, al que la propia revolución va a convertir en titular de un órgano estatal, la jefatura del Estado, y va a entregar el ejercicio del poder ejecutivo.

Aunque no entrará aquí en un análisis pormenorizado de los diferentes esquemas de separación de poderes establecidos en las diferentes constituciones francesas del ciclo revolucionario, lo cierto es que por debajo de la sucesión de las distintas fases de la Revolución, tan bien simbolizadas en los tres textos jurídicos supremos del periodo (los de 1791, 1793 y 1795) iban a ir decantándose de forma progresiva unos principios constitucionales que finalmente resultarían incompatibles con el carácter normativo de la Constitución que había triunfado en Norteamérica: entre otros, y como primordial, según veremos seguidamente con detalle, el de la supremacía —imperio— de la ley.

En efecto, pese a las notables diferencias entre los sistemas establecidos en las tres constituciones referidas —el de separación absoluta sin balanza de poderes en 1793, y los de separación corregida por elementos internos de equilibrio: el voto suspensivo (en 1791) y la división bicameral del órgano legislativo (en 1795)— el constitucionalismo revolucionario fue decantando un modelo de división de poderes que acabará por concluir en la superioridad del parlamento y en el que no podía sino ser su correlato: la supremacía de la ley. Así las cosas, la superioridad *política* del parlamento y la supremacía *jurídica* de la ley no fueron sino, a la postre, las dos caras de una misma moneda, el anverso y el reverso de un único principio constitucional que acabará dando lugar, primero en el derecho público francés

y luego, debido a su influencia, y durante largas décadas, en el derecho público europeo, a toda una serie de consecuencias en el ámbito de la teoría de la Constitución, una de las cuales debe destacarse por conformarse casi como la síntesis de todas las demás: me refiero a la negación del carácter normativo de la Constitución misma, es decir, a la fijación de su *valor* en el sentido en que me vengo refiriendo a tal concepto.

¿Cuáles fueron las proposiciones conformadoras de ese nuevo concepto de la ley que, llamado a tener tanta trascendencia, se expresaría con suma concisión desde el momento mismo del triunfo de la Revolución en el artículo 6o. de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, según el cual *la ley es la expresión de la voluntad general?* Carré de Malberg las sintetizó en su día de forma magistral:¹² en primer lugar, la afirmación de aquélla tenía por fundamento la voluntad general y que, por tanto, no era sino la expresión de esa misma voluntad; en segundo lugar, la correlativa afirmación de que la voluntad general se expresaba por el cuerpo legislativo del Estado, en tanto que representante de la totalidad de los ciudadanos. La conjunción de una y otra afirmación iba conducir indefectiblemente a la proclamación de la soberanía del propio órgano representativo nacional; en una palabra, a la proclamación final de la *soberanía parlamentaria*. De nuevo Carré de Malberg lo expresará de forma insuperable:

El sistema representativo que la Constitución ha erigido partiendo del principio de la soberanía nacional, se sustancia, en definitiva, en un sistema de soberanía parlamentaria. El parlamento era doblemente soberano: lo era, en primer lugar, frente a todas las autoridades, en la medida en que configura ba, frente a ellas, al pueblo con su poder derivado de la voluntad general; y lo era también, con absoluta realidad, frente al propio cuerpo de los ciudadanos, porque, como había dicho Sieyès, aquél no podía expresar su voluntad general más que por medio de la asamblea de diputados.¹³

Las palabras del abate no dejaban, en efecto, lugar a ningún género de dudas respecto de la relación entre la nación y la Asamblea Nacional, que se hipostasiaban al servicio del proyecto de convertir a la segunda en úni-

¹² R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, pp. 17-18.

¹³ *Ibid.*, pp. 21-22.

co órgano de expresión de la primera. En su célebre discurso del 7 de septiembre sobre el voto real, Sieyès se expresa en términos de una meridiana claridad respecto de esa identificación entre la voluntad general y la de los representantes: “Sé —dirá al comienzo de su brillantísimo discurso— que a fuerza de distinciones de una parte, y de confusiones, por otra, hemos llegado a considerar la voluntad nacional como si pudiera ser otra cosa que la voluntad de los representantes de la nación, como si la nación pudiera hablar de otra manera que no fuese a través de sus representantes”. En la misma línea de principios, se referirá más adelante a la Asamblea Nacional como “la única encargada de interpretar la voluntad general” y se preguntará retóricamente respecto de esta última. ¿“Dónde puede estar, donde puede ser reconocida tal voluntad, sino es en el seno de la propia Asamblea Nacional?” La respuesta a la pregunta de Sieyès podría encontrarse, por ejemplo, en las manifestaciones de Barère varios años más tarde, en 1793, cuando el diputado expresaba este principio fundamental del derecho público francés como algo ya políticamente inobjetable. “Es necesario no olvidar un principio, el de que sólo existe un único poder, el poder nacional, que reside en el cuerpo legislativo”.

La concisa reflexión del diputado de Tarbes expresa a la perfección la base motriz fundamental determinadora de las relaciones entre los poderes del Estado y en concreto, en relación con lo que ahora constituye nuestro centro de interés, entre el poder legislativo y judicial. ¿Por qué? Pues porque habrá de ser esencialmente esa concepción política —que conduce, en el terreno de la práctica constitucional, al tránsito de la soberanía *nacional* a la soberanía *parlamentaria*— el punto de partida necesario para abordar la problemática de la concreta plasmación del *valor* de la Constitución en el modelo liberal surgido de la Revolución francesa. Como seguidamente explicaré, la concepción de la ley como expresión de la voluntad general (o, lo que es políticamente equivalente, de la voluntad de la Asamblea Nacional) iba a producir muy importantes consecuencias en el ámbito más decisivo en el que se pone de relieve la eficacia de las leyes, es decir, en el de su aplicación por parte de los tribunales de justicia. Y ello tanto en lo relativo a su *interpretación* como en lo referente a su *aplicación* por parte de los órganos conformadores del poder judicial del Estado.

Ciertamente, la primera manifestación fundamental del principio de la supremacía de la ley, y de su trasunto, el de la soberanía parlamentaria, se

concretará en la creación de un instituto jurídico muy típico de toda la fase histórica de implantación en Francia del régimen constitucional: el conocido como *référe législatif*, así denominado porque en virtud del mismo se refería (remitía) al poder legislativo la facultad última para interpretar el texto oscuro de una ley. La Constitución de 1791 disponía, en tal sentido, que “cuando después de dos ocasiones el fallo del tercer tribunal fuera atacado por los mismos medios que los dos primeros, la cuestión no podrá ser planteada nuevamente al Tribunal de Casación sin haber sido sometida al cuerpo legislativo, que emitirá un decreto declaratorio de la ley, al que el tribunal de casación tendrá necesariamente que ajustarse” (Tít. III, Cap. V, art. 21). Una norma casi idéntica se contendría en el artículo 256 de la Constitución del año III. Los textos precitados no hacían otra cosa que recoger el instituto del llamado *référe obligatorio*, creado por la Ley del 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790. Junto a él, la Ley del 16-24 de agosto del mismo año institucionalizaba el denominado *référe facultativo* al disponer, en su artículo 12, que los tribunales “no podrán en ningún caso hacer reglamentos; pero se dirigirán al cuerpo legislativo todas las veces que creyeran necesario bien interpretar una ley, bien hacer una nueva”.

Aunque la significación y alcance del instituto del *référe* planteó desde muy pronto un profundo debate doctrinal, que se ha mantenido en Francia hasta la fecha, lo que ahora me interesa destacar es que en la concepción de los constituyentes de la Revolución, tan bien expresada por la creación del *référe*, el poder legislativo podía no sólo inmiscuirse en la función jurisdiccional, sino que acababa convirtiéndose en la práctica en el auténtico superior de los tribunales de justicia. Esa concepción era, por lo demás, perfectamente coherente con la absoluta desconfianza de los revolucionarios hacia el poder judicial:

No se puede negar —afirmaría Bergasse en su *Informe* en nombre del Comité de Constitución sobre la organización del poder judicial, presentado a la Asamblea Nacional el 13 de agosto de 1789— la influencia sin límites del poder judicial; pero, si su influencia es ilimitada, si es superior a la de todos los otros poderes públicos, no existe, por lo tanto ningún poder público que sea necesario limitar con más exactitud que aquél; no existe ninguno, en consecuencia, que sea conveniente organizar con una prudencia más inquieta y con precauciones más escrupulosas.

Prudencia y precauciones que iban a traducirse, entre otras cosas, en la creación del *référe*, a la que me vengo refiriendo, creación que era manifestación de una concepción netamente diferente a la que había triunfado en América en relación con el papel constitucional encomendado a los tribunales. Así, sólo tres años después de que los Padres Fundadores anotasen en *El Federalista* las reflexiones que hemos tenido ocasión de analizar en su lugar, Robespierre expresaría en la constituyente gala algunas que eran contradictorias de medio a medio con aquellas. Con ocasión del debate de la Ley antes citada, del 27 de noviembre-1 de diciembre, reguladora del *référe* obligatorio, el diputado de Arras pronunciaría unas palabras que verdaderamente no tienen desperdicio:

Los tribunales se establecen con la finalidad de decidir las discusiones entre ciudadanos y ciudadanos; allí donde finaliza el poder judicial, comienza la autoridad del tribunal de casación. Es sobre el interés general, sobre el mantenimiento de la ley y la autoridad legislativa, sobre lo que debe pronunciarse el tribunal de casación. Dado que el poder legislativo no establece más que la ley general, cuya fuerza depende de su exacta observación, si los magistrados pudiesen sustituirla por su propia voluntad, se convertirían en legisladores. Es por ello necesario establecer la vigilancia que mantenga a los tribunales dentro de los principios de la legislación. Este poder de vigilancia —se preguntaba Robespierre— ¿deberá ser parte del poder judicial? No, porque es el propio poder judicial el vigilado. ¿Deberá ser el poder ejecutivo? No, porque se convertiría en dueño de la ley. ¿Debe ser, en fin, un poder diferente de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial? No, porque yo no conozco cuatro poderes en la Constitución. Este derecho de vigilancia —concluía el diputado de Arras— es, por tanto, una dependencia del poder legislativo. En efecto, según los principios auténticamente reconocidos, es al legislador a quien corresponde la interpretación de la ley que él mismo ha hecho; incluso en el antiguo régimen estaba consagrado este principio.

En conclusión, y como ha sido apuntado por Hufteau, la Asamblea Nacional constituyente entendió la función jurisdiccional como una función consistente en la mecánica aplicación de la ley, aplicación en la que el juicio resultaba un silogismo, cuya premisa mayor era la ley, cuya premisa menor era el hecho objeto de litigio y cuya consecuencia no resultaba otra que

la resolución del órgano jurisdiccional.¹⁴ Será precisamente a partir de esta concepción, que obviamente colocaba al poder judicial en una posición funcionalmente subordinada al poder legislativo, como debe interpretarse el instituto del *référendum obligatorio*, una institución cuya transcendencia, hasta su desaparición definitiva en 1837, no residirá tanto en su importancia material, cuanto en su significación como pieza consecuente con toda una construcción constitucional que se basaba en la supremacía de la ley y en la negación de la supremacía jurídica de la Constitución.

En todo caso habrá de ser la otra pieza que daba coherencia al edificio erigido por los liberales de este lado del Atlántico —la prohibición del control judicial de la constitucionalidad de las leyes— la llamada a tener unas consecuencias de mayor envergadura. En efecto, frente a la corta pervivencia histórica del *référendum legislativo*, la citada prohibición, a la que dedicaré las páginas finales de este estudio, acabará por convertirse en uno de los elementos definidores de la teoría constitucional francesa, algo que seguro no llegaron siquiera a adivinar los autores de la ley 16-24 de agosto de 1790, cuando en su artículo 10 establecieron que “los tribunales no podrán tomar directa o indirectamente parte alguna en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir ni suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo, sancionados por el Rey, bajo pena de prevaricación”. Significaba esta prohibición —posteriormente reproducida, con formulaciones similares, por el texto constitucional de 1791, por el frustrado proyecto girondino de 1793 y por la Constitución del año III— la proscripción expresa, constitucionalmente consagrada, de un eventual control judicial de la constitucionalidad de las leyes? Aunque, ciertamente, resulta frecuente convertir lo que a mi juicio acabó siendo una consecuencia jurídica objetiva de una norma constitucional de contenido general en un juicio de intenciones sobre la voluntad de los constituyentes revolucionarios, y afirmar, en consecuencia, que aquellos dispusieron, efectivamente, la referida proscripción, no parece defendible que esta tesis se compadezca con la realidad.

Así, si es innegable que la previsión del artículo 10 de la Ley 16-24 de agosto y las normas constitucionales que vinieron a reproducirla, han sido interpretadas tradicionalmente como normas prohibidoras del control judicial de la constitucionalidad, otra cosa bien distinta es mantener que tal

¹⁴ Y. L. Hufteau, *Le référendum législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, p. 35.

fuera, concretamente, la voluntad de los autores de estos textos. Más atinada resulta a mi juicio la tesis de Duez, quien aporta a este respecto una conclusión con la que estoy en pleno acuerdo:

Parece indudable —escribía en 1929 el profesor de Lille— que en el pensamiento del legislador revolucionario, no se trata de fórmulas muy generales destinadas a prohibir el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Se prohíbe frenar *directa o indirectamente, de cualquier manera que sea*, la aplicación de la ley: y el control de la constitucionalidad de la ley puede, por tanto, producir este resultado.¹⁵

El control judicial de la constitucionalidad no se prohíbe *expresamente* en la coyuntura histórica de la Revolución pura y simplemente porque la eventualidad de tal control no conforma un auténtico problema constitucional. La prohibición *expresa* hubiera exigido el planteamiento abierto de la posibilidad de que la Constitución fuese violada por la ley. Y por más que, como veremos para terminar, muchos constituyentes fueran conscientes, sobre todo a partir de 1793, de la necesidad de proteger a la Constitución frente a los diversos atentados de que aquélla podía ser objeto, entre tales atentados, los que podían derivarse de la aprobación parlamentaria de una ley contraria a la Constitución no se situaban, en el horizonte político del tiempo, como la cuestión fundamental. La problemática del control *material* de las normas emanadas de la Asamblea Nacional aparecía entonces, en suma, en una medida nada despreciable, como una problemática anacrónica.

Y ello no porque, como acabo de decir, los revolucionarios no fueran conscientes, de una parte, de los peligros que acechaban a la Constitución y de otra, de que la misma era una norma diferente a las demás. En cuanto a lo segundo, baste con subrayar el hecho, ya sabido, de que todos los textos constitucionales del periodo revolucionario fueran textos rígidos, en los cuales se establecían procedimientos especiales de reforma, lo que era una consecuencia también, aunque no sólo, de la aceptación de la teoría del poder constituyente y de su distinción de los constituidos, teoría que muy

¹⁵ P. Duez, “Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France (comment il convient poser la question)”, en *Mélanges Maurice Hauriou*, p. 231.

tempranamente había sido proclamada, entre otros, por Sieyès. Y en cuanto a lo primero, es suficiente con poner de manifiesto el hecho, ahora menos conocido, de que durante todo el ciclo de la Revolución, y sobre todo desde 1792-1793, estará presente en el ámbito de preocupaciones del movimiento revolucionario la cuestión de la defensa *política* de la Constitución. De hecho, a lo largo de los últimos meses de 1792 y de los primeros de 1793 se presentarán ante la Convención un gran número de proyectos y propuestas destinadas a garantizar, a través de instrumentos de naturaleza muy distinta —*institucional* o *popular*— la pervivencia de la Constitución. Todos ellos fueron rechazados.

Como lo sería, finalmente, la más celebre de las propuestas de defensa política de la Constitución, la presentada por Sieyès instando la creación de un *jurie constitutionnaire* después de la reacción de Termidor, y tras la durísima experiencia de los excesos autoritarios del Terror. Pero ni siquiera entonces estuvieron los constituyentes dispuestos a considerar una propuesta cuya aceptación hubiera supuesto revisar uno de los principios esenciales en los que los mismos habían creído desde el comienzo de la Revolución: el de la supremacía de la ley, un principio que se traduciría, inevitablemente, en la falta de valor normativo de la Constitución. Por eso no debe sorprendernos que frente a la depuradísima construcción del abate de Fréjus en las sesiones de 2 y 18 termidor, en que Sieyès procedió a la defensa de su texto articulado, los miembros de la Cámara respondiesen reproduciendo mecánicamente ideas que ya se habían oído hasta la saciedad. Frente a la claridad en la denuncia de problemas y en la proposición de soluciones se volvía a responder con la retórica. Compárense, si no, las reflexiones del abate y del que resultó ser, en las sesiones referidas, uno de sus más encarnizados adversarios. Mientras Sieyès insistía en algo elemental (“Una ley cuya ejecución no está fundada más que sobre la buena voluntad, es como una casa cuyos suelos reposaran sobre las espaldas de aquellos que la habitan. Es inútil decir lo que sucederá con ella más tarde o más temprano”), su oponente, el diputado Thibadeau, le enfrentaba una convicción que en la época debía haber adquirido ya casi el valor de un prejuicio popular: “Se dice que entre un pueblo de las Indias la creencia popular consiste en pensar que el mundo está sostenido por un elefante, y este elefante por una tortuga; pero cuando uno pasa a preguntarse sobre quien reposa la tortuga, la erudición desaparece”. ¿Es posible expresarlo de

modo a un tiempo más complejo y más meridianamente claro? ¿O de un modo más hermoso?

BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

El presente texto constituye un resumen extremadamente conciso de las ideas contenidas en mi libro *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal* (Madrid, Alianza Editorial, 1994, publicado en italiano en 1997 con el título *Il valore della Costituzione*, por la editorial CEDAM de Padua), obra en donde se incluye una bibliografía final muy exhaustiva relativa a los diversos aspectos que en él son objeto de tratamiento detallado, aspectos que han sido parcialmente abordados en este trabajo. Remito, por tanto, al lector interesado a aquella bibliografía. Para facilitar la lectura del texto he suprimido cualquier referencia a las fuentes citadas en el mismo, que pueden consultarse en el libro aludido. Finalmente, he incluido en esta bibliografía sólo las referencias relativas a los autores y obras que aparecen ahora expresamente mencionados:

- ARENDT, H., *Sobre la revolución*. Madrid, Alianza Editorial, 1988.
- BLANCO VALDÉS, R. L., “El Estado social y el derecho político de los norteamericanos”, en *Fundamentos*, núm. 2, 2000.
- CAPPELLETTI, M., “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986.
- CARRÉ DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*. París, Sirey, 1931.
- CRUZ VILLALÓN, P., *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid, CESCO, 1987.
- DUEZ, P., “Le contrôle juridictionnel de la constitutionnelité des lois en France (comment il convient poser la question)”, en *Mélanges Maurice Hauriou*. París, Sirey, 1929.
- HAMILTON, A., J. MADISON y J. JAY, *The Federalist Papers*. Ed. de Cliton Rossiter. Nueva York, Mentor Books, 1961.

- HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*. Madrid, Alianza Editorial, 1980.
- HUFTAU, Y. L., *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*. París, PUF, 1975.
- MOLAS, I., “Alexis de Tocqueville: the traditionalist roots of democracy”, en *Working Papers*, núm. 9, 1990.
- PÉREZ ROYO, J., “El parlamento”. 1995. (Texto inédito.)
- PÉREZ ROYO, J., *Introducción a la teoría del Estado*. Barcelona, Blume, 1980.
- PÉREZ ROYO, J., *Tribunal Constitucional y división de poderes*. Madrid, Tecnos, 1988.
- PIÇARRA, N., *A separaçao dos poderes como doutrina e principio constitucional. Un contributo para o estudo das suas origens e evoluçao*. Coimbra Editora, 1989.
- RESCIGNO, G. U., “Il presidente della Repubblica”, en G. Branca, ed., *Commentario della Costituzione*. Bolonia, Zanichelli, 1978.
- SILVESTRI, G., *La separazione dei potere*, vol. II. Milán, Giuffrè, 1984.
- VEGA, P. de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 17, 1979.

CONSTITUCIONES RÍGIDAS Y CONSTITUCIONES FLEXIBLES*

Alessandro Pace,
Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

I. LA DISTINCIÓN SEGÚN J. BRYCE Y SEGÚN LA INTERPRETACIÓN SESGADA PROCEDENTE DE A. V. DICEY

De todos es sabido que la distinción entre constituciones flexibles y constituciones rígidas¹ se remonta a James Bryce, quien la evocó por primera vez en dos conferencias pronunciadas en 1884; con posterioridad (si bien

* Ponencia presentada en el Congreso interdisciplinario Costituzionalismo antiguo e moderno: Valori, dottrine, regole, organizado por el Departamento de Derecho Público y por el Departamento de Antigüedad y Tradición Clásica de la II Universidad de Roma “Tor Vergata”, y celebrado en la Villa de Mondragone (Monteporzio Catone), durante los días 20 y 21 de marzo de 2000.

¹ Permítaseme, siquiera por una ocasión, remitir a mis precedentes investigaciones al respecto y, en particular, a “La ‘naturale’ rigidità delle costituzioni scritte”, en *Giurisprudenza Costituzionale* (1993), pp. 4085 y ss. (trad. esp.: “La ‘natural’ rigidez de las constituciones escritas”, en Alessandro Pace y Joaquín Varela, *La rigidez de las constituciones escritas*. Madrid, CEC, 1995, pp. 11 y ss.); “In difesa della ‘naturale’ rigidità delle costituzioni scritte”, en *Giurisprudenza Costituzionale* (1995), pp. 1209 y ss. (trad. esp.: “En defensa de la ‘natural’ rigidez de las constituciones escritas”, en A. Pace y J. Varela, *La rigidez de las constituciones escritas*, cit., pp. 115 y ss.); *La causa della rigidità costituzionale*. Padua, CEDAM, 1996 (también en *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*. Padua, CEDAM, 1997, pp. 1 y ss.); “L’instaurazione di una nuova costituzione. Profili di teoria costituzionale”, en *Quaderni costituzionali* (1997), pp. 7 y ss., también en *Potere costituyente..., cit.*, pp. 97 y ss. (trad. esp.: “La instauración de una nueva constitución. Perfiles de teoría constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 97 [1997], pp. 9 y ss.); “Processi costituenti italiani 1996-97”, en *Diritto pubblico* (1997), pp. 581 y ss., así como en *Studi in onore di L. Elia*, t. II. Milán, Giuffrè, 1999, pp. 1127 y ss. (trad. esp.: “Los procesos constituyentes italianos [1997-1997]”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 20/21, [1997], pp. 5 y ss.); “Presentazione” de James Bryce, *Costituzioni flessibili e rigide (Flexible and Rigid*

en forma bastante sumaria), en su obra principal y más conocida, *The American Commonwealth*, cuya primera edición data de 1888;² y, en fin, en el extenso ensayo “Flexible and Rigid Constitutions” publicado en 1901, en el que el eminentе estudioso dio forma definitiva a las dos conferencias de 1884.³ Sin embargo, no todo el mundo conoce que la distinción generalmente acogida por la doctrina, incluso por los estudiosos más autorizados —esto es, que las constituciones rígidas, a diferencia de las flexibles, necesitan de un procedimiento especial de reforma para poder ser modificadas—, no se debe a Bryce, sino a su colega y amigo Albert Venn Dicey, quien, en su *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* —bastante más difundida que las obras de Bryce y, sobre todo, de mayor notoriedad que el ensayo “Flexible and Rigid Constitutions”—, había interpretado (y malentendido) de tal modo el pensamiento de Bryce.⁴

En efecto, Bryce había individualizado la distinción, no tanto en el carácter especial o no del procedimiento de reforma, sino en el diverso régimen jurídico caracterizador de los dos diversos tipos de constitución, que podían reconducirse unas —las constituciones flexibles— a las constituciones “históricas”, y otras —las constituciones rígidas— a las constituciones “escritas”. La primeras, formadas por normas con rango de ley ordinaria así como por usos y costumbres, eran exemplificadas por Bryce con constituciones en sentido meramente *descriptivo*,⁵ como la antigua Constitución de Roma o como las contemporáneas Constituciones inglesa y húngara; las segundas se identificaban por el estudioso irlandés con las Constituciones estadounidense, suiza o belga, es decir, con documentos de contenido *preceptivo* procedentes de una fuente diferente de aquélla de la que emanan las

Constitutions, 1901), trad. ital. R. Niro, Milán, Giuffrè, 1998; “Morte di una Costituzione”, en *Giurisprudenza Costituzionale* (1999), pp. 1544 y ss. (trad. esp.: “Muerte de una constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 57 [1999], p. 271 y ss.).

² James Bryce, *La Repubblica americana (The American Commonwealth*, 1888, 1a. ed.; 1889, 2a. ed.; 1910, 3a. ed.), trad. ital. de la 3a. ed. a cargo de A. Brunialti, en *Biblioteca di Scienze politiche*, dir. por A. Brunialti, III serie. Turín, Utet, 1913.

³ J. Bryce, “Flexible and Rigid Constitutions”, en *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I. Oxford, Clarendon Press, 1901, pp. 145 y ss.

⁴ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Londres, Macmillan, 1908, pp. 91, 121 y ss., 127 y ss. (cito de la 10a. ed., a cargo de E. C. S. Wade, de 1962. La primera edición de la obra de Dicey data de 1885).

⁵ J. Bryce, “Flexible and Rigid Constitutions”, cit., pp. 148 y ss.

otras leyes, cuyos primeros ejemplos los hallaba Bryce en las Cartas de las Colonias británicas de Norteamérica (1638), en el *Agreement of the People* (1647) y en el *Instrument of Government* (1653) de Oliver Cromwell.

Pues bien, la consideración del diverso régimen jurídico de los dos tipos de constitución había llevado a Bryce a subrayar que, mientras las primeras serían “flexibles”, en tanto que modificables a través de los procedimientos relativos a la legislación ordinaria, las segundas serían “rígidas” porque, como consecuencia de su procedencia de una autoridad superior y especial, no serían modificables por las leyes ordinarias ni por cualquier otro tipo de fuente existente.

Las modificaciones mediante un procedimiento especial de reforma no es por ello mismo, para Bryce —a diferencia de para Dicey— esencial para el concepto de constitución rígida. Para Bryce, la previsión de una posibilidad de modificación es, efectivamente, sólo eventual. Que sea ésta, y no la referida por Dicey, la tesis sostenida por Bryce queda, por lo demás, comprobado por el hecho de que —según Bryce— pertenecieran a este segundo tipo de constitución ya fueran las *Chartes constitutionnelles* francesas de 1814 y de 1830, ya el Estatuto Albertino de 1848: todas éstas, cartas constitucionales que, como es conocido, no preveían procedimientos de reforma.

A este respecto, merece al contrario subrayarse que la ausencia de un procedimiento especial de reforma no era, en estas constituciones, casual o fruto del olvido, como —entre otros— tuvo ocasión de observar Guglielmo Saredo, cuando ya se había afirmado la denominada interpretación “inglese” (flexible) del Estatuto Albertino.⁶ Antes bien —como ya observó Tocqueville con referencia a las Cartas francesas de 1814 y 1830—, es cierto que

⁶ Guglielmo Saredo (*Trattato delle leggi*. Florencia, Pellas, 1886, p. 141), quien, tras haber afirmado que el Estatuto sería “la *lex legum*, la ley principal del Estado”, sostiene, contradiciéndose, que aquél quedaría sujeto “a los principios reguladores de las demás leyes”. Y, efectivamente, siendo —siempre según Saredo— “principio fundamental el que toda ley es modificable, el silencio del Estatuto sobre el modo de su reforma no puede así implicar que éste no pueda ser reformado”. Semejante afirmación de principio condiciona la argumentación de muchos estudiosos autorizados, entre ellos A. Brunialti, *Formazione e revisione delle Costituzioni moderne*, en *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, dir. por A. Brunialti, II serie, vol. II. Turín, Utet, 1894, pp. LXXXIV y ss., y Carlo Esposito, *La validità delle leggi* (1934). Milán, Giuffrè, 1964, pp. 203 y ss.

las Cartas constitucionales eran deliberadamente inmodificables porque a ellas los monarcas constituyentes (Luis XVIII de Borbón y Luis Felipe de Orleans) les habían confiado, al tiempo, ya fuera el destino de un orden constitucional dado, ya el de su propia dinastía. Lo que conducía a Tocqueville a concluir lo siguiente: “Una parte de nuestra Constitución es inmutable porque se ha vinculado a la suerte de una familia, en su conjunto también es inmutable, porque no se tienen medios legales para cambiarlo”.⁷

Obviamente, la ausencia en semejante constitución de un procedimiento de reforma —lo que no se contradice con la explícita previsión de su inmodificabilidad—, si desde un punto de vista jurídico “petrifica” a la constitución misma,⁸ desde una perspectiva política la convierte en bastante frágil. En efecto, la violación de la constitución representa la única vía para que el sistema normativo pueda adecuarse a las cambiantes exigencias sociales.

II. LA FUNCIÓN “GARANTISTA” DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

La conciencia acerca de tal riesgo —inherente a la absoluta inmodificabilidad jurídica (explícita o implícita) de los documentos constitucionales— ya estaba presente, no obstante, en estudiosos y constituyentes de finales del siglo XVIII.

De hecho, dicha conciencia se advertía claramente, por lo demás, tanto en la *Opinion sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire* de Sieyès (1795),⁹ como ya incluso, con anterioridad, en la formulación didascálica del último apartado del artículo VI de la Constitución polaca del

⁷ Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* (1835), parte I, cap. VI. París, Gallimard, 1951, p. 449, n. L.

⁸ Así, J. M. Sempere, “La reforma constitucional”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1907), t. 111, pp. 262, y 468 y ss.

⁹ Emmanuel-Joseph Sieyès, *Opere e testimonianze politiche*, a cargo de G. Troisi Spagnoli, t. I, vol. II. Milán, Giuffrè, 1993, p. 824; y en ella la ilustración de la función de garantía conexa al procedimiento de “mejoramiento” del Acto constitucional y, en cambio, el rechazo de las Asambleas extraordinarias (como aquella de la que se hablará en el texto) porque derivarían de agitaciones imprevisibles.

3 de mayo de 1791 (su artífice, el rey Stanislaw Poniatowski), que merece ser recordada en esta sede:

Deseando, de un lado, prevenir tanto los cambios violentos como los demasiado frecuentes de nuestra Constitución nacional; considerando, de otro lado, la necesidad de perfeccionarla tras haber experimentado los efectos de ella sobre la prosperidad pública, nos disponemos que, con el fin de reformar y modificar dicha Constitución, se celebre cada veinticinco años una Dieta Constitucional Extraordinaria, conforme a las modalidades que serán prescritas separadamente por una ley [la sucesiva ley del 13 de mayo de 1971].¹⁰

Pero todavía hay más. Teniendo presentes las consideraciones no sólo de Sieyès, sino también de Thomas Paine, se puede incluso llegar a afirmar que, ya a finales del siglo XVIII, se difundía la conciencia acerca de la triple función llevada a cabo por el procedimiento especial de reforma constitucional:¹¹ evitar la fragilidad política derivada de la absoluta inmodificabilidad de las normas constitucionales (la ya citada “petrificación”); garantizar, en no menor grado, la relativa estabilidad de las reglas de la constitución escrita; en fin, respetar el principio según el cual “cada generación debe estar en condiciones de afrontar todas las decisiones que requieran las circunstancias de su tiempo”.¹¹ Esto se colige de la lectura del artículo 1 del título VII de la Constitución francesa de 1791 (“La Asamblea Nacional constituyente declara que la nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución; sin embargo, considerando que resulta más conforme con los intereses nacionales el que el derecho de reformar los artículos sobre los que la experiencia haya revelado inconvenientes pueda ser ejercitado de acuerdo con los medios previstos en la propia Constitución, decreta que para la reforma se proceda, por parte de una Asamblea de revisión, en la forma siguiente”, etcétera). Al contrario, la interpretación “radical” de este mismo principio, acogida en el artículo 28 de la Constitución francesa de 1791, establecía que “el derecho de reformar la Constitución es imprescriptible y permanece en la Asamblea Nacional”.

¹⁰ Sobre este punto, permítaseme remitir a A. Pace, “La instauración de una nueva constitución...”, cit., p. 29.

¹¹ Thomas Paine, *Rights of Man*, 1791-92, en *The Thomas Paine Reader*, ed. a cargo de M. Foot y Y. Kramnik, Harmondsworth, Penguin Classics, 1987, pp. 204 y ss., 305 y ss.

tución jacobina de 1793 (“Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar la propia Constitución. Una generación no puede someter con sus propias leyes a las generaciones futuras”), sobre resaltar el mito de la voluntad general, manifestada por la Asamblea Nacional, acababa por anular la superioridad de la Constitución.¹²

Y, lo que no reviste menor importancia, las dos soluciones normativas conducen —aun a través de vías opuestas— a la misma conclusión, a saber: que la previsión de un procedimiento especial de reforma constitucional se perfilaba, desde ese momento, como una garantía de la constitución, y no como la causa de su rigidez.

III. LO QUE, RESPECTO A LA CAUSA DE LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL, ESCAPABA A DICEY

Luego, ¿cómo podía un estudioso avezado como Dicey, a finales del siglo XIX, con una interpretación sesgada del pensamiento de Bryce, confundir un procedimiento de garantía constitucional con el fundamento de la rigidez de la constitución? Dicho en otros términos: ¿cómo podía aquél entender que la rigidez derivaba, no de la especialidad del acto constitucional, sino más bien de la modificabilidad de éste por medio de un procedimiento especial?¹³

Probablemente, el equívoco de Dicey traiga su origen de la interpretación —diversa respecto de la de Bryce— de las *Chartes constitutionnelles* de 1814 y de 1830, en las cuales (a semejanza del Estatuto Albertino y de las Constituciones españolas de 1834, 1837, 1845 y 1876) no se preveía procedimiento alguno de reforma.

Mientras que Bryce las considera rígidas,¹⁴ bien diversa es la opinión de Dicey. En la Carta de 1830, afirma este último: “no podría hallarse pala-

¹² Raymond Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*. París, Sirey, 1931, pp. 103 y ss. Es oportuno subrayar que en la Constitución de 1793 el carácter agravado del procedimiento de reforma sólo contemplaba la fase de iniciativa, mientras que el órgano deliberante —la Convención Nacional— no se diferenciaba, en la práctica, de la Asamblea Nacional.

¹³ A. Venn Dicey, *Introduction to the Study....*, cit., p. 127.

¹⁴ Debo aquí nuevamente enmendar por haber interpretado mal, en un primer momento, el pensamiento de Bryce (*vid. “La ‘natural’ rigidez...”*, cit., pp. 36 y ss.) a propósito de las *Chartes*

bra alguna que expresamente limite el poder legislativo de la Corona y de las dos Cámaras, y a un inglés esto le lleva a entender que, bajo la dinastía de los Orleans, el Parlamento era soberano".¹⁵

El parecer contrario de Tocqueville —quien del silencio que guarda la Carta de 1830 a propósito del procedimiento de reforma argumentaba la inmodificabilidad de ésta¹⁶— es tachado por Dicey de ideologismo, sin con ello darse cuenta de que, así, no era sino el contexto ideológico-cultural inglés en el cual él operaba lo que ponía un velo a su ojo de estudioso y le impedía ponderar los hechos en su precisa dimensión histórica y en su correcta relevancia jurídica.

En primer lugar, Dicey no se percataba, al argumentar en tal línea, de la profunda diferencia que mediaba entre las Cartas constitucionales francesas de 1814 y 1830, monodocumentales,¹⁷ y la Constitución británica, que no constituye otra cosa que un conjunto de hechos normativos y de leyes ordinarias normalmente modificables y que, por tanto, cumple una función meramente descriptiva de la estructura constitucional existente.

En segundo lugar, a Dicey se le escapaba el cambio de una época que quedaba cerrada con el nacimiento de las constituciones escritas: se le escapaba tanto la conexión de éstas con la Reforma protestante y la siguiente reafirmación de la centralidad de las Sagradas Escrituras en la experiencia religiosa —también en su faceta de instrumento para la “mensurabilidad” del poder del Pontífice romano (no por casualidad Thomas Paine había hablado, a propósito de la Constitución de Connecticut, como de una “Biblia política del Estado”¹⁸)—, como la conexión con los documentos

constitutionnelles francesas. Después he explicado (*vid. la “Presentazione” de J. Bryce, Costituzioni flessibili e rigide..., cit., p. XXXI, n. 66*) las razones por las que, en un correcto entendimiento, debe considerarse que Bryce se decantó por la rigidez de aquéllas.

¹⁵ A. Venn Dicey, *Introduction to the Study..., cit., pp. 122 y ss.*

¹⁶ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, *cit., p. 101.*

¹⁷ La identificación de la constitución con un documento escrito es intuitivamente importante desde el punto de vista jurídico. Efectivamente, desde el momento en que no se entiende se reconocer, en el seno del sistema normativo, una diversa eficacia formal a algunas disposiciones, sería absolutamente inútil albergarlas en un acto solemne, como es la constitución escrita. En este sentido, *vid. Georg Jellinek, La dottrina generale del diritto dello Stato (Allgemeine Staatslehre, 1914, libro tercero)*, trad. ital. de M. Petrozziello, Milán, Giuffrè, 1949, p. 114; *Id., Gesetz und Verordnung*. Friburgo, Siebeck, 1887, p. 262.

¹⁸ T. Paine, *The Rights of Man*, *cit., p. 287.*

político-religiosos (los denominados *compacts*) de los Padres Peregrinos huidos a América.¹⁹ En consecuencia, le escapaba la intuición revolucionaria del puritano Oliver Cromwell acerca de la necesidad de una ley fundamental inalterable “en todo sistema de gobierno” y la consiguiente emanación, por él querida, del *Instrument of Government* (1653): la primera constitución escrita (y rígida) en el mundo moderno (obviamente carente de una cláusula de reforma). Le escapaba, además, la importancia, para la burguesía emergente, de un diseño racionalizador acogido en un documento dotado de carácter preceptivo.²⁰ Y le escapaba, en fin, que una vez calificado un acto normativo como “fundamental” o “superior” (de “*paramount*” había calificado la Constitución “escrita” de los Estados Unidos, ya en 1803, el *Chief Justice* Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*²¹), es en dicho acto, y sólo en él, en donde deben estar previstas las cláusulas susceptibles de consentir modificaciones (aunque limitadas y parciales), puesto que en ausencia de tales cláusulas la constitución, al ser autorreferente, es lógicamente inmodificable.²²

¹⁹ G. Jellinek, *La dottrina generale...*, cit., pp. 100 y ss.

²⁰ Hermann Heller, *Staatsrecht* (1934, *op. postuma*), Tübinga, Mohr, 1983, p. 306.

²¹ 1 *Cranch* 137 (1803).

²² De lo que se desprende que entra en la exclusiva competencia de la constitución, tanto la previsión de un procedimiento más o menos agravado de aprobación de las modificaciones (que puede descender de lo “máximo” con la renovación electoral de las asambleas legislativas, a las que compete la aprobación de aquéllas, a lo “mínimo” consistente en consentir dichos cambios a través del procedimiento legislativo ordinario), como la previsión de límites materiales (absolutos). El silencio de la constitución, bajo este ángulo visual, en orden a la posibilidad de su modificación, es por tanto equivalente al explícito establecimiento de absoluta inmodificabilidad (que, desde el punto de vista lógico es, obviamente, pleonástico). Confirmaciones históricas de la exactitud de esta reconstrucción de la graduación de la “resistencia” de las constituciones a las modificaciones (que va desde la absoluta rigidez hasta la total flexibilidad) nos las brindan no sólo, como se recuerda en el texto, la interpretación originariamente favorable a la absoluta rigidez de las Cartas francesas de 1814 y 1830, del Estatuto Albertino de 1848 y de la Constitución iraniana de 1978 (v. *infra* el apartado V), sino también la existencia de constituciones (pertenecientes al área cultural británica) que, sobre afirmar explícitamente su modificabilidad a través del procedimiento legislativo ordinario, niegan su superioridad (su “ser” constituciones) y, con ello, demuestran que a la misma conclusión (flexibilidad total) no puede llegarse en presencia de un acto que se sitúe como “superior” y no prevea algún procedimiento de modificación (como el *Instrument of Government*).

Más de un estudioso se ha basado en el examen de los procedimientos de reforma constitucional y de los límites al respecto, si bien con aproximaciones diversas de la que se sigue aquí.

IV. SUPERIORIDAD FORMAL Y SUSTANCIAL DE LAS CONSTITUCIONES RÍGIDAS

Las constituciones escritas, incluidas las del siglo XVIII (entre las que se encuentra la vigente Constitución de los Estados Unidos de América), son por ende rígidas, no tanto —como entendía Bryce— porque emanen de una autoridad superior o especial,²³ sino porque “se colocan”, desde un punto de vista formal, como “superiores” y “especiales” con relación al legislador y a las otras fuentes, lo que cabalmente sucede cuando dictan directamente reglas procedimentales y sustanciales para la ley ordinaria e (indirectamente) para las otras fuentes.

Por lo tanto, es la “superioridad” de la constitución lo que erige en “superior” a la autoridad de la que ha emanado, y no al contrario.²⁴ Es la “especialidad” del acto normativo denominado constitución lo que convierte en “especial” a la autoridad de la que ha emanado, y no al contrario. Y así es con sólo dos excepciones: la primera viene dada por el monarca absoluto (por definición “superior”), que se autolimita cuando “concede” la constitución; la segunda tiene que ver con las asambleas constituyentes (por definición “especiales”) que son elegidas con tal cometido específico. Más allá de estas dos excepciones, puede afirmarse tranquilamente que la identificación del detentador del poder constituyente (sea éste el monarca, una facción o uno o

Entre los clásicos, *vid.* C. Boergeaud, *Établissement et révision des constitutions en Amérique et en Europe*. París, Thorin, 1893, y W. Hildesheimer, *Über die Revision moderner Staatsverfassungen. Eine Studie über das Prinzip der Starrheit und die Idee eines Pouvoir constituant in den heutigen Verfassungen*. Tübinga, Mohr, 1918; entre los más recientes, *vid.* Giuseppe de Vergottini, “Referendum e revisione costituzionale: una analisi comparativa”, en *Giurisprudenza Costituzionale* (1994), pp. 1339 y ss.; M. P. Viviani Schlein: *Rigidità costituzionale. Limiti e graduación*. Turín, Giappichelli, 1997.

²³ J. Bryce, “Flexible and Rigid Constitutions”, *cit.*, pp. 151 y ss., 205 y ss.

²⁴ Santi Romano afirmaba (*Il diritto pubblico italiano* [1914]. Milán, Giuffrè, 1988, p. 234) que el Estatuto Albertino era, todavía en 1914, “efectivamente una ley superior a las demás, no por su origen o porque emané de una autoridad superior, sino *por su naturaleza, que se manifiesta en su misma intención, en su voluntad de valer como tal*” (cursiva mía). La afirmación es significativa, no sólo porque es evidente la referencia a la opinión contraria de Bryce, sino también porque constituye una autorizadísima confirmación de la originaria “rigidez” del Estatuto. (“Tal concepción” —subraya efectivamente Romano (*ibid.*)— “pese a no haber dejado nunca de tener fuerza, se ha atenuado notablemente”.)

más partidos políticos; pero nunca el pueblo)²⁵ se produce siempre *ex post*, o sea, *después* de la aprobación de la constitución si no, incluso, *después* de la legitimación que la constitución haya recibido del consenso popular. Con anterioridad a ello, existen “tentativas” de ejercicio del poder constituyente que podrían tener éxito, pero que también podrían fracasar.

La constitución debe ser, en cambio, “superior” incluso bajo un perfil sustancial o político. Sin embargo, precisamente porque el perfil es sustancial y político, ello no puede ser formalmente individualizado *a priori*. En otro caso, se caería en la misma contradicción de cuantos han intentado (y todavía siguen intentándolo) individualizar a través de criterios *formales* las características de la constitución *material*.

Con tales premisas, con la locución “perfil sustancial o político” aludo aquí a los contenidos del proyecto constituyente y —en la hipótesis de instalación pacífica de un nuevo ordenamiento constitucional— también a las modalidades seguidas para llevarlo a término (por ejemplo, el uso meramente instrumental de normas del ordenamiento constitucional que aquí se pretende rebatir, el “estiramiento”—“stretching” en el léxico de Bryce— de las normas relativas al procedimiento de reforma, la utilización de las sedes en las que suele ser ejercitado el poder “legítimo”): elementos —ya sea aquellos referentes a los contenidos (un determinado proyecto constitucional, liberal o autoritario, igualitario o racista),²⁶ ya sean de índole procedural— que, ambos, confieren “legitimidad” al proyecto constituyente y que facilitan la sucesiva “legitimación” popular.

Pese a que la “superioridad” y la “rigidez” sean las dos caras de la misma moneda, la superioridad no se identifica totalmente con la rigidez. Por ejemplo, se puede así afirmar que el “*common law*” es superior, en determinadas materias, a los actos normativos del ejecutivo (piénsese en el “*Case*

²⁵ La función explicitada por el pueblo en el proceso constituyente es, en efecto, la bien diversa de “legitimar” la constitución (*vid.* de nuevo A. Pace: “La instalación...”, cit., pp. 23 y 39 y ss.): legitimación que no consiste en la mera aprobación sucesiva por parte del pueblo. Por poner un solo ejemplo, el pueblo alemán ha “legitimado” la *Grundgesetz* de 1949, pese a no haber conferido mandato alguno a ninguna Asamblea constituyente específica, y pese a no haber aprobado nunca formalmente lo deliberado por el *Parlamentarische Rat* del 16 al 22 de mayo de 1949.

²⁶ Sobre la diferencia entre constituciones y constitucionalismo, permítaseme remitir a A. Pace: “La instalación...”, cit., p. 16, n. 28. *Vid. infra* n. 29.

of Proclamations” de 1611),²⁷ aquél, sin embargo, no podría nunca tildarse de “rígido” porque, entre otras razones, carece de forma escrita. Por su parte, un acto del “King in Parliament” —o sea, una ley— es ciertamente “superior” respecto al “common law” en materia penal (en este sentido, una vez más, la opinión de Lord Coke en la misma sentencia), pero ciertamente no puede calificarse de “rígido” ni respecto del “common law” ni respecto de los reglamentos, porque carece de la “especialidad” que dota (y debe dotar) de signo distintivo al documento constitucional.

Por consiguiente, la “rigidez” es sólo un atributo de la constitución escrita (sea ésta unidocumental o, excepcionalmente, pluridocumental),²⁸ la cual, formalmente, se sitúa como superior y, sustancialmente, viene legitimada por el consenso popular en virtud de su contenido²⁹ o bien de otros factores concomitantes de orden subjetivo y/o político.³⁰

²⁷ “The case of Proclamations” (1611), 12 Co. Rep. 74, en D. L. Keir y F. H. Lawson, *Cases in Constitutional Law*. Oxford, Clarendon Press, 1967, p. 112.

²⁸ [...] como la Constitución francesa de 1875 (compuesta por varias leyes constitucionales) o la vigente Constitución del Estado de Israel (compuesta por varias leyes fundamentales). La rigidez de esta última ha sido definitivamente afirmada por la Corte Suprema de Israel con la sentencia dictada en el caso *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Village* (1995). Amplios extractos de esta importante (y motivadísima) decisión —¡con más de trescientas páginas!— pueden verse transcritos en la *Israel Law Review*, vol. 31 (1997), pp. 764 y ss.

²⁹ El contenido puede ser de lo más variopinto y no incluye necesariamente el reconocimiento, a favor de todos, de los derechos fundamentales. Una aproximación de este género (que parte de una interpretación sesgada y sobrevalorada del art. 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789) es jurídica e históricamente inexacta y confunde las constituciones con el constitucionalismo (*vid. supra* n. 26). Un proyecto político-constitucional discriminatorio y racista podría, así, llegar a percibirse como más compensatorio, en concurrencia con determinadas circunstancias de hecho y en términos de legitimación popular, de cuanto pueda serlo un proyecto “democrático” o un proyecto “liberal”.

A ello cabe añadir que el contenido de una constitución podría ser de lo más variado, en conjunción, bien entendido, con la normativa sobre la forma de Estado y de gobierno (ésta, sí, histórica y políticamente imprescindible). Y, en efecto, “sólo al constituyente compete la decisión sobre qué normas jurídicas deben considerarse tan importantes como para quedar comprendidas en la Carta constitucional, participando de esta forma a su garantía de estabilidad” (Hermann Heller, *Staatsrecht*, cit., p. 311). En otras palabras, no hay que escandalizarse si en la materia constitucional se integran la prohibición de fabricación de bebidas alcohólicas y la disciplina del almacenamiento del grano y de los cereales. De manera análoga, tampoco cabe escandalizarse si reparamos en que, hasta hace apenas cincuenta años, en las constituciones no aparecía la tutela del medio ambiente. Y, efectivamente, “sobre lo que la carta constitucional regula deciden, como en el caso de la reserva general de ley, la tradición, la finalidad política, la coyuntura del poder y la conciencia jurídica” (de nuevo H. Heller, *Staatsrecht*, cit., p. 311).

³⁰ No se ha reflexionado nunca suficientemente sobre la circunstancia de que la legitimación de una constitución puede venir motivada —o, cuanto menos, facilitada— por circunstan-

Por otra parte, en lo que respecta a las constituciones flexibles, éstas pueden ser de dos clases: (a) constituciones en sentido meramente descriptivo; y (b) actos normativos especiales dotados de eficacia únicamente dispositiva respecto de las leyes ordinarias.

La clase *sub a*) viene representada por las constituciones “históricas”, entre las que se encuentra la inglesa. Con la locución “Constitución inglesa”, efectivamente, se individualiza el conjunto de las leyes y de las costumbres “que tienen carácter político”; pero “la definición es demasiada vaga para proyectar un valor científico, desde el momento en que será tarea vana encontrar a tres jurisconsultos que se pongan de acuerdo acerca de las leyes que deben ser consideradas como políticas”.³¹

La clase *sub b*), en cambio, se manifiesta cuando la constitución, pese a figurar contenida en uno o más documentos oficiales, no se coloca como “superior”, en vía de principio, respecto a las leyes ordinarias (por eso, aquélla sólo es eficaz si no queda específicamente derogada).³² Esta clase se produce en dos hipótesis. Nos hallamos ante la primera hipótesis (b1) cuando una constitución escrita establece explícitamente su propia modificabilidad por parte de las leyes ordinarias (es éste el caso, por ejemplo, de la Constitución española de 1808 —el denominado Estatuto napoleónico de Bayona—, de la *Constitution Act* de Nueva Zelanda de 1852, modificado por la *Constitution Amendment Act* de 1947³³ y de la

cias extrañas a la constitución en sí misma o por sí misma considerada, como el carisma del hombre político que pretende la instauración de un nuevo ordenamiento constitucional o las consecuencias de orden general (por ejemplo, la paz social o, cuanto menos, la seguridad personal) que, con la sola victoria del “partido constituyente”, podrían ocasionarse en el país.

³¹ J. Bryce: *The American Commonwealth*. Londres, Macmillan, 1889, cap. XXXI, p. 350.

³² Ésta es la conclusión a la que —con referencia al Estatuto Albertino, ya devenido constitución “flexible”— llegaba generalmente la doctrina de la época, la cual afirmaba la inopportunidad política de una explícita abrogación. *Vid.*, por ejemplo, V. Miceli, *Principii di diritto costituzionale*. Milán, SEL, 1913, pp. 471 y ss.; S. Romano, *Il diritto pubblico italiano*, cit., pp. 234 y ss.; Id.: *CORSO DI DIRITTO COSTITUZIONALE*. Padua, CEDAM, 1941, pp. 303 y ss. (el cual habla también de una eficacia directiva del Estatuto); Oreste Ranelli, *Istituzioni di diritto pubblico*. Padua, CEDAM, 1934, p. 236; E. Crosa, *Diritto costituzionale*. Turín, Utet, 1937, p. 18; Vezio Crisafulli, “I principi costituzionali dell’interpretazione ed applicazione delle leggi (1938)”, en *Studi in onore di Santi Romano*, vol. I. Padua, CEDAM, 1940, pp. 696 y ss. (con específica referencia a los arts. 24 y 26 del Estatuto Albertino).

³³ A diferencia del *Constitution Act* de 1852, modificable a través del procedimiento legislativo ordinario por expresa disposición contenida en el *Amendment Act* de 1947, la vigente

Constitución sudafricana de 1961, que por lo demás “vedaba” el control jurisdiccional de constitucionalidad). Al contrario, nos encontramos ante la segunda hipótesis (b2) cuando la constitución, a pesar de ser formalmente inmodificable (como el Estatuto Albertino o las Constituciones españolas de 1834, 1837, 1845 y 1876) o sólo modifiable a través de un procedimiento especial (como la Constitución prusiana de 1850³⁴ y la Constitución imperial alemana de 1871),³⁵ deviene modifiable como consecuencia del contexto cultural en el cual aquélla está llamada a operar.

Con referencia a la hipótesis *sub b2*) no deja de seguir teniendo un enorme interés la realista lección de Bryce. La escritura (y la consiguiente rigidez) no constituye un baluarte insuperable contra posibles violaciones, ya sean subrepticias, ya —incluso— explícitas, de la constitución, si dichas violaciones encuentran el favor de la opinión pública. Frente a una restric-

constitución de Nueva Zelanda es igualmente flexible. Pero no se contempla en el *Constitution Act* de 1986 (que tiene una mera función “declarativa” de la “materia” constitucional, según P. A. Joseph, *Constitutional and Administrative Law in New Zealand*. North Ryde, NSW, The Law Book, 1993, p. 99) una cláusula análoga de “flexibilización” prevista en un específico acto denominado “Constitución”. Por tanto, los actos del Parlamento (entre los que se encuentra el mismo *Constitution Act* de 1986) —que, junto a los actos de prerrogativa, a las costumbres, a la praxis parlamentaria, a las convenciones y a las decisiones judiciales, constituyen la Constitución (en sentido “descriptivo”) de Nueva Zelanda— son actos legislativos ordinarios, sujetos a la regla general de la derogación por incompatibilidad con la ley posterior (*ibid.*, p. 437).

³⁴ La “superioridad” (sobre las leyes ordinarias) del *Preussische Verfassungsurkunde* de 1850 se deduce, por lo demás, del título II (sobre los derechos de los prusianos, y particularmente de los arts. 4, 7, 10, 11, 12, 14, 20, 29 y 32) y viene confirmada por el art. 107. A favor de la rigidez judicialmente garantizada de tal Constitución, véase R. von Mohl, “Über die rechtliche Bedeutung Verfassungswidriger Gesetze”, en R. von Mohl, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, vol. I. Tubinga, Laupp, 1860, p. 83, n. 1.

³⁵ La “superioridad” (sobre las leyes del *Reich* y, *a fortiori*, sobre el derecho de los Estados miembros) de la *Reichsverfassung* se deduce del art. 2, y se confirma por el art. 78. Sobre la irrelevancia jurídica de los contrastes entre ley y Constitución imperial *vid.*, en cambio, Paul Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, vol. II. Tubinga, Mohr, 1911, pp. 39 y ss. Para una crítica a la tesis según la cual, en caso de que las leyes ordinarias y las leyes constitucionales emanen del mismo órgano, las leyes ordinarias podrían derogar a las leyes constitucionales (entre otros, sostenida por el mismo Laband), *vid.* exactamente C. Boergeaud, *Établissement et révision....*, cit., p. 305, y C. Esposito, *La validità delle leggi*, cit., p. 61. Sobre este particular, *vid.* la dura réplica de Paul Laband, “Recensión a C. Borgeaud: Établissement...”, en *Archiv öff. Recht*, vol. IX (1894), p. 274. Para ulteriores referencias a esta cuestión, *vid.* mi “Presentazione”, cit., p. XX, nn. 27 y 28.

ción, dispuesta por la constitución a favor del legislador —una restricción que, en dichas circunstancias, podía resultar inoportuna—, las vías sugeridas por Bryce son tres: (1) respetar la constitución, aunque el interés público quede perjudicado y ello conduzca al descrédito de aquélla; (2) modificar la constitución, allí donde ésta lo consienta y donde el procedimiento de modificación no sea demasiado costoso, y (3) interpretar, de algún modo, “extensivamente”, la constitución.³⁶

Una interpretación “extensiva” que podría, efectivamente, equivaler a una “fuga” de la misma, pero que “puede producir menor daño a la fe pública que una violación abierta”. Por lo demás, sigue recordando Bryce:

[...] la experiencia ha [...] demostrado que, allí donde la opinión pública se orienta decididamente a favor de la línea de conducta seguida por la autoridad legislativa, aunque sea “estirando” la constitución, los propios Tribunales vienen influidos por dicha opinión y, entonces, los fallos judiciales llegarán hasta donde —y, en ocasiones, si es posible, incluso un poco más allá— la conciencia jurídica personal y su deontología lo permitan; y así considerarán como válido aquello que el legislador haya hecho.³⁷

V. LAS ERRÓNEAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA DESVIADA INTERPRETACIÓN DE DICEY

¿Cuáles serían las consecuencias sobre el problema de la rigidez constitucional si se siguiese la diversa (y sesgada) postura de Dicey? Es evidente, en primer lugar, que si se entiende que constituciones rígidas son únicamente aquellas en las que se prevé un procedimiento especial de reforma, ello abre el paso al verdadero y propio “error histórico”, cual es la calificación, como constituciones flexibles de las *Chartes constitutionnelles* francesas de 1814 y 1830 y del Estatuto Albertino de 1848. Si esto fuera cierto, las tres mencionadas Cartas habrían podido ser inmediatamente modificadas a través de ley ordinaria, por más que, para su respectivo otorgamiento, se hubiese luchado duramente y derramado sangre. En particular, la Carta de

³⁶ J. Bryce, “Flexible and Rigid Constitutions”, cit., pp. 228 y ss.

³⁷ J. Bryce: “Flexible and Rigid Constitutions”, cit., p. 223.

julio de 1830 habría podido ser rápidamente modificada con una simple ley pese a que, pocos días antes, el pueblo de París hubiera hecho una revolución en defensa de la Carta de 1814 y contra las subversivas ordenanzas de Carlos X (motivo por el cual la Carta de 1830, en su artículo 66, queda asimismo confiada a la tutela del patriotismo y del coraje de las guardias nacionales y de todos los ciudadanos franceses!).³⁸

De igual modo, en el mismo orden de consideraciones, el Estatuto Albertino³⁹ habría podido ser inmediatamente modificado mediante ley, pese a que su otorgamiento se hubiese convertido en ineludible con los motines de Génova y de Turín.

Pero ¡no sólo eso! Por la misma razón, también la Constitución iraní (jomeinista) de 1979, ampliamente densa en cuanto a principios y valores religiosos fundantes (y, por tanto, inmodificable a semejanza ... ¡de los Diez Mandamientos!) habría debido ser considerada como flexible en los 10 primeros años de su vigencia, puesto que, efectivamente, sólo en 1989 ésta quedó provista (¡utilizando las mismas formas del procedimiento constituyente precedente!) de una disposición (el art. 77) concerniente a la disciplina de la reforma constitucional. Pero la utilización de las mismas formas

³⁸ A favor de la rigidez de la Carta de 1830, además de A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, cit., pp. 101 y ss., vid. G. G. Hello, *Del regime costituzionale nei suoi rapporti con lo Stato attuale della scienza sociale e politica*, trad. ital.: Filiatre-Sebezio, Nápoles, 1848, t. II, p. 220, y la opinión de Berriat Saint-Prix, Cormenin, Casimir Périer y Thiers, citadas por J. Barthelemy, “La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la Monarchie de juillet”, en *Revue du droit public* (1909), p. 9, n. 1 y p. 11, n. 11.

³⁹ Para algunas indicaciones sobre quienes sostenían la originaria rigidez del Estatuto, permítaseme remitir a mi obra “La ‘natural’ rigidez...”, cit., p. 20, n. 12 y pp. 49 y ss. Una ulterior confirmación de la tesis que yo sostengo en ese ensayo proviene de V. Miceli (“Analisi giuridica della nozione d’incostituzionalità”, extracto de la *Enc. giur. Italiana*. Milán, SEL, 1901, p. 17), quien admite que “en el primer periodo de vida constitucional en Piamonte, la tendencia francesa (favorable a la rigidez: *n.d.r.*) conserva su prevalencia”. En la declaración de respuesta por parte de la Cámara al segundo discurso de la Corona, se dice que “sólo la Constituyente del Reino podrá poner nuestras instituciones en perfecta armonía con el genio y con las necesidades del siglo” (27 de febrero de 1849). Y añade todavía Miceli: “Tras el desastre de Novara y los movimientos reaccionarios en toda la península, se fue instaurando poco a poco la tendencia opuesta (a las reformas por obra del Parlamento: *n.d.r.*): a saber, la de referirse al Estatuto como un *arca santa*, de la que no podía tocarse parte alguna”, y esta opinión fue confirmada por Sevilla, por Menabrea y por Lanza el 26 de julio de 1862 (*op. loc. cit.*).

del procedimiento constituyente es una prueba a favor (y no contra) de la rigidez de la Constitución de 1979.

Efectuemos un apunte ulterior a las mencionadas Cartas del siglo XIX. El carácter absurdo y antihistórico de la conclusión según la cual el legislador sería “omnipotente” respecto de aquéllas⁴⁰ (obviamente, no se hablaba, entonces, ¡de flexibilidad!) se pone de manifiesto a través de la errónea consideración relativa a que, en tales ordenamientos constitucionales, el rey participaba formal y sustancialmente en el procedimiento de formación de

⁴⁰ Diverso es el discurso que cabe efectuar respecto de las Constituciones españolas de 1834, 1837, 1845 y 1876 que, pese a aparecer como formalmente inmodificables (porque silenciaban las formas de modificación), no consiguieron, en la praxis, colocarse como superiores. Sobre este particular, permítaseme, una vez más, remitir a mi trabajo “La ‘natural’ rigidez...” (cit, pp. 65 y ss.), donde pueden verse las agudas consideraciones de Antonio Cánovas del Castillo (en Emilio Attard, *El constitucionalismo español: 1808-1978*. Valencia, Quiles, 1988, p. 108), quien, al sugerir un concepto material-prescriptivo de Constitución (la denominada “Constitución interna”) junto a las Constituciones escritas (sólo formalmente vigentes), se expresaba así:

Hay mucha diferencia entre hablar de la “Constitución interna” al lado de una Constitución expresa y escrita, en cuyo caso existe una contradicción notoria, y hablar de Constitución interna en un país donde, por las circunstancias de los hechos, no queda en pie Constitución alguna escrita. Donde esto acontece no puede menos que decirse que no hay Constitución alguna vigente, y como es imposible que un país viva sin algunos principios, sin algunos fundamentos, sin algunos gérmenes que desenvuelvan su vida, llamad a esto como queráis; si no os gusta el nombre de Constitución interna, poned otro cualquiera, pero hay que reconocer de hecho que existe...

Así pues, es precisamente la inestabilidad de la situación político-institucional española, en la cual venían llamadas a operar las diversas Constituciones escritas (incluso aquellas indiscutiblemente rígidas, como las Constituciones de 1812 y 1869, que preveían un procedimiento especial de reforma) —corroborada por la frecuencia con la cual éstas eran aprobadas, derogadas, abrogadas, y a veces incluso puestas en vigor nuevamente (sobre este punto *vid.* Emilio Attard, *El constitucionalismo español...*, cit.; Francisco J. García Fernández y Eduardo Espín Templado, *Esquema del constitucionalismo español 1808-1976*. Madrid, Universidad Complutense, 1976; Jordi Solé Tura y Eliseo Aja, *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*. Madrid, Siglo XXI, 1992; Luis Sánchez Agesta, *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*. Madrid, CEC, 1984)—, lo que, hasta principios del siglo XIX, ha hecho imposible el establecimiento de reglas constitucionales racionales y sistemáticas (como tales incompatibles con la adaptabilidad y la flexibilidad requerida por la situación política española) y por tanto ha dejado desprovista de fundamento la superioridad formal de la Constitución a la sazón vigente, tanto si preveía un procedimiento especial de reforma, como si no lo preveía.

las leyes ordinarias, de suerte que la tesis de que aquellas constituciones serían modificables mediante ley chocaba no obstante contra su proclamada (y por todos compartida) irrevocabilidad por parte del rey.

La naturaleza de esta contribución mía no me permite extenderme más sobre este punto. Me remito por ello a lo que argumentaré ulteriormente en otro lugar, sobre la base de precisos acontecimientos históricos y de referencias doctrinales de la época, a favor de la rigidez de dichas Cartas.⁴¹ A título conclusivo me basta ahora con observar que, para sostener la flexibilidad del Estatuto, generalmente ha sido adoptado como criterio por los estudiosos de fines del siglo XIX, las pretendidas modificaciones legislativas (pocas y —sobre todo— discutibles) operadas en aquél. Sin embargo, una ley que quebranta la Constitución no constituye por sí misma una prueba acerca de la naturaleza rígida o flexible de la Constitución a que se refiere. Al contrario, es en la naturaleza (rígida o flexible) de una carta determinada en donde radica la calificación de un hecho como violación o como modificación. Por tanto, incluso admitiendo que la ley sobre la libertad de cultos, la ley de atribución de plenos poderes al rey por su dirección de la guerra de 1859, la aprobación de los códigos de 1865 mediante delegación al Gobierno, etcétera, serían violaciones del Estatuto (lo que, en mi opinión, no es en absoluto cierto),⁴² se habría tratado siempre y pese a todo de puntuales violaciones constitucionales, y no de episodios tales como para modificar la naturaleza del “pacto” constitucional. Y ello es tanto más cierto cuanto que, en 1870, Ruggero Bonghi —un ilustre catedrático, periodista famoso, político eminente— instaba a la Cámara, con una moción, a declarar “que no se encuentra en el Estatuto artículo alguno que impida que sus disposiciones sean modificadas mediante las garantías y las normas habituales de actuación de los tres sectores del poder legislativo en la formación de la ley”.⁴³ Lo cual demuestra que incluso en 1870 la tesis de la flexibilidad del Estatuto distaba de ser pacífica.

⁴¹ A. Pace, “La ‘natural’ rigidez...”, cit., pp. 35 y ss., y “En defensa de la ‘natural’ rigidez...”, cit., pp. 121 y ss.

⁴² A. Pace, “La ‘natural’ rigidez...”, cit., pp. 42 y ss.

⁴³ La moción de 26 de abril de 1870 aparece publicada en *Discorsi parlamentari di Ruggero Bonghi*, vol. I. Roma, Camera dei Deputati, 1918, p. 189. Realmente, la moción no fue sometida a discusión, lo cual es bastante revelador del temor acerca de las implicaciones políticas que un voto, sea éste positivo o negativo, habría podido tener. ¡Más vale permanecer [...] en la ambigüedad!

Dicha tesis, empero, se habría afirmado pocos días después, dado que la interpretación “inglesa” de aquél (ya preconizada por Cavour desde 1848⁴⁴) era la más funcional para el “continuismo” de los Saboya. En efecto, esa tesis evitaba, una vez completada la unidad de Italia, el tener que convocar una asamblea constituyente, generalmente considerada “perniciosa”, “tempestuosamente aleatoria”, y por tanto potencialmente revolucionaria.⁴⁵ A este respecto, la tesis de que el Estatuto sería “incompleto”, en cuanto al procedimiento de reforma constitucional, y que por ello tal “laguna” debería ser colmada aplicando “los principios reguladores de las demás leyes”,⁴⁶ cuadraba a las mil maravillas y fue, por ende, culturalmente acogida sin oposiciones relevantes.⁴⁷

Con ello queda demostrado, una vez más, lo importantes que son, en el derecho constitucional y en la política, los condicionamientos culturales⁴⁸ y como éstos, por lo demás, propician la transformación en flexible de una constitución que, siendo escrita, es “naturalmente”, pero no “esencialmente”, rígida. Lo cual había sido, por parte de Bryce, ¡precisa y justamente!, percibido con claridad, aunque no cumplidamente ilustrado.

⁴⁴ Camillo [conde de] Cavour, “Critiche allo Statuto”, en *Il Risorgimento* de 10 de marzo de 1848, publicado nuevamente en *Tutti gli scritti di Camillo Cavour*, a cargo de G. Pischedda y G. Talamo, vol. III. Turín, Centro Studi Piemontesi, 1976, p. 1115. El texto del artículo de Cavour es reproducido en A. Pace, “La ‘natural’ rigidez...”, cit., p. 51, n. 108.

⁴⁵ *Vid.* A. Pace: “La ‘natural’ rigidez...”, cit., p. 21, n. 12, y p. 57, n. 121.

⁴⁶ *Vid. supra* n. 6. Sobre lagunas “aparentes”, en cambio, *vid.* Constantino Mortati, “[Voz] Costituzione de lo Stato (dottrine generali)”, en *Enc. dir.*, vol. XI. Milán, Giuffrè, 1962, p. 201; *vid.*, además, C. Esposito, “La consuetudine costituzionale”, en *Studi in onore di E. Betti*, vol. I. Milán, Giuffrè, 1961, p. 626 y ss. Sobre las modificaciones consuetudinarias a las constituciones rígidas, además de la obra citada de Esposito, *vid.*, asimismo, V. Miceli, *Analisi giuridica....*, cit., pp. 10 y ss., y 47 y ss.

⁴⁷ Entre los opositores *vid.*, por ejemplo, A. Malgarini (*Della libertà civile nelle costituzioni moderne*. Bolonia, Fava e Garagnani, 1884, pp. 44 y ss.), quien todavía sostenía la modificabilidad del Estatuto sólo en vía plebiscitaria.

⁴⁸ Sobre la importancia de los recíprocos condicionamientos del Estado, de la religión y de la cultura, *vid.* Jakob Burckhardt, *Considerazioni sulla teoria universale (Weltgeschichtliche Betrachtungen*, 1870), trad. ital.: Mandalari, Milán, Mondadori, 1996, p. 87. Desde un punto de vista jurídico, la tesis es recurrentemente sostenida por Peter Häberle, por ejemplo, en “I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la costituzione del pluralismo”, en M. Luciani, ed., *La democrazia di fine secolo*. Bari, Laterza, 1994, pp. 98 y ss., 140 y ss., y 160, así como en *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. Berlín, Duncker & Humboldt, 1998.

VI. LA PERDURABLE UTILIDAD DE LA DISTINCIÓN

¿Sirve todavía para algo la distinción de las constituciones en rígidas y flexibles?

La respuesta negativa ha venido dada por quien ha objetado que, siendo las constituciones flexibles bastante pocas, la distinción ya sería prácticamente inútil.⁴⁹

Si, ello no obstante, se repara en que, ya en la época en que Bryce escribió su ensayo, las constituciones flexibles se contaban con los dedos de una mano, resulta a todas luces evidente que lo que movía a Bryce no era tanto una comparación “sincrónica” de las constituciones vigentes en aquel momento, sino la individualización de la noción “moderna” de constitución a través de la comparación, prevalentemente “diacrónica”, de las constituciones rígidas con las constituciones flexibles.

En este sentido, el estudio de la rigidez constitucional conserva, a mi entender, toda su actualidad y relevancia teórica. Mientras, de un lado, la problemática de la inmodificabilidad en conexión con la escritura evoca el contexto religioso en el que las primeras constituciones vieron la luz (y, por ende, evoca ese ansia de “absoluto” que subyace en cada intento de codificación de una ley superior), de otro, el estudio de la rigidez constitucional nos coloca, brutalmente, frente a la ambigüedad de una ley, que pese a ser “escrita” y “superior”, padece la arrolladora prevalencia de la opinión pública y no se encuentra en condiciones de resistir frente a la subrepticia fuerza subversiva de la praxis y de la costumbre.

O sea, que nos hallamos en presencia de una ley “superior” que, precisamente para asegurar estabilidad a sus normas, debe ser “escrita”, pero que, para resistir en el tiempo, debe —como dice Bryce— limitarse “a lo esencial” y dejar “que muchos detalles vengan definidos ulteriormente por la legislación ordinaria y por la praxis”.⁵⁰ De ahí —esto es, de la “superioridad” de las constituciones escritas, pero también del rol ineliminable que éstas dejan al intérprete— la relevancia política y el carácter inagotable de la cotidiana “lucha por la Constitución”, por la afirmación de ésta o aque-

⁴⁹ E. Barendt, *An Introduction to Constitutional Law*. Oxford/Nueva York, Universidad de Oxford, 1998, p. 9.

⁵⁰ J. Bryce, “Flexible and Rigid Constitutions”, cit., p. 228.

lla interpretación de una norma determinada o, incluso, por el descubrimiento de un significado que había permanecido inapreciado durante decenios y decenios. Una relevancia política que es absolutamente ineliminable, justamente porque se reconoce en la constitución escrita —en tanto que “ley superior”— una autónoma capacidad legitimadora de las decisiones políticas cotidianas siendo, por tanto, de vital importancia, para los contendientes, el poder acudir a ella como consuelo para sus propias tesis.

La respuesta a la cuestión, si el estudio de la rigidez constitucional todavía sirve para algo, es por ello, a mi entender, positiva y lapidaria: sirve, aún hoy, para comprender qué es, y para qué sirve, una constitución escrita.

Trad. del italiano de Luis Jimena Quesada

UNA DEFENSA DE LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL¹

Víctor Ferreres Comella,
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

INTRODUCCIÓN

Decimos que una Constitución es “rígida” en la medida en que su modificación sólo es posible a través de un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario. ¿Por qué debe ser rígida la Constitución? La respuesta es relativamente sencilla con respecto a aquella parte de la misma que establece la estructura y relaciones de los diversos órganos del Estado. En efecto: dada la existencia de una pluralidad de sistemas razonables de gobierno, y dada la necesidad de estabilizar uno de ellos para que la vida política pueda desenvolverse de manera ordenada, es conveniente que la Constitución opte por uno de esos sistemas. La rigidez constitucional asegura entonces la estabilidad de la opción elegida. Es más importante tener establecida una determinada estructura de gobierno, que la mayoría parlamentaria de cada momento no puede alterar, que mantener abierta la posibilidad de discutir y votar constantemente cuál es la mejor estructura de gobierno con la que dotar al país.²

En materia de derechos y libertades, sin embargo, la cosa es distinta. Aquí parece que el valor de la estabilidad debe ceder ante el imperativo de alcanzar la decisión justa. En este contexto, la rigidez constitucional puede parecer *excesiva*: si las mayorías parlamentarias actuales consideran que

¹ Publicado en *Doxa*, núm. 23, Alicante, 2000.

² Una versión de este argumento puede encontrarse en Stephen Holmes, “Precommitment and the paradox of democracy”, incluido en Jon Elster y Rune Slagstad, eds., *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge, Universidad de Cambridge, 1988, p. 195.

determinada decisión adoptada en el pasado en materia de derechos y libertades es errónea, ¿por qué debe obstaculizarse su modificación? Por otro lado, la rigidez constitucional puede parecer *insuficiente*: si creemos que los individuos son titulares de ciertos derechos morales que el Estado debe reconocer, y es por esta razón por la que los recogemos en la Constitución, ¿por qué permitir (respecto de esos derechos) la reforma constitucional?

En este artículo trataré de ofrecer una defensa de la rigidez constitucional en materia de derechos y libertades. Para ello, caracterizaré primero con mayor detalle en qué consiste la rigidez, enumerando alguno de los factores relevantes para graduarla (I). Luego argüiré que la Constitución rígida sólo puede mantener su legitimidad democrática a lo largo del tiempo si emplea términos relativamente abstractos a la hora de perfilar el contenido de los derechos y libertades (II). Luego presentaré una breve justificación del control judicial de la ley bajo una Constitución abstracta (III). Finalmente, con estos antecedentes, defenderé la rigidez constitucional (IV).

I. LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL: UNA VISIÓN GENERAL

Como ya se ha dicho, una Constitución es “rígida” si su modificación exige un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario, frente a lo que ocurre con una Constitución “flexible”.³

³ La distinción se debe a James Bryce, “Flexible and Rigid Constitutions”, un ensayo de 1905 recogido en J. Bryce, *Constitutions*. Scientia Verlag Aalen, 1980, pp. 3-94. Bryce se refería a la Constitución inglesa como ejemplo de Constitución flexible. Ahora bien, Inglaterra no tiene Constitución en sentido propio: no existe ningún texto legal que lleve ese nombre (u otro similar) y que tenga reconocido un rango superior a las leyes ordinarias. ¿Puede existir una Constitución (en sentido propio) que sea flexible? Cabe argumentar que sí: una Constitución flexible puede mantener su superioridad con respecto a la ley ordinaria en la medida en que se exija, para poder reformar la Constitución, que la norma aprobada por el procedimiento legislativo ordinario se presente explícitamente como norma de reforma constitucional. Esta tesis ha sido defendida en España por Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel, 1988, pp. 62-63.

Se ha discutido si una Constitución que no establece un procedimiento especial de reforma debe ser considerada rígida o flexible. La tesis dominante es que es flexible. Para Alessandro Pace, en cambio, el silencio de la Constitución debe ser interpretado en el sentido de que la Constitución no puede ser modificada en absoluto (rigidez máxima), o de que sólo puede serlo

El grado de rigidez de las Constituciones depende de una serie de factores. Cabe destacar los siguientes:

En primer lugar, el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir para poder reformar la Constitución. En este sentido, la presencia del federalismo en el procedimiento de reforma es un factor de rigidez. Para modificar la Constitución de los Estados Unidos, por ejemplo, se requiere no sólo el consentimiento del Congreso federal (o de una Convención convocada por éste, a instancias de los legisladores de dos terceras partes de los Estados), sino también el de los legisladores (o convenciones) de tres cuartas partes de los Estados.⁴ En este extremo la Constitución americana es más rígida que las Constituciones de los países de la Unión Europea, pues en ninguno de ellos (ni siquiera los que han adoptado un sistema federal o similar) es necesario el consentimiento de los Estados miembros o regiones para reformar la Constitución. (En el caso de la “Constitución” de la Unión Europea, sin embargo, las cosas son distintas: esta “Constitución” es más rígida que la de Estados Unidos, pues para reformar los Tratados fundacionales de la Unión se exige el consentimiento de todos los Estados miembros.)

Un segundo factor a tener en cuenta es el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma. Algunas Constituciones requieren una supermayoría

a través de un procedimiento análogo al que se siguió en su día para su aprobación. En ningún caso se trataría de una Constitución flexible. Sobre este debate, véase Alessandro Pace y Joaquín Varela, *La rigidez de las constituciones escritas*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995. (Cuadernos y debates, 58)

⁴ *Vid.* Constitución de los Estados Unidos (artículo V). Este aspecto de la Constitución americana ha sido criticado por Bruce Ackerman, *We the People. Transformations*. Cambridge, Universidad de Harvard, 1998, cap. 13. Según Ackerman, la exigencia de que tres cuartas partes de los Estados ratifiquen la reforma tenía sentido cuando la identidad constitucional de los estadounidenses tenía una doble dimensión, nacional y estatal. Pero ahora esos ciudadanos se entienden a sí mismos como “We the People of the *United States*”. Existe, pues, un divorcio entre “la identidad constitucional moderna y las formas clásicas de reforma” (p. 413). Ackerman propone un nuevo método para reformar la Constitución: tras su reelección, el Presidente tendría la autoridad para proponer reformas en nombre del pueblo. Una vez aprobadas por el Congreso, esas reformas se someterían a votación en las dos elecciones presidenciales siguientes. En esos referéndums, cada votante sería tratado como un ciudadano de la Unión: su juicio acerca de la cuestión sometida a referéndum no contaría más por vivir en Wyoming que en California (p. 410). Así pues, los Estados no participarían en cuanto tales en el proceso de reforma, a diferencia de lo que ocurre bajo el régimen vigente.

parlamentaria —así, en Estados Unidos, Austria, Alemania, Portugal, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Grecia y España.⁵ Bajo otras Constituciones, en cambio, basta una mayoría simple (Dinamarca, Irlanda y Suecia⁶). Otras exigen una supermayoría del Parlamento, pero si el pueblo participa directamente a través de un referéndum, basta entonces una mayoría simple del Parlamento (Francia e Italia).⁷

Un tercer factor a considerar es si se exige o no la participación del pueblo. Ésta puede ser directa (a través de un referéndum) o indirecta (a través de elecciones para una nueva asamblea que deberá ratificar la reforma). Ejemplos de ello pueden encontrarse en Dinamarca, Irlanda, Suecia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos y Grecia.⁸ En Austria y España se exige la participación popular sólo para algunos supuestos.⁹

Todos éstos son requisitos jurídico-formales que hay que situar en un contexto político, histórico y social más amplio. El grado de rigidez efectiva de la Constitución dependerá de tal contexto.

Así, el sistema de partidos políticos es una variable importante. Cuanto más disciplinados sean los partidos, y cuanto más arraigada esté la cultura de la coalición (como ocurre en las llamadas “democracias consociativas”), tanto más fácil será satisfacer la exigencia de alcanzar una supermayoría parlamentaria. En Austria, por ejemplo, ha sido poco gravoso (hasta ahora) obtener el apoyo de 2/3 del Parlamento para reformar la Constitución, especialmente durante los períodos de “gran coalición” gubernamental. De hecho, a veces el Parlamento ha aprobado con rango constitucional normas sobre materias ordinarias que en principio deberían haberse aprobado a través de leyes ordinarias. La finalidad de esta elevación de rango ha sido

⁵ *Vid.* Constitución de los Estados Unidos (artículo V), de Austria (artículo 44), de Alemania (artículo 79), de Portugal (artículo 286), de Bélgica (artículo 195), de Luxemburgo (artículo 114), de los Países Bajos (artículo 137), de Grecia (artículo 110) y de España (artículos 167 y 168).

⁶ *Vid.* Constitución de Dinamarca (artículo 88), de Irlanda (artículo 46) y de Suecia (capítulo VIII, artículo 15).

⁷ *Vid.* Constitución de Francia (artículo 89) y de Italia (artículo 138).

⁸ *Vid.* Constitución de Dinamarca (artículo 88), de Irlanda (artículo 46), de Suecia (capítulo VIII, artículo 15), de Bélgica (artículo 195), de Luxemburgo (artículo 114), de los Países Bajos (artículo 137) y de Grecia (artículo 110).

⁹ *Vid.* Constitución de Austria (artículo 44) y de España (artículos 167 y 168).

inmunizar esas normas frente al control judicial.¹⁰ En Estados Unidos, en cambio, es más difícil obtener una mayoría de 2/3 del Congreso federal, pues los partidos políticos carecen de disciplina interna, y son raros los pactos estables entre ellos.

También es relevante la historia del país. Así, la Constitución española no es tan rígida como la estadounidense desde un punto de vista formal (salvo cuando se trata de materias sujetas al proceso extraordinario previsto en el artículo 168), y la existencia de partidos políticos disciplinados es un factor que facilita el proceso de reforma. Sin embargo, en España la idea de reformar la Constitución es una especie de “tabú”. La razón es que la Constitución expresa, entre otras cosas, un compromiso o consenso entre las principales fuerzas políticas a fin de zanjar de manera pacífica ciertas querellas que en el pasado dividieron a los españoles de forma trágica. La Constitución se elaboró con la memoria de la guerra civil. Dado este trasfondo, existe un interés estratégico entre los principales líderes y partidos para que la Constitución se “toque” lo menos posible. Esta actitud general beneficia a todas las cláusulas constitucionales, incluso a aquellas que no tienen nada que ver con los grandes pactos constituyentes.¹¹

También puede ocurrir que las tradiciones políticas del país sean “conservadoras”, en el sentido de que la sociedad entienda que deben darse razones de mucho peso antes de proceder a una reforma constitucional. Esta actitud de cautela y de respeto por el pasado puede proteger fuertemente a una Constitución frente al cambio, aunque se trate de una Constitución flexible (o muy poco rígida) desde el punto de vista jurídico-formal.¹²

En definitiva, la rigidez *efectiva* de la Constitución depende del juego de las exigencias jurídico-formales, por un lado, y de las circunstancias políticas, históricas y sociales, por otro.

¹⁰ Acerca de esta práctica austriaca, véase Heinz Schäffer, “Austria: la relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador”, en Eliseo Aja, ed., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona, Ariel, 1998, pp. 40-42.

¹¹ La consecuencia de todo ello es que hasta ahora sólo se ha aprobado una reforma del texto constitucional (la reforma del 27 de agosto de 1992, que modificó el artículo 13.2), que fue necesaria para que España pudiera ratificar válidamente el Tratado de Maastricht de 1992. De hecho, el gobierno español intentó convencer al Tribunal Constitucional de que no era necesario reformar la Constitución. Véase la Declaración del Tribunal del 1 de julio de 1992.

¹² Ésta era la tesis de James Bryce con respecto a la “Constitución inglesa”. Véase “Flexible and Rigid Constitutions”, en *op. cit.*, pp. 19-22.

Tras este panorama general, pasemos ahora a examinar los problemas que plantea la rigidez desde un punto de vista normativo.

II. RIGIDEZ Y ABSTRACCIÓN

Es común sostener que, en una democracia, la declaración de derechos que figura en la Constitución debe expresar los valores compartidos por la comunidad política. Los derechos fundamentales deben reflejar el consenso básico de la sociedad. La consecuencia de este planteamiento es que, para que la tabla de derechos constitucionales sea legítima, la mayoría de los ciudadanos y de los representantes de la sociedad actual han de estar de acuerdo con su contenido: no puede haber “consenso” en torno a esos derechos si la mayoría está en contra.

Si ello es así, cabe entonces plantear una objeción en contra de la rigidez: si la Constitución es de difícil reforma, existe el riesgo de que, con el transcurso del tiempo, se produzca un divorcio entre su contenido material y el consenso mayoritario existente en la sociedad. Esta discrepancia puede producirse en un doble sentido: puede ocurrir que la mayoría actual no considere “correctos” alguno de los derechos registrados en la Constitución. Y puede suceder también que la mayoría estime insuficiente el catálogo de derechos, por no incluir algún derecho “nuevo” que reputa fundamental.¹³

Ahora bien, la Constitución rígida puede evitar este riesgo potencial de “deslegitimación” recurriendo a lo que (para simplificar) podemos llamar *abstracción*: es decir, el empleo de términos relativamente abstractos (no específicos) a la hora de enunciar los derechos, y la admisión de excepciones implícitas al ejercicio de los mismos, en función de otros derechos y bienes que hay que ponderar. El contenido específico de los derechos puede entonces variar a lo largo del tiempo, según evolucionen los juicios de ponderación y la interpretación de esas expresiones abstractas.¹⁴ Esta adap-

¹³ Naturalmente, en este último caso, la rigidez no resulta tan problemática, pues la Constitución no impide a la mayoría reconocer y garantizar los nuevos derechos a través de la legislación ordinaria. Pero si uno de los objetivos de la Constitución es expresar los valores básicos de la comunidad, la Constitución es deficiente si no presta apoyo a esos derechos.

¹⁴ A favor de la abstracción para compensar la rigidez del texto constitucional, véase, por ejemplo, Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*. New Haven, Universidad de

tación puede producirse, tanto en un sentido “expansivo” de los derechos (como ha ocurrido con respecto a la igualdad y la privacidad, por ejemplo), como en un sentido “restrictivo” (así, con respecto a la propiedad privada). En particular, puede ocurrir que al ampliar el radio de acción de un derecho (la igualdad), otro derecho con el que éste entra en colisión se vea restringido más intensamente de lo que se había estimado aceptable en el pasado (la propiedad).¹⁵

Si, en cambio, la Constitución rígida expresara los derechos y libertades a través de cláusulas detalladas (específicas) y categóricas (no sujetas a excepciones implícitas), le resultaría mucho más difícil obtener el apoyo de las diversas generaciones a lo largo del tiempo. Pues el carácter detallado y categórico de las cláusulas aumentaría el riesgo de que las generaciones futuras estuvieran en desacuerdo con lo dispuesto en ellas.

Así pues, la abstracción es necesaria para que una Constitución rígida mantenga su legitimidad democrática a lo largo del tiempo. Es más: precisamente porque la rigidez debe ir acompañada de la abstracción, *la rigidez tiende a generar abstracción*. Es decir: en la medida de lo posible (dada una determinada tradición interpretativa, que impone límites a lo que puede “hacerse decir” a los textos), las generaciones futuras tenderán a leer las

Yale, 1960, pp. 83-84, y Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 18. Por su parte, Francisco Tomás y Valiente defendió como un acierto del constituyente español el haber incluido en el artículo 1.1 valores muy abstractos (los “valores superiores del ordenamiento jurídico”), a fin de garantizar la “resistencia” de la Constitución al paso del tiempo: “La resistencia constitucional y los valores”, en *Doxa*, núm. 15-16, 1994, p. 642.

¹⁵ En contra, Jed Rubenfeld (“Legitimacy and Interpretation”, en Larry Alexander, ed., *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Universidad de Cambridge, 1998, pp. 219-227), quien acepta la evolución interpretativa en un sentido “expansivo”, pero no en sentido restrictivo. Rubenfeld afirma que aquellos casos que fueron considerados casos paradigmáticos de violación de un derecho en el momento en que se aprobó la disposición constitucional de que se trate, deben seguir siendo considerados así por el intérprete actual, a diferencia de lo que ocurre con los casos de “no violación” de un derecho, respecto de los cuales el intérprete no está sujeto a los juicios del pasado. Este autor defiende así lo que podríamos llamar un “originalismo asimétrico”. A mi juicio, aunque necesitemos casos paradigmáticos de violación de un derecho para anclar el proceso interpretativo, esto no significa que esos casos sean inmunes a toda reconsideración ulterior. Como sostiene Ronald Dworkin (*Law’s Empire*. Cambridge, Universidad de Harvard, 1986, pp. 72-73), algunos de esos casos paradigmáticos pueden convertirse en casos dudosos.

disposiciones de la tabla de derechos de tal manera que resulten “abiertas”. Así, los intérpretes dirán que los derechos son sólo *prima facie*, es decir, que existen excepciones implícitas a las normas que los expresan, a pesar del carácter aparentemente categórico de éstas; y, viceversa, que los derechos específicos reflejan principios más abstractos y fundamentales a los que cabe acudir por vía interpretativa para expandir el conjunto de derechos. De esta suerte, aumenta la capacidad del texto de adaptarse a los nuevos consensos en materia de derechos, tanto en una dirección restrictiva como en una dirección expansiva.

La abstracción del texto es necesaria aunque se considere que la Constitución merece un estatus superior a la ley ordinaria en razón de haberse aprobado a través de procedimientos que permiten reflejar de manera más genuina la voluntad popular. Pues las mayores credenciales democráticas que la Constitución tuviera en su origen (si es que las tuvo) se difuminan con el paso del tiempo. Sin la abstracción, el problema intergeneracional (¿por qué la generación actual está sujeta a la Constitución legada por las generaciones pasadas?) subsiste.¹⁶

En suma, la abstracción de la Constitución contribuye a unir a las diversas generaciones de una nación bajo unos mismos principios de justicia.¹⁷

¹⁶ Bruce Ackerman, por ejemplo, defiende el rango supremo de la Constitución americana (según ha quedado modificada por las reformas posteriores) en razón de la calidad democrática del proceso de su elaboración y reforma, que considera superior al de la aprobación de una ley ordinaria, pues en momentos de “política constitucional” los ciudadanos participan en la deliberación colectiva con mayor intensidad y profundidad que lo que ocurre en tiempos de “política normal”. Con independencia de lo acertado de este punto de vista, en todo caso Ackerman se ve obligado a recurrir implícitamente a la abstracción para poder dar respuesta a la objeción de que no es democrático que el electorado del pasado (que excluía a los negros y a las mujeres) vincule al electorado actual. Ackerman dice que esa generación pasada “suministró un lenguaje y unas instituciones constitucionales a través de los cuales generaciones posteriores de negros y de mujeres han logrado plena ciudadanía”. *We the People. Foundations*. Cambridge, Universidad de Harvard, 1991, p. 316. Ahora bien, el lenguaje constitucional sólo tiene esta capacidad inclusiva si expresa conceptos relativamente abstractos. Las concepciones más específicas de los *framers* resultarían demasiado racistas y sexistas. Por ello, es coherente que Ackerman defienda la abstracción y rechace las posiciones de orginalistas como Robert Bork. Véase, en este sentido, el artículo de Ackerman titulado “Robert Bork’s Grand Inquisition”, 99 *The Yale Law Journal* 1419, 1990.

¹⁷ En este sentido, me parece iluminadora la teoría de Jed Rubenfeld de la democracia constitucional como “demografía” (*demo-graphy*), expuesta en “Legitimacy and Interpretation”, *op.*

Ello no significa, sin embargo, que los principios compartidos sean triviales. Las cláusulas que protegen derechos y libertades imponen algo más preciso que la exigencia de que las leyes “sean justas” (o “razonables”). Cuando la generación actual suscribe la tabla de derechos legada por la generación del pasado se adhiere a unos principios más específicos que el de justicia (o razonabilidad). Ello es posible porque las generaciones que se suceden a lo largo de una historia democrática (no, claro es, cuando una generación rompe con un pasado autoritario) no son totalmente extrañas entre sí. Cada generación no erige sus valores políticos partiendo de cero, sino que ingresa en un espacio que ya está ocupado por valores. Se le “educa” en ellos. Si esta educación está basada en la libertad, la nueva generación puede estar en desacuerdo con las anteriores en cuanto al modo de interpretar y aplicar esos valores. Pero existe todavía un conjunto de contenidos que la generación actual comparte con las pasadas, y que no son triviales.¹⁸

III. EL CONTROL JUDICIAL DE LA LEY BAJO LA CONSTITUCIÓN ABSTRACTA

Hasta ahora he sostenido que, a través de la abstracción, la Constitución rígida puede mantener a lo largo del tiempo su capacidad para expresar derechos y libertades acerca de cuyo valor existe consenso en la sociedad. Ahora bien, ¿para qué sirve entonces esa tabla de derechos? ¿Qué sentido

cit. Este autor sostiene que al redactar un texto (la Constitución), el pueblo se compromete a respetar ciertos principios a lo largo del tiempo. La democracia es, ante todo, la capacidad de escribir un texto. Sin embargo, me parece exagerado concluir, como hace Rubenfeld, que “somos los miembros del mismo pueblo que se dio a sí mismo la Constitución” (p. 215). Me parece mejor decir que las diversas generaciones se gobernan bajo unos mismos principios, reflejados en un texto que comparten. Si la generación actual no compartiera esos principios, la legitimidad de la tabla de derechos de la Constitución no podría salvarse diciendo que las diversas generaciones forman un solo pueblo y que es ese pueblo el que se dio a sí mismo la Constitución.

¹⁸ Barry Friedman y Scott Smith (“The Sedimentary Constitution”, 147 *University of Pennsylvania Law Review*, 1, 1998) destacan adecuadamente hasta qué punto la historia pasada es inmanente a la generación actual.

tiene (en una democracia) constitucionalizar unos derechos abstractos que la mayoría ya acepta autónomamente?

La respuesta tiene que ver con los costes de los derechos fundamentales. Estos derechos no se satisfacen gratuitamente: su garantía efectiva exige el sacrificio de otros intereses, que pueden afectar a una multitud de personas. Puede ocurrir que, por debilidad de la voluntad o por limitaciones cognitivas, la mayoría parlamentaria del momento (aunque actúe de conformidad con la opinión pública mayoritaria) adopte una decisión que lesiona un derecho cuya validez y especial peso la propia mayoría (tanto la parlamentaria como la social) reconoce.¹⁹ Del mismo modo que es posible que un individuo actúe de manera disconforme con los principios morales que autónomamente acepta, es posible que la mayoría política lesione ciertos derechos cuya existencia y especial peso acepta autónomamente.

La Constitución puede contribuir a contrarrestar este riesgo. Al expresar los derechos de modo solemne, recuerda a los miembros de la comunidad política la especial importancia que tienen esos derechos para asegurar a todas las personas una vida mínimamente digna. Al hacer “visibles” estos elementos básicos de la dignidad, empuja a los representantes a preguntarse si las leyes que proponen están realmente en consonancia con ellos. La Constitución trata de reforzar una cultura pública en la que los derechos generalmente aceptados como fundamentales son tomados en serio en la deliberación colectiva.²⁰

En este contexto, el juez constitucional puede desempeñar un papel relevante, en un doble sentido:

a) En primer lugar, el proceso de control judicial de la ley ejemplifica de manera especialmente refinada la práctica de argumentar en favor y en contra de las decisiones políticas a partir de razones derivadas de la Constitución. La mayoría que ha aprobado una ley que afecta a un derecho fundamental es llevada ante un juez para que ofrezca razones a favor de la

¹⁹ Acerca del papel de las restricciones constitucionales para facilitar la superación de problemas de debilidad de la voluntad y de limitaciones cognitivas, véase Jon Elster, *Ulysses Unbound*. Cambridge, Universidad de Cambridge, 2000, pp. 88-174.

²⁰ Así, el artículo 124 (el último) de la Constitución francesa de 1793 establecía que la Declaración de derechos y la Constitución serían grabadas en tablas en la asamblea legislativa y en las plazas públicas de la nación. La idea era que la Declaración presidiera las deliberaciones de los ciudadanos y sus representantes.

misma y dé respuesta a las contra-razones que el impugnante aduce. Al ejercer el control de constitucionalidad, el juez llama la atención de los ciudadanos y de sus representantes sobre las cuestiones suscitadas, sobre los argumentos y contra-argumentos aducidos, y sobre las razones que el juez ha considerado relevantes y suficientes para justificar su decisión. Puede así emerger una opinión pública más informada y sensible a las cuestiones relativas a derechos. Como dice Dworkin, el control judicial “fuerza a que el debate político incluya argumentos sobre principios, no sólo cuando un caso llega al Tribunal, sino también mucho antes y mucho después”.²¹

b) En segundo lugar, el juez puede enriquecer el debate con nuevas voces que no pudieron hacerse oír en el proceso legislativo. Aunque la democracia representativa hace posible que distintas perspectivas sociales e ideas políticas se encuentren en una asamblea, tiene ciertas limitaciones desde un punto de vista deliberativo. La asamblea representativa es demasiado pequeña para asegurar la presencia de todas las voces. El sistema representativo tiene una tendencia estructural a simplificar. Además, el acceso al proceso legislativo es costoso, y los recursos que son necesarios para acceder a él no están distribuidos de manera equitativa. Existe en consecuencia un riesgo de parcialidad en contra de los grupos que se encuentran más marginados en la sociedad. En la medida en que esas voces y esos grupos pueden tener un más fácil acceso al proceso judicial, el juez decide sobre la base de un conjunto más completo de razones y contra-razones.²² De esta manera, los debates públicos pueden verse enriquecidos con los nuevos argumentos que el juez hace visibles a través de sus sentencias.²³

²¹ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*. Cambridge, Universidad de Harvard, 1985, p. 70.

²² Por esta razón, puede decirse (simplificando mucho) que un sistema de justicia constitucional como el americano, que reconoce a todos los jueces la facultad de controlar la ley en el contexto de casos concretos protagonizados por individuos y grupos, es superior en este aspecto a un sistema como el europeo en su versión original, que entrega esa facultad a un Tribunal Constitucional que decide en abstracto, y al que los individuos y grupos no tienen acceso, o tienen un acceso muy dificultado (pues el círculo de legitimados para poner en tela de juicio la ley queda circunscrito, básicamente, a un conjunto de instituciones públicas).

²³ Una defensa del control judicial basada en la superioridad de la posición institucional del juez para hacerse eco de quejas que el proceso político puede preferir ignorar, y para escuchar un amplio conjunto de argumentos de diversos sujetos, puede encontrarse en Owen Fiss, “The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice”, 93 *Harvard Law Review*, 1, 1979, p. 13.

Con respecto a este doble papel del juez constitucional, se plantea un problema: por un lado, se quiere que el juez actúe como conciencia crítica de la comunidad, que empuje a ésta a ser fiel a un conjunto de principios que corren el riesgo de ser relegados a un segundo plano en el momento de legislar. Para ello, el juez debe contar con cierta independencia frente a la presión de las mayorías. Pero, por otro lado, se desea que los principios que el juez interpreta y aplica sean los que surgen del consenso básico de la comunidad, y no otros. Si ello es así, el juez deberá estar conectado de algún modo con los órganos representativos que expresan ese consenso social básico.

Los países con justicia constitucional han adoptado soluciones diversas ante estas exigencias contrapuestas. En general, suelen encomendar la selección de los jueces constitucionales, al menos en gran parte, a los órganos políticos representativos. Pero existe diversidad de soluciones a la hora de fijar la duración del mandato de los jueces. Así, mientras que en Estados Unidos los jueces federales ocupan su cargo de forma vitalicia, en Europa los jueces de los Tribunales Constitucionales tienen un mandato limitado.²⁴ La ventaja de la solución americana es que asegura una mayor independencia de los jueces, pues las mayorías gobernantes no pueden ejercer presión sobre ellos con ofertas de nuevos cargos para después del mandato judicial. El inconveniente es que aumenta el riesgo de que se produzca un divorcio entre las opiniones de los jueces y el consenso básico existente en la sociedad.²⁵ La solución europea tiene, obviamente, la ventaja de que asegura una mayor armonía entre la jurisprudencia y la opinión pública mayoritaria, pero con el riesgo de una menor independencia efectiva del juez.²⁶ No es fácil indicar cuál es el punto de equilibrio adecuado. Quizás es éste uno de los

²⁴ De 12 años en Alemania y de nueve en Italia, Francia, España y Portugal. En Austria, en cambio, los jueces del Tribunal Constitucional ocupan su cargo hasta que alcanzan la edad de 70 años. (Un límite de edad de 68 años existe también en Alemania.) Sobre ello, Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*. París, Montchrestien, E.J.A, 1998, pp. 57-59.

²⁵ En Estados Unidos, Michael Perry, por ejemplo, en su libro *The Constitution in the Courts-Law or Politics* (Nueva York, Universidad de Oxford, 1994, p. 197), ha sugerido la conveniencia de que los jueces de la Corte Suprema sean nombrados por un número limitado de años, a fin de lograr que el control judicial de la ley sea más sensible a la voluntad de “We the people”.

²⁶ Una de las razones que pueden darse para justificar el carácter secreto de los votos de los jueces del Tribunal Constitucional y la prohibición de que se publiquen opiniones disidentes es, precisamente, la necesidad de salvaguardar la independencia del juez constitucional en el contexto de un sistema que otorga a éste un mandato limitado en el tiempo. En este sentido, Mary Volcansek, *Constitutional Politics in Italy. The Constitutional Court*. Nueva York, St. Martin’s

aspectos más delicados del diseño de la justicia constitucional en una democracia.

IV. LA JUSTIFICACIÓN DE LA RIGIDEZ

Teniendo en cuenta lo visto hasta ahora, ¿cómo justificar la rigidez de la Constitución?

1. La rigidez como técnica para proteger la práctica argumentativa ante el juez constitucional

La rigidez de la Constitución puede verse como un medio para garantizar y preservar la práctica de dar y pedir razones ante el juez constitucional. En efecto:

Si la Constitución fuera flexible, la mayoría parlamentaria podría liberarse fácilmente de la carga de dar al juez buenas razones en defensa de la ley que ha aprobado. La mayoría podría sin dificultad reformar la Constitución *ex ante* (antes del proceso de control judicial). Con ello frustraría la posibilidad misma de impugnar la ley ante el juez, pues bajo la Constitución reformada no habría ninguna duda acerca de la validez de esa ley. Alternativamente, la mayoría podría reformar la Constitución *ex post* (es decir, después de la decisión judicial). Si la mayoría estuviera decidida a reformar la Constitución para el caso de que el juez concluyera que la ley es contraria a la Constitución, no tendría que esforzarse demasiado en dar buenas razones al juez.

En la medida en que la Constitución es rígida, estas estrategias se ven dificultadas, por lo que aumentan los incentivos para que la mayoría se tome en serio la carga de ofrecer al juez razones de peso para justificar la ley ante el reproche de que lesiona alguno de los derechos y libertades garantizados en la Constitución. Correlativamente, aumentan los incentivos para que quienes creen tener buenos argumentos constitucionales en contra de la ley, los articulen ante el juez: saben que si tienen éxito, su victoria no se esfumará fácilmente a través de una reforma constitucional.

Press, 2000, pp. 8 y 24. En Europa, los votos particulares de los magistrados del Tribunal Constitucional se publican en Alemania, España y Portugal, pero no en Francia, Austria e Italia.

2. *La reformabilidad como medio de controlar las interpretaciones judiciales*

La rigidez implica dificultad para reformar, pero implica también *reformabilidad*. ¿Por qué aceptar la reformabilidad? ¿Por qué no proteger absolutamente la práctica argumentativa ante el juez, vedando toda posibilidad de reforma constitucional?

La principal razón es que el juez es falible. La justificación del control judicial no reside en la predicción de que el juez acertará siempre al interpretar los derechos enunciados en la Constitución. Tampoco se basa en el cálculo de que el juez acertará más veces que el legislador democrático. El fundamento de esta institución descansa en la deseable contribución que el juez puede hacer al diálogo colectivo, recordando a los ciudadanos y a sus representantes el peso que tienen ciertos derechos, y enriqueciendo la deliberación pública con argumentos y puntos de vista que no han sido tenidos en cuenta en sede parlamentaria. Esta contribución sólo es posible si la práctica argumentativa ante el juez está protegida (de ahí la rigidez constitucional). Pero, en última instancia, la comunidad política debe poder expresar, tras deliberar, cuál es su juicio con respecto a una determinada cuestión controvertida.

Por ello, los órganos políticos deben poder “responder” al juez a través de una reforma constitucional.²⁷ No se trata de “suprimir” el derecho abs-

²⁷ En Francia, dos reformas relativamente recientes se han aprobado para neutralizar decisiones del Consejo Constitucional que habían invalidado leyes ordinarias: la reforma del 25 de noviembre de 1993 (en materia de asilo), que responde a la sentencia del 12 y 13 de agosto de 1993, y la reforma del 8 de julio de 1999 (sobre cuotas femeninas en las elecciones), que responde a la sentencia del 14 de enero de 1999 (así como a la del 18 de noviembre de 1982).

En Irlanda, la decimoséptima enmienda, del 17 de septiembre de 1997, se adoptó como reacción a la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Attorney General v. Hamilton* (1993), que había sostenido que las deliberaciones del gobierno estaban absolutamente protegidas por el secreto. La reforma (aprobada por referéndum el 30 de octubre de 1997) modificó el artículo 28, e introdujo dos excepciones a este principio de reserva.

En Estados Unidos, cuatro enmiendas constitucionales tuvieron por finalidad contrarrestar la jurisprudencia de la Corte Suprema: la decimoprimer enmienda responde a la sentencia *Chisolm v. Georgia* (1793), la decimocuarta a *Dred Scott v. Sandford* (1856), la decimosexta a *Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co.* (1895), y la vigésimo sexta a *Oregon v. Mitchell* (1970). Más recientemente, se propuso una enmienda (que no prosperó) para contrarrestar el precedente

tracto enunciado por la Constitución, sino de expresar una determinada interpretación o consecuencia concreta de este derecho (o de un conjunto de derechos), que difiere de la establecida por el juez.

La institución del control judicial de la ley pierde legitimidad democrática si los órganos representativos no pueden controlar, a través de la reforma constitucional, las interpretaciones del juez.²⁸ Es interesante señalar a este respecto que Alexis de Tocqueville, cuando explicaba por qué los franceses de su época, a diferencia de los americanos, no podían aceptar el establecimiento de un sistema de control judicial de la ley, argumentaba que la Constitución francesa de 1830, a diferencia de la americana, no era reformable. Al no ser reformable, decía, los jueces habrían asumido un poder excesivo si se les hubiera facultado para controlar la constitucionalidad de la ley.²⁹

En este sentido, conviene llamar la atención sobre la importancia del principio de escritura. El hecho de que los derechos y libertades estén recogidos en un texto (o referidos indirectamente en un texto) abre la posibilidad de “responder” al juez: los órganos representativos pueden reescribir ese texto. Si, en cambio, la facultad de control del juez no descansara sobre la previa existencia de un texto, sería más difícil para esos órganos articular su respuesta.³⁰

United States v. Eichman, 110 S.Ct.2404 (1990), una decisión por la que la Corte protegió la quema de la bandera nacional como ejercicio de la libertad de expresión.

²⁸ En el mismo sentido, Nicolò Zanon, “La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all’ ‘ultima parola’ al cospetto delle decisioni d’incostituzionalità”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 6, 1998, pp. 3179-3183.

²⁹ Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, vol. 1. Madrid, Alianza Editorial, 1993: “Si en Francia los tribunales pudiesen desobedecer las leyes, fundándose en que las consideran inconstitucionales, el poder constituyente se hallaría realmente en sus manos, ya que ellos serían los únicos que gozarían del derecho de interpretar una Constitución cuyos términos nadie puede cambiar. Vendrían a desplazar a la nación y dominarían a la sociedad al menos tanto como la debilidad inherente al poder judicial les permitiese”. En cambio, “en América, donde la nación siempre puede, modificando su Constitución, reducir a los magistrados a la obediencia, no hay que temer semejante peligro” (pp. 94-95).

³⁰ Esta “respuesta” es posible aunque la Constitución, en lugar de enumerar los derechos, remita a un conjunto de principios no escritos. El Preámbulo de la Constitución francesa de 1958, por ejemplo, remite (a través del Preámbulo de la de 1946) a los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, que son principios no escritos (pues aunque deben

En congruencia con todo lo anterior, habría que entender que las llamadas “cláusulas de intangibilidad” (que figuran en Constituciones como las de Italia, Francia, Alemania, Grecia y Portugal³¹), constituyen barreras frente a la destrucción de los derechos abstractamente reconocidos en la Constitución, pero no impiden los intentos de los órganos representativos de modificar la interpretación judicial de esos derechos en relación con una determinada controversia. Y, viceversa, habría que entender que, aunque una Constitución carezca de cláusulas de intangibilidad, los derechos abstractos que reconoce son inmunes a toda supresión ulterior. En este sentido limitado, los derechos operan como límites implícitos a la reforma.³²

encontrar reflejo en leyes escritas del pasado, no se hallan formulados de manera canónica en ningún texto). El Consejo Constitucional puede invalidar una ley por contradecir tales principios. Ahora bien, aunque se trate de principios no escritos, los órganos políticos pueden “responder” al Consejo: pueden reformar la Constitución y explicitar en ella una interpretación de los principios que difiere de la establecida por el Consejo. Lo importante es que exista un texto en el que los órganos políticos puedan escribir su discrepancia.

³¹ *Vid.* la Constitución de Italia (artículo 139), de Francia (artículo 89), de Alemania (artículo 79.3), de Grecia (artículo 110) y de Portugal (artículo 288).

³² La Constitución española, por ejemplo, no contiene cláusula alguna de intangibilidad. Sin embargo, algunos autores consideran que ciertos principios son irreformables, como los que garantizan los derechos fundamentales (o, al menos, un núcleo de ellos). Sobre esta cuestión, Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid, Tecnos, 1985, pp. 151-160 y 219-303; Javier Jiménez Campo, “Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución”, en *Revista del Departamento de Derecho Político (UNED)*, núm. 7, 1980, pp. 95-100. Por otra parte, en la práctica los contenidos afectados por el procedimiento especial previsto en el artículo 168 son de muy difícil reforma. La voluntad constituyente parece haber sido la de hacerlos inmutables *de facto*, según explica Javier Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*. Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, pp. 156-157, 190 y 202.

En Estados Unidos la doctrina dominante es que no existen límites implícitos a la reforma. En el pasado, sin embargo, hubo voces favorables. Véanse las referencias recogidas en John Vile, “The Case Against Implicit Limits on the Constitutional Amending Process”, incluido en la colección de ensayos editados por Sanford Levinson, *Responding to Imperfection, op. cit.*, pp. 191-196. Una tesis similar ha sido defendida en la actualidad por Walter Murphy, “Merlin’s Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity”, también en Levinson, *ibid.*, y Jeff Rosen, “Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?”, 100 *Yale Law Journal*, 1073 (1990).

3. *La “respuesta legislativa” como medio alternativo a la reforma constitucional*

En el apartado anterior he tratado de defender la reformabilidad de la Constitución como medio de canalizar la respuesta de la comunidad política a una determinada interpretación judicial. Ahora bien, la reforma constitucional no deja de plantear algunos inconvenientes. Los órganos representativos tratarán, legítimamente, de articular una respuesta que neutralice de manera efectiva la interpretación del juez. Con este objetivo, pueden verse obligados a incurrir en alguno de estos dos extremos en el momento de dar contenido a la reforma: a) “elevar de rango” la ley que fue invalidada por el juez; o b) remitir al legislador ordinario la concreción del derecho abstracto que ha provocado la controversia, “desconstitucionalizando” de esta manera su contenido. En ambos casos la Constitución reformada pierde capacidad para canalizar la deliberación pública actual y futura, pues en el primer caso la Constitución “habla demasiado claro” (con respecto a la cuestión controvertida de que se trate), mientras que en el segundo “no dice nada”.

Por ello, sin perjuicio de la legitimidad de la reforma constitucional como respuesta al juez, debe admitirse también la posibilidad de un segundo tipo de respuesta, que podemos denominar “respuesta legislativa”, a través de la cual el legislador ordinario aprueba una ley de contenido similar o idéntico al de otra ley que fue invalidada. Con ello trata de provocar una segunda ronda de debate ante el juez, con la esperanza de convencer a éste de la necesidad de modificar su anterior línea jurisprudencial.

Obsérvese que se trata de una modalidad de respuesta legislativa distinta de la prevista en la actualidad en el Reino Unido, donde ciertos tribunales tienen competencia para declarar la incompatibilidad entre una ley y la *Human Rights Act* de 1998, siendo el Parlamento quien decide en último término si, a la vista de una declaración judicial de incompatibilidad, la ley debe ser modificada o no.³³ También es distinta de la técnica prevista en el sistema canadiense, donde se permite al Parlamento aprobar una ley idén-

³³ Este sistema ha sido introducido por la *Human Rights Act* de 1998. Un comentario sobre esta ley puede encontrarse en K. D. Ewing, “The Human Rights Act and Parliamentary Democracy”, 62 *The Modern Law Review*, 79 (1999).

tica a la que fue invalidada por un juez, e inmunizarla frente a un ulterior control judicial, a través de una explícita declaración a tal efecto.³⁴

Se trata, por el contrario, de que el legislador, a pesar de la declaración de inconstitucionalidad que ha recaído sobre una ley, pueda aprobar otra de igual o similar contenido, pero sin inmunizarla frente al posterior control judicial.

Cuanto más rígida sea la Constitución, en mayor medida es necesario admitir este tipo de respuesta legislativa. (En España, por ejemplo, es muy improbable que el Tribunal Constitucional sea respondido por los órganos políticos con una reforma constitucional, pues la reforma es, por el momento, un tema tabú³⁵.) Naturalmente, el Parlamento no puede actuar frívolamente. Debe haber transcurrido un plazo razonable desde que se dictó la sentencia judicial invalidatoria de la ley anterior. En particular, seguramente es necesario que se haya elegido un nuevo Parlamento. Cabe, pues, condicionar la legitimidad de este tipo de reacción legislativa, pero no negarla de manera absoluta.³⁶

Ocurre, además, que el sistema jurídico debe posibilitar la evolución de la jurisprudencia constitucional. (Como argumento a favor de la publicación de los votos particulares de los jueces suele decirse, con razón, que es deseable dejar constancia de la existencia de una interpretación alternativa, que algún día puede convertirse en dominante.) Ahora bien, esta evo-

³⁴ Vid. el artículo 33 de la *Charter of Rights and Freedoms* de 1982. Algunos derechos no pueden ser neutralizados de este modo: los derechos lingüísticos, la libertad de movimiento y los derechos políticos. La declaración que protege a la ley (la cláusula *non obstante*) produce efectos durante un plazo máximo de cinco años, plazo que puede ser prorrogado a través de sucesivas declaraciones.

³⁵ Como ha señalado Pedro Cruz Villalón (“Constitución y tiempo: primera década”, 15 *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 335 [1989], p. 361), el Tribunal Constitucional sabe que no tiene nada que temer del poder de reforma, lo que le coloca en una posición más difícil.

³⁶ Algunos autores consideran que la aprobación de la nueva ley supone un ilícito. Así, Javier Jiménez Campo, “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español”, en *La jurisdicción constitucional en España*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 92, y Raúl Bocanegra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, p. 236. A favor de la respuesta legislativa se pronuncian, en cambio, Stephen Macedo, *Liberal Virtues*. Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 151, y Luís Nunes de Almeida, en Eliseo Aja, ed., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona, Ariel, 1998, p. 244.

lución tiene que ser posible en una doble dirección: tanto en un sentido desfavorable para el legislador como en un sentido favorable. Pues bien, en determinados sistemas políticos es difícil que la jurisprudencia evolucione en una dirección favorable al legislador, a no ser que se permita al Parlamento aprobar una nueva ley de contenido idéntico o similar al de otra que fue invalidada en el pasado. Se trata de aquellos sistemas que (a) no son federales, sino que concentran el poder legislativo en un solo Parlamento, y (b) no configuran el control de constitucionalidad como control concreto, sino abstracto. En efecto:

a) En los sistemas federales, para posibilitar un cambio jurisprudencial favorable al legislador no es necesario que el mismo Parlamento estatal que aprobó la ley invalidada apruebe otra de contenido idéntico o similar, pues es probable que en otro Estado de la federación exista una ley parecida, lo que permitirá plantear de nuevo la misma controversia interpretativa ante el juez.³⁷ En cambio, en un sistema donde el poder legislativo está centralizado en un único Parlamento, esta posibilidad no existe.

b) En los sistemas en los que el control de constitucionalidad no se produce en abstracto, sino en el contexto de casos concretos, el juez no destruye la ley que estima inconstitucional. Lo que hace es inaplicar la ley al caso concreto y sentar un precedente que bloquea la aplicabilidad de esa ley a casos similares. Si, en el futuro, el juez revoca o restringe el precedente, la ley recupera total o parcialmente su aplicabilidad. Por ello, los operadores jurídicos (tanto particulares como funcionarios) pueden plantear nuevos casos con el objeto de minar un precedente controvertido y “recuperar” así la ley. Esta “desobediencia” es menos visible y solemne que la respuesta legislativa.³⁸ En los sistemas de control abstracto, en cambio, las cosas son distintas. Aquí, cuando el Tribunal Constitucional invalida una ley, la expulsa del sistema jurídico de manera irreversible.

³⁷ Una interesante explicación de las interacciones interpretativas entre la Corte Suprema de los Estados Unidos y los diversos Estados es la ofrecida por Barry Friedman, “Dialogue and Judicial Review”, 91 *Michigan Law Review*, 577, 1993.

³⁸ La legitimidad de cierto grado de desobediencia de los funcionarios y cargos públicos es aceptada en Estados Unidos incluso por autores como Larry Alexander y Frederick Schauer, que insisten en la necesidad de que el tribunal actúe como autoridad que zanja polémicas interpretativas. Véase, “On Extrajudicial Constitutional Interpretation”, 110 *Harvard Law Review*, 1359, 1997, p. 1386.

Así pues, en un sistema donde el poder legislativo está concentrado en un único Parlamento y donde el control de constitucionalidad es de tipo abstracto, resulta más difícil desencadenar una cambio jurisprudencial favorable al legislador, como no sea a través de la aprobación parlamentaria de una nueva ley. Podríamos decir que, en un sistema de esta naturaleza, si el control de constitucionalidad se concentra en el Tribunal Constitucional, la “desobediencia” necesaria se concentra en el Parlamento.

Ahora bien, hay que señalar que allí donde el control de constitucionalidad es “concreto”, se suele acudir a la doctrina del precedente para introducir cierto orden en el sistema. Pero una versión relativamente fuerte de esta doctrina, como la que opera en los países del *common law*, puede dificultar los cambios jurisprudenciales. Así, en los Estados Unidos, una sentencia de la Corte Suprema que declare que una ley es contraria a la Constitución tiene un efecto de bloqueo general: este efecto se extiende, no sólo a esa ley, sino a cualquier otra que sea similar (con independencia de que se haya aprobado en el pasado o se apruebe en el futuro). Además, aunque la Corte puede revocar sus precedentes, les otorga cierto peso intrínseco, más allá de su corrección sustantiva, lo que sobreprotege a las interpretaciones pasadas frente a su corrección futura.³⁹

La situación es distinta en los países europeos que pertenecen a la tradición del *civil law* y que han establecido Tribunales Constitucionales. En

³⁹ Así, en la sentencia *Casey*, 505 U.S. 833 (1992), la Corte Suprema decidió reafirmar el precedente *Roe*, 410 U.S. 113 (1973), a pesar de que tres jueces de la mayoría (O’Connor, Kennedy y Souter) se inclinaban por pensar que el precedente *Roe* no era una interpretación correcta de la Constitución. Fueron las razones vinculadas a la doctrina del precedente (básicamente, la necesidad de proteger la integridad judicial y las expectativas creadas entre los ciudadanos) las que inclinaron la balanza a favor de reafirmar *Roe*.

En este sentido, Michael Stokes Paulsen, “Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of *Roe* and *Casey*?”, 109 *Yale Law Journal*, 1535, 2000, ha hecho recientemente una interesante propuesta: el Congreso podría abrogar el efecto de la doctrina del *stare decisis* para una categoría de casos (el aborto, por ejemplo). Con ello estaría obligando a los jueces federales a interpretar la Constitución sin dar ningún peso intrínseco a los precedentes (es decir, sin otorgarles ningún valor más allá de su corrección material). Obviamente, el Congreso no estaría imponiendo a los jueces su interpretación de la Constitución: éstos seguirían siendo libres para determinar cuál es la interpretación correcta de este texto. Simplemente les estaría exigiendo que examinaran la cuestión interpretativa como cuestión nueva, partiendo de cero, sin sentirse vinculados por los precedentes.

primer lugar, los efectos de una decisión invalidatoria del Tribunal se limitan normalmente a la ley enjuiciada. La ley es expulsada, sí, pero sólo esa ley lo es (pues se considera que sólo a ella se extiende el efecto de cosa juzgada). Esto significa que si existe otra ley similar (sea una ley aprobada por el mismo Parlamento después de la sentencia, sea —en los países federales— una ley aprobada por el Parlamento de otro Estado), será necesario abrir un nuevo proceso ante el Tribunal Constitucional, en el contexto del cual éste podrá reconsiderar su interpretación pasada.⁴⁰ En segundo lugar, aunque el Tribunal tienda a respetar sus propios precedentes, no les otorga tanto peso intrínseco como el que reciben en los Estados Unidos. La idea de que un precedente tiene alguna autoridad más allá de su valor como interpretación correcta del Derecho es bastante ajena a la tradición del *civil law*. Como dijo el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal “debe contrastar los actos del legislador con la propia Constitución, y no con los precedentes”.⁴¹ Así pues, la existencia de una doctrina débil de los precedentes modera la rigidez potencial que el sistema europeo de control abstracto encierra.

En suma, podemos decir (simplificando en alguna medida esta cuestión) que la “respuesta legislativa” es particularmente necesaria, para posibilitar los cambios jurisprudenciales favorables al legislador, allí donde existe un único Parlamento con competencia legislativa sobre una materia, y un Tribunal Constitucional que enjuicia en exclusiva y en abstracto la validez de las leyes. En estos sistemas, la ausencia de una fuerte doctrina del precedente facilita que una eventual “respuesta legislativa” pueda provocar la reconsideración por parte del Tribunal Constitucional de su anterior jurisprudencia.

⁴⁰ Así, en España el Tribunal Constitucional ha dicho que los jueces ordinarios no pueden inaplicar por sí mismos una ley, sino que habrán de elevar una cuestión al Tribunal Constitucional, “por más que lo en ella dispuesto se corresponda, a juicio de los Jueces ordinarios, con el contenido de otro precepto legal sometido en su día a control de constitucionalidad y declarado entonces contrario a la Norma fundamental” (STC 23/1988, Fundamento jurídico, 2).

⁴¹ BVerfGE 77, 84 (104). Véase la referencia en Robert Alexy y Ralf Dreier, “Precedent in the Federal Republic of Germany”, en Neil MacCormick y Robert Summers, *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 26-27.

V. CONCLUSIÓN

¿Es excesiva la rigidez constitucional? Lo sería, ciertamente, si la Constitución expresara los derechos y libertades en términos tan taxativos que, con el transcurso del tiempo, se creara un divorcio entre su contenido y el consenso mayoritario existente en la sociedad. Pero si la Constitución recurre a la abstracción, este riesgo se reduce drásticamente.

Lo que realmente constriñe a la mayoría son las decisiones adoptadas por los jueces constitucionales al interpretar esos derechos abstractos, decisiones que son difíciles de contrarrestar desde el momento en que la Constitución es rígida. La justificación de la rigidez reside en la necesidad de proteger la práctica argumentativa que se despliega en el foro judicial: la rigidez crea incentivos para que la mayoría se tome en serio la carga de dar razones en defensa de la ley en ese foro, a la luz de un conjunto de principios constitucionales que la propia mayoría acepta.

La rigidez, sin embargo, no es absoluta: no privilegia de manera irreversible las interpretaciones judiciales frente a las de los órganos representativos, pues éstos pueden responder por medio de una reforma constitucional o, de forma menos contundente, a través de una “respuesta legislativa”. Los derechos que figuran en la Constitución adquieren significado, pues, a través de un proceso en el que las mayorías políticas (y/o supermayorías) desempeñan un importante papel.

¿Es insuficiente, entonces, la rigidez? Para quienes creen que las mayorías (y, por tanto, también las supermayorías) tienen una tendencia estructural a satisfacer sus preferencias en detrimento de los derechos de los individuos y de las minorías, la rigidez constitucional, al no ser absoluta, resulta insuficiente: aunque se exija una supermayoría de 2/3 o de 3/4 para reformar la Constitución, por ejemplo, ¿quién va a proteger los derechos de la minoría que constituye el 1 % de la población? Sin embargo, la experiencia histórica parece indicar que, si bien las mayorías políticas pueden adoptar decisiones erróneas en materia de derechos, no puede decirse que tengan una tendencia estructural a lesionarlos. Al fin y al cabo, en muchos países han sido las mayorías políticas las que han instaurado y mantenido en vigor las Constituciones. Incluso los derechos más claramente dirigidos a la protección de las minorías (como el derecho a no ser discriminado en virtud de la raza) forman parte del consenso político

contemporáneo en muchas democracias. Si ello es así, entonces la rigidez constitucional, que protege, pero no inmuniza, las interpretaciones judiciales frente a un juicio adverso de los órganos políticos representativos, no es una técnica insuficiente para proteger los derechos (en un mundo donde nadie es infalible).

ORDENACIÓN Y JERARQUIZACIÓN CONSTITUCIONALES

José Ramón Cossío D.,
Departamento de Derecho del ITAM

A) LA ORDENACIÓN EN EL CONSTITUYENTE DE 1916–1917

En este trabajo buscamos establecer si en el orden jurídico mexicano existe algún criterio de ordenación de los preceptos constitucionales, particularmente de aquellos que contienen derechos fundamentales. Por tratarse de una pregunta compleja y, hasta donde se sabe, no considerada expresamente por la doctrina ni por los órganos del Estado, es necesario resolverla desde distintos niveles de análisis. Para ello partiremos de varias hipótesis. En primer lugar, que todo ordenamiento jurídico (Constitución, ley o reglamento) debe ser dotado por sus órganos de creación o por sus intérpretes con un criterio de ordenación, pues la interpretación y aplicación de sus normas debe realizarse a partir del mismo. La dificultad para identificarlo depende de que se estime que el criterio está ya contenido en el ordenamiento o se deriva de la naturaleza de las normas o de sus presupuestos. Las preguntas por él surgen en el momento en que se cuestiona la legitimidad del propio ordenamiento, la forma en que se está realizando su aplicación, o cuando se aspira a que con él o sus normas se logren otro tipo de funciones sociales o normativas. En segundo lugar, que la ordenación depende de los supuestos y funciones que busquen lograrse mediante el ordenamiento o sus normas. Así, si se supone que el fin del Estado y de su Constitución es lograr el mantenimiento de un régimen o justificar las formas de actuación del mismo, es claro que un determinado tipo de normas deberá ser privilegiado respecto de otro, lo que supone tener que formular criterios de ordenación y desechamiento. En tercer lugar, y partiendo de los elementos señalados en el punto anterior, es claro que la determinación del

criterio de ordenación y su actualización específica deberán quedar encamendados a un o varios órganos claramente identificados. Finalmente, nos parece evidente que la ordenación constitucional viene a ser una de las posibles manifestaciones de una teoría constitucional, de manera que no resulta posible tratar a la primera sin tener en cuenta las características generales de la segunda. En este último sentido, si respecto de un determinado orden jurídico existen varias teorías en competencia, existirá también la competencia entre varias propuestas de ordenación constitucional.

A partir de las hipótesis apuntadas, la única manera de cumplir nuestro propósito es llevando a cabo la reconstrucción histórica de los elementos pertinentes. Así, la primera cuestión consiste en saber si el Constituyente de 1916-1917 estableció una teoría constitucional y un criterio de ordenación de los preceptos constitucionales y si, en caso de ser así, de qué manera resultó vinculante para los órganos del Estado. La segunda consiste en analizar la forma en que durante el régimen priista se llevó a cabo la ordenación constitucional y se construyó la teoría que permitió la representación integral de ese ordenamiento. Esta segunda cuestión obedece a dos razones, toda vez que, por una parte, tiene un valor propio para la comprensión de un periodo muy importante de nuestra historia constitucional y, adicionalmente, puede ser determinante para lo que actualmente acontece en nuestro país. Para este último propósito, explicaremos brevemente la situación de cambio social que vive el país, pues la misma constituye el contexto en el que pueden ser contestadas las preguntas relativas a la ordenación de los preceptos constitucionales y a los criterios que les sirven de fundamento. Desde ahora conviene adelantar que es precisamente en ésta confluencia entre la herencia priista en cuanto a la forma de entender y ordenar la Constitución y las condiciones de cambio social y normativo que vive el país, en donde se está presentando un importante problema: por una parte, esa herencia consiste en una teoría constitucional de carácter autoritario y en la ordenación de los preceptos constitucionales a partir de las normas orgánicas (con la consiguiente reducción y fragmentación de los derechos fundamentales); por otra, la propia situación de cambio exige la realización de nuevas funciones constitucionales a partir de la aceptación del carácter plenamente normativo de ésta; finalmente, la evolución de la justicia constitucional (en el modelo constitucional vigente la vía privilegiada para la resolución de conflictos), se ha reducido a una serie de cam-

bios orgánicos y procedimentales, sin que hasta ahora haya podido establecerse la “cultura” necesaria para sustentar un nuevo entendimiento de la Constitución ni, por ende, llevar a cabo la ordenación constitucional.

Una vez respondidas las cuestiones anteriores, se estaría en posibilidad de enfrentar las interrogantes fundamentales de la ordenación constitucional: ¿se requiere de una ordenación constitucional?, ¿a partir de qué criterios debe hacerse?, ¿qué la justifica?, ¿qué fines o funciones deben satisfacerse con ella?, ¿cómo establecerla en un país en el cual no se ha desarrollado ni existen los supuestos teóricos necesarios para sustentarla?, ¿debe ser “extraída” de un texto con cerca de quinientas reformas, debe ser “inventada” o debe ser “encontrada” en los orígenes del constitucionalismo o en alguna otra teoría con escasa tradición o sustento entre nosotros?

Los trabajos del Congreso Constituyente comenzaron con la propuesta de reformas a la Constitución de 1857 hecha por don Venustiano Carranza. La primera y más importante explicación de ese documento fue hecha por él mismo a través del Informe que presentó al Congreso.¹ En éste se señalaron las razones para llevar a cabo las reformas y se aludió al contenido de varios de los preceptos propuestos. Expresamente no se planteó un criterio de ordenación y jerarquización de los preceptos, de ahí que sea necesario tratar de establecerlo indirectamente. Carranza afirmaba que los principios fundamentales de la Constitución de 1857 debían haber sido las garantías individuales, la soberanía popular, la división de poderes, el federalismo y la forma de gobierno republicana, representativa y democrática. A su juicio, éstos principios habían sido conculcados por la dictadura, por lo que en la nueva Constitución debían quedar claramente establecidos y ser eficaces. Al describir los que debieran ser los nuevos contenidos constitucionales, Carranza señalaba las razones que los justificaban. Algunas de sus afirmaciones eran de carácter coyuntural o consecuencia de las situaciones que se habían vivido durante la dictadura de Díaz. Sin embargo, al referirse a los derechos fundamentales, llamados en la Constitución mexicana “garantías individuales”, introdujo un par de señalamientos de importancia. En el primero de ellos afirmaba:

Siendo el objeto de todo Gobierno el amparo y protección del individuo, o sea de las diversas unidades de que se compone el agregado social, es incues-

¹ *Diario de Debates*, t. I, núm. 12, sesión del 1 de diciembre de 1916.

tionable que el primer requisito que debe llenar la Constitución Política, tiene que ser la protección otorgada, con cuanta precisión y claridad sea dable, a la libertad humana, en todas las manifestaciones que de ella derivan de una manera directa y necesaria, como constitutivas de la personalidad del hombre.²

En el segundo señalamiento dijo: “Partiendo de este concepto, que es el primordial, como es el que tiene que figurar en primer término, marcando el fin y objeto de la institución de Gobierno, se dará a las instituciones sociales su verdadero valor...”³

¿Podemos decir que en estas afirmaciones se contiene el criterio de Carranza para llevar a cabo la ordenación y jerarquización de los preceptos constitucionales? En otras palabras, ¿puede decirse que para Carranza la Constitución debía ordenarse a partir de los derechos de la persona? A mi juicio sí, si atendemos a lo dicho en la parte final de su propio Informe, donde señalaba que las reformas tendrían “a asegurar las libertades públicas por medio del imperio de la ley, a garantizar los derechos de todos los mexicanos por el funcionamiento de una justicia administrada por hombres probos y aptos...”⁴

A pesar de la enorme influencia de Carranza en tanto Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, el Constituyente no se guió siempre por sus posiciones. Por el contrario, rápidamente se introdujeron una serie de cuestiones distintas al pensamiento liberal al darse cabida a ciertos contenidos de carácter social,⁵ además de que se modificaron algunas de las propuestas a diversos artículos constitucionales por motivos muy variados. No es el caso repetir aquí lo que se ha relatado en otros trabajos,⁶ sino simplemente preguntarnos si de los debates es posible considerar que el Constituyente

² *Ibid.*, p. 262.

³ *Idem*.

⁴ *Ibid.*, p. 269.

⁵ Fundamentalmente, los mismos tuvieron cabida respecto de la impartición gratuita de la educación primaria (art. 30.), la restitución de la tierra y la limitación de las grandes extensiones de la misma (art. 27), y la imposición de una serie de límites a los patrones y el otorgamiento de ciertos derechos en favor de los trabajadores (art. 123).

⁶ Entre otros, *cf.* J. R. Cossío, *Cambio social y cambio jurídico*. México, Miguel Ángel Porrúa, 2000, especialmente el capítulo II.

reiteró o modificó el criterio de Carranza o si, simplemente, tuvo en mente otro para lograr que los poderes constituidos llevaran a cabo la ordenación y jerarquización de los preceptos constitucionales.⁷ A nuestro juicio, de un análisis directo resulta que el criterio no fue expresado por ningún diputado con claridad o contundencia, ni tampoco fue una cuestión que de manera específica haya aparecido en los debates o pudiera deducirse de un modo directo con motivo del tratamiento de alguna propuesta o institución.⁸ Esta respuesta nos lleva a plantearnos una cuestión mucho más compleja. ¿Es posible desprender ese criterio siguiendo vías indirectas?, ¿es posible determinarlo a partir de fuentes distintas a los debates constituyentes para atender, por ejemplo, a textos de filosofía política, a planes de gobierno, a tratados constitucionales o, en general, a una cierta tradición constitucional? Enfrentar de esta manera la cuestión conlleva, a su vez, el problema de saber si el texto constitucional adquiere su sentido a partir de las fuentes “indirectas” que acabamos de mencionar o si, por el contrario, el sentido del texto y de esas fuentes derivan de la dinámica constitucional. Si bien es cierto que el sentido general de las fuentes indirectas (y posiblemente el de los debates mismos) depende de las características propias de la eficacia constitucional en razón si esta última utiliza cotidianamente a esas fuen-

⁷ Este problema plantea dos cuestiones relevantes. Primera, ¿es posible derivar un punto de vista unitario a partir de los argumentos vertidos en diversas sesiones por un grupo amplio y plural de diputados? Segunda, ¿es posible considerar que, en caso de haberse formulado el criterio que buscamos el mismo vinculaba de algún modo el quehacer de la Suprema Corte (o en general de los órganos que debieran individualizar la Constitución)? Aun cuando parezca ocioso responder las preguntas, es necesario en tanto que de ser afirmativas, contaríamos con un estándar para discutir si las posteriores decisiones y entendimientos de la Constitución resultan o no válidos. Por el contrario, si las respuestas tienen un sentido negativo, tendremos que admitir que la Suprema Corte cuenta con la facultad de, además de interpretar y aplicar los enunciados constitucionales, formular, en mayor o menor grado, su propia representación de la Constitución en tanto continente de tales enunciados. En otros términos, admitir la existencia de un criterio originario implica establecer un conjunto de restricciones a las conductas de los poderes constituidos.

⁸ Esta conclusión puede desprenderse también de la lectura de los trabajos en que se han reseñado las labores del Constituyente, entre las que destacan las siguientes: D. Bohórquez, *Crónica del Constituyente*. México, Botas, 1967; G. Ferrer de Mendolea, *Crónica del Constituyente*. México, Gobierno de Querétaro/INEHRM, 1957; F. Palavichini, *Historia de la Constitución de 1917*. Gobierno de Querétaro/INEHRM, 1987; J. Romeo Flores, *Historia del Congreso Constituyente 1916-1917*. Gobierno de Querétaro/INEHRM, 1987.

tes como criterio de interpretación o reconstrucción de las normas constitucionales, también lo es que la posición de las fuentes depende en mucho de la forma en que en las mismas se hayan relacionado el proceso constituyente y la ideología jurídica construida previa o simultáneamente al mismo. En ciertos casos, puede decirse que existe una relación directa entre ciertos documentos o fuentes con respecto al proceso constituyente, de manera tal que éste puede ser considerado como la forma concreta de realización de sus contenidos; en otros casos, sin embargo, no existe esa relación, de modo que el texto comienza, por decirlo así, con un grado importante de autonomía respecto de cualquier referente histórico anterior, y es sólo a través de la actuación cotidiana como puede relacionarse al texto con las fuentes de las cuales, se supone, *es* expresión.⁹

En lo que respecta al caso mexicano, no existen fuentes relevantes previas lo suficientemente determinantes como para darle un sentido unitario a los trabajos del Constituyente ni a la Constitución en tanto ordenamiento.¹⁰ Es cierto que la Constitución es el resultado de varios movimientos armados expresados a través de un plan específico en el que se hacían diversos pronunciamientos acerca del régimen que se pretendía trascender o aquél al cual se deseaba arribar. Es decir, no sostenían ningún tipo de teoría constitucional o filosofía política, limitándose a señalar los contenidos que debían adquirir carácter de normas jurídicas.¹¹ En otros términos, la

⁹ Sobre estos procesos, *cf.* el magnífico libro de Peter Goodrich, *Languages of the Law*. Londres, Weindenfeld and Nicholson, 1990.

¹⁰ Como más adelante habremos de señalar, al mayor déficit del constitucionalismo mexicano ha consistido en la incapacidad de darle un sentido unitario a la Constitución, en tanto continente de una serie de preceptos constitucionales concretos. Esta deficiencia tiene importantes consecuencias en tanto provoca la fragmentación del texto y conduce a otorgarle significados propios, y por ende parciales, a los preceptos constitucionales.

¹¹ Así, por ejemplo, el Plan de Guadalupe de 27 de marzo de 1913, precisamente aquel que le dio sentido al movimiento carrancista, se limitaba a desconocer a Huerta y a los poderes Legislativo y Judicial de la Federación, a los gobiernos de los estados que apoyaran al propio Huerta, señalaba las atribuciones de Carranza como primer Jefe del Ejército Constitucionalista, y preveía la forma en que habría de organizarse el poder público una vez que triunfara el movimiento revolucionario. Por su parte, las adiciones al Plan de Guadalupe, del 12 de diciembre de 1914, se reiteraban las atribuciones de Carranza, se determinaba la validez de las disposiciones dictadas en el periodo revolucionario y se señalaba el compromiso de enviar al Congreso las correspondientes reformas constitucionales. Sobre los alcances de estos dos planes para el establecimiento del orden jurídico mexicano, *cf.* U. Schmill, *El sistema de la Constitución mexicana*. México, Manuel Porrua, 1971, pp. 65-80.

función de esos planes se agotaba, en el mejor de los casos, con la constitucionalización de sus contenidos. Otro tipo de fuentes o antecedentes no permitían llevar a cabo la ordenación apuntada, debido primordialmente a su carácter parcial, esto es, al hecho de que se referían a cuestiones muy específicas. Así, por ejemplo, es cierto que el libro de Emilio Rabasa *La Constitución y la dictadura* tuvo una influencia importante para el contenido de ciertos preceptos constitucionales,¹² pero en modo alguno es una fuente determinante del sentido constitucional.¹³

Ante la imposibilidad de encontrar un criterio de ordenación en los debates o en las fuentes preconstitucionales, cabe preguntarse si el mismo puede ser desprendido de otros “lugares”: del texto constitucional original o de alguna razón o categoría externa al propio texto o su proceso de creación. Pasando a la primera, parece que de modo directo y sin considerar categorías diversas al texto mismo, los preceptos de la Constitución no introducen ningún criterio mediante el cual pudiera suponerse que unos tienen una jerarquía superior o deben ser ordenados de cierta manera. La segunda cuestión tiene una solución mucho más compleja: ¿es posible suponer o asignar un criterio para, ante la imposibilidad de hacerlo a partir de los textos y fuentes analizadas, ordenar y jerarquizar los preceptos del texto constitucional de 1917? Una primera solución consiste en hacerlo a partir de una preferencia o suposición personal, lo cual no es aceptable desde ningún punto de vista. Una segunda solución puede darse de admitirse que la Constitución de 1917 es la actualización de una cierta filosofía política o teoría constitucional, de manera que sus preceptos pueden ordenarse a partir de esos criterios. En esta nueva posibilidad podría suponerse, por ejemplo, que ese ordenamiento es la expresión del Estado de derecho, de ciertas manifestaciones sociales o la realización de la democracia, de ma-

¹² *La Constitución y la dictadura*. México, Porrúa, 1982. Igualmente, cf. *La Constitución de 1857 y sus críticos*. México, Clío, 1997. Para un balance de su influencia, cf. H. Medina, “Emilio Rabasa y la Constitución de 1917”, en *Historia Mexicana*, vol. 10, núm. 2, oct.-dic. 1960, pp. 176-195, especialmente p. 178.

¹³ En el mismos sentido, pueden citarse otros ejemplos. El proyecto reformas constitucionales de José Diego Fernández (*La Constitución de 1857 y sus reformas*. México, Secretaría de Fomento, 1914), los trabajos de Pastor Rouaix sobre la cuestión agraria (*Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*. Puebla, Gobierno de Puebla, 1945), por ejemplo.

nera que en consecuencia y, respectivamente, los preceptos relacionados con las libertades fundamentales, los derechos sociales o las reglas y procesos democráticos, deben tener un lugar preeminente al momento de concebir, organizar, interpretar y aplicar la Constitución. Si se está frente a esta posibilidad, ¿cómo saber o de dónde obtener un criterio para determinar que la Constitución tiene tal o cual sentido y su ordenación debe hacerse con cierto criterio? Para no incurrir en el problema planteado al contestar la primera interrogante, es decir, suponer sencillamente que la Constitución responde a una idea supuesta o inventada, tenemos que acudir a la tradición jurídica preexistente. Es decir, considerar si se dio una cierta práctica constitucional lo suficientemente relevante como para determinar el sentido de las normas de 1917. La respuesta que se puede dar es que ello no fue así. La Revolución mexicana fue un movimiento armado que enfrentó los efectos de la dictadura de Díaz, caracterizada por su desapego a las formas constitucionales, de manera que no había una tradición que recuperar para darle sentido al nuevo ordenamiento.

Exploradas diversas soluciones, tenemos que, por una parte, en la tradición jurídica, los postulados o programas revolucionarios o los trabajos previos o debates del Constituyente, no se dieron criterios determinantes de ordenación o jerarquización constitucionales, ni se formuló una teoría constitucional de tal magnitud que esas operaciones puedan establecerse. Lo único que queda por explorar dentro de ese periodo son los criterios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia (en tanto intérprete final de la Constitución), a efecto de encontrar si de sus resoluciones pueden extraerse tales criterios.¹⁴

¹⁴ Una cuestión inicial tiene que ver con las fuentes a partir de las cuales llevaremos tal identificación. Dentro de ella, una primera interrogante es la siguiente: si la Suprema Corte es un órgano colegiado que se expresa a través de resoluciones, ¿qué manifestaciones pueden ser identificadas como criterios de ordenación o como teoría constitucional? Conviene recordar que, y en términos generales, toda resolución judicial se conforma por un proemio, los resultantes, los considerandos y los resolutivos. Como se sabe, la parte en la que se suelen plantear los argumentos y hacer las consideraciones de derecho es la considerativa, de modo que podría considerarse que al llevar a cabo el estudio de la misma sería factible identificar el criterio o teoría que buscamos. Este proceder permite una visión completa y circunstanciada de, prácticamente, la totalidad de las resoluciones dictadas por la Suprema Corte, pero presenta el problema de que el volumen de resoluciones a considerar sería francamente exorbitante, rebasaría los límites de este trabajo y nos plantearía un nuevo problema: ¿cómo identificar en una amplia serie

La mayoría de los criterios producidos por la Suprema Corte inmediatamente después de la entrada en vigor de la Constitución (1 de mayo de 1917) estaban encaminados a explicitar su vigencia frente al texto de 1857,¹⁵ y a fijar su obligatoriedad, sus condiciones de entrada en vigor y alcance de su vigencia.¹⁶ En esta época, a lo más que se llegó fue a establecer la supremacía de la Constitución frente a las normas inferiores a ella, y no un criterio de ordenación interna de sus preceptos. Es decir, la intención se reducía a determinar la jerarquía superior de la Constitución en cuanto ordenamiento. La lectura de las tesis de jurisprudencia permiten suponer que aquello que la Suprema Corte estaba tratando de imponer recién terminado el proceso Constituyente, era la Constitución misma a fin de lograr

de casos la o las teorías constitucionales que hubieren sido sustentadas? Una forma distinta de proceder consiste en identificar únicamente aquellas tesis aisladas o de jurisprudencia en las que la Suprema Corte haya establecido su teoría constitucional. Además de las ventajas relativas al manejo del volumen, por las propias características del sistema jurisprudencial mexicano resulta apropiado seguir esta vía. Ello es así en tanto que, por una parte, las tesis se constituyen por los extractos que, a juicio de la Corte, contienen las razones relevantes del caso que se hubiera resuelto. Si echamos mano de la terminología del *Common Law*, tenemos que en las tesis de jurisprudencia o en las jurisprudencias se contienen sólo lo que a juicio de los tribunales constituye la *ratio decidendi*. En el sistema mexicano existe la obligación para el órgano colegiado (Pleno o salas de la Suprema Corte o tribunal colegiado de circuito) de establecer explícitamente y por escrito aquellas consideraciones que habiendo sido sustentadas en la parte considerativa de la resolución, estime que deben obligar a otros órganos jurisdiccionales. Así las cosas, en nuestro sistema es el propio tribunal el que hace explícitas aquellas partes de sus fallos en las que hubiere sustentado su teoría constitucional, y ello, como se ha dicho, con el propósito de que cumpla con sus funciones de obligatoriedad. Aún cuando las ventajas apuntadas para la utilización de las tesis son relevantes para los propósitos que pretendemos con este trabajo, ese proceder plantea también un inconveniente. Ello es así en tanto que el sistema de formulación de las tesis por el propio órgano jurisdiccional ha dado lugar a la formulación de nuevas normas generales. ¿Qué queremos decir con esta afirmación? Que con excepción de lo acontecido en la Quinta Época, en la que en el *Semanario Judicial* se publicaba la ejecutoria, en las sucesivas se comenzaron a formular tesis. Las mismas, en general, carecen de datos de identificación acerca de los hechos del caso, ni contienen una precisa identificación de las normas que están siendo consideradas. Por ello, efectivamente, podemos decir que se trata de un nuevo tipo de normas generales que, para efectos de nuestro trabajo, presentan el inconveniente de no propiciarnos toda la información necesaria.

¹⁵ SJF, 5, I, p. 72, 25 agosto 1917; 5, I, p. 804, 24 octubre 1917; 5, II, p. 818, 14 marzo 1918; 5, III, p. 901, 23 septiembre 1918; 5, VI, p. 571, 26 marzo 1920.

¹⁶ SJF, 5, I, p. 20, 11 junio 1917; 5, II, p. 818, 14 marzo 1918; 5, II, p. 1558, 11 junio 1918; 5, III, p. 664, 6 septiembre 1918.

su eficacia general.¹⁷ Las ideas sobre la supremacía de las garantías individuales sostenidas por Carranza en el Informe rendido al Congreso Constituyente, no fueron recibidas por la Suprema Corte en los mismos términos, en tanto no les otorgó supremacía respecto a las normas constitucionales con otros contenidos. Tampoco parece que lo haya hecho de manera indirecta, en tanto que, sus criterios sobre las garantías se refirieron siempre a cada una de ellas en lo individual.

B) LA ORDENACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL RÉGIMEN PRIÍSTA

Tanto en la etapa constitucionalista como en los años que la siguieron, resulta difícil establecer un criterio de ordenación y jerarquización de los preceptos constitucionales. Cabe ahora preguntarse si en una etapa posterior resulta posible identificarlo. Si analizamos de manera continuada los acontecimientos en el país, nos parece que la siguiente etapa puede ser identificada a partir de la dominación ejercida por el Partido Revolucionario Institucional (PRI) y por los dos que lo antecedieron.¹⁸ Se trata de un largo ejercicio que comienza en 1929 con la fundación del Partido Nacional Revolucionario y termina, de acuerdo con cualquiera de los criterios expuestos por nuestros “transitólogos”, en 1988, 1994 o 2000. Aún cuando este periodo suela ser considerado como una unidad, y para efectos expositivos nosotros vayamos a presentar de esa manera las cosas, en esos años se presentaron situaciones muy variadas, mismas que pueden ir desde formas caudillistas de ejercicio del poder (1929-1938), hasta situación

¹⁷ En este sentido, destacan los siguientes ejemplos: “Es la Suprema Ley de la República y todos los jueces están obligados a acatar sus preceptos, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados” (SJF, 5, III. P. 586, 28 agosto 1918); “Sobre todas las leyes y sobre todas las circulares, debe prevalecer siempre el imperio de la Carta Magna, y cuantas leyes secundarias se opongan a lo dispuesto en ella, no deben ser obedecidas por autoridad alguna” (SJF, 5, IV, p. 878, 18 abril 1919); “Debe prevalecer sobre todas las demás leyes y los jueces de cada Estado se arreglarán a lo mandado por dicha Constitución, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las leyes de los Estados” (SJF, 5, IX, p. 567, 28 octubre 1921).

¹⁸ Para una historia general del PRI, cf. A. Lajous, *Orígenes del partido único en México*. México, UNAM, 1979; L. J. Garrido, *El partido de la Revolución institucionalizada*. México, Siglo XXI, 1986; *Historia documental del Partido de la Revolución*. México, PRI, ICAP, 1981.

de claro corte corporativo (1939-1986), o implicar formas variadas en cuanto a la racionalización de la coacción o la utilización del uso de la fuerza pública.

Muchas de las características políticas y manifestaciones jurídicas del priísmo las hemos explicado en otro lugar, de manera que no es el caso repetirlas ahora.¹⁹ En lo que sigue, únicamente trataremos de considerar, por ahora de modo general, si la Suprema Corte de Justicia o la doctrina constitucional sostuvieron algún tipo de criterio respecto a la ordenación constitucional. Conviene puntualizar que, en caso de haber existido, los criterios de ordenación que pudiéramos identificar fueron el producto de un régimen que, como ya se señaló, sustentaba su posición en condiciones de fuerza poco democráticas (caudillismo o corporativismo), y fundaba su legitimidad en un discurso que hacía de la Revolución su momento fundacional y la clave de explicación de la situación que se vivía. A partir de las condiciones apuntadas, debemos tener presente que los criterios que podamos encontrar o, inclusive, la ausencia de ellos, tenían funciones específicas en relación con ese régimen político y deben ser vistos con suspicacia en las actuales condiciones del país.²⁰

¿Existió algún criterio de ordenación constitucional durante el priísmo? De acuerdo con las conclusiones a que llegamos al caracterizar la representación constitucional priísta,²¹ resulta posible responder a esa pregunta en los planos jurídico y doctrinal. Esta separación se sostiene desde el punto de vista de la producción de las normas y los enunciados, ya que por la enorme penetración de los referentes priístas, ambos momentos se conjugaban en las condiciones de dominación. Por los alcances omnicomprensivos del régimen, era factible que los juristas y los juzgadores realizaran ejercicios profesionales diferenciados entre sí pero, simultáneamente, be-

¹⁹ J. R. Cossío, *Cambio social y cambio jurídico*, especialmente los capítulos I y II.

²⁰ Vale esta puntualización, por lo demás obvia, en tanto que, si puede decirse así, el aparato conceptual y los sentido interpretativos construidos a lo largo del régimen por los tribunales y la doctrina, en alguna medida continúan utilizándose en la explicación del derecho de nuestros días. Así, por ejemplo, las ideas de las “decisiones políticas fundamentales”, la consideración al carácter retórico (y no normativo) de algunos preceptos constitucionales, la imposibilidad de construir un sentido de la Constitución (y no sólo de sus normas), etcétera, prevalecen entre nosotros.

²¹ *Ult. op. cit.*, pp. 100-122.

néficos para el régimen. Para comprender este supuesto es necesario entender que la dinámica de la dominación tenía como agentes fundamentales al presidente de la República y al Partido, y a la Revolución como discurso fundante de la Constitución y del sentido de sus preceptos. En esas condiciones, lo determinante era lograr, al mismo tiempo, un discurso que pudiera sostener la legitimidad del régimen político y permitir que el ejercicio del poder se realizara en condiciones autoritarias. La manera de solucionar este complejo asunto fue, nos parece, asignando las tareas a dos agentes diferenciados y con lógicas propias.

Por una parte, a los juristas se les confirió la tarea de legitimación general. Por lo mismo, primeramente establecieron los supuestos generales de la Constitución en condiciones favorables al régimen para, posteriormente, identificar y explicar los contenidos constitucionales de forma que no pudieran realizar críticas a las condiciones reales de dominación. Para ejecutar su primera tarea, incorporaron a nuestro orden jurídico categorías obtenidas de autores no-democráticos, primordialmente del teórico del nacionalsocialismo, Carl Schmitt. La Constitución fue reducida al ejercicio de fuerza del dominante sobre el dominado, permitió asignarle a este último el carácter de enemigo, ver a los contenidos constitucionales como “decisiones políticas fundamentales”, suponer que fuera de la Constitución no había ningún tipo de realidad a ser considerada (en tanto la misma comprendía todas las posibilidades de la dominación y sus condiciones de legitimidad), y que la sustitución de esas decisiones políticas fundamentales sólo podía realizarse cuando los dominados vencieran a los dominantes mediante el ejercicio de la fuerza.²² Para la inmensa mayoría de la doctrina nacional,²³ en nuestro orden jurídico sí existía un criterio de ordenación de los preceptos constitucionales: por ser la expresión misma del movimiento social revolucionario, aquellos preceptos constitucionales que contuvieran decisiones políticas fundamentales eran superiores al resto de las normas constitucionales. Afortunadamente, los sostenedores del criterio no se dieron a la tarea de extraer las consecuencias de tal fundamentación, de

²² *Idem.*, pp. 122 y ss.

²³ A nuestro juicio, y a partir de evidentes diferencias en sus supuestos, sólo la minoría de quienes sustentaban un pensamiento positivista, iusnaturalista o socialista, pudieron sustraerse a esta visión dominante, aun cuando por lo mismo su influencia fue escasa.

modo que el criterio se redujo a cumplir con dos funciones: una, constituir un obstáculo para la reforma de ciertos preceptos constitucionales, en tanto que si esos preceptos contenían una decisión que determinaba, en palabras de Schmitt, “el modo y forma de ser de la unidad política”, su modificación sólo podía darse mediante la desaparición de esa forma y modo de ser y no mediante un proceso normativo; otra, servir de confirmación (por cierto de forma circular) a la idea de que la Constitución de 1917 sí era la expresión de una unidad, en tanto la misma comprendía varias decisiones políticas fundamentales.²⁴ Fuera de estas dos funciones, desde luego importantes en la situación política que se vivía, la doctrina no le asignó otras a las decisiones políticas fundamentales, ni los tribunales la recogieron en sus fallos, por lo que su trascendencia al derecho positivo fue limitada.²⁵

En lo que corresponde a los tribunales, su forma de enfrentar y operar la Constitución fue completamente diversa a la realizada por la doctrina. Es más, puede decirse que fue exactamente inversa, lo cual nos parece explícable a partir del hecho de que el predominio del poder radicaba en el Ejecutivo federal y en el Partido. Como ya se dijo, si los tribunales hubieran asignado un sentido propio a la Constitución, hubieran integrado a su interior fuertes “conjuntos” normativos mediante la ordenación de sus preceptos,²⁶ hubieran construido un sentido integral de las garantías individuales o hubieran dotado a los preceptos de amplios contenidos, habrían terminado entrado en pugna con el Ejecutivo federal o con el Partido representado en diversos órganos federales o locales. En lo que aquí nos interesa, lejos

²⁴ Vale la pena señalar que algunas de esas “decisiones” fueron superadas por la dinámica política cuando, por ejemplo, se llevaron a cabo importantes reformas en materia agraria o el pleno reconocimiento de las relaciones entre el estado y las iglesias a comienzos de la década de los noventa.

²⁵ Este último punto no es despreciable si, sólo por suponer, imaginamos que hubiera acontecido con el sentido constitucional si los propios tribunales hubieran recogido ese criterio como punto de partida de las interpretaciones a la Constitución.

²⁶ El criterio característico sobre este particular fue el siguiente: “Constitución, todas sus normas tienen la misma jerarquía y ninguna de ellas puede declararse inconstitucional.- De conformidad con el artículo 133 de la Constitución de la República todos sus preceptos son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás, por lo que no puede aceptarse que algunas de sus normas no deban observarse por ser contrarias a lo dispuesto por otras. De ahí que ninguna de sus disposiciones pueda ser considerada inconstitucional” (SJF, 7, 39, 1a. parte, p. 22, 22 de marzo de 1972).

de existir criterios de ordenación o la construcción de teorías mediante las cuales éstos pudieran ser construidos, lo que tuvimos fue: primero, la negativa por dotar a la Constitución de un sentido integral y, segundo, el otorgamiento de un sentido muy reducido a los preceptos constitucionales que comprendían las garantías individuales.

Las consecuencias de la anterior forma de proceder son evidentes: no era posible asignar ningún significado a los preceptos en razón del sentido general del continente, por lo que todo se reducía a la visión e interpretación fragmentadas dada a cada uno de los preceptos constitucionales (especialmente las garantías individuales).²⁷ En lo acabado de decir debemos diferenciar entre, por un lado, la función general de las garantías individuales en lo tocante al control de constitucionalidad y, por el otro, la ausencia de criterios de ordenación al interior de la Constitución y, de modo más particularizado, de las propias garantías individuales. La necesidad de esta diferencia surge por el hecho de que, primero, a lo largo de prácticamente todo el siglo XX el juicio de amparo fue el medio más importante de control de regularidad constitucional; segundo, porque, como la Suprema Corte lo reconoció en innumerables ocasiones, las garantías individuales constituyen la “base” del juicio de amparo²⁸ y, tercero, porque dada la enorme

²⁷ La forma de llevar a cabo la comprobación de las conclusiones obtenidas en relación con la actuación de los tribunales, puede hacerse desde distintos enfoques. En tanto la primera afirmación es de tipo negativo (no se dotó a la Constitución de un sentido integral), no cabe aportar prueba sobre ella, sino únicamente estar en la actitud de modificar la tesis en el caso de que alguien este en posibilidad de demostrar lo contrario. Evidentemente, la otra posibilidad es revisar la totalidad de los casos resueltos en el periodo a efecto de concluir afirmando que ese tipo de criterio no se formuló. No hemos revisado esa totalidad, pero sí la de las tesis jurisprudenciales y es a partir de este ejercicio que sustentamos nuestra afirmación inicial. La segunda afirmación es de más fácil demostración, y se lleva a cabo analizando las tesis de jurisprudencia en las cuales se les da sentido a las garantías individuales, o también comparando los sentido que en otros ordenamientos se les llegó a conferir a enunciados normativos semejantes. Aun cuando indirecta, una tercera forma de acreditar nuestra afirmación puede darse si consideramos, así sea brevemente, las técnicas de asignación de sentido de los preceptos constitucionales y legales. En un régimen caracterizado desde muy pronto como presidencialista, no pudo pasar desapercibido el hecho de que desde el momento en que llegó a considerarse que esas normas debían tener el sentido proveniente de la “voluntad del legislador”, terminaba imponiéndose el criterio del presidente de la República. Al respecto, *cf. Cambio social y cambio jurídico*, pp. 96-97, n. 219.

²⁸ Así lo señaló la Suprema Corte en diversas ocasiones (*cf.*, por ejemplo, SJF, 5, LXX, p. 4718, 22 marzo 1940), lo que por otra parte no era sino la interpretación evidente de lo dispuesto

cantidad de juicio de amparo que se promovían en el país, era necesario darles un papel central a las garantías. Sin embargo, y admitiendo esta importancia, debemos reconocer que la misma fue básicamente procedimental o, si se quiere, que quedó reducida a un requisito de procedibilidad. A partir de ahí, cabe preguntarse por la importancia de las garantías desde la lógica sustantiva, y no ya desde la procesal: ¿qué tan amplios, qué tan relevantes fueron los contenidos asignados a las garantías individuales por la Suprema Corte? Al enfrentar esta pregunta las cosas son bien diferentes pues, como ya se dijo, la forma de interpretación de las garantías y, por ende, el sentido de los contenidos de que se les dotó, fueron estrechos y fragmentados. En parte, porque no se dio una amplia labor reconstructiva respecto de cada una de las garantías en lo individual, pero también porque no se llevaron a cabo intentos para asignarle un sentido propio a la Constitución para, a partir de él, reconstruir a las garantías en un sentido integral.

C) CAMBIO SOCIAL Y CONSTITUCIÓN

Al terminar el periodo priista no existía una sólida doctrina constitucional sino, a lo más, reflexiones coyunturales para sustentar al régimen. De forma mayoritaria, la doctrina y los criterios de los tribunales estuvieron encaminados a sostener, simultáneamente, la legitimidad del régimen político y permitir ciertas posibilidades de expresión constitucional durante un largo periodo. Sin embargo, y de forma por demás clara a partir de los años ochentas, la situación comienza a cambiar para dar paso a lo que se ha dado en llamar la transición política. No es este el lugar para dar cuenta de un fenómeno ampliamente estudiado, sino únicamente para detenernos a considerar algunas de sus formas de expresión en los temas objeto de este trabajo.

Conviene decir que a pesar de que la categoría explicativa de nuestra realidad haya querido comprenderse en la “transición política”, la misma no puede quedar reducida a la dimensión política.²⁹ Por el contrario, se trata de una amplísima situación de cambio social, tanto por la variedad de te-

en la fracción I del artículo 103 constitucional (“Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite... por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales”).

²⁹ Cf. J. R. Cossío, *Cambio social y cambio jurídico*, especialmente capítulo III.

mas que involucra como por la profundidad de sus efectos. La sociedad mexicana está viviendo la transformación de muchas de sus principales instituciones políticas, sociales y económicas, además de la sustitución de una forma de ejercicio político. Lo relevante ahora es entender que, y salvo dos excepciones,³⁰ los agentes sociales están pretendiendo construir ese cambio dentro de las posibilidades que permite el orden jurídico. Esta idea general de sumisión al derecho debe, desde luego, ser analizada con detalle, en la medida en que a su interior se presenta una importante lucha por los sentidos de las normas. En lo que corresponde a la Constitución, esta lucha es especialmente fuerte, en tanto que la pluralidad de actores que se han ido constituyendo en el proceso de cambio (tanto aquellos que ya habían aparecido como aquellos que han ido surgiendo), pretenden lograr que los órganos del Estado determinen la coincidencia entre los preceptos de la Constitución y sus propios programas.

Estamos en un momento en el que, por una parte, no existe comprensión amplia de la Constitución y, por la otra, la misma es necesaria para lograr la conducción jurídica del proceso de cambio que vive el país. ¿Qué pasa con los posibles actores del cambio en el plano jurídico? Si nos preguntamos por las características de la discusión constitucional que llevan a cabo los juristas, resultan los siguientes elementos: primero, que algunas de las categorías de la vieja discusión constitucional (de los tiempos de la hegemonía priista) se siguen utilizando de modo acrítico; segundo, que la discusión se está reduciendo a ingeniería constitucional, es decir, al modo de llevar a cabo una serie de reformas a la Constitución, sin que al hacerlo se expliciten los supuestos de los que se parte; tercero, que se esté hablando de la necesidad de una nueva Constitución, con los mismos límites que señalamos en el punto anterior; cuarto, que en ocasiones se quiera tratar a la Constitución y a sus contenidos como meras expresiones morales, desconociendo sus funciones jurídicas; quinto, que se plantee una posición puramente crítica a fin de considerar que la Constitución sencillamente se agotó, en tanto representa las formas de ejercicio del poder de una situación caduca o desaparecida en el país.³¹

³⁰ Una, constituida por la guerrilla política, especialmente el EPR y sus escisiones; la otra, el crimen organizado.

³¹ Sobre estos temas, *cf.* J. R. Cossío D., “¿Reforma del estado o Congreso Constituyente?”, en *Ánalisis Veintiuno*, mayo de 1998, pp. 12-13; “¿Es tiempo para otra Constitución?”, en *Ánalisis Veintiuno*, febrero de 1999, pp. 10-11.

A pesar de las obvias diferencias entre cada uno de esos empeños, es importante destacar que en todos los casos (salvo el señalado como primero) están tratándose de considerar las formas que debiera tener la Constitución a efecto de enfrentar o dar solución a ciertas situaciones. Lo que resulta común a las posiciones actuales sobre la constitucionalidad es su reducción a dos cuestiones: a la modificación de los contenidos de la Constitución y a la determinación del procedimiento de reformas. En cuanto al primer punto, las discusiones se reducen a establecer los contenidos que sería deseable o relevante que esa Constitución tuviera. El segundo de los ámbitos se refiere a la forma mediante la cual los contenidos deberían adquirir rango constitucional: por vía de una amplia a de un Congreso Constituyente. Los viejos espectadores se expresan hoy de diversas maneras y plantean nuevas formas para comprender y actualizar la realidad: los indígenas, los sindicatos independientes, las organizaciones no gubernamentales, los deudores, las entidades federativas y los municipios, las iglesias, los medios de comunicación, los partidos políticos aún llamados de oposición, entre otros muchos, han ido conquistando el rango de actores sociales y, desde ahí, sostienen sus propias demandas, reivindicaciones o proyectos. Los actores que propugnan por el cambio buscan constituirlo en normas jurídicas y, particularmente, en normas constitucionales. Las razones que explican la actual reducción de la discusión constitucional al establecimiento de ciertos contenidos en la Constitución y a la forma en que los mismos deben quedar fijados obedece, a su vez, al debate de si debe pervivir o se debe reemplazar la Constitución en su conjunto o sólo alguna de sus partes. La discusión no se ha ocupado de los supuestos de la constitucionalidad o de la teoría constitucional, limitándose a considerar que se agota en la existencia de una Constitución.

Si el debate se ha reducido al texto constitucional y vivimos un proceso de cambio que aspira a ser constitucionalizado, se cree ineludible establecer qué partes de la Constitución deben sobrevivir a tal proceso de cambio y qué nuevas normas deben ser incorporadas. Esta tarea exige, sin embargo, la formulación de un criterio de pervivencia o de desechamiento que permita tomar posición frente a las normas vigentes y a las propuestas de inclusión. La elección de los criterios apuntados presupone decidir acerca de, cuando menos, las funciones y los fines de la Constitución y su relevancia en la vida actual del país; las características de los procesos políticos y

sociales por los que atravesamos; las características del futuro nacional que se desea; las funciones que se supone debe satisfacer la Constitución respecto de ese futuro, y los elementos normativos que, partiendo de lo anterior, deben caracterizar a la Constitución. La respuesta a estas cuestiones pasa por la elección de diversos elementos no explicitados. Ello exige identificar qué está detrás de las críticas o planteamientos hechos por otros y manifestar los sustentados por uno mismo.

Por lo que respecta a la judicatura, y en especial a la Suprema Corte, la situación no es mucho mejor. A comienzos de los años ochentas, e impulsados por los desarrollos que se habían alcanzado en España, comenzó a hablarse en México de la necesidad de establecer la justicia constitucional.³² Se pensó en un modelo de control de constitucionalidad de las principales normas generales de nuestro orden jurídico. La idea fue introducir entre nosotros un sistema de control semejante al que diversos países europeos habían desarrollado con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. La posibilidad de adoptarlos presentaba problemas teóricos y prácticos de importancia, pues significaba la reestructuración del sistema de impartición de justicia federal, ya que al lado de la Suprema Corte de Justicia tenía que preverse la existencia de un tribunal distinto y por completo novedoso, conocido expresamente como tribunal constitucional. La solución se redujo a sólo a considerar el tipo de cambio orgánico o estructural que debían llevarse a cabo para que México accediera a una forma adecuada de justicia constitucional. En ningún momento se plantearon reflexiones acerca de los elementos que habían de participar en el proceso de control, señaladamente los relacionados con la cualidad de la norma a partir de la cual habría de realizarse el control, *i. e.*, la propia Constitución.³³ Esta falta de consideración habría de tener, como vimos, importantes consecuencia respecto de la forma de entender el control constitucional, sus límites, la legitimidad de los órganos competentes, etcétera.

Lo que a comienzos de los años ochentas fueron ideas, se convirtieron en normas positivas a partir de las reformas constitucionales y legales de

³² Para esta larga evolución, *cf.* H. Fix Zamudio y J. R. Cossío, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*. México, FCE, 1996, pp. 154-202.

³³ Por lo demás, la construcción de los tribunales federales con ausencia de reflexiones teóricas acerca de su asiento en el orden constitucional ha sido constante en el siglo que acaba de terminar.

1988. Mediante éstas, se buscó darle una solución específica al dilema del modelo de justicia constitucional en nuestro país. Para ello, no se optó ni por la solución que hemos llamado europea ni, tampoco, por la norteamericana, sino que se procedió a una solución modo mucho más pragmática: la justicia constitucional mexicana se construiría a partir de los elementos vigentes y sin llevar a cabo una transformación radical de los procesos de control. En adelante, la Suprema Corte de Justicia conocería en exclusiva de los conflictos de constitucionalidad de normas generales, y dejaría en manos de los tribunales colegiados de circuito el del resto de los amparos de que hasta entonces conocía (legalidad). Con esta solución pudo mantenerse, por una parte, la estructura y diseño general del Poder Judicial de la Federación y, por la otra, limitar los cambios a un asunto de competencias. El resultado fue que al haberse dejado el conocimiento de los asuntos de constitucionalidad exclusivamente en manos de la Corte, a la misma pudo llamársele tribunal constitucional.

Con esta primera reforma, se dijo, se logró el objetivo que se había formulado desde la campaña presidencial de 1982: dotar a México de un sistema de justicia constitucional. A partir de ese momento comenzó un periodo de justificación, prácticamente de apología, para confirmar el carácter de tribunal constitucional de la Suprema Corte. Las reformas que con posterioridad se hicieron a nuestro máximo tribunal buscarían fortalecer esta posición. En primer término, en diciembre de 1994 se reformó la Constitución a fin prever la posibilidad de llevar a cabo el control de regularidad de la Constitución a través de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.³⁴ En ambos casos, se trataba de lograr que órganos políticos o fracciones de éstos, estuvieran en posibilidad de solicitar a la Corte que contrastara las normas generales frente a la Constitución. Por otra parte, y en lo que hace al amparo, el sistema permaneció prácticamente igual, de modo que se limitó a conocer de los asuntos relacionados con la constitucionalidad de las normas generales y los colegiados del resto de ellos.

La idea de la justicia constitucional tuvo un nuevo desarrollo en 1996, cuando se estableció la posibilidad de que el Tribunal Electoral del Poder

³⁴ Para una explicación general, cf. J. R. Cossío, “Artículo 105”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada*, t. IV. México, UNAM, 2000.

Judicial de la Federación, actuara como órgano de control de constitucionalidad en esa materia.³⁵ En adelante, y aún cuando sin la posibilidad de que llevara a cabo declaraciones generales de inconstitucionalidad respecto de las normas generales en la materia (pero si desaplicaciones para el caso concreto),³⁶ el Tribunal Electoral estaba en posibilidad de controlar la regularidad constitucional. A pesar de sus límites, este Tribunal fue visto como una manifestación más del establecimiento de la justicia constitucional en nuestro país. Finalmente, y como también ya se dijo, en 1999 se llevaron a cabo modificaciones a las competencias de la Suprema Corte a efecto de que, y en su carácter de tribunal constitucional, pudiera determinar qué asuntos debían ser conocidos por ellas y cuáles ser remitidos a los colegiados.³⁷

Desde las primeras discusiones para constituir entre nosotros la justicia constitucional, así como durante el tiempo en que se llevaron a cabo las reformas mencionadas, el debate se redujo a cuestiones orgánicas. Es decir, tanto para los académicos como para los legisladores, la cuestión consistió en saber qué competencias debían darse o quitarse a la Suprema Corte (y en alguna medida al Tribunal Electoral), para constituirla en un “auténtico” tribunal constitucional. Si recordamos lo apuntado sobre las exposiciones de motivos y debates correspondientes, así como los textos de los libros y artículos producidos, resulta que unos y otros se reducen a dos cosas: primero, a justificar la necesidad de las reformas en la larga marcha hacia el tribunal constitucional y, segundo, a describir los resultados de esos esfuerzos. Es cierto que ambos procederes fueron indispensable y relevantes en su momento, y que es a partir de ambos como pudo constituirse la idea de tribunal constitucional. Sin embargo, también es cierto que la etapa justificadora a que esos ejercicios se referían quedó agotada hace tiempo.

¿Por qué no admitir que en México contamos con las normas necesaria para sustentar la justicia constitucional y, por lo tanto, damos por terminada la etapa justificadora?, ¿qué problemas habría para proceder en estos

³⁵ J. R. Cossío, “El control de regularidad de las leyes electorales”, en *Este País*, núm. 69, diciembre de 1996, pp. 31-35.

³⁶ J. R. Cossío, “¿Quién controla a quién”, en *Voz y Voto*, núm. 82, diciembre de 1999, pp. 48-50.

³⁷ J. R. Cossío, “Justicia constitucional”, en *Bien Común y Gobierno*, año 5, núm. 60, noviembre de 1999, pp. 102-106.

terminos?, ¿qué consecuencias se extenderían a partir de ahí? A nuestro juicio, el resultado de esa aceptación sería simple: tendríamos que plantearnos un mucho más complejo y problemático ejercicio sobre la justicia constitucional. Tendríamos que enfrentarnos con la construcción del tema central del modelo: la Constitución misma. Primeramente, en cuanto a su plena aceptación como norma jurídica, es decir, al hecho indisputable de que la Constitución se compone por normas jurídicas que, al igual que las restantes de un ordenamiento, están establecidas para regular conductas humanas, pueden ser invocadas ante los tribunales y, en su caso, permitir la imposición de actos coactivos. En segundo lugar, a la necesidad de determinar las características de las normas componentes de la Constitución, esto es, a precisar si se reducen a normas en un sentido estricto o se compone por principios y valores, por ejemplo. En tercer lugar, a determinar el sentido de la Constitución en su conjunto o, si se quiere, en tanto continente de las normas constitucionales. Finalmente, a plantearnos la pregunta acerca de la conveniencia o necesidad de llevar a cabo la ordenación de los preceptos constitucionales y, en su caso, a construir ese criterio. Lo verdaderamente relevante es que sólo a partir de la asignación de un sentido general a la Constitución es posible, a su vez, darle sentido y ordenación a los preceptos que la componen.

No hemos hecho ningún tipo de esfuerzo para enfrentar los problemas apuntados sobre la conceptualización del objeto de control constitucional y continuamos detenidos en la etapa justificatoria. Esta posición presenta varios problemas, sencillamente por que con respecto a ella está dándose una doble y compleja situación: por un lado, y ante la falta de reflexiones que apoyen o determinen sus elementos sustantivos, está desarrollándose en una especie de vacío conceptual; segundo, porque esa forma de desarrollo está produciendo el que no se comprendan las funciones del órgano y los alcances de sus resoluciones y, por lo mismo, el que la legitimidad del órgano sea puesta en cuestión. Volviendo sobre el primero de los dos problemas, tenemos que, en efecto, nuestros órganos de justicia constitucional no han sido capaces de desarrollar sus propias reflexiones acerca del sentido de la Constitución o, si se quiere, de una teoría constitucional propia, pero tampoco han podido echar mano de las formuladas por juristas nacionales, sencillamente porque éstos no las han producido. Uno de los problemas más graves de nuestro derecho constitucional radica, además de

los vacíos o contradicciones constitucionales, en la ausencia de conceptualizaciones acerca de las formas en que la Constitución debe ser vista una vez iniciado nuestro periodo democrático.³⁸

En lo tocante al segundo problema, la cuestión no se presenta de mejor manera. Al estar frente a situaciones por demás complejas, sencillamente porque en ellas se lleva a cabo la asignación de los sentidos de las normas determinantes de la validez de todo el orden jurídico, es totalmente indispensable que las decisiones que se tomen tengan un viso de legitimidad. En materia judicial, la misma se obtiene, por sencillo que parezca, a partir de una sólida fundamentación y motivación.³⁹ Estas dos formas de expresión, a su vez, no adquieren su sentido de forma consustancial a la norma general que se esté aplicando (pues ello sería tanto como suponer que el derecho tiene una naturaleza única e inalterable), sino a partir de las concepciones que del derecho que se sostengan. Por ello, si lo que se quiere es desarrollar a plenitud la justicia constitucional y lograr también que ese ejercicio resulte legítimo, es preciso explicitar las cualidades del tipo de justicia que se está realizando (constitucional), del órgano que la desempeña (tribunal constitucional) y, de manera más importante, las del ordenamiento a partir del cual se lleva a cabo el control. La ausencia de estas explicaciones provocan el que las decisiones del tribunal parezcan arbitrarías o el que no sean entendidas por quienes resultan afectados por ellas.

El momento actual es particularmente delicado para la justicia constitucional, dada una peculiar confluencia de elementos: por una parte, el hecho de que por sus nuevas competencias, los tribunales constitucionales (Suprema Corte o Tribunal Electoral) tengan que conocer de asuntos crecientemente complejos; por otra, el hecho de que los juristas nacionales no hayan producido explicaciones sustantivas acerca de la justicia constitucional; finalmente, porque los órganos no hayan creado, a sus vez, su propia y adecuada teoría constitucional. El resultado de todo lo anterior es preocupante: en el momento en que más necesitamos de la justicia constitucional para racionalizar los conflictos sociales, la misma parece estar trabajando en el vacío, sin un adecuado sustento, como no sea uno de tipo

³⁸ La consideración de algunos de estos problemas la hice en diversos artículos, muchos de los cuales fueron publicados en el libro *Constitución, tribunales y democracia*. México, Themis, 1998.

³⁹ T. R. Tyler, *Why People Obey the Law*. New Haven, Universidad de Yale, 1990, p. 178.

tradicional y dotado de una lógica de legalidad decimonónica, o a través de apelaciones autorreferentes a su carácter de tribunal constitucional. Vale la pena recordar que mientras la justicia constitucional de nuestros días utiliza, cuando está bien sustentada y opera adecuadamente, diversos métodos de resolución de los conflictos, distintas técnicas de interpretación y estima que la Constitución se compone de diversos tipos de normas, el control tradicional utiliza formas dependientes del principio de legalidad. Hemos querido avanzar en la adopción de un sistema de justicia constitucional en cuanto a sus elementos orgánicos, pero no así en lo relativo a la adopción de la totalidad de sus supuestos.

SEGUNDA PARTE
NUEVAS FRONTERAS
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

DEL ESTADO SOCIAL TRADICIONAL AL ESTADO SOCIAL CONSTITUCIONAL: POR UNA PROTECCIÓN COMPLEJA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Gerardo Pisarello,
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN: EL ALMA CONTRADICTORIA DEL ESTADO SOCIAL TRADICIONAL

Desde su irrupción como categoría histórica y teórica, la suerte de los derechos sociales ha estado anclada a la del propio Estado. En las últimas décadas, de hecho, el debate acerca de su estatuto constitucional ha tenido como punto central de referencia las múltiples crisis por las que atraviesa el Estado social tradicional.¹ A derecha e izquierda se suceden las lecturas y diagnósticos de dicha situación. Tras la caída del socialismo burocrático y el agotamiento de los proyectos socialdemócratas dominantes durante la guerra fría, nuevas y viejas vías se disputan posibles alternativas al estado actual de cosas. En ese marco, y sin ánimo de agotar un tema cuya complejidad excede el tratamiento que puede darse en unas pocas páginas, este ensayo persigue tres objetivos. En primer lugar, indicar de forma sucinta cómo la crisis actual del Estado social tiene su origen en ciertas “patologías” ya presentes en el diseño del Estado social tradicional. En segundo término, señalar de qué manera dichas patologías se han agravado con las diversas ofensivas neoconservadoras desatadas contra sus elementos más igualitarios y democráticos, sobre todo en lo que se refiere al alcance y

¹ Sobre los distintos modelos históricos de Estados sociales, *vid.*, por ejemplo, Esping-Andersen, 1990. Desde un punto de vista teórico, el análisis aquí realizado se refiere principalmente a la crisis del Estado social en los países capitalistas avanzados. Con las debidas prevenciones, sin embargo, puede aplicarse, en algunos puntos, a la crisis de ciertos Estados asistencialistas periféricos.

protección de los derechos sociales. Finalmente, sugerir algunas posibles líneas, teóricas pero también prácticas, para una remoción garantista y democrática de los límites del Estado social tradicional que permita su conversión de simple Estado social legislativo y administrativo en verdadero Estado social constitucional.

Como es sabido, el Estado social tradicional se consolida en la segunda mitad del siglo veinte como producto de un excepcional compromiso entre fuerzas sociales vinculadas a la protección del mundo del trabajo productivo y fuerzas ligadas a la reproducción y expansión del capital. Desde el punto de vista jurídico, ese inestable vínculo entre lógica social y lógica mercantil se traduce en una configuración contradictoria de nuevos espacios de poder y libertad. Por un lado, la consolidación del derecho laboral, la introducción de límites a la autonomía contractual o de criterios objetivos de responsabilidad en el derecho privado y la aparición, por fin, de las primeras Constituciones sociales suponen, en efecto, una acotación del principio de mercado que domina el Estado liberal y una expansión de la ciudadanía política y social a importantes sectores de la población. Por otro lado, sin embargo, el cambio de paradigma jurídico viene acompañado de un ostensible crecimiento de las funciones técnico burocráticas asignadas a los Parlamentos y sobre todo a la Administración. Por consiguiente, su consolidación tiene lugar al precio de una progresiva autoprogramación del aparato estatal que, a su vez, se realiza en abierta tensión con principios elementales del Estado de derecho clásico, como los de legalidad, control y publicidad (Ferrajoli, 1982; Habermas, 1998).

a) Así, a poco de institucionalizarse, el Estado social tradicional se muestra propicio a la multiplicación de espacios de decisionismo y legalidad atenuada. Se producen, ciertamente, intervenciones discrecionales a favor de sectores vulnerables hasta entonces excluidos del contrato social. Pero son sobre todo aquellos grupos organizados, capaces de presionar corporativamente en las instituciones estatales, los principales beneficiarios de las políticas sociales. De ese modo, con el capitalismo fordista como trasfondo, la protección legal de los derechos sociales se subordina en gran medida a la garantía de los derechos laborales y se concede, de manera selectiva, al precio de una doble desprotección. Por un lado, la de aquellos

sectores que no consiguen acceder a la ciudadanía a través del trabajo formal (mujeres, extranjeros, minorías —y a veces mayorías— étnicas). Y por otro, la de ciertos recursos naturales (tierra, agua, alimentos) esenciales para la satisfacción de las necesidades radicales de las personas, que sin embargo se consideran objeto de explotación pública o privada casi ilimitada. En consecuencia, a pesar de la puesta en marcha de eventuales políticas legales y administrativas de tipo universalista, se resiente el principio de generalidad en la satisfacción de los derechos sociales y su prestación queda a menudo expuesta a la comisión de delitos y daños ecológicos, a vulneraciones al derecho de consumo de bienes y recursos básicos o a graves discriminaciones sexuales o raciales (Santos, 1999).

b) En segundo lugar, la politización del Estado que permite la articulación de sus tareas reformistas desde el punto de vista legal tiene lugar al precio de una progresiva despolitización de la esfera no estatal y privada. Sin perjuicio de algunos ciclos intermitentes de alta participación social, las principales organizaciones vinculadas a la reivindicación de los derechos sociales (partidos de masa y sindicatos) se ven atrapados en intensos procesos de oligarquización que acaban por separarlos de su base social y convertirlos en una prolongación burocratizada de las instituciones estatales. A resultas de ello, los propios espacios de decisión política se autoprograman de manera creciente. Reacios a los controles sociales o jurisdiccionales sus patologías burocráticas se profundizan y se exponen, en último término, al asalto mercantilista de un sinnúmero de poderes privados.

c) De ese modo, y a pesar de su indiscutible alcance en términos igualitarios, la prestación de derechos en el Estado social tradicional se desarrolla en un entorno preñado de elementos paternalistas y clientelares. Las políticas sociales adquieren a menudo el carácter de concesiones institucionales planificadas desde “arriba”, según criterios tecnocráticos. Aumentan así los privilegios, la opacidad y la corrupción, generados por la discrecionalidad administrativa, las distorsionadas formas de mediación partitocrática y el enquistamiento de poderes invisibles, estatales y paraestatales, inmunes a mecanismos adecuados de control. Lo cual eleva, en última instancia, los costes y la ineficacia de las intervenciones públicas dirigidas a maximizar los derechos sociales.

2. EL EMBATE NEOCONSERVADOR: CRÓNICA DE UNA REGRESIÓN POLÍTICA Y JURÍDICA

Estas tendencias patológicas del Estado social tradicional, sobradamente estudiadas por la doctrina y aquí sólo esbozadas de manera superficial, se han visto agravadas en las últimas décadas tanto por razones estructurales como de legitimación. Las múltiples crisis económicas que sacuden al capitalismo industrial, sus transformaciones tecnológicas y productivas, el fracaso del comunismo burocrático y la defeción de algunas de las más conspicuas socialdemocracias occidentales, se convierten en elementos propicios para el asalto neoconservador del Estado y la sociedad.

La imposibilidad de compatibilizar la expansión de las grandes corporaciones con el aumento de los derechos de los trabajadores acaban por generar presiones inflacionistas imprevistas y una desmesurada carrera por la reducción de costes. Dicha política, agravada por la intensificación de la especulación financiera, contribuye a socavar y fragmentar la base de apoyo sobre la que se asentaba el contrato constitucional del Estado social tradicional. El capital se torna cada vez más fluido y abandona sus anclajes territoriales. El trabajo, en cambio, se vuelve fragmentario, disperso y discontinuo. La “deslocalización” y la “destemporalización” de las relaciones laborales producen un traspaso de poder social hacia una mano de obra más barata, como las mujeres o los trabajadores extranjeros, con los cuales el movimiento obrero tradicional mantiene vínculos débiles. Todo ello debilita temporalmente la acción reivindicativa de los colectivos más vulnerables, la cual se ve privada de su raíz objetiva, de las posibilidades de solidaridad horizontal que el propio proceso productivo había favorecido en la gran fábrica fordista (Bronzini, 2000). A diferencia de los intereses vinculados a la expansión mercantil, de articulación relativamente fácil, los intereses de los más débiles no pueden tomarse ya, en el marco de la crisis del Estado social tradicional, como un dato previo. Exigen, por el contrario, una difícil y constante recomposición, lo cual altera y desequilibra el pretendido alcance “imparcial” del programa normativo del constitucionalismo social.

Ocurre entonces que en virtud del estrecho vínculo entre prestaciones laborales y prestaciones sociales la flexibilización de las primeras conduce a la negación de las segundas. El aumento de la precariedad y de la des-

ocupación estructural pone al descubierto la brecha existente entre los derechos relativamente protegidos de una minoría de trabajadores estables y los inexistentes o residuales derechos sociales reconocidos a una gran mayoría de excluidos o de precarios partícipes del mercado laboral formal. Es el caso de los derechos de las mujeres, concedidos en el Estado social tradicional de acuerdo a un modelo paternalista y sobregeneralizador del derecho laboral y del derecho de familia que, más allá de los parciales avances, afianza su dependencia del varón en la medida en que, en última instancia, se dirige a la protección de la esfera pública del trabajo remunerado, dejando prácticamente intacta la esfera privada, en la que la mujer provee de cuidado y trabajo no retribuido y resulta, con frecuencia, objeto de diversas formas de explotación y dominación (Pateman, 1988). O las demandas de los inmigrantes pobres quienes, expulsados de las zonas periféricas como producto del quiebre de los tímidos o frustrados intentos de construir allí un sistema político y jurídico medianamente garantista, apenas si acceden a un estatuto de lumpen-ciudadanía, con derechos sociales mínimos (a la asistencia sanitaria, por ejemplo) que les permiten una incorporación debilitada al mercado laboral con el objetivo de cubrir ciertos puestos de trabajo “indeseables” y de contribuir a la recuperación de la base demográfica de la seguridad social, pero sin obtener por ello, en la mayoría de los casos, el reconocimiento de genuinos derechos de participación y de ciudadanía política. O los derechos, en fin, de todos aquellos sectores que directamente no consiguen ingresar en el mercado formal (niños, personas mental o físicamente disminuidas, grupos marginales, desempleados urbanos y rurales de larga duración) y que pasan a engrosar una suerte de *infraclase* con escasas posibilidades de inserción.

Ese contexto, en definitiva, explica cómo las distintas ofensivas neoliberales (y, con diversa intensidad, social-liberales), en su afán de eliminar aquellos controles políticos al mercado que, desde sus premisas, constituyen un cepo que atenaza la eficiencia, el crecimiento económico y el ejercicio de la autonomía patrimonial, acaban por desatar un escandaloso aumento de las desigualdades sociales, reduciendo de ese modo la autonomía individual y colectiva de vastos sectores de la sociedad. Pero, sobre todo, agudizando los rasgos más patológicos del Estado social tradicional, incurriendo en nuevas y graves violaciones de los principios que informan el Estado de derecho e instalando, con dispar intensidad de acuerdo al con-

texto, elementos de una inconfundible regresión autoritaria (Cabo Martín, 1997).

a) Las políticas indiscriminadas de privatización y reducción de servicios públicos, la minimización de un garantismo laboral arduamente construido a lo largo del siglo y la consiguiente desarticulación del alcance universal de las prestaciones sociales ahondan, en muchos casos, las intervenciones selectivas y clientelares. Un nuevo constitucionalismo fiscal, que alía al conservadurismo antiliberal de Schmitt con el liberalismo conservador de Hayek, proclama la necesidad de debilitar las facultades de regulación social de los Parlamentos, sometiéndolas al escrutinio de guardianes supuestamente neutros y más eficaces, como los Bancos Centrales o las Agencias de Calificación de Deuda, todos ellos, a su vez, reacios a todo control político o electoral y con un poder que ni Mosca o Pareto hubieran imaginado (Scheuerman, 1997).

b) Se promueve de esa manera una concepción delegativa y plebiscitaria de la democracia (O'Donnell, 1994) reducida a periódica competición electoral con el fin de legitimar la aplicación decisionista de programas dirigidos a eliminar los controles jurídicos a los poderes privados y a limitar en cambio las posibles garantías de los derechos sociales impulsadas tanto en sede política como en los espacios autónomos surgidos en el seno de la sociedad. Más aún, en su nueva función, los propios órganos jurisdiccionales resignan, de forma más o menos abierta, su obligación de aplicar el contenido normativo del constitucionalismo del Estado social y pasan a convertirse en instrumento de garantía de los derechos patrimoniales y de las exigencias de una nueva *lex mercatoria* pactada por poderes privados, cuya funcionalidad depende de transacciones seguras y previsibles protegidas contra los riesgos de incumplimientos unilaterales. También esa es, en contra de las visiones idealizadoras, una de las dimensiones salientes que adopta la llamada judicialización de la política en el contexto de crisis del Estado social (Santos, 1999).

c) En ese marco, no sorprende que los embates neoliberales restrinjan enormemente los ámbitos de publicidad e incrementen el surgimiento de macropoderes a la sombra, especialmente en el ámbito internacional, donde operan de manera prácticamente secreta y son capaces de moverse con mayor agilidad que los Estados sociales, anclados en los límites del Estado nación. Baste con pensar en propuestas como las del Acuerdo Multi-

lateral de Inversiones (AMI), que desde 1995 comenzó a negociarse, casi en la clandestinidad, en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), con el objetivo, no de regular al capitalismo financiero que ha venido a socavar al capitalismo industrial sobre el que se sostenía en gran parte el Estado social tradicional, sino a los gobiernos nacionales. El AMI, que tuvo su prolongación clónica en reuniones posteriores como las de Seattle, aspiraba a adquirir el *status jurídico* de un Tratado internacional, inmune a los controles económicos, ambientales, sanitarios o laborales de cualquier reglamento o ley nacional. No extraña, por tanto, que, consciente de la carga legitimatoria del derecho, el entonces secretario general de la Organización Mundial del Comercio (OMC), Renato Ruggiero intentara presentar al AMI como nueva “Constitución de una economía global única”, es decir, como una especie de *Grundnorm* del ordenamiento internacional.

De ese modo, la reformulación restrictiva y autoritaria del Estado social propuesta por el neoliberalismo se convierte en una suerte de pendiente resbaladiza hacia el Estado de naturaleza, caracterizado por el inminente desgobierno de las expectativas ciudadanas, las intervenciones arbitrarias y un permanente caos en los actos más elementales de supervivencia o convivencia. La gobernabilidad neoliberal supone la estabilidad del absolutismo de las mayorías políticas y del mercado, no la de las personas. La incertidumbre, ligada a la inestabilidad, pasa a constituir, en el actual escenario, el obstáculo principal para la reactivación de la esfera pública. La velocidad que el capitalismo tardío imprime a las transacciones mercantiles, sobre todo en el plano internacional, se convierte así en factor clave para una vertiginosa acumulación de macropoderes, sólo posible al precio de una constante inseguridad en torno al estatuto de los derechos fundamentales. A ese terreno movedizo, siempre amenazado, son progresivamente desplazados los derechos sociales, pero también los clásicos derechos civiles y políticos, el derecho a un ambiente sano e incluso el propio derecho a la paz.

3. LAS TAREAS DEL ESTADO SOCIAL CONSTITUCIONAL: DERECHOS, GARANTÍAS, DEMOCRACIA

Esta situación de degradación y eficacia decreciente de los derechos sociales como producto de su colonización burocrática y mercantil, puede explicar-

se, sin duda, recurriendo a la historia y a la sociología del derecho. Pero no se deriva ni se encuentra inscrita en la estructura de la mayoría de los ordenamientos constitucionales modernos y de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Éstos, por el contrario, establecen las bases normativas para una recomposición y transformación del Estado social tradicional, propiciando su conversión de simple Estado legislativo y administrativo en verdadero Estado constitucional y democrático de derecho.

La puesta en marcha de un proyecto de este tipo, ciertamente, exigiría, en las condiciones actuales, *una renovada aproximación al constitucionalismo como instrumento de autocontención política, económica y ecológica, de desaceleración de la acumulación de poderes y de reconstrucción de la solidaridad entre los miembros más débiles de la sociedad*. Y comportaría, por tanto, una profundización, al mismo tiempo garantista y democrática, de los clásicos principios de legalidad, publicidad y control del poder. De los poderes públicos y privados, paraestatales, estatales o supraestatales, con el objeto de facilitar una estrategia constitucional compleja y beligerante dirigida a proteger, mediante mecanismos jurídicos y extrajurídicos, los derechos sociales de todas las personas. O dicho en otros términos, los derechos a recursos básicos (ingreso, vivienda, salud, educación) que les permitan satisfacer sus necesidades y llevar una vida digna, esto es, maximizar su autonomía y minimizar el sufrimiento físico (Fabre, 2000).

Ahora bien, ¿dónde debería residir la complejidad de una estrategia como la enunciada? Para empezar, debería asumir la multiplicidad de *ámbitos de socialización y conflicto* en los que deben garantizarse, individual o colectivamente, las necesidades radicales de los y las más débiles. El mundo del trabajo y la producción, en sus diversas y cambiantes modalidades. Pero también aquellas esferas en las que actúan no ya como trabajadores sino como ciudadanos, consumidores, o simplemente como personas: las distintas formas de familia, los centros de detención, el medio ambiente, las relaciones contractuales vinculadas al consumo de bienes y servicios elementales (electricidad, agua potable, tierra) o las relaciones sociales trabadas a propósito de los procesos migratorios, tratándose de colectivos que persiguen su supervivencia en un país o región distintos al de su origen. En segundo término, debería asumir la diversa función de los *actores* llamados a operar como custodios constitucionales de los derechos sociales. Los

actores institucionales, como el legislador, la administración o los jueces. Pero muy especialmente los propios ciudadanos y colectivos vulnerables, organizados y movilizados.

Se trataría, en suma, de promover un modelo que favorezca la circulación y el mutuo reforzamiento de un sistema múltiple protección de los derechos sociales. Una red normativa en la que tanto las garantías institucionales como las sociales o ciudadanas puedan ser definidas, más allá de los distintos controles intermedios, a través de la opinión y la activa participación de los interesados directos (Cohen y Rogers, 1995) ¿Pero en qué deberían consistir estas garantías?

3.1. *El papel de las garantías políticas*

En primer lugar, tanto el derecho internacional de los derechos humanos como la mayoría de las Constituciones modernas,² estipulan una serie de *garantías primarias* de los derechos sociales que, en el marco de la crisis del Estado social tradicional, entrañan un complejo haz de obligaciones dirigidas al legislador y a las que éste no puede sustraerse, sin más, escudándose en una no siempre constatada escasez de medios:³

Ante todo, le imponen una obligación negativa de *no regresividad*. Es decir, que en la medida en que el Estado social es una realidad limitada pero en parte ya efectiva, el legislador y la administración deben respetar y no privar a las personas de aquellos recursos básicos que hayan alcanzado por sí mismas, a través de terceros o del propio Estado, si ello los coloca debajo de un nivel de vida decente y no ayuda a quienes están en peor situación (Fabre, 2000). Esta obligación podría considerarse secundaria si se piensa en la fase de creación y expansión del Estado social tradicional. Pero adquiere especial relevancia en un contexto en el que el desmantelamiento de los derechos sociales tiene lugar a través del propio Estado, que no deja

² Acerca de los fundamentos jurídico-positivos, y no simplemente iusnaturalistas, de las distintas obligaciones estatales, sobre todo en el derecho internacional de los derechos humanos, *vid.*, Abramovich y Courtis, 1997; Craven 1995.

³ La distinción que sigue entre garantías primarias y secundarias está básicamente tomada de Ferrajoli, 1999. Sobre la idea de garantías sociales, *vid.*, asimismo, Ferrajoli, 1995.

de intervenir en las relaciones económicas, sino que simplemente altera la dirección de dicha intervención. Por lo tanto, en el actual marco de internacionalización de la economía el Estado social debe concebirse como distribuidor no sólo ya de beneficios sino también de sacrificios, es decir, como garante no sólo de derechos sociales positivos sino también de derechos sociales negativos. Conforme a esta prohibición de *regresividad*, expresión del contenido normativo mínimo e indisponible de los derechos sociales constitucionales, pero también del clásico principio liberal de no discriminación, sólo serían admisibles aquellas restricciones de derechos sociales capaces de superar un estricto escrutinio de *razonabilidad*. Así, por ejemplo, sólo aquellas que resultasen indispensables para la expansión general del sistema de derechos o que respetaran, en todo caso, los principios de compensación adecuada y de prioridad del más débil (*favor debilis*).⁴

En segundo término, como complemento de la prohibición de *regresividad*, le viene atribuido al legislador un deber positivo de *progresividad*. Esto es, la obligación de estipular normas que prevean, tal como estipula el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.1), la prestación positiva y gradual de aquellos recursos necesarios para llevar una vida digna.

Naturalmente, se trata de un deber que exige, también en virtud del principio de prioridad de los más débiles, la introducción de tratamientos jurídicos desiguales aunque positivos, dirigidos a compensar a personas o colectivos oprimidos o marginados (discriminaciones inversas, acciones afirmativas). Pero que no excluye, sino todo lo contrario, la articulación de prestaciones sociales universales que permitan una reconstrucción en sentido sustantivo del principio de generalidad de la ley. Así, por ejemplo, las distintas variantes, ampliamente debatidas en sede teórica, de rentas ciudadanas incondicionales: para todas las personas, durante toda la vida; para todas las personas, durante una cierta cantidad de tiempo; para todos los niños, etcétera.⁵ Tales prestaciones, aparentemente más costosas, resulta-

⁴ Puede verse, en relación con algunos de estos principios, la Observación General núm. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

⁵ Para una discusión de diferentes variantes universalistas e incondicionales de derechos sociales, centradas en áreas diversas como el ingreso, la educación o la salud, *vid.* Bussemaker, 1999; Raventós, 1999; Gorz, 1997; Gargarella, 1995.

rían a la larga más eficaces y legítimas. Por un lado, permitirían ampliar la autonomía individual y colectiva de las personas, conjurando así los riesgos de estigmatización y clientelismo. Por otro, contribuirían a moderar la corrupción y a minimizar, en suma, los costes de la mediación técnico-burocrática característica de buena parte de los actuales regímenes asistenciales (Ferrajoli, 1999). Además, junto a los proyectos de reparto del empleo formal a través de la reducción de la jornada laboral y de una simultánea distribución de la riqueza, podrían constituir, en el contexto de crisis (o ausencia, si se piensa en los Estados periféricos) de los sistemas tradicionales de compensación del desempleo, no sólo una vía de generalización del derecho al trabajo estable y de calidad, sino la base de un indisponible y universal derecho social a la existencia autónoma. Un derecho en el mejor de los casos complementario, pero no dependiente, de la eventual vinculación al mercado laboral o de otras prestaciones sociales de las que se pueda disfrutar.⁶

En tercer lugar, frente a la creciente privatización de recursos y servicios que conforman el objeto de los derechos sociales, le incumbe más que nunca a los poderes públicos, si no ya la gestión directa de dichos recursos, la irrenunciable obligación de proteger los intereses de las personas en los mismos a través de controles normativos sobre los poderes privados. Dichos límites obligan a ampliar el ámbito de aplicación de la llamada *Dritt-wirkung* constitucional. Es decir, la posibilidad de vincular a los poderes privados al cumplimiento, en materia de derechos sociales, de las aludidas obligaciones de no *regresividad* y de *progresividad*. Sobre todo, en situaciones ya existentes de especial vinculación contractual entre destinatarios y prestadores (empleadores privados, proveedores privados de servicios públicos, arrendadores de la tierra), pero también en otras habilitadas por la Constitución que pudieran crearse por vía legal.

Finalmente, y moderando la férrea presunción de legalidad que ha dado cobertura a las actuaciones y omisiones “opacas” del Estado social tradicional, adquiere una nueva dimensión el deber legislativo de información, publicidad y justificación tanto de los actos como de las omisiones de gobierno que atañan a los derechos. En lo que respecta a los derechos socia-

⁶ Sobre la articulación entre políticas de reparto del trabajo y de ingresos incondicionales, *vid.* Gorz, 1997; Raventós, 1999.

les, corresponde al legislador y a la administración la obligación de probar e informar regularmente si se están adoptando, y de qué manera, todas las medidas que hagan posible el cumplimiento de las obligaciones antes mencionadas, incluida la utilización del máximo de recursos humanos, tecnológicos, informativos, naturales y financieros disponibles en el cumplimiento de los derechos y las directivas sociales. En un esquema institucional preocupado por la recuperación del principio de transparencia en el manejo de los recursos públicos, esta obligación de información ocupa un lugar capital. Por un lado, constituye una garantía de certeza y seguridad jurídica, en tanto permite a los destinatarios de los derechos conocer de antemano cualquier posible alteración o restricción arbitraria en el goce de los mismos, lo cual abre a su vez la posibilidad de alegar ante las instancias respectivas en ejercicio de su derecho al debido proceso. Y, desde una perspectiva más general, representa en última instancia un deber potencialmente sensible a los controles sociales, en la medida en que su incumplimiento o su cumplimiento defectuoso pueden operar como elementos de deslegitimación ante la opinión pública, mitigando de esa manera la irresponsabilidad con la que los órganos estatales suelen actuar en estos ámbitos.

3.2. Las garantías jurisdiccionales como instrumentos de control y democratización

Naturalmente, la experiencia histórica del Estado social tradicional enseña que la eficacia de las garantías políticas de los derechos constitucionales no puede dejarse librada a la benevolencia, la autorregulación o la mera autolimitación de instituciones legislativas crecientemente vaciadas de contenido. Por eso, la necesidad de remover la impunidad en la frecuente vulneración de las obligaciones estatales primarias por parte de las mayorías políticas coyunturales justifica la utilización de una serie de *garantías secundarias*, jurisdiccionales e incluso semijurisdiccionales según el contexto (Defensores del Pueblo, Comisiones de Derechos Humanos), orientadas a introducir un relativo control entre poderes a través de diferentes medidas de presión sobre el legislador y la administración. Dicha intervención estaría dirigida no tanto a reducir los ámbitos de discusión democrática sino, por el contrario, a desbloquear las constricciones que a menudo

le vienen impuestas por el dominio de las mayorías legislativas, evitando de ese modo el naufragio tecnocrático o simplemente plebiscitario de los deberes políticos en materia de derechos sociales. Esa es, o si se prefiere, debería ser, la función principal de los límites constitucionales al legislador, que habilitan la posibilidad de actuaciones jurisdiccionales dirigidas a pedirle cuentas de las vulneraciones de derechos, por acción u omisión, a exigirle plazos razonables para la reparación y, sin imponerle un *único* medio de reparación, a demandarle que ponga en marcha *alguno* de los que se encuentran a su alcance (Abramovich y Courtis, 1997).

Así, como se sabe, las Constituciones modernas, tanto en los sistemas de filiación kelseniana como en los tributarios de la *judicial review*, autorizan a la jurisdicción constitucional, en el caso de vulneraciones legislativas al deber de *no regresividad*, a la expulsión, anulación o inaplicabilidad *a posteriori* e inmediata de normas o actos jurídicos que vulneren el contenido mínimo de los derechos sociales constitucionales o el principio de no discriminación. Pero también, desde una perspectiva más deliberativa, dirigida a evitar una expropiación jurisdiccional lisa y llana de los conflictos constitucionales, podría pensarse en los controles de tipo preventivo, como en el sistema francés o el irlandés, o en las recomendaciones y reenvíos jurisdiccionales al legislador instándolo a que, en un determinado plazo, rediscuta y reforme, él mismo, la legislación en aquellos casos en los que se hayan concedido privilegios discriminatorios o compensaciones insatisfactorias. Las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, utilizadas en el ordenamiento alemán, las sentencias aditivas de principio, usadas en el italiano, y otros tipos de sentencias “bilaterales”, podrían considerarse, en ese sentido, una vía interesante a la hora de promover controles intermedios garantistas, sí, pero idóneos, al mismo tiempo, para impulsar y expandir, y no para sofocar, el debate democrático acerca de lo declarado “indecible”, que no “indiscutible”, por la Constitución.⁷

Incluso en casos de vulneración de derechos sociales por omisión absoluta del deber de *no progresividad*, frente a los que suele esgrimirse la

⁷ Acerca de las evoluciones recientes de la jurisprudencia constitucional italiana referidas a sentencias aditivas de prestación y de principio, *vid.* el interesante trabajo de Moscarini, 1997. Para una exposición más amplia de otros tipos de sentencias bilaterales utilizadas en el resto de Europa, *vid.*, por todos, la compilación de Eliseo Aja, en AA. VV., 1998.

imposibilidad de la justiciabilidad, quedaría siempre abierta la posibilidad de requerimientos jurisdiccionales al legislador para que informe, para que revele, para que haga público, en suma, si está utilizando, y de que manera, todas las medidas posibles y hasta el máximo de sus recursos, pudiendo establecerse, llegado el caso, compensaciones e indemnizaciones para casos concretos, como en tantas otras hipótesis de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado previstas por el derecho administrativo.

Desde posiciones restrictivas se ha sostenido que las normas que estipulan las obligaciones estatales en materia de derechos sociales suelen ser demasiado vagas y que, por lo tanto, no serían susceptibles de un adecuado control jurisdiccional. Así presentado, sin embargo, el argumento no resulta de recibo. En realidad, se trata de una dificultad de la que no están exentos el resto de los derechos constitucionales y que obliga a concebir la certeza jurídica, antes que como punto de partida, como producto y punto llegada (piénsese en el alcance semántico, nada inequívoco, del derecho a la vida, la libertad de expresión y otros derechos civiles clásicos). Por otra parte, siempre se puede recurrir, bien al perfeccionamiento del lenguaje constitucional, bien a organismos especializados encargados de recoger la información necesaria para precisar el contenido contingente de las obligaciones de un Estado determinado en materia de derechos sociales bien a la formación técnica de los propios órganos de interpretación jurisdiccional con el objeto de que puedan lidiar con dicha información. Una tarea similar a la que por otro lado ya realizan, en el ámbito internacional, los Comités de expertos en derechos sociales de Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo o, más recientemente, la Unión Europea.

3.3. Las garantías sociales. La ciudadanía como custodio último de los derechos sociales

Ahora bien, si el papel de estas garantías políticas y jurisdiccionales resulta central a la hora de reconstruir una estrategia de protección amplia de los derechos sociales, conviene no perder de vista que un programa constitucional de garantías institucionales de los derechos, por más exhaustivo que fuera su diseño, resultaría incompleto, irrealista y en última instancia, fútil, sin la existencia y permanente promoción de múltiples y robustos es-

pacios ciudadanos en condiciones de *garantizar socialmente* la eficacia de las respectivas garantías institucionales y de conjurar su ya probada tendencia a la autoprogramación. No se trata, como pretende Schmitt, de supeditar la eficacia de la Constitución a la existencia de una comunidad prepolítica, homogénea, sin la cual todo programa normativo resultaría vacuo. Más bien, se trata de poner de manifiesto cómo un proyecto garantista constreñido a operar en el contexto de sociedades complejas no puede sino desencansar en la articulación, no ya unitaria, sino plural, de actores sociales capaces de recoger, perfeccionar y profundizar una cultura constitucionalista en materia de derechos sociales. Dicho en otros términos: no en la praxis virtuosa de la sociedad o de una clase única concebidas como sujetos de gran formato, sino en una pluralidad de actores interesados en presionar y participar directamente en la formulación y activación de las garantías institucionales, legales y jurisdiccionales, de los derechos sociales, así como en procurarse mecanismos de autotutela de los mismos. Y ello, tanto por razones de legitimación como de eficacia.

De legitimación, ya que sólo un amplio proceso deliberativo y dialógico impulsado desde abajo, por los propios colectivos involucrados, puede propiciar un esquema de derechos sociales no sólo *para* los más débiles sino *con* los más débiles. Es decir, no meras concesiones tecnocráticas, paternalistas, sino apropiaciones plurales y autoconscientes de la defensa e interpretación de los derechos constitucionales por parte de las “generaciones presentes” y, sobre todo, de los potenciales afectados. Conquistas autónomas, en suma, que permitan crear, en un proceso de continuada actividad *constituyente*, verdaderos espacios de contrapoder social con los que contrarrestar la tendencia a la autoprogramación de los poderes mercantiles y de las burocracias administrativas integradas por expertos (Capella, 1993).

De eficacia, en tanto que las organizaciones cívicas y sociales pueden, a menudo, suministrar información sobre las necesidades prioritarias de las personas de la que el Estado no dispone, además de un mejor control en la articulación, aplicación y seguimiento de las políticas sociales respectivas. Lo cual, en definitiva, también contribuye a reducir los costes de los “esfuerzos del bienestar” (piénsese en áreas como salud, seguridad en el trabajo o control en la construcción de viviendas, donde un control ciudadano de la ejecución de la normatividad respectiva bien puede resultar más

eficaz que el de un cuerpo compuesto exclusivamente por inspectores y funcionarios administrativos).

Es cierto que, con frecuencia, las señales e impulsos emitidos desde espacios autónomos de la sociedad civil resultan demasiado débiles como para provocar a corto plazo procesos de aprendizaje en el sistema político o para reorientar los procesos de toma de decisiones (Habermas, 1998). Sin embargo, eso no autoriza a despachar sin más su potencial democratizador. Son de interés, por ejemplo, en lo que respecta a la participación en la elaboración de garantías políticas, las Iniciativas Legislativas ciudadanas vinculadas a la maximización de derechos sociales (como la Carta Vasca de Derechos Sociales, en España), o los Foros Cívicos para Presupuestos Participativos (como los de Porto Alegre, en Brasil, con más de diez años de duración) en los que son los propios ciudadanos quienes deciden una parte de las prioridades sociales en materia presupuestaria (Genro y Souza, 2000). Este tipo de propuestas, atractivas precisamente en la medida en que no se reducen a camuflados ejercicios de manipulación plebiscitaria, parten de la necesidad de socializar la política para obtener un mejor reparto de la riqueza y pueden considerarse, en ese sentido, como una alternativa garantista, posible y deseable, tanto al paternalismo distributivo sin autogestión como a la participación estéril incapaz de incidir en las formas de producción y apropiación de la riqueza.

En lo que concierne a la participación y presión para la elaboración de las garantías jurisdiccionales, por su parte, son igualmente relevantes ciertos mecanismos procesales de petición colectiva de tutela de los derechos sociales, como las *class action* o las acciones de interés público, impulsadas en contextos constitucionales tan diversos como los de Estados Unidos, India o Argentina. Éstas, al superar los límites individualistas de los mecanismos tradicionales de protección jurisdiccional posibilitan demandas de efectos colectivos, impulsadas tanto por los propios afectados (grupos sin agua, sin techo, sin tierra) como por asociaciones cívicas (de consumidores, de ambientalistas, de derechos humanos) interesadas en su representación. En ese sentido, alientan la proliferación de comunidades de interpretación jurídica y constituyen un medio idóneo para incidir en jurisdicciones inermes y eventualmente conservadoras, al tiempo que contribuyen a reducir los gastos de justicia derivados de la multiplicación de recursos particulares.

Ciertamente, estas posibilidades de participación en las instituciones políticas y jurisdiccionales pueden y deben complementarse con otras formas de autotutela directa de los bienes y recursos que constituyen el objeto de los derechos sociales. No sólo a través del ejercicio de clásicos derechos sociales procedimentales como el derecho de asociación o de huelga, sino también mediante el impulso de nuevas experiencias autogestionarias en materia de servicios públicos o producción de recursos. El interesante renacimiento del cooperativismo y del asociacionismo tanto en los países avanzados como en los periféricos deben reputarse en ese sentido como pruebas, no sólo del fracaso de las regulaciones políticas, sino también del propio neoliberalismo, que se ha mostrado incapaz, desde su lógica del egoísmo y la ganancia privada, de satisfacer las necesidades colectivas de sectores enteros de la sociedad. Igualmente, las innovaciones posfordistas en el mundo de la producción, deben verse, no como un factor de exclusión y desarticulación laboral sino, por el contrario, como elementos propicios para una mayor y renovada “democracia salarial” en las empresas (Gorz, 1997; Coriat, 1993).

4. EL DESAFÍO DE LA GLOBALIZACIÓN

Por último, es evidente que a la vista de la creciente globalización de la economía, una estrategia compleja de protección de los derechos sociales debería, hoy más que nunca, asumir la imposibilidad moral y fáctica de un Estado social constitucional en un sólo país. En ese sentido, la superación de los estrechos límites nacionales del Estado social tradicional demanda la recreación del aludido triple nivel de garantías constitucionales: políticas, jurisdiccionales y ciudadanas, ante todo en el plano local, pero también en el regional, estatal e internacional. Ello exigiría promover, simultáneamente, la todavía tímida nacionalización de las garantías hoy existentes en el plano internacional y la internacionalización de los mecanismos estatales de garantías.

Así, por ejemplo, la ya mencionada aplicación por los tribunales nacionales de los parámetros interpretativos utilizados por organismos internacionales como los Comités de derechos sociales de la OIT o Naciones Unidas, así como la progresiva permeabilidad, en términos generales, de un

constitucionalismo nacional de ciudadanos frente a los imperativos de un constitucionalismo internacional de personas. Y, en un sentido inverso, el establecimiento, a escala supranacional, de aquellas garantías políticas, hoy nacionales, de control de los poderes privados, que permitirían un flujo positivo de recursos financieros hacia las regiones y países más vulnerables del planeta y condiciones racionales de consumo e intercambio entre las regiones satisfechas y aquellas sumergidas. Sobre todo, un acuerdo global para el desarme de los capitales financieros, a través de impuestos a los intercambios especulativos (la llamada Tasa Tobin) las inversiones directas en el extranjero o aquellas con impacto ecológico. Además, claro está, de medidas indispensables como la negociación en términos radicales de la anulación de la deuda externa a los países pobres (como contrapartida, por otro lado, de la deuda social y ecológica contraída durante siglos por Occidente en dichas regiones) o la sujeción, cuanto menos, de la actuación de organismos como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la OMC, a los supuestos garantistas previstos en las Cartas internacionales de derechos humanos, los Convenios de base de la OIT o los Acuerdos Multilaterales en materia medioambiental.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN. CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA Y DERECHOS SOCIALES: EN BUSCA DE LOS SUJETOS PERDIDOS

Una vez más, la efectividad de este esquema de garantías depende no sólo de un adecuado diseño normativo e institucional sino también de la existencia y promoción, no ya, como se ha dicho, de un agente social unitario, como de múltiples actores capaces de hacer valer los derechos sociales en, fuera, contra e incluso más allá de los órganos estatales en su conjunto. El lenguaje jurídico de los derechos, en realidad, sólo puede arraigar a condición de una simultánea recreación del lenguaje y la actuación de lo político y de lo social. Por eso, la construcción de contrapoderes democráticos no puede verse como un simple complemento de la estrategia de los derechos, sino como la única alternativa para garantizar su efectividad (Barcellona, 1995).

En la crisis del Estado social tradicional, y sin perjuicio de las particularidades contextuales, ninguno de los eventuales impulsores de los dere-

chos sociales (partidos, jueces, sindicatos, nuevos y viejos movimientos sociales) se encuentra, de hecho, en condiciones de reclamar un papel garantista privilegiado, libre de antemano de las patologías burocráticas y mercantilistas que afectan o acechan a otros poderes. Por eso, una estrategia compleja de protección requiere que los límites y garantías institucionales impuestos a la propia esfera estatal se extiendan igualmente a la esfera no estatal. Es decir, que todos los actores, institucionales y extra institucionales, vinculados a la reivindicación de los derechos sociales, se sometan a las exigencias de democracia interna, controles y publicidad, disipando los riesgos de alumbrar nuevas formas de corporativismo o despotismo descentralizado.

Todo ello, en último término, supone la reinvención de partidos, sindicatos y movimientos cívicos y sociales en un sentido que les permita coincidir en uniones, redes y confederaciones, locales e internacionales, con vocación constitucionalista. Es decir, con una vocación universalista que coincide con la práctica particularista y que facilite la articulación de un proyecto más político, menos sectorial y más solidario. Un proyecto austero, sobrio e integral de alternativa civilizatoria, capaz de impulsar una efectiva difusión del poder y de relacionar, pluralmente, derechos sociales y trabajo, derechos sociales y medio ambiente, derechos sociales y feminismo, derechos sociales y minorías culturales, derechos sociales y federalismo, derechos sociales en suma, y necesidades básicas de todas las personas (Santos, 1999).

Naturalmente, esta alianza entre el constitucionalismo y una renovada democracia del “trabajo” en sentido amplio, capaz de afrontar el deterioro de la tradicional “sociedad de empleo”, requeriría importantes esfuerzos políticos y económicos, la reversión del despilfarro y de las desigualdades de acceso al consumo hoy dominantes y una amplia desconcentración y distribución de recursos básicos. En un clima de ascenso de los valores neoliberales e insolidarios, de un estrecho realismo de corto plazo y de un cansancio general de la política, un programa de este puede parecer más cercano al optimismo de la voluntad que al de la inteligencia. Se trata, en todo caso, de los costes del constitucionalismo democrático, claramente menos oneroso y más idóneo para garantizar la paz social y la igual consideración de la dignidad de las personas que cualquier otro sistema de autoridad política conocido (Preuss, 1998). Ponderar la complejidad de la tarea

es, en cualquier caso, una manera de comenzar la renovación de las propias fuerzas.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en M. ABREGÚ y C. COURTIS, comps., *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, 1997.
- AA. VV., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, E. AJA, ed. Barcelona, Ariel, 1998.
- BARCELLONA, Pietro, *Democrazia: quale via di scampo?* Molfetta, Edizioni la meridiana, 1995.
- BRONZINI, Giuseppe, “Il Diritto del lavoro nella crisi dello stato sociale: occorre un nuovo paradigma giurídico?”, ponencia presentada en el Congreso Internacional “Stato, mercato e diritti sociali”, realizado en el Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Camerino, 2000.
- BUSSEMAKER, Jet, “Citizenship and changes in life-courses in post-industrial Welfare States”, en J. BUSSEMAKER, ed., *Citizenship and Welfare State Reform in Europe*. Routledge, ECPR, 1999.
- CABO MARTÍN, Carlos de, *Contra el consenso. Estudios sobre el constitucionalismo del Estado social*. México, UNAM, 1997.
- CAPELLA, Juan Ramón, *Los ciudadanos siervos*. Madrid, Trotta, 1993.
- COHEN, Joshua y Joel ROGERS, *Associations and Democracy*, E. OLIN WRIGHT, ed. Londres, Verso, 1995.
- CORIAT, Benjamin, *El taller y el robot* (1990). Trad. de Rosa Ana DOMÍNGUEZ CRUZ. Madrid, Siglo XXI, 1993.
- CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its development*. Oxford, Clarendon Press, 1995.
- ESPING ANDERESEN, G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge, Polity, 1990.

- FABRE, Cécile, *Social Rights under the Constitution*. Oxford, Clarendorf Press, 2000.
- FERRAJOLI, L., “Derechos fundamentales”, en *Derechos y garantías*. Trad. de P. ANDRÉS y A. GREPPI. Madrid, Trotta, 1999.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón* (1989). Trad. de P. ANDRÉS y otros. Madrid, Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, L., “Stato sociale e stato de diritto”, en *Politica del diritto*, a. XIII, núm. 1, 1982.
- GARGARELLA, R., “El ingreso ciudadano como política igualitaria”, en R. LO VUOLO, comp., *Contra la exclusión*. Buenos Aires, Miña y Dávila Editores, 1995.
- GENRO, Tarso y Ubiratan DE SOUZA, *El presupuesto participativo: la experiencia de Porto Alegre*. Barcelona, Ediciones del Serbal, 2000.
- GORZ, André, *Misères du présent, richesse du possible*. París, Éditions Galilée, 1997.
- HABERMAS, J., *Facticidad y Validez* (1992). Trad. de M. JIMÉNEZ REDONDO. Madrid, Trotta, 1998.
- MOSCARINI, Anna, “La Corte costituzionale contro lo stato sociale?”, en *Giurisprudenza costituzionale*. 1997.
- O'DONNELL, Guillermo, “Delegative democracy”, en *Journal of Democracy*, 5, núm. 1, 1994.
- PATEMAN, Carole, “The Patriarcal Welfare State”, en *The Disorder of Women*. Cambridge, United Kingdom, 1989.
- PREUSS, Ulich, “Constitutionalism-Meaning, Endangerment, Sustainability”, en S. SABERWAL y H. SIEVERS, eds., *Rules, Laws, Constitution*. Nueva Delhi, Sage Publications, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Reinventar la democracia. Reinventar el estado*. Trad. D. PALACIOS CEREZALES y J. ERASO CEVALLOS. Madrid, Sequitur, 1999.

LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA NORMA DE CLAUSURA DEL SISTEMA DE LIBERTADES

Luis Prieto Sanchís,
Universidad de Castilla-La Mancha

1. ¿SE PUEDEN LIMITAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

La afirmación de que los derechos fundamentales son limitados representa casi una cláusula de estilo en la jurisprudencia constitucional: “no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que... en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos” (STC 2/1982); y lo mismo puede decirse también de la mayor parte de la doctrina.¹ Si con ello se quiere indicar que al amparo de los derechos sus titulares no puedan hacer lo que les venga en gana, la afirmación es obvia. En cambio, si se pretende sostener que aquellos derechos que la Constitución nos reconoce pueden ser cercenados por el legislador, la cosa ya no resulta tan clara. En el marco del constitucionalismo los derechos pueden representarse como límites o prohibiciones que pesan sobre el legislador² y resultaría en verdad sorprendente

¹ Una exposición de la más reciente doctrina y jurisprudencia en A. Aba Catoira, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

² Naturalmente, no todas las prohibiciones que pesan sobre el legislador adoptan la forma de derechos fundamentales; y, por otra parte, estos últimos no deben concebirse tampoco desde una perspectiva sólo defensiva o negativa, como el núcleo de lo que el legislador “no puede hacer”, sino que ofrecen una dimensión positiva o directiva de ciertas esferas de la acción política. Pero, a los efectos que ahora nos interesan, creo que no hay impedimento en considerar

que el sujeto sometido a una obligación pudiera redefinir los términos de la misma. Como toda norma constitucional, los derechos ostentan un contenido prescriptivo que resulta inaccesible al legislador; si la Constitución proclama la libertad religiosa o la garantía del imputado de no declarar contra sí mismo, ello significa que ninguna ley puede impedir el ejercicio de aquella libertad —v. gr. haciendo obligatoria la misa dominical— o la efectividad de aquélla garantía —v. gr. autorizando la tortura. Y esto con total independencia de que eventualmente existan buenas razones políticas, o la mayoría parlamentaria así lo considere, para limitar, suspender o suprimir los derechos correspondientes. Sencillamente, no puede hacerlo porque la fuerza normativa de la Constitución impide que el legislador ordinario o cualquier otro poder público someta a debate lo que ha decidido el poder constituyente.

Estas consideraciones pueden servir de base a la tesis de la ilimitabilidad de los derechos: éstos tienen un contenido constitucionalmente declarado o tipificado y, salvo que ofrezcan una habilitación explícita al estilo del artículo 28,1 C.E.,³ sencillamente no pueden ser limitados o cercenados, como tampoco pueden serlo las demás normas constitucionales. Insisto en que esto no significa que los derechos sean *ilimitados*, en el sentido de que autoricen cualquier conducta; supone tan sólo que aparecen ya *delimitados* en el texto constitucional y, dentro de ese círculo delimitado, no cabe ninguna restricción. En consecuencia, los complejos problemas que a veces se presentan como casos de limitación de los derechos no serían tales: o bien la ley penetra en el recinto prohibido y entonces es inválida, o bien no lo hace y entonces el asunto nada tiene que ver con el régimen de los derechos; es verdad que en este último caso una norma imperativa que condicione la conducta de los ciudadanos puede aparecer *prima facie* como una limitación, pero si, tras la debida interpretación, resulta que no afecta a los dere-

que los derechos, más concretamente las libertades y garantías individuales, se configuran ante todo como un ámbito prohibido para la ley.

³ Tras afirmar que todos tienen derecho a sindicarse libremente, dicho precepto añade que “la ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos Armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar...” Pero, en realidad, aquí se produce una suerte de desconstitucionalización o delegación abierta en favor del legislador, que goza de competencia para configurar de acuerdo con su ideario el derecho de sindicación de cierta clase de funcionarios.

chos, su validez será incuestionable, pues no hay que pensar que toda conducta se halla en principio amparada por un derecho. I. de Otto lo expresó con claridad: la cuestión reside en la “delimitación conceptual del contenido mismo del derecho, de forma que lo que se llama protección de otro bien constitucional no exige en realidad una limitación externa de los derechos y libertades, porque las conductas de las que deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata sencillamente no pertenece al ámbito del derecho fundamental”.⁴ En suma, si he entendido bien, resultaría que aquellas conductas o ámbitos de inmunidad tutelados por el derecho no serían en ningún caso limitables, mientras que aquellos otros que quedasen fuera de esa definición podrían ser libremente configurados por el legislador.

La interpretación comentada tiene algo de razón, y es que nos recuerda que el legislador no puede “inventar” límites a los derechos, que allí donde la Constitución ha tutelado cierta esfera de actuación no cabe introducir nuevas restricciones que directa o indirectamente no formen ya parte de lo querido o permitido por la Constitución. Sin embargo, este enfoque crea que plantea también algunas dificultades.⁵ En primer lugar, revela un cier-

⁴ I. de Otto, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, en L. Martín-Retortillo e I. de Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, Civitas, 1988, p. 137. Como tantos otros debates a propósito de la limitación de los derechos, éste se reproduce también en la doctrina alemana, entre otras razones porque el art. 53,1 de la Constitución española está tomado —aunque no miméticamente— del 19,2 de la alemana; sobre el particular *vid.* J. C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid, CEC, 1994, pp. 161 y ss. La tesis de De Otto es acogida en España por G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. de Asís, C. Fernández Liesa y A. Llamas. Madrid, Universidad Carlos III/BOE, 1995, p. 589; también por R. Sánchez Ferriz, *Estudio sobre las libertades*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 261 y ss.; y, de forma más rotunda, por A. L. Martínez Pujalte, quien escribe que “más allá de los contornos que los delimitan no puede existir protección constitucional del derecho fundamental y, en cambio, dentro de ellos la protección constitucional es absoluta”, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid, CEC, 1997, p. 53. Por el contrario, aboga por una concepción amplia del contenido de los derechos y consiguientemente por una visión en términos de “límites” M. Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 93 y ss.

⁵ Sin contar la dificultad evidente que deriva del artículo 53,1 de la Constitución, pues si, como veremos, el legislador cuenta con una habilitación general para regular el ejercicio de los

to optimismo acerca de la posibilidad de “recortar” con suficiente precisión el contenido de cada derecho y, por tanto las fronteras entre aquello que representa un “coto vedado” para el legislador y aquello otro que puede ser objeto de su libre decisión. Es verdad que algunos enunciados constitucionales presentan un referente empírico claro que permite discernir los contornos del derecho; por ejemplo, cabe decir que una ley que impide o sanciona las reuniones y manifestaciones de gente armada no constituye propiamente un límite al artículo 21 de la Constitución, ya que ésta *sólo* brinda protección a las reuniones sin armas.⁶ Pero esto pocas veces sucede así. Lo más corriente es que la tipificación constitucional de los derechos contenga referencias normativas y valorativas cuyo significado no puede precisarse con certeza, al menos en un juicio abstracto; por ejemplo, los perfiles de la libertad ideológica y religiosa están dibujados por el orden público (art. 16,1), los de la libertad de expresión por el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia (art. 20,4), y así sucesivamente. Incluso la imprecisión se incrementa cuando la propia configuración constitucional de un derecho remite a una ulterior delimitación legal; por ejemplo, la libertad personal del art. 17,1 sólo podrá ser objeto de privación “en los casos y formas previstas en la ley”. Pero los problemas se complican todavía más si tenemos en cuenta que para determinar el contorno de un derecho no basta con acudir sólo a los enunciados normativos que los reconocen, sino que es preciso tomar en consideración todos y cada uno de los preceptos constitucionales⁷ e in-

derechos con respecto a su contenido esencial, parece que al menos ostenta una competencia configuradora sobre el contenido no esencial o accesorio. *Vid.* L. Aguiar de Luque, “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, p. 24.

⁶ Sin duda, aún se puede discutir si el concepto de “armas” utilizado por la ley limitadora es o no constitucional y, desde luego, mucho más se puede discutir si la interpretación legal de lo que es una “reunión pacífica” resulta congruente con la Constitución. Precisamente porque pueden surgir casos dudosos donde las cláusulas restrictivas han de sopesarse con el principio iusfundamental de la libertad de reunión, Alexy prefiere considerar esos límites de la Constitución alemana —sustancialmente idénticos a los establecidos en España— como una auténtica restricción al derecho y no como una parte de su tipificación, *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de E. Garzón Valdés. CEC, 1993, pp. 277 y ss.

⁷ Éste es el origen de la llamada doctrina de los límites inmanentes, esto es, de aquellos que no aparecen expresamente mencionados en el enunciado constitucional que recoge el derecho,

cluso, según algunos, puede suceder que los datos constitucionales no basten “y no bastarán normalmente para discernir de modo preciso esas aclaraciones de los ámbitos de protección jurídica; será preciso, entonces, acudir a criterios externos a la propia Constitución”.⁸ De modo que si queríamos esquivar el siempre problemático juicio sobre la legitimidad de una ley limitadora de derechos nos encontramos con la no menos problemática tarea de definir los exactos contornos de cada derecho fundamental. Pero sobre este aspecto volveremos luego.

Estas consideraciones nos ponen sobre la pista de una segunda dificultad. La tesis de la ilimitabilidad de los derechos pretende ofrecer una estrategia interpretativa simplificadora de los problemas que tradicionalmente ha planteado la limitación de los derechos y, en particular, seguramente también una fórmula para cercenar el margen de discrecionalidad judicial que permite la técnica de la ponderación de bienes.⁹ La idea central consiste básicamente en sustituir el debate sobre los límites por una definición precisa de los contenidos constitucionalmente protegidos: en lugar de decir, por ejemplo, que una ley limita la libertad religiosa en nombre del orden público o la de expresión en nombre del derecho al honor, se viene a sostener que tales interferencias en las conductas de los ciudadanos son en realidad “externas” o “ajenas” al contenido de la libertad tutelada; sencillamente porque ésta, en su tipificación constitucional, ya hizo del orden público o del honor un límite intrínseco, una frontera definitoria de su propio ser constitucional; de manera que allí donde la ley restrictiva aparece cabría decir que limita la “libertad natural”, pero no la “libertad jurídica”, cuyos contornos aparecen definidos por las conocidas cláusulas del orden público, del derecho al honor, etcétera: no habría, pues, limitación de la libertad religiosa por el orden público —porque eso ya está dicho o tipificado en la Constitución— sino legítima actividad legislativa a fin de configurar y garantizar ese orden que, al hallarse ya fuera de las fronteras del

sino que se quieren hacer derivar de otros bienes constitucionales, como la seguridad colectiva o la protección de otros derechos.

⁸ A. L. Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial...*, citado, p. 69.

⁹ Tiene razón L. Aguiar cuando observa que la tesis de I. de Otto, en la práctica, más que contra el legislador se dirige contra el Tribunal Constitucional, “Los límites de los derechos fundamentales”, citado, p. 24.

derecho delimitado, brinda cobertura constitucional a una ley que propiamente resulta ajena al sistema de libertades.

Me parece, sin embargo, que la pretendida simplificación queda en buena medida frustrada. Los bienes constitucionales que operan como límite o, si prefiere, como cláusulas delimitadoras del contenido de los derechos requieren, como es obvio, una interpretación; pero una interpretación que no puede ser independiente del contenido mismo de los derechos delimitados. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, se produce un “régimen de concurrencia normativa”,¹⁰ de manera que el problema puede ser contemplado desde una doble óptica, la del derecho y la de su limitación, que al final se resuelve en una única tarea: dilucidar si la medida legislativa en cuestión representa una correcta interpretación de la Constitución. En otras palabras, una ley que pretenda configurar las conductas mediante normas de prohibición o mandato sin interferir en la esfera de los derechos tendrá que comenzar por demostrar que la suya es una interpretación correcta del título constitucional que desempeña el papel de frontera del sistema de derechos fundamentales, ya sea de forma expresa o tácita; e interpretación correcta quiere decir que, por ejemplo, ya no vale cualquier concepto de orden público, sino sólo aquel concepto que resulta a la luz de los derechos fundamentales y, en particular, de la libertad ideológica y religiosa. Porque si es cierto que algunas cláusulas “delimitan” la esfera de los derechos, será cierto también que tales cláusulas aparecen “delimitadas” por los propios derechos.

Desde mi punto de vista, la tarea de justificar que una ley restrictiva constituye un límite legítimo al derecho fundamental resulta del todo semejante a la empresa de justificar que esa misma ley constituye una interpretación plausible del concepto que opera como límite interno o criterio delimitador del derecho. Todo depende, en suma, de la justificación de la ley restrictiva a la luz del bien constitucional que le sirve de cobertura: si existe tal justificación, tanto da decir que se trata de un límite legítimo o de una actuación “fronteriza” pero no limitadora; y, a la inversa, si no existe, también es indiferente decir que la ley es inconstitucional porque limitó lo

¹⁰ “Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo”, STC 254/88.

que no podía limitar, o porque delimitó mal lo que en principio sí podía configurar. Pensemos de nuevo en la libertad religiosa. Como es sabido, algunas religiones han defendido los sacrificios humanos como acciones gratas a Dios, pero obviamente en nuestra cultura existe poca comprensión hacia tales prácticas. La ley penal que las sanciona puede ser considerada como una justificada limitación del derecho a la libertad religiosa a la luz de la cláusula del orden público y, sobre todo, del derecho a la vida; o bien como una legítima restricción de la libertad general a la luz de los mismos principios y ajena por completo a la esfera de los derechos. Pero, en todo caso, se precisa una justificación a partir de los bienes que se quieren proteger: en el primer caso, afirmando que tales bienes (la vida en nuestro ejemplo) autorizan una restricción de la libertad y, en el segundo, que cuando entran en juego esos bienes (debidamente interpretados, claro está) ya no estamos en presencia de ninguna libertad. La justificación es obvia en ambos casos, pero porque sea obvia no deja de ser una justificación. En suma, el núcleo de la cuestión está en el respaldo constitucional de una actividad legislativa que limita o que es fronteriza con las libertades, por más que en el ejemplo antes propuesto resulte tan evidente que no sea preciso argumentarla. Se trata simplemente de la expectativa a una actuación constitucional de los poderes públicos.

En realidad, creo que esta es una conclusión que ha de aceptarse aun cuando se prefiera mantener la idea de que las leyes que interfieren en la esfera de los derechos son límites aparentes y no reales. Así, de una manera que se me antoja un tanto inconsiguiente con su posición inicial, entre nosotros Martínez-Pujalte sostiene que apelar a los límites internos “no significa necesariamente que sean límites preexistentes a la regulación legislativa, y que existirían igualmente si tal regulación no se hubiese producido”. Pero, ¿en qué quedamos?; resulta que primero los límites internos eran fruto de una configuración constitucional y ahora pueden ser creados por el legislador, que goza además “de un cierto margen de discrecionalidad”.¹¹ La respuesta a esta paradoja se ilustra mejor con los ejemplos que propone el citado autor: que los deficientes psíquicos estén privados del derecho de sufragio no es algo que imponga la Constitución, sino que “parece lógico”; en cambio, que los militares queden al margen de la libertad

¹¹ A. L. Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial...*, pp. 80 y ss.

sindical ya no “parece lógico”, sino que deriva de una voluntad constitucional. Esta última parte es cierta: los militares no gozan de libertad sindical porque así lo permite la Constitución y lo ha decidido la ley, pero ¿qué encierra ese primer llamamiento a la lógica en el caso de los deficientes? Sencillamente, una manera de llamar a la empresa de justificación de la que venimos hablando: si al parecer es pacífico que los deficientes no voten o que los profesores, al amparo de la libertad de cátedra, no puedan efectuar soflamas racistas, es porque tales *prohibiciones* se juzgan razonables o justificadas. Pero en eso consiste la limitación de un derecho fundamental, en acreditar la justificación de la medida restrictiva, en que ésta “parezca lógica”. Lo que no significa, por cierto, que la intervención legislativa haya de exhibir necesariamente un título constitucional expreso, como si la ley fuese mera ejecución de la Constitución; basta, a mi juicio, con que el fin perseguido no sea contrario a la Constitución y represente un sacrificio razonable para el derecho.

Por otra parte, y como veremos luego con más detenimiento, el conflicto no tiene por qué aparecer en todos los niveles del razonamiento, de manera que una ley que tal vez no ha sido diseñada como límite a un cierto derecho y cuya validez coexiste sin problemas, en su aplicación sin embargo puede generar colisiones cuya solución remite de nuevo a la ponderación de la que tratábamos de huir. Por ejemplo, cabría aceptar que el tipo penal de injurias no limita la libertad de expresión porque ésta aparece ya configurada o delimitada por la protección del honor, aunque por mi parte creo que es preferible decir que se trata de un límite legítimo porque protege de forma proporcionada el derecho constitucional al honor. Sin embargo, y como resulta obvio y reiterado, en el caso concreto una conducta puede representar al mismo tiempo ejercicio de la libertad de expresión y comisión de un delito de injurias. Entonces no hay recetas mágicas, dado que no existe una jerarquía abstracta o general entre los derechos y dado que la acción realizada es subsumible en el supuesto de hecho de cada uno de ellos; el problema sólo podrá recibir solución —discutible, por otra parte— a la luz de las circunstancias particulares, y esto es lo que se denomina ponderación.

Ahora bien, si lo anterior fuese cierto, no alcanzo a descubrir las ventajas de sustituir el lenguaje más común e intuitivo de los límites por el lenguaje de la delimitación. Unas veces con buenas razones, otras con razo-

nes discutibles y esperemos que pocas veces sin razón alguna los poderes públicos pretenden determinar qué conductas son huelgas ilegales (o, si se prefiere, ilícitos ajenos al derecho de huelga), cuándo se puede entrar en nuestro domicilio o cuándo podemos ser detenidos, en qué casos procede imponer una sanción pese a que invoquemos en nuestro favor la libertad de conciencia o, en fin, qué tipo de penas son proporcionadas a cada delito. Y, a la postre, la legitimidad de esas leyes depende de que se consideren una limitación justificada de los derechos fundamentales o, lo que me parece equivalente, una intervención justificada a la luz de algún bien que opere como título de cobertura de la acción legislativa y, al propio tiempo, como frontera delimitadora del derecho. De otro lado, la legitimidad de una ley todavía no resuelve los problemas que puede generar su aplicación, esfera en la que de nuevo pueden plantearse problemas de límites: cuando un profesor es despedido por violar el ideario del centro, cuando un periodista es castigado por injurias o cuando los promotores de una manifestación se encuentran ante la prohibición de la autoridad podrán pensar —y tendrán razón— que su libertad de cátedra, que su libertad de expresión o que su derecho de manifestación se han visto limitados; que sea con buenos motivos o sin ellos no interesa por el momento. Por eso, cuando intuitivamente pensamos que una ley limita cierto derecho fundamental, o que su aplicación entra en conflicto con algún derecho, es efectivamente así.

2. LAS CONDICIONES DE LA LIMITACIÓN

a) La cláusula del contenido esencial

La especial posición que ocupan los derechos fundamentales en el Estado constitucional se manifiesta en un reforzamiento de sus garantías o de su resistencia jurídica frente a eventuales lesiones originadas en la actuación de los poderes públicos y en primer lugar del legislador. En este sentido, quizá la garantía más llamativa sea la recogida en el artículo 53,1 de la Constitución, al establecer que “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial podrá regularse el ejercicio” de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II. Una cláusula que tiene su origen en el artículo 19 de la Ley Fundamental alemana, con la que, sin embargo,

presenta dos diferencias de cierta importancia: la primera es que, así como en Alemania no hay ninguna habilitación genérica en favor de la ley, sino que la garantía entra en juego sólo cuando existe un apoderamiento específico,¹² en España la fórmula constitucional autoriza que la ley pueda interferir en el dominio de todas las libertades, con independencia de que exista una remisión o autorización singular en el propio texto constitucional; la segunda diferencia, más sutil y que aquí tiene menor trascendencia, es que en su redacción alemana la cláusula sólo está prevista para leyes limitadoras de los derechos, mientras que en la española parece extenderse a cualquier intervención legislativa, incluida naturalmente la limitadora.¹³

Como es bien conocido, en la interpretación de la cláusula del contenido esencial pugnan dos posiciones, las llamadas teorías relativa y absoluta. En síntesis, la primera viene a identificar el contenido esencial con la ya comentada exigencia de justificación de la medida limitadora, lo que conduce a un cierto vaciamiento de la garantía en cuestión: el contenido esencial de un derecho sería aquella parte del derecho que todavía queda en pie una vez que ha operado una limitación justificada o legítima,¹⁴ lo que en hipótesis podría conducir al sacrificio completo del derecho si la protección de algún bien constitucional en conflicto así lo recomendase. La segunda, en cambio, viene a sostener la existencia de un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso, es decir, aun cuando concurriesen razones justificatorias de su limitación o restricción: el contenido esencial sería así una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociación o debate. Pero si la primera teoría puede desembocar en un vaciamiento de la cláusula, esta última parece hacerla innecesaria o propiciar incluso una disminución del nivel de las garantías. Innecesaria porque si los derechos

¹² Concretamente, dice el artículo 19 de la Ley Fundamental que: “Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. Además, deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente”. Y añade el apartado segundo: “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia”.

¹³ Que la competencia para regular o desarrollar los derechos comprende también la posibilidad de establecer límites ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional; así en la sentencia 140/86.

¹⁴ Como dice Alexy, desde esta perspectiva “el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación”, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 288.

tienen naturaleza constitucional, es obvio que la ley no puede llegar a lesionarlos y mucho menos en su “esencia”, pero ello sin necesidad de que lo diga el artículo 53,1; sencillamente, en virtud del principio de constitucionalidad, los derechos fundamentales se muestran resistentes frente al legislador. Y puede propiciar una disminución del nivel de garantías porque si se entendiera que, respetado el contenido esencial, la ley puede operar libremente en la esfera del derecho considerada como no esencial, resultaría que toda ley limitadora del “contenido adjetivo o periférico” debería reputarse legítima, aun cuando fuese arbitraria o no justificada.

Pese a todo, parece que en principio sólo la versión absoluta ofrece las bases para una interpretación satisfactoria del contenido esencial como garantía autónoma de los derechos. Lo que ocurre es que, para no resultar perturbadora, ha de entenderse como la *última* y no como la *única* garantía. Como suele decirse, se trata de un “límite de los límites”, de una barrera insuperable que se eleva una vez que la disposición restrictiva se acredita en sí misma como razonable o suficientemente justificada. En suma, toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial de un derecho. Si no me equivoco, esta doble garantía viene siendo requerida en línea de principio por el Tribunal Constitucional desde su primer pronunciamiento al respecto, la sentencia 11/1981 de 8 de abril sobre el derecho de huelga, si bien en la práctica no siempre se ha mostrado fiel a esa doctrina: unas veces respaldando leyes que juzgaba justificadas sin plantear la posible vulneración del contenido esencial, y otras veces, a la inversa, reconociendo libertad al legislador hasta el límite infranqueable del contenido esencial.¹⁵

Ahora bien, creo que el verdadero problema que presenta la cláusula del contenido esencial es que no se trata ya de un concepto indeterminado, sino más bien de un concepto impredecible,¹⁶ en el sentido de que parece imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abs-

¹⁵ Algunos ejemplos en I. de Otto, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, citado, pp. 130 y ss.

¹⁶ Tomo esta terminología de M. Aragón, si bien la utiliza para referirse a los principios y valores constitucionales, *Constitución y democracia*. Madrid, Tecnos, 1989, p. 91.

tracto lo que de esencial tiene un derecho fundamental, y en estas condiciones resulta que sólo en el momento del concreto enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional podrá éste determinar si aquello que se nos presenta como un derecho sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo iusfundamental en cuestión. No es preciso comulgar con ningún realismo judicialista para comprender que de este modo el Tribunal Constitucional encuentra a su disposición como parámetro de constitucionalidad un concepto abierto a múltiples concreciones, una noción susceptible de ser definida en cada supuesto atendiendo a los más heterogéneos principios jurídicos y valores sociales. Como ya observó Predieri en un temprano trabajo, “nunca como en este caso la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.¹⁷

Con todo, me parece que el Tribunal ha hecho un uso bastante prudente de la idea del contenido esencial y, lejos de enarbolarlo como un criterio autónomo y absoluto de control de la ley, parece haber observado una tendencia relativizadora, identificándolo con aquella parte del derecho que no se puede sacrificar legítimamente o con justificación suficiente.¹⁸ Y tal vez el motivo resida en que, así como es posible argumentar acerca de la justificación o adecuación de una ley limitadora, la distinción entre lo esencial y lo accidental no deja de ser una tanto artificial y arbitraria, de modo que la cláusula se convierte en una especie de argumento en blanco.¹⁹ Esa relativización del contenido esencial, esa tendencia a vincularlo con la tarea justificadora no deja por otra parte de ser comprensible, pues parecería en verdad sorprendente que tras reconocerse la necesidad de una ley limitadora en orden a la protección de algún bien constitucional o de otro derecho fundamental, se declarase luego ilegítima por vulnerar el núcleo de un derecho.

¿Significa esto que la garantía deviene superflua? Desde luego, algunos así lo han interpretado. Por mi parte, creo que aún puede desempeñar dos

¹⁷ A. Predieri, “El sistema de las fuentes del derecho”, en *La Constitución española de 1978*, estudio sistemático dirigido por A. Predieri y E. García de Enterría. Madrid, Civitas, 1981, p. 198.

¹⁸ Sobre esto llama la atención J. C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, citado, p. 357.

¹⁹ Vid. A. Carrasco, “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, pp. 85 y ss.

funciones complementarias dentro del marco argumentativo a propósito de la limitación de derechos: una primera, que pudiéramos llamar autónoma, consistiría en recordar a los operadores jurídicos el papel central de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, sirviendo de contrapunto a los argumentos económicos o ponderativos; sería algo así como la traducción jurídico positiva de la secular vocación de los derechos humanos como derechos absolutos, al margen del regateo político y del cálculo de intereses sociales para decirlo en palabras de Rawls. En suma, el simple hecho de que exista la cláusula obliga (o debería obligar) a los jueces a pronunciarse sobre la misma en todos los casos en que estuviera en juego un derecho fundamental; y ese pronunciamiento ya no miraría hacia el otro bien constitucional en pugna, que es lo que suele suceder cuando se pondera, sino hacia el derecho en sí mismo considerado, preguntándose qué es lo que queda de él tras la regulación legislativa. No se trata, por cierto, de preservar “una parte” del derecho como esfera intocable, olvidándose de la “otra parte”, pues sólo metafóricamente cabe hablar de “partes” en el contenido de un derecho; de lo que se trata más bien es de comprobar si al final de la regulación legislativa el derecho fundamental puede seguir siendo reconocible como perteneciente al tipo descrito en la Constitución según los criterios de significado de nuestro lenguaje y cultura jurídica.

La segunda función, que pudiéramos llamar fiduciaria o conectada a la otra condición que debe reunir una ley limitadora, se contrae a una exigencia de “mayor justificación”. Como veremos, esta segunda condición obliga a poner en relación (a ponderar) la necesidad y los beneficios que proporciona una regulación legal desde la perspectiva de cierto bien constitucional con los sacrificios que comporta desde la perspectiva de los derechos. Pues bien, en este caso la cláusula del contenido esencial quizá deba conducir a una cierta sobrevaloración del sacrificio y, con ello, a una infravaloración de los beneficios, haciendo así más exigente el juicio de ponderación en favor de los derechos. Cuanto más se sacrifica un derecho y, por tanto, cuanto más nos acercamos a su núcleo o esencia —cualquiera que ésta sea— mayor necesidad de justificación reclamará la medida limitadora, mayor ha de ser el peso y la importancia del bien constitucional que se contrapone:²⁰ que los derechos gocen de un contenido esencial significa

²⁰ *Vid.* R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 291.

entonces, argumentativamente, que las razones en favor de la limitación han de ser tanto más poderosas cuanto más lesivas resulten para el contenido del derecho. En resumen, la cláusula del contenido esencial puede estimular un especial escrutinio sobre la justificación de la ley y al propio tiempo debe impedir que el “derecho legal” deje de ser adscribible al tipo del “derecho constitucional”.

b) La exigencia de justificación

Sin embargo, en la teoría de los derechos fundamentales más reciente el aspecto clave de la actividad limitadora ya no parece ser el respeto al contenido esencial, y mucho menos identificado éste como núcleo de intangibilidad, sino más bien la necesidad de justificar cualquier medida o disposición restrictiva. Aunque esta exigencia de justificación referida al legislador bien puede interpretarse como una lesión del principio de separación de poderes y de las antaño intocables prerrogativas del Parlamento y pese a que la Constitución *sólo* dice de forma expresa que habrá de respetarse el contenido esencial, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha insistido desde los primeros momentos en que cualquier ley limitadora de los derechos ha de resultar justificada o no arbitraria.²¹ Es verdad que para encontrar fundamento a dicha exigencia pudo haberse recurrido al original precepto que contiene el artículo 9,3 de la Constitución española a propósito de la “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” y, por tanto, también del legislador,²² pero todo parece indicar que en la jurisprudencia este argumento se ha desarrollado como una consecuencia autónoma del especial régimen jurídico de los derechos fundamentales o incluso como un principio general del Derecho (STC 62/1982), y no tanto como una derivación del artículo 9,3. Sea como fuere, la comentada carga de justificación que pesa sobre el legislador a la hora de limitar derechos fundamentales parece representar una característica común a los sistemas

²¹ Así, en la ya citada sentencia 11/1981, tras analizar el alcance de la cláusula del contenido esencial, se afirma que la ley puede regular las condiciones de ejercicio del derecho, pero siempre que no sean arbitrarias.

²² *Vid.* sobre el particular T. R. Fernández, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*. Madrid, Civitas, 1998.

de protección de los derechos y su origen tal vez pueda buscarse en la conocida doctrina de la posición preferente de los derechos fundamentales que, en pocas palabras, supone una inversión de la presunción de constitucionalidad que acompaña habitualmente a los productos del legislador, de manera que cuando éste se mueve en la esfera de los derechos es él mismo quien debe destruir la presunción de inconstitucionalidad: “es la ley que interfiere la libertad fundamental la que se hace sospechosa de inconstitucionalidad y la que necesita justificarse”.²³

Una ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo. El juicio de razonabilidad, que ha resultado especialmente fecundo en la aplicación jurisprudencial de la igualdad,²⁴ se traduce aquí en una exigencia de ponderación entre dos principios en conflicto, aquel que resulta afectado por la ley y aquel otro que sirve de cobertura o justificación a la misma, y puede formularse así: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.²⁵

El método de la ponderación no supone establecer algo así como un orden jerárquico entre los distintos bienes o derechos, pues, salvo que la prioridad haya sido establecida de forma directa por la Constitución, hemos de suponer que “en abstracto” todos ellos tienen el mismo peso o importancia. Por eso, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto.²⁶ Como explica Guastini,²⁷ la técnica del *bilanciamento* o de la ponderación

²³ E. García de Enterría, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, p. 54 y ss.

²⁴ He tratado el tema en “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Ley, principios, derechos*. Madrid, Dykinson, 1998, pp. 82 y ss.

²⁵ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 161.

²⁶ En palabras del Tribunal Constitucional, no se trata “de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca”, STC 320/1994.

²⁷ R. Guastini, “Specificità dell’interpretazione costituzionale?”, en *Analisi e Diritto*, a cura de P. Comanducci e R. Guastini. Turín, Giappichelli, 1996, pp. 177 y ss.

es la típica para la resolución de los conflictos entre principios constitucionales, donde no cabe aplicar las reglas tradicionales de resolución de antinomias. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre a la seguridad pública sobre la libertad individual o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional creo que confirma esta comprensión de la técnica ponderativa como forma de encarar el problema de la limitación de los derechos fundamentales. En principio, todos los derechos y bienes constitucionales se sitúan en un plano de igualdad o importancia equivalentes, por lo que “se impone una necesaria y casuística ponderación” (STC 104/1986); ponderación cuyo resultado es difícilmente previsible y que, desde luego, no puede ofrecernos una suerte de “teoría general” de los límites que permita asegurar cuándo hemos de reconocer preferencia al derecho y cuándo hemos de sacrificar éste en aras del fin perseguido en la norma, pero que representa una garantía mínima de toda disposición limitadora de las libertades.²⁸ Esto es así porque en la concepción del Tribunal Constitucional “tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones... son igualmente considerados por el artículo 10,1 de la Constitución como fundamento del orden político y de la paz social” (STC 159/1986); por ejem-

²⁸ En palabras de M. Gascón, “no se trata de determinar cuál es el bien más importante, pues, salvo excepciones, lo son todos por igual, especialmente cuando el conflicto se entabla entre los propios derechos fundamentales, sino de decidir cuál de las dos normativas resulta más necesaria, relevante o justificada para proteger el correspondiente bien o derecho”, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*. Madrid, CEC, 1990, p. 286.

plo, en el frecuente conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor no existe ninguna regla general que nos ordene siempre dar preferencia a uno u otro, pero sí un deber de ponderar la importancia de ambos en el caso concreto (STC 104/1986). Justamente en los dos fallos últimamente citados el Tribunal otorgó el amparo contra sentencias de la jurisdicción ordinaria que habían postergado el derecho en favor de la limitación, pero no porque hubiesen efectuado una incorrecta ponderación de los derechos o bienes en conflicto, sino por la ausencia misma de ponderación; el juez, dice el Tribunal Constitucional, “no estaba obligado a otorgar preferencia a uno u otro de los derechos en juego, pero sí... a tomar en consideración la eventual concurrencia en el caso de una libertad fundamental”.

Así pues, la proporcionalidad, que es la fisonomía que adopta la ponderación cuando se trata de resolver casos concretos y no de ordenar en abstracto una jerarquía de bienes, tiene una importancia capital porque es la prueba que debe superar toda medida restrictiva de un derecho constitucional, desde la decisión gubernamental que prohíbe una manifestación en la calle (STC 66/1995), a la resolución judicial que ordena un cierto examen o intervención corporal en un imputado (STC 207/1996), pasando por la ley penal que establece una determinada privación de libertad como castigo de cierta conducta.²⁹ En pocas palabras, la prueba de la proporcionalidad se descompone en cuatro elementos, que deberán ser sucesivamente acreditados por la decisión o norma impugnada: primero, un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos, pues si no existe tal fin y la actuación legal es gratuita, o si resulta ilegítimo desde una perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación. Segundo, la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin, esto es, la ley o medida restrictiva ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se esta-

²⁹ STC 55/1996. Un comentario a ésta y a las dos anteriores sentencias citadas, en las que el Tribunal Constitucional termina por perfilar claramente el principio de proporcionalidad, en I. Perello, “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 28, 1997, pp. 69 y ss. Si no me equivoco, entre nosotros la aproximación más completa y actualizada sobre el principio de proporcionalidad es la recogida en número 5, monográfico, de los *Cuadernos de Derecho Público*, coordinado por J. Barnes, septiembre-diciembre de 1998.

blece. Tercero, la necesidad de la intervención o, lo que es lo mismo, del sacrificio o afectación del derecho que resulta limitado, mostrando que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo. Y finalmente, la llamada proporcionalidad en sentido estricto que supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho; aquí es propiamente donde rige la ley de la ponderación, en el sentido de que cuando mayor sea la afectación del derecho, mayor tiene que ser también la importancia de la satisfacción del bien en conflicto. Como vimos en su momento, una de las virtualidades de la cláusula del contenido esencial puede consistir en hacer más riguroso o estricto ese examen de la proporcionalidad en sentido estricto.

Desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales la ponderación presenta toda su virtualidad en los discursos de aplicación que efectúa tanto la jurisdicción ordinaria como la constitucional. Si bien en nombre de la proporcionalidad puede declararse la invalidez de una ley, con más frecuencia su juego se traduce en una mera desaplicación, esto es, en un reconocimiento de que, aunque la ley es constitucional y pertinente al caso, debe quedar desplazada en el concreto supuesto examinado. En principio, que ocurra una cosa u otra debe depender del tipo de antinomia que se establece entre la disposición enjuiciada y el derecho fundamental: si aquélla, en todas las hipótesis de aplicación posibles, resulta lesiva para el derecho, lo procedente será declarar su invalidez; por ejemplo, si se estima que una ley penal establece una pena desproporcionada para la conducta tipificada, o si se juzgan también desproporcionadas las exigencias legales para el ejercicio de algún derecho. Al contrario, si la norma contempla supuestos de aplicación no lesivos para el derecho y otros que sí lo son, entonces la ponderación desemboca en la desaplicación o desplazamiento de la norma en cuestión; así, cuando un juez considera que, pese al carácter injurioso de una conducta y pese a resultar de aplicación el tipo penal, debe primar sin embargo el principio de la libertad de expresión, lo que hace es prescindir de la ley punitiva pero no cuestionar su constitucionalidad. Desde esta perspectiva, la ponderación se ha convertido en un formidable instrumento de justicia constitucional en manos del juez ordinario; como

es obvio, éste no puede verificar un control de validez de las leyes, pero sí moverse con relativa libertad merced a la ponderación. Detrás de toda regla legal late un principio constitucional, los principios son tendencialmente contradictorios y, en tales condiciones, las colisiones surgen o se construyen inevitablemente.

Esto significa que el método de la ponderación parece mostrar más fuerza o eficacia en la aplicación del derecho, como fórmula para resolver conflictos entre derechos o principios, que en los procedimientos de control abstracto de leyes. No se trata sólo de mantener el necesario respeto a la legítima discrecionalidad del legislador, que no ejecuta la Constitución sino que tan sólo se mueve dentro de ella, como reiteradamente recuerda el Tribunal Constitucional.³⁰ Lo que ocurre es que la ponderación o el juicio de proporcionalidad resultan procedimientos idóneos para resolver casos concretos donde entran en juego principios tendencialmente contradictorios que en abstracto pueden convivir sin dificultad. Por ello, sólo cuando la medida legislativa resulte desproporcionada de manera grosera o patente, de forma que en ninguna de las hipótesis posibles de aplicación pudiera ser aceptada como coherente con las exigencias constitucionales de los derechos, su declaración de invalidez habría de ser procedente. En otras palabras, un procedimiento de inconstitucionalidad no puede orientarse simplemente a la búsqueda de medidas más idóneas o menos gravosas, cuestiones reservadas a la esfera del debate político, sino que ha de acreditar bien la absoluta falta de idoneidad de la medida legal, bien el carácter intolerable de su lesividad o gravosidad para el derecho, bien, en fin, su absoluta desproporción en la ponderación de costes y beneficios. Lo que no es obstáculo, a mi juicio, para que en el marco de un discurso aplicativo a propósito de un caso concreto, y valoradas todas las razones, se reconozca el triunfo del derecho constitucional sobre una medida restrictiva incluso aunque ésta cuente con apoyo o fundamento legal.

El principio de proporcionalidad en que se resuelve la ponderación de bienes y, sobre todo, el subprincipio llamado de proporcionalidad en sentido estricto han sido ampliamente criticados como una espita abierta al decisionismo y a la subjetividad judicial en detrimento de las prerrogativas

³⁰ *Vid.*, por ejemplo, las muchas cautelas que formula al juicio de proporcionalidad de las leyes la STC 55/1996.

del legislador. Una voz no procedente de la dogmática constitucional que se ha sumado a esa crítica es la de Habermas, para quien la consideración de los derechos fundamentales como bienes o valores que han de ser ponderados en el caso concreto convierte al Tribunal en un negociador de valores, en una “instancia autoritaria” que invade las competencias del legislador y que “aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos”.³¹ La alternativa para un tratamiento racional del recurso de amparo consiste en una argumentación deontológica que sólo permita para cada caso una única solución correcta, lo que implica concebir los derechos como auténticos principios, no como valores que pueden ser ponderados en un razonamiento teleológico; se trata, en suma, de “hallar entre las normas aplicables *prima facie* aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita de la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista”.³² Y es que, para Habermas, la coherencia sistemática que se predica de las normas constitucionales en el plano de la validez parece que puede prolongarse racionalmente en el plano de la aplicación, y por ello un principio no puede tener más o menos peso, sino que será adecuado o inadecuado para regular el caso concreto, y siempre habrá uno más adecuado.³³

Si no me equivoco, este enfoque es consecuente con aquellas posiciones que niegan la posibilidad de límites externos a los derechos mediante el expediente de considerar que éstos, en puridad, ya vienen perfectamente delimitados desde un texto constitucional coherente;³⁴ una posición “coherentista” que, como ya hemos comentado, resulta difícil de sostener en el

³¹ J. Habermas, *Factividad y validez*. Introd. y trad. de la cuarta edición revisada de M. Jiménez Redondo. Madrid, Trotta, 1998, p. 332.

³² *Ibid.*, p. 333.

³³ En efecto, por un lado, resulta que “distintas normas no pueden contradecirse unas a otras si pretenden validez para el mismo círculo de destinatarios; tienen que guardar una relación coherente, es decir, formar sistema”; y, de otro lado, sucede que “entre las normas que vengan al caso y las normas que —sin perjuicio de seguir siendo válidas— pasan a un segundo plano, hay que poder establecer una relación con sentido, de suerte que no se vea afectada la coherencia del sistema jurídico en su conjunto”, *Factividad y validez*, citado, pp 328 y 333.

³⁴ No es casual por ello que también I. de Otto afirme que “la limitación de las libertades a partir de los valores sólo es posible mediante una ponderación de valores en la que cualquier postura puede sostenerse”, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, citado, p. 117.

marco de Constituciones pluralistas dotadas de un denso contenido de principios y derechos tendencialmente contradictorios, y que plantea asimismo dificultades ante los fenómenos de vaguedad normativa. Aquí es conveniente distinguir entre los discursos de fundamentación o validez y los discursos de aplicación. El que partamos de la hipótesis de la coherencia del sistema constitucional en el sentido de no derivar del mismo ningún orden jerárquico de bienes o derechos que no se deduzca claramente de su propia preceptiva, no significa que esa coherencia se prolongue en el plano aplicativo. Al contrario, es perfectamente imaginable que algunas colisiones sólo puedan identificarse en el momento de la aplicación, lo que no significa que la razón práctica quede en suspenso, sino que ha de iniciar un nuevo itinerario.³⁵ O como explica Guastini,³⁶ es perfectamente posible y necesario distinguir entre antinomias en abstracto y antinomias en concreto; las primeras aparecen cuando dos normas conectan consecuencias incompatibles a supuestos de hecho que se superponen conceptualmente, mientras que las segundas se producen cuando esa superposición no es conceptual, sino ocasional. Por ejemplo, una norma que prohíbe el aborto y otra que permite el aborto terapéutico se hallan en una posición de conflicto abstracto, pues la especie de los abortos terapéuticos forma parte del género de los abortos; en consecuencia, o una de las normas no es válida o la segunda opera siempre como regla especial, es decir, como excepción constante a la primera. En cambio, entre la norma que impone cumplir las promesas y aquella otra que nos obliga a socorrer al prójimo en caso de necesidad es obvio que pueden producirse conflictos, pero éstos no pueden resolverse ni con la declaración de invalidez de una de ellas, ni tampoco mediante una regla de especialidad que nos ordene otorgar preferencia en todo caso a la primera o a la segunda; sólo la ponderación en cada caso puede ofrecernos una respuesta razonablemente satisfactoria.

Por otro lado, no creo que la ponderación estimule un subjetivismo desbocado, ni que sea un método vacío o conduzca a cualquier consecuencia, pues si bien no garantiza una y sólo una respuesta para cada caso práctico,

³⁵ Vid. K. Günther, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, trad. de J. C. Velasco, *Doxa*, núm. 17-18, 1995, pp. 279 y ss.

³⁶ R. Guastini, “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999, p. 43.

sí nos indica qué es lo que hay que fundamentar para resolver un conflicto entre el derecho y su límite, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (en favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o afectación de un bien y del grado de satisfacción del bien en pugna. Como dice Alexy en este mismo sentido, la objeciones de irracionalidad o subjetivismo “valen en la medida en que con ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero no valen en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional”.³⁷

Ahora bien, que la ponderación no equivalga a irracionalidad no significa también que su resultado sea el fruto de la mera aplicación de normas constitucionales o, dicho de otro modo, que represente un ejercicio de racionalidad no supone que sus conclusiones vengan impuestas por la preceptiva constitucional; es una operación racional, pero una operación que en lo esencial se efectúa sin “red normativa”, a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo. La Constitución, como ya se ha dicho, no establece ningún orden jerárquico de valores, bienes o derechos y decidir que el sacrificio circunstancial de uno de ellos “merece la pena” desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña sin duda una valoración; valoración en la que —aunque no se quiera— pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia “cuantificación” de costes y beneficios en cada caso concreto.³⁸ Pero esta es una valoración que en parte ya viene hecha por una autoridad precedente (por ejemplo, el legislador³⁹) y que es o puede ser

³⁷ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 157.

³⁸ Por eso, como observa Guastini, esta tarea comporta una doble discrecionalidad. “Es discrecional la operación consistente en instituir una jerarquía de valores entre los principios implicados, y es asimismo discrecional la operación consistente en combinar el valor relativo de tales principios a tenor de los diversos casos prácticos”, “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, citado, p. 44.

³⁹ En realidad, el legislador no puede resolver el conflicto entre principios de un modo definitivo, pues eliminar esa colisión con carácter general requeriría postergar en abstracto un principio en beneficio de otro y, con ello, establecer por vía legislativa una jerarquía entre preceptos constitucionales que, sencillamente, supondría asumir un poder constituyente. Sin em-

sustituida por la del juez. En la ponderación, en efecto, hay siempre un conflicto entre bienes constitucionales, pero hay también una ley (o una decisión administrativa o judicial) que ya ha tomado postura, que ya ha valorado y que puede ser eliminada o postergada por una valoración sucesiva que se apoya en un ejercicio de racionalidad, pero no propiamente en un mandato constitucional.

Así pues, si antes decíamos que la cláusula del contenido esencial representaba en cierto modo una herencia de aquella concepción iusnaturalista que veía en los derechos una decisión suprema e innegociable, la exigencia de justificación que hoy se impone a toda medida limitadora de los mismos puede interpretarse como un requerimiento dirigido a la legislación y en general a toda actuación pública a fin de que ésta se abra a la racionalidad. Al menos en materia de derechos fundamentales, la legitimidad de la ley ya no puede apelar sólo a la autoridad democrática del órgano productor, ni a la pulcritud de los procedimientos de elaboración, sino que ha de someterse a un juicio sobre sus contenidos que remite a ese peculiar ejercicio de racionalidad que llamamos ponderación. Un ejercicio que puede conducir a la declaración de inconstitucionalidad de la ley carente de justificación, si bien ya hemos indicado el rigor con que ha de apreciarse la desproporción en un juicio abstracto sobre la validez. Pero que puede conducir sobre todo al planteamiento de conflictos entre derechos o principios constitucionales en el curso de la actividad aplicativa ordinaria, conflictos que en ocasiones habrán de saldarse con la postergación de aquella solución que, aun teniendo base legal, pueda considerarse desproporcionalmente lesiva para algún derecho fundamental. Esta es, en mi opinión, una consecuencia más del modelo de Estado constitucional: la ley ya no representa el máximo horizonte normativo del juez y sus prescripciones serán atendibles en la medida en que ofrezcan para el caso concreto soluciones coherentes con la Constitución y, en particular, con el sistema de derechos fundamentales.

En resumen, frente a la ley los derechos fundamentales presentan una doble barrera protectora: la defensa del contenido esencial y la exigencia

bargo, el legislador sí puede establecer regulaciones que privilegien o respondan a cierto principio en detrimento de otro, y son esas regulaciones, que entrañan una primera valoración, las que constituyen el objeto del juicio de ponderación.

de justificación, todo ello en los términos que ya conocemos. Unos términos que pueden parecer tal vez poco ambiciosos, pues la declaración de invalidez de la ley sólo procederá cuando, a la luz de su regulación, el derecho no resulte reconocible o adscribible al núcleo de significado del tipo constitucional; o cuando implique un sacrificio manifiestamente desproporcionado, gratuito, innecesariamente gravoso o a todas luces falto de idoneidad para alcanzar el fin que se propone. Las prerrogativas del legislador no quedan en modo alguno suspendidas, pues tales garantías parecen representar el mínimo exigible desde la perspectiva del Estado constitucional. Ahora bien, esa deferencia hacia el principio democrático tiene que ver con el control de la ley a través de los procesos de inconstitucionalidad, pero con ello no se pone fin a la protección de los derechos, tarea que discurre principalmente por los caminos de la jurisdicción ordinaria donde la Constitución, sus derechos y principios, siguen presentes en la plenitud de su significado, no al margen pero sí con autonomía suficiente respecto de las opciones legales. Y es aquí donde la ponderación cobra toda su importancia como método para resolver las antinomias en el caso concreto; así, el juez no necesita declarar la invalidez de la norma que reconoce el derecho al ideario de los centros docentes para ponderar en favor de la libertad de cátedra, como tampoco cuestionar el tipo penal de injurias para otorgar el triunfo a la libertad de expresión. Los preceptos respectivos pueden mantener su plena vigencia, pero la protección de los derechos también.

3. EL MARGEN DE INDETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS

Acabamos de ver que los derechos fundamentales en el Estado constitucional se caracterizan por presentar una especial fuerza o resistencia jurídica frente al legislador y, en general, frente a los poderes públicos. Dicha resistencia se traduce básicamente en la exigencia de justificación de toda medida limitadora, exigencia que cercena la discrecionalidad política del legislador y que añade un elemento suplementario de legitimidad: en materia de libertades, incluso la constitucionalidad o validez de una ley no reside sólo en el principio de competencia, esto es, en que haya sido dictada por un Parlamento democrático según el procedimiento prescrito, sino que requiere también un respeto material o sustantivo al contenido de los

derechos, respeto que a la postre implica una exigencia de fundamentación racional de la decisión legislativa. Ahora bien, ¿cuándo estamos verdaderamente en presencia de un derecho fundamental?, ¿qué criterio nos permite afirmar que nos hallamos ante una disposición legislativa que restringe la libertad?, en suma, ¿hasta dónde llegan los derechos fundamentales? El problema ya fue aludido en el epígrafe primero, pues algunos piensan que del conjunto constitucional es posible obtener un catálogo de derechos preciso y bien delimitado, de manera que resultaría fácil distinguir entre las leyes efectivamente limitativas y aquellas otras que lo son sólo en apariencia y que, aun condicionando las conductas de los individuos, en puridad nada tienen que ver con los derechos. Entonces se sostuvo que dicha estrategia interpretativa no soluciona ni logra esquivar los problemas de justificación, pero quedaron pospuestas dos cuestiones: ¿realmente existe una delimitación definitiva de los derechos en la Constitución?; y, aun aceptando una respuesta positiva, ¿qué suerte corren las manifestaciones de la libertad individual que, en principio, no están o no están claramente tuteladas por los derechos?

Comencemos por la primera pregunta: ¿toda ley que limita la libertad de acción mediante la imposición de mandatos y prohibiciones puede ser considerada como un límite o restricción a los derechos? Una respuesta afirmativa requeriría aceptar que toda posible acción susceptible de limitación legal se halla cubierta, siquiera *prima facie*, por alguno de los derechos fundamentales; y, aunque esto puede parecer por ahora equivocado, lo cierto es que con frecuencia el Tribunal Constitucional ha examinado leyes que de un modo u otro restringen la libertad como supuestos de limitación de los derechos; así, la prohibición legal de ocupar los locales de la empresa por parte de los trabajadores huelguistas se presenta como un límite al derecho de huelga (STC 11/1981); el deber de respetar la moral pública es examinado como un límite a la libertad de expresión (STC 62/1982); la especial sujeción que deriva de la organización jerárquica de los cuerpos de seguridad del Estado es valorada también como un límite a la libertad de expresión (STC 81/1983) y al derecho de reunión (STC 91/1983); la ejecución de una orden de derribo que exige penetrar en un domicilio particular aparece como un límite a la inviolabilidad del mismo (STC 22/1984); las normas penales que protegen el derecho al honor encierran un conflicto con el derecho a la libertad de expresión (STC 104/1986); la alimentación for-

zosa de presos en huelga de hambre “entraña necesariamente una restricción a la libertad” (STC 11/1991); la existencia de un número de identificación fiscal “incide sobre el derecho a la intimidad” (STC 143/1994), etcétera. En algunos casos, el Tribunal reconocerá preferencia a la prohibición o mandato sobre el derecho fundamental afectado, mientras que en otros prevalecerá este último, pero lo importante es que al presentarse como un problema de conflicto se hace necesaria la ponderación y, por tanto, la exigencia de justificación racional por parte de la ley.

Ahora bien, un análisis atento de los múltiples mandatos y prohibiciones que establece el ordenamiento pone de relieve que, si bien algunos constituyen límites o fronteras al ejercicio de derechos, otros muchos, quizá la mayoría, en apariencia nada tienen que ver con el contenido constitucionalmente declarado de los mismos. Por ejemplo, cabe decir que la ocupación de los locales de una empresa, aun cuando tenga lugar en el curso de una huelga, no forme parte de este derecho, consistente en una cesación del trabajo; es más, aunque dicha conducta fuera permitida, se trataría de un derecho subjetivo distinto. Asimismo, y como ya vimos, la norma que sanciona la violencia callejera tampoco parece que limite el derecho de manifestación pacífica, precisamente porque lo que se tutela es justamente eso, la manifestación pacífica; y, en fin, la norma que castiga la infracción fiscal no limita derecho fundamental alguno, pues nuestro sistema no reconoce ninguna forma de objeción fiscal.

Como se recordará, son estas las consideraciones que suelen esgrimir quienes sostienen una distinción estricta entre lo que es la delimitación conceptual de un derecho fundamental y lo que constituye una limitación externa o añadida, sugiriendo con ello que lo que corrientemente suele presentarse como disposición limitadora muchas veces resulta por completo ajena a lo que es el contenido constitucionalmente declarado de los derechos. En suma se trata de poner de relieve que, aunque todos los mandatos y prohibiciones limiten de algún modo la libertad natural, no todos limitan, sin embargo, la libertad jurídica expresada a través de los derechos, y ello con una obvia consecuencia: en tales casos no hay ningún contenido esencial que respetar, tampoco ninguna exigencia de especial justificación por parte de la ley, ni, en fin, llamamiento alguno a la ponderación. Como escribe I. de Otto, cuando la Constitución no ha previsto la limitación de un derecho, no es posible inventar el límite: “el derecho no es limitable. Pero

ello no significa... que el derecho sea ilimitado... pues cualquier derecho o libertad, fundamental o no, ampara aquello que ampara y nada más".⁴⁰

Este planteamiento entraña “una teoría estrecha del supuesto de hecho”,⁴¹ esto es, una teoría que se considere capaz de dibujar con precisión el contenido objetivo de cada derecho fundamental o las modalidades específicas de su ejercicio, excluyendo del ámbito protegido aquellas conductas que sean *además* otra cosa (por ejemplo, un atentado a la seguridad colectiva) o que entren en colisión con normas generales. Desde esta perspectiva, la norma que prohibiese pintar en un cruce de calles no representaría una limitación al derecho de libre creación artística, ni la que impidiese una procesión por el peligro de extensión de una epidemia representaría tampoco una restricción de la libertad religiosa, pues la esfera de las libertades se extiende estrictamente a las conductas que conforman su contenido normativo propio y siempre que se ejerzan en el marco del orden jurídico general.

Ahora bien, es posible que la claridad que pretende introducir la tesis comentada sea más aparente que real, al margen de que su consecuencia práctica sea operar una rebaja en el nivel de la garantía judicial de los derechos. Primero, porque el contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental, o sus modalidades específicas de ejercicio, no siempre se muestran con suficiente nitidez, pues la irremediable indeterminación del Derecho se extiende también a los derechos. Segundo, porque, del mismo modo, tampoco resulta evidente en cada caso si la norma imperativa que condiciona la libertad general de acción restringe *también* un ámbito de libertad protegida. Y, por último, porque a la hora de enjuiciar una concreta conducta se reabre el problema de si la prohibición establecida por el legislador se ajusta o no a la norma constitucional que sirve de criterio “delimitador” del derecho fundamental.⁴² Examinando los ejemplos que ya conocemos, es cierto que los derechos de reunión y huelga no autorizan cualquier género de conducta por el mero hecho de que tenga lugar en el curso de una manifestación o huelga; pero es cuando menos discutible que, como sostiene I. de Otto, la propaganda comercial no esté protegida por la libertad de expresión o que la actividad de una secta nudista no sea un caso

⁴⁰ I. de Otto, “La regulación del ejercicio...”, citado, p. 151.

⁴¹ *Vid.* R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pp. 300 y ss.

⁴² *Vid.* M. Gascón, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, citado, pp. 272 y ss.

de ejercicio de la libertad religiosa;⁴³ si se quiere, en ambos casos sometidas a límites o restricciones, pero ejercicio de un derecho al fin y al cabo. Y asimismo es también muy discutible que pintar en un cruce de calles no sea un ejercicio de la libertad artística, o realizar procesiones (incluso en caso de epidemia o, por qué no, sobre todo en caso de epidemia) no represente un ejercicio de la libertad religiosa. Como escribe Alexy, resulta mucho más fácil e inteligible decir que pintar en la calle es una acción artística, pero que, al mismo tiempo, es otra cosa, “una perturbación y puesta en peligro del tránsito callejero. Esta segunda propiedad es una razón para prohibir la acción, pero lo que se prohíbe es una acción artística”.⁴⁴ Del mismo modo, no cabe excluir que un grupo religioso incluya entre sus prácticas o ritos el nudismo y seguramente podrán imponerse limitaciones a la luz del concepto hoy vigente de moralidad pública, pero no tiene ningún sentido decir que “eso” no es religión, simplemente porque resulta extraño a nuestras tradiciones.

En suma, la propia disparidad de opiniones acerca del contenido de estos derechos acredita lo que queríamos demostrar: la indeterminación del Derecho es un fenómeno que afecta especialmente a las cláusulas materiales de la Constitución, de manera que en las “zonas de penumbra” no hay criterio seguro que permita discernir cuándo una obligación jurídica representa un límite al derecho y cuándo es una interferencia en la mera libertad natural. En particular, esto sucede con algún derecho sumamente genérico, como es la libertad de conciencia, que la Constitución española reconoce como libertad ideológica y religiosa (art. 16). ¿Hasta dónde llega esa libertad? o, dicho de otro modo, ¿qué género de obligaciones podemos considerar que interfieren —legítima o ilegítimamente, esto es ahora lo de menos— en dicha libertad? Con seguridad, cualquier intérprete estaría dispuesto a reconocer que la norma que obligase o prohibiese la misa dominical vulneraría el artículo 16; pero ¿qué decir de las normas que imponen el uso del casco en la motocicleta, que prohíben a los reclusos dejarse barba o que establecen seguros obligatorios? Muchos tendrán la tentación de afirmar que todo ello nada tiene que ver con la libertad de conciencia y, sin embargo, los ejemplos propuestos fueron de hecho examinados por la Comisión

⁴³ I. de Otto, “La regulación del ejercicio...”, citado, pp. 139 y 142.

⁴⁴ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 304.

europea de derechos humanos como casos de objeción de conciencia.⁴⁵ El motivo es muy simple: las exigencias que derivan de la conciencia son potencialmente ilimitadas.⁴⁶

En la misma vacilación incurre el Tribunal Constitucional. Anteriormente hemos citado la opinión de que la llamada objeción fiscal no es un problema relativo a derechos humanos, ya que ninguna norma constitucional reconoce tal género de objeción. De aquí cabe deducir que, salvo la objeción al servicio militar, ninguna otra modalidad encuentra respaldo en nuestro sistema, esto es, la libertad de conciencia del artículo 16 no es cobertura bastante para sostener un derecho general a la objeción de conciencia. Así lo entendió el Tribunal Constitucional cuando dijo que “la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del

⁴⁵ *Vid.* J. Martínez-Torrón, “El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio europeo de derechos humanos”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, II, 1986, pp. 447 y ss. Un elenco muy completo de las objeciones de conciencia y, por tanto, del tipo de requerimientos que puede formular la conciencia en contraste con la ley en R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón, *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*. Madrid, McGraw-Hill, 1997.

⁴⁶ No comparte esta idea A. L. Martínez-Pujalte (*La garantía del contenido esencial...*, citado, p. 61), quien propone una doble restricción al concepto de conciencia: la primera, obvia pero difícil de articular jurídicamente, es que la libertad de conciencia sólo cubriría aquellas conductas motivadas por razones de conciencia moral, pero no por otras razones, por ejemplo, económicas, de comodidad, etcétera. La segunda es que, a efectos constitucionales, la única conciencia atendible sería aquella que deriva de una ideología o religión, que es lo que reconoce el artículo 16.1. En relación con el primer argumento, es cierto en línea de principio y, frente a lo que sugiere el citado autor, nunca he dicho lo contrario. Tan sólo conviene hacer dos precisiones, a saber: la comprobada incapacidad de las técnicas jurídicas para fiscalizar los recintos de la conciencia, y la experiencia española a propósito de la objeción al servicio militar (o al aborto) es un ejemplo palmario; y la evidente dificultad constitucional que deriva del art. 14 para diseñar exenciones o privilegios en favor de quienes profesan una cierta opinión moral, pues justamente la opinión es uno de los criterios “prohibidos” (relativamente prohibidos, es verdad) a la hora de repartir las cargas y de cumplir los deberes; de ambas cuestiones me ocupé en “Insumisión y libertad de conciencia”, en *Ley y conciencia*, ed. de G. Peces-Barba. Madrid, Universidad Carlos III/BOE, 1993, pp.137 y ss. Por lo que se refiere al segundo argumento, si lo he entendido bien, no creo que introduzca ninguna restricción seria al concepto de conciencia, pues todo dictamen moral, por muy autónomo y solipsista que sea, siempre se puede incardinlar en alguna ideología o religión (y, en todo caso, si no puede incardinarse, podrá fundarla), dado que las hay para todos los gustos; al margen de que también aquí operaría el artículo 14 y su prohibición de discriminar por motivos de opinión.

cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado” (STC 161/1987). Y, sin embargo, el mismo Tribunal no sólo había declarado justo lo contrario, es decir, que la objeción era un derecho fundamental implícitamente reconocido en el artículo 16 (STC 15/1982) y, por tanto, de carácter general, sino que, con el único auxilio de ese precepto, consideró que una modalidad no expresamente reconocida, como la objeción al aborto, debía entenderse de hecho garantizada en nuestro sistema (STC 53/1985).⁴⁷ En suma, ¿qué clase de mandatos y prohibiciones pueden ser legítimamente objetados al amparo de la libertad ideológica y religiosa? y, sobre todo, ¿es posible determinar *a priori* qué leyes pueden eventualmente entrar en conflicto con esa libertad? Creo que sólo cabe una respuesta negativa.

Estas consideraciones hablan en favor de una teoría amplia del supuesto de hecho como la planteada por Alexy,⁴⁸ que supone una interpretación amplia de los enunciados relativos a derechos, de manera que todo comportamiento o posición individual que presente al menos una propiedad subsumible en el supuesto de hecho, debe ser considerado, en principio, como una manifestación específica de la libertad fundamental. Pero hemos dicho “en principio” y esto merece subrayarse: una concepción como la aquí sostenida no significa que las conductas antes comentadas o cualesquiera otras que podamos imaginar hayan de gozar “en definitiva” de tutela jurídica. Esto sería absurdo y conduciría a la propia destrucción del sistema de libertades. Significa únicamente —lo que no es poco— que el problema debe ser tratado como un conflicto entre bienes constitucionales, más concretamente, como un conflicto entre unas razones que abogan en favor de la libertad individual y otras que lo hacen en favor de su restricción. Lo que “en definitiva” debe triunfar será el resultado de una ponderación en los términos que ya han sido comentados.

Una reciente y discutida sentencia del Tribunal Constitucional puede resultar ilustrativa de esa concepción amplia del supuesto de hecho (STC

⁴⁷ De modo rotundo afirma aquí el Tribunal que “la objeción de conciencia forma parte del contenido esencial a la libertad ideológica y religiosa”.

⁴⁸ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pp. 311 y ss.

de 26 de julio de 1999). Comienza confirmando el Tribunal que la cesión de espacios de propaganda electoral en favor de ETA constituye un delito de colaboración con banda armada y, por tanto, que si bien se trata de la difusión de ideas u opiniones, dicha conducta no representa un ejercicio lícito de la libertad de expresión o de los derechos de participación política. Pero, ¿significa esto que entonces hemos abandonado por completo el territorio de los derechos? Si así fuera, aquí debió terminar la argumentación, con la consiguiente desestimación del recurso de amparo; pero no ocurrió ni lo uno ni lo otro. La argumentación del Tribunal prosigue diciendo que lo anterior “no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando en los asuntos públicos” y, aunque se muevan en el campo de la ilicitud penal, todavía pueden beneficiarse de un juicio de ponderación que sopesa la gravedad de la pena impuesta con la gravedad de su conducta; juicio que, por cierto, desembocó en la estimación del recurso de amparo por violación del principio estricto de proporcionalidad. Un principio que, según jurisprudencia reiterada, es aplicable cuando está en juego el ejercicio de derechos fundamentales; de donde se puede deducir que en el caso examinado no se trataba de una conducta “al margen” de los derechos, sino del ejercicio de un derecho en conflicto con una limitación penal y por eso, porque había un conflicto, fue viable la ponderación.

Se dirá tal vez que desde esta perspectiva se amplía de forma ilimitada la esfera de los derechos individuales en detrimento de otros bienes constitucionales, o que todo problema jurídico acabará por plantearse en términos de limitación de derechos con el esfuerzo argumentativo que ello supone. En relación con el primer aspecto creo que ya hemos respondido: que una cierta conducta infractora sea tratada inicialmente como un caso relativo a derechos fundamentales, no significa en modo alguno que al final resulte tutelada, dado que —si el legislador se nuestra moderadamente racional, y esto hay que suponerlo en un sistema democrático— la ponderación pondrá de relieve las buenas razones que asisten a la ley limitadora: no hay riesgo de “anarquismo jurídico”, pues en la mayor parte de los casos el resultado será el mismo tanto si consideramos que la ley en cuestión representa un límite al derecho como si entendemos que la esfera de éste resulta por completo ajena a la conducta debatida. La virtualidad de la perspectiva aquí adoptada es que en la zona de penumbra donde resulta discu-

tible si una conducta está o no en principio incluida dentro del contenido de un derecho, se impone un ejercicio de justificación o ponderación, es decir, de racionalidad antes que de autoridad. El segundo aspecto está íntimamente relacionado con el anterior: no hay riesgo de que todo conflicto jurídico requiera de una compleja argumentación en base a derechos fundamentales, pues, insisto, en los casos claros tal argumentación será superflua; la distinción de Alexy entre casos potenciales y actuales de derechos fundamentales es aquí pertinente.⁴⁹ Pero como la frontera entre los casos claros donde están en juego libertades (actuales) y los casos claros en que no lo están (potenciales) es a su vez una frontera oscura, variable y subjetiva, la exigencia de ponderación conserva todo su sentido.

4. LA NORMA DE CLAUSURA

No obstante, obviemos las dificultades anteriores y supongamos que, efectivamente, en cada caso cabe discernir con seguridad el contenido y alcance exactos tanto del derecho fundamental invocado como del mandato o prohibición que establece la norma y, en consecuencia, que podemos diagnosticar cuándo existe un auténtico conflicto, cuándo el mandato o la prohibición representan un límite externo al derecho y, cuándo, por el contrario, constituyen una obligación ajena que no incide en el contenido constitucional del mismo. Justamente, creo que es entonces cuando nos sale al paso un problema capital de la teoría jurídica de los derechos fundamentales y que puede resumirse en las siguientes preguntas: los derechos ¿son categorías independientes entre sí o especificaciones de un principio/derecho general de libertad?, ¿cabe sostener lo que podríamos llamar una norma de clausura del sistema de libertades en cuya virtud todo lo que no está constitucionalmente prohibido u ordenado o, mejor dicho, todo lo que no puede ser prohibido o mandado con cobertura constitucional suficiente, debe considerarse jurídicamente permitido?

Ésta es una cuestión que no puede resolverse en abstracto o con carácter general, sino que depende de las determinaciones del Derecho positivo

⁴⁹ *Vid. ibid.*, pp. 316 y ss.

vo⁵⁰ y, en particular, de la filosofía política que está en su base. El dilema no es si los derechos fundamentales pueden reconducirse lógica o teóricamente a un principio general de libertad, sino si la libertad natural o de hecho cuenta en nuestro ordenamiento con un respaldo genérico o *prima facie* o si, por el contrario, sólo goza de reconocimiento en la medida en que la conducta realizada pueda ser incluida dentro del ámbito tutelado por un derecho específico. Estos últimos tipifican acciones o situaciones más o menos concretas, son cualificaciones jurídicas de parcelas de la realidad, pero como es lógico no agotan las posibilidades de la conducta humana; ningún precepto de la Constitución, por ejemplo, reconoce el derecho a usar sombrero, a vestirse como uno quiera, a fumar tabaco, a organizar sorteos para el viaje de fin de carrera, a proporcionar alimento a las palomas del parque, a celebrar aquelarres en honor de Satán, a dejarse morir de hambre, etcétera, y la cuestión es si estas acciones y cuantas se nos puedan ocurrir gozan o no de alguna tutela jurídica; más exactamente, si el legislador puede sin más considerarlas en algún caso prohibidas u obligatorias. Porque, como es natural, lo que se discute no es tanto la suerte de los comportamientos no contemplados en una libertad o derecho, pero tampoco proscritos u ordenados por la ley, que en principio deberán entenderse tolerados,⁵¹ sino la suerte de las conductas que sí son objeto de una norma imperativa; lo que se discute, en suma, es si esas normas imperativas encuentran ante sí un derecho general de libertad o el simple vacío jurídico. Más simplemente, el problema consiste en saber si la libertad jurídica es la regla o la excepción.⁵²

Recurriendo a un esquema ideal, las libertades pueden concebirse como la regla básica del sistema, limitada aquí o allá por concretas prohibiciones o mandatos, cuya existencia ha de justificarse; o bien, a la inversa, puede interpretarse que el poder político goza de legitimidad para establecer normas imperativas con el único límite del respeto a los específicos derechos

⁵⁰ Vid. C. Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 9a. ed. Padova, Cedam, 1976, pp. 1036 y ss.

⁵¹ “Pues el principio general de libertad que la Constitución (art. 1,1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíbe...”, STC 83/1984.

⁵² Vid. el planteamiento de N. Bobbio a propósito de la relación entre imperativos y permisos, *Teoría general del derecho*. Trad. de E. Rozo. Madrid, Debate, 1991, pp. 99 y ss.

fundamentales. Si entendemos que la libertad jurídica no es más que la garantía institucional de la libertad natural y que, por tanto, existe una coincidencia entre los ámbitos protegidos por una y otra, parece claro que toda disposición o medida que interfiera en la libertad natural puede interpretarse también como una restricción o límite a la libertad jurídica. Si, por el contrario, suponemos que la libertad natural es algo separado de la libertad jurídica, de modo que sólo algunas conductas encuentran respaldo o tipificación en esta última, entonces es evidente que las disposiciones que limitan aquella libertad natural no tienen que representar necesariamente un límite a la libertad jurídica y a los derechos humanos.

En el fondo de estas dos posiciones laten dos formas distintas de concebir las relaciones entre el individuo y la comunidad política, es decir, dos filosofías políticas diferentes. La primera, que podríamos llamar hobbesiana, entiende que el poder político puede hacerlo todo sin necesidad de invocar en su favor ninguna justificación especial,⁵³ de modo que la libertad de los ciudadanos ha de desenvolverse en el ámbito, más o menos extenso, que no ha sido objeto de un mandato o de una prohibición; como decía Hobbes, “la libertad de un súbdito yace [...] sólo en aquellas cosas que al regular sus acciones el soberano ha omitido”⁵⁴ La segunda, propia de una concepción liberal del Estado, sostiene que el hombre es naturalmente libre y que debe seguir siéndolo jurídicamente, de modo que los sacrificios que puedan imponerse a esa libertad deben contar con alguna justificación; es la filosofía política que subyace a la Declaración de Derechos de 1789 cuando afirma que “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás” (art. 4) y que “la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad” (art. 5); la lesión de terceros y no la mera voluntad del poder político es lo que autoriza la limitación de la libertad. Nótese que, desde esta segunda filosofía, el enfoque cambia por completo, pues ahora la competencia del legislador ya no puede concebirse como ilimitada, o condicionada sólo por el respeto a unos derechos concretos, sino que se circumscribe a la protección de ciertos bienes y sólo en nombre de esa

⁵³ Hoy matizaríamos en el sentido de que puede hacerlo todo, pero con el límite de la Constitución y, en particular, con el límite de los derechos fundamentales específicos.

⁵⁴ T. Hobbes, *Leviatán* (1651), ed. de C. Moya y A. Escohotado. Madrid, Ed. Nacional, 1979, cap. XXI, p. 302.

protección cabe imponer mandatos y prohibiciones que cercenen la libertad natural; es decir que, como escribe M. Gascón, “no sólo ha de acreditarse el respeto al derecho de libre expresión, reunión o asociación, sino que ha de justificarse que la imposición de un deber que irremediablemente restringe la libertad del individuo, resulta necesario para preservar otros derechos o bienes”.⁵⁵ En resumen, el derecho general de libertad es simplemente “la libertad de hacer y omitir lo que uno quiera” y significa dos cosas: primero, que “a cada cual le está *permitido prima facie* —es decir, en caso de que no intervengan *restricciones*— hacer y omitir lo que quiera (norma permisiva)”; y segundo, “cada cual tiene *prima facie*, es decir, en la medida que no intervengan *restricciones*, un *derecho* frente al Estado a que éste no impida sus acciones y omisiones, es decir, no intervenga en ellas (norma de derechos)”.⁵⁶

Pues bien, ¿cabe reconocer algún principio que desempeñe esa función de derecho general de libertad?, la idea de que el ciudadano puede hacer lo que quiera mientras no incumpla normas imperativas y que el establecimiento de estas últimas requiere una adecuada justificación, ¿puede encontrar algún apoyo en el marco del Estado constitucional de Derecho? En Alemania, una respuesta afirmativa ha sido construida por el Tribunal Constitucional a partir de lo que establece el artículo 2,1: “Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o a la ley moral”.⁵⁷ Asimismo, el Italia se discute si la alusión que hace el artículo 2 de la Constitución a “los derechos inviolables del hombre” puede fundamentar una “apertura” del catálogo de derechos fundamentales⁵⁸ y, en todo caso, el método del *bilanciamento*, que ha conocido un extraordinario desarrollo en la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales, en la práctica conduce al enjuiciamiento de cualquier intervención en la esfera de la libertad en términos de ponderación.⁵⁹

⁵⁵ M. Gascón, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, citado, p. 275.

⁵⁶ R. Alexy, *Teoría de la derechos fundamentales*, citado, p. 333. Subrayado en el original.

⁵⁷ *Vid.* J. C. Gavara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, citado, pp. 240 y ss.

⁵⁸ *Vid.*, por ejemplo, el comentario de A. Barberá al art. 2 en G. Branca, *Commentario della Costituzione*. Bolonia, Zanichelli, 1975, pp. 65 y ss.

⁵⁹ *Vid.* algunos ejemplos en el volumen *Libertà e Giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini. Turín, Giappichelli, 1992.

Por lo que se refiere a España, creo que la idea de un derecho general de libertad en los términos expuestos encuentra fácil acomodo en la preceptiva constitucional. Ante todo, el hecho de que la libertad aparezca reconocida en el artículo 1,1⁶⁰ como un valor superior del ordenamiento y, por tanto, como un criterio hermenéutico insoslayable para la interpretación de todo el sistema jurídico. Si esto es así, parece lógico que toda disposición que limite la libertad, ya sea mediante la imposición de mandatos o el establecimiento de prohibiciones, pueda ser enjuiciada a fin de comprobar su necesidad y adecuación. En segundo lugar, resulta clave el artículo 10,1:⁶¹ de un lado, el reconocimiento del “libre desarrollo de la personalidad” representa la traducción jurídica del principio de autonomía, esto es, de aquel principio que permite organizar nuestra existencia del modo que nos parezca más oportuno, siempre que ello no lesione a terceros o, en general, siempre que no existan razones sustentadas en bienes dignos de protección que autoricen la limitación de aquella autonomía;⁶² de otro lado, la afirmación de que ese libre desarrollo, así como los derechos inviolable, son uno de los fundamentos del orden político, obliga a examinar cualquier actuación de los poderes públicos, incluida la actividad legislativa, desde la perspectiva de la exigibilidad de tales principios. Por último, “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, ya comentada, implica que, dentro del respeto a la legítima discrecionalidad política del legislador, también él está sometido al imperativo de la racionalidad; pues que la Constitución excluya la existencia de leyes arbitrarias es lo mismo que requerir que las leyes puedan exhibir una justificación razonable.

⁶⁰ En sentido conforme L. Aguiar de Luque, quien habla de un “principio general de libertad del ser humano, que en el caso de la Constitución española encuentra plasmación en los artículo 1,1 y 9,2”, “Los límites de los derechos fundamentales”, citado, p. 12.

⁶¹ “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

⁶² “¿Dónde se halla, pues, el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo?”, se preguntaba J. Stuart Mill: “En no perjudicar los intereses de los demás, o más bien, ciertos intereses que, sea por una disposición legal expresa, sea por un acuerdo tácito, deben ser considerados como derechos”, *Sobre la libertad* (1859). Trad. de J. Sainz. Barcelona, Orbis, 1985, cap. IV, p. 91. *Vid.* ampliamente C. S. Nino, *Ética y derechos humanos*. Barcelona, Ariel, 1989, pp. 199 y ss.

Sin embargo, creo que el fundamento de un derecho general de libertad no sólo puede construirse a partir del Título Preliminar de la Constitución, sino que es posible obtenerlo también dentro del catálogo de derechos y, más concretamente, en uno de los más fuertes o resistentes; me refiero a la libertad de conciencia recogida en el artículo 16,1 como “libertad ideológica, religiosa y de culto”;⁶³ una libertad eminentemente práctica que consiste no sólo en pensar y en creer sin ataduras jurídicas, sino sobre todo en actuar de forma coherente con las propias convicciones.

Efectivamente, una libertad de conciencia entendida en sentido literal o restrictivo, esto es, como una libertad interna o sicológica carecería de significado en el mundo heterónomo del Derecho, dado que para éste es una empresa inalcanzable pretender interferir en ese ámbito. La libertad de conciencia sólo puede conceptuarse como una libertad práctica o relativa al comportamiento externo del individuo. Es más, la conciencia consiste justamente en un juicio del sujeto sobre su conducta concreta y, en ese sentido, tiene razón Hervada al decir que “el rasgo fundamental de la conciencia reside en que aparece en la acción singular y concreta. No consiste en enunciados generales, sino en el juicio del deber respecto de la conducta concreta...”⁶⁴ En consecuencia, proteger la libertad de conciencia significa, en principio, asegurar que los individuos puedan comportarse de acuerdo con sus propias convicciones.

Por lo demás, esta interpretación de la libertad de conciencia cuenta con avales doctrinales y jurisprudenciales. En opinión de Stein, por ejemplo, “la libertad de conciencia se refiere a las convicciones de cada individuo sobre la conducta moralmente debida [...] protegiendo] las convicciones de los individuos de las consecuencias que podrían sufrir por comportarse de acuerdo con sus creencias”. En consecuencia, si la libertad ideológica y religiosa permite formular una respuesta autónoma a los interrogantes de la vida personal y social, la libertad de conciencia garantiza una conducta práctica coherente con esa respuesta; esta última libertad, en suma, “se

⁶³ Que lo que suele conocerse como libertad de conciencia forma parte de la libertad ideológica ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional: “La libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica”, STC 15/1982.

⁶⁴ J. Hervada, “Libertad de conciencia y error moral sobre una terapéutica”, en *Persona y Derecho*, vol. II, 1984, pp. 42 y ss.

refiere necesariamente a la conducta humana y no se limita a la libre formación de la conciencia, sino que se extiende también a la libertad de actuar según dicha conciencia”.⁶⁵ Idea que recoge casi literalmente el Tribunal Constitucional: “la libertad de conciencia supone no solamente el derecho a formar libremente la propia conciencia sino también a obrar de manera conforme a los imperativos de la misma”.⁶⁶

Ahora bien, ¿qué consecuencias prácticas derivan de este derecho general de libertad? En realidad, esas consecuencias se limitan a una sola, a saber: elevar a criterio hermenéutico fundamental el que toda norma que imponga mandatos o prohibiciones, limitando así la libertad natural, ha de ser concebida y tratada como una norma que limita derechos fundamentales. Como es obvio, este derecho *prima facie* no convierte en legítima cualquier conducta, ni deja aterrador para proteger bienes sociales o para ejecutar su proyecto político dentro de la Constitución; al contrario, como observa Alexy, la amplitud del supuesto de hecho que comporta el derecho general de libertad —potencialmente toda acción— “exige una correspondiente amplia versión de la cláusula restrictiva”.⁶⁷ De lo que se trata es simplemente de redefinir la presunción de legitimidad constitucional de la ley en los términos que ya conocemos cuando se trata de interferir en el ámbito de los derechos y, por tanto, de extender la exigencia de ponderación para toda medida que comporte un sacrificio en la libertad de acción. Por ello,

⁶⁵ E. Stein, *Derecho político*. Trad. de F. Sainz Moreno. Nota preliminar de F. Rubio Llorente. Madrid, Aguilar, 1973, p. 210. Ya antes escribía Pérez Serrano que la libertad de conciencia no podía referirse a la dimensión interna de la moral, donde la acción del Estado “ha de detenerse por injusta y por estérilmente ineficaz”; “su médula consiste en la posibilidad, jurídicamente garantizada, de acomodar el sujeto su conducta religiosa y su canon de vida a lo que prescribe su propia convicción”, *Tratado de derecho político*. Madrid, Cívitas, 1976, p. 623.

⁶⁶ STC 15/1982. Por eso, el derecho general de libertad configurado a partir de la libertad ideológica y religiosa resulta especialmente fecundo para encarar los problemas de las numerosas modalidades de objeción de conciencia no tipificadas en la Constitución, que recoge sólo la relativa al servicio militar. Es más, en esta misma sentencia se afirma que la “la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia”. Sobre ello, y además del libro ya citado de M. Gascón, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, puede verse mi capítulo sobre “La objeción de conciencia”, en I. C. Ibán, A. Motilla y L. Prieto, *Curso de derecho eclesiástico*. Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1991, pp. 343 y ss.

⁶⁷ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 334.

si junto a los derechos fundamentales concretos o específicos, concebimos la existencia de un derecho general de libertad, esa necesidad de justificación deberá extenderse a todas las normas que limiten la libertad. En suma, el contenido de la norma de clausura puede formularse así: “Toda acción (hacer u omitir) está permitida, a menos que esté prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional”.⁶⁸

Ciertamente, este enfoque desvirtúa la ya conocida distinción entre lo que es la delimitación constitucional de los derechos fundamentales y lo que aparece como su limitación externa; y ello no sólo porque existan ciertas dificultades de interpretación derivadas de la indeterminación de los derechos, según se ha visto, sino porque el ámbito de la libertad jurídica no se agota en los derechos fundamentales específicos, sino que viene a coincidir con la propia libertad natural. Dicho más claramente, todo lo que la Constitución no prohíbe u ordena debe reputarse *en principio* jurídicamente permitido, y la extensión a esa esfera de inicial permisión de normas imperativas que limitan la libertad requiere un respaldo constitucional suficiente; es decir, requiere la existencia de algún valor que pueda o deba ser protegido en un Estado de Derecho, y cuya garantía exija un cierto sacrificio de la libertad. Por ello, me parece que es una verdad a medias esa afirmación, tan corriente entre los juristas, de que “el principio general de libertad autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba”. Y es una verdad a medias porque, si bien es cierto que en principio el ciudadano no es libre cuando tropieza con normas imperativas, también lo es que en un Estado constitucional garantizado el legislador no es libre para imponer cualesquiera condiciones o cargas.

Este planteamiento ha sido objeto de numerosas críticas, sobre todo en Alemania, que es donde el derecho general de libertad ha encontrado un más amplio desarrollo.⁶⁹ En España, G. Peces-Barba, seguido muy de cerca por A. L. Martínez-Pujalte,⁷⁰ han censurado también esta expresión de “anarquismo jurídico” que defendí en mi libro de 1990,⁷¹ origen del presente

⁶⁸ *Ibid.*, p. 337.

⁶⁹ *Vid.* una respuesta a tales críticas en la amplia exposición de R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pp. 331 y ss.

⁷⁰ G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales*, citado, pp. 363 y ss; A. L. Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial...*, citado, pp. 56 y ss.

⁷¹ *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid, Debate, cap. VII.

trabajo. Su objeciones creo que se resumen en lo siguiente: la norma de clausura no puede ser el derecho general de libertad; este derecho supone una concepción excesivamente individualista y subjetivista que conduce a un cierto iusnaturalismo; y, por último, muy unido a lo anterior, la norma de clausura reduce los derechos fundamentales a la libertad negativa, olvidándose del Estado social y de los derechos prestacionales. Me parece que los tres frentes de crítica revelan una defectuosa comprensión de lo que significa el derecho general de libertad.

En primer lugar, dice Peces-Barba que la auténtica norma de cierre del sistema de derechos fundamentales son los “valores superiores” del artículo 1,1 y no la libertad general de acción. Sospecho que no usamos la expresión “norma de clausura” en el mismo sentido: lo que aquí interesa no es la identificación de una norma material a la que puedan reconducirse los distintos derechos y que sea capaz de ofrecer un “cierre” sistemático al conjunto de todos ellos, ejercicio intelectual de muy amplias pretensiones. Más modestamente, aquí se intenta ofrecer una respuesta jurídica a aquellos comportamientos —acciones u omisiones— que precisamente no encuentran encaje o que no pueden ser subsumidos claramente en ningún derecho específico. La he llamado norma de clausura porque creo que es una norma y que es de clausura; es una norma porque nos dice cómo debemos actuar ante una decisión pública que interfiere en el ámbito de la libertad, esto es, nos dice qué es lo que hay que fundamentar en los casos indicados; y es de clausura porque nos ofrece esa respuesta para todos aquellos comportamientos que no están contemplados en los derechos fundamentales específicos. Dicho esto, tampoco tengo dificultad en reconocer que si, desde un punto de vista, este derecho general cierra o clausura el sistema en el sentido comentado, desde otra óptica representa también una apertura por cuanto extiende la exigencia de ponderación más allá de la esfera estricta de los derechos específicos.⁷²

Para los fines propuestos no alcanzo a comprender qué papel pueden desempeñar “valores superiores” diferentes al de libertad, salvo justamente

⁷² Esto lo reconoce también Alexy: “el sistema es cerrado en la medida en que el derecho general de libertad protege ampliamente *prima facie* la libertad negativa (en sentido estricto). Es abierto en la medida en que la existencia del derecho general de libertad mantiene abierta la posibilidad de nuevos derechos definitivos, como así también de nuevos derechos tácitos”, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 365.

el de servir como criterios de ponderación para justificar la ley limitadora; es decir, la defensa de la igualdad, la justicia o el pluralismo político puede representar el fundamento de una medida restrictiva sobre la libertad y, en ese aspecto, tales valores se integrarán eventualmente (cuando vengan al caso) en la segunda parte de la norma de clausura. Y con ello paso a la segunda objeción. Peces-Barba, con su acusación de individualismo y de subjetivismo (unida a la de anarquismo, que tampoco me molesta) parece tener presente sólo la primera parte de la norma de clausura e interpretarla, más o menos, como que todo sujeto está autorizado para hacer lo que le venga en gana. Pero olvida la otra parte, que encierra el núcleo de la ponderación: toda acción está en principio permitida, *salvo que una ley formal y materialmente constitucional la haya prohibido*, y no cabe duda que ese fundamento material puede venir proporcionado por los valores superiores; es más, yo creo que no sólo por ellos.

Con esto me parece que hemos dado también respuesta a la tercera objeción: no hay olvido de los derechos prestacionales ni de las exigencias del Estado social, que si están algo maltrechos no es precisamente por culpa de la libertad. Al margen de que pueda construirse también un derecho general a la igualdad, aquí estamos hablando exclusivamente de un problema, el de la libertad negativa, que para nada condiciona la suerte de otros derechos. Más bien al contrario, como venimos diciendo, esos otros derechos pueden configurarse eventualmente como el fundamento de una restricción legítima a la libertad de acción. De nuevo puede responder Alexy: “se puede sostener la concepción del derecho general de libertad y, sin embargo, conferir mayor relevancia, en general, a principios que apuntan a bienes colectivos de forma tal que, al final, la libertad negativa definitiva sea muy reducida [...] pero] las intervenciones en la libertad negativa siguen siendo siempre lo que son, es decir, intervenciones en un determinado tipo de libertad. Esto significa que, en tanto tales, tienen que ser justificables”.⁷³ Es verdad, como observa Peces-Barba, que la libertad de la que aquí venimos hablando, la libertad negativa de hacer u omitir, no agota el concepto más rico y complejo de la libertad en un Estado social y democrático de Derecho, que comprendería, por ejemplo, la satisfacción de necesidades básicas de orden material y cultural, la participación política,

⁷³ *Ibid.*, p. 366.

etcétera. Pero el derecho general a la libertad no es obstáculo para esto; su objetivo se circunscribe a esa llamada libertad negativa que es, cuando menos, la parte primera de la libertad en general.

En definitiva, la norma de clausura no implica ninguna sobrevaloración acrítica de la libertad individual; al contrario, viene a equilibrar una balanza que de otro modo quedaría trucada en favor de la autoridad. Aceptando el igual valor en abstracto de todos los derechos y bienes constitucionales⁷⁴ y, por tanto, el igual valor de la libertad y de sus restricciones, lo que se sugiere es que el conflicto entre la libertad y el deber se formule precisamente en términos de conflicto constitucional, lo que debe obligar a un ejercicio de ponderación entre la libertad limitada y el bien que sirve de fundamento a la norma limitadora. Sin duda, esto no elimina un amplio margen de discrecionalidad, pero sí intenta eliminar la arbitrariedad. Primero, porque el derecho general supone una apelación a la racionalidad donde antes sólo existía el imperio de la autoridad o, más exactamente, porque con ella viene a completarse la legitimidad formal (democrática) de la ley con una exigencia de legitimidad material que es indispensable si es que las libertades y los derechos representan decisiones básicas de orden constitucional. Y, en segundo término y como corolario de lo anterior, porque la norma de clausura significa justamente que en las esferas que afectan a la posición del individuo las libertades no son excepciones circunstanciales en un mundo dominado por las decisiones del legislador, las cuales sólo deberían “rendir cuentas” cuando entran en conflicto con una libertad o derecho específico, pero sólo entonces; sino, al contrario, que los deberes jurídicos, los mandatos y las prohibiciones, representan limitaciones a la libertad, excepciones a la regla general de libertad y que, como tales excepciones, deben justificarse. En el fondo, el derecho general de libertad es una consecuencia de concebir al Estado y a las instituciones como instrumentos o artificios al servicio del individuo, y me parece que ésta es la médula de la filosofía política que representa el fundamento de un modelo constitucional basado en los derechos.

⁷⁴ Entre los que hay que incluir, sin duda, el valor de la democracia y el consiguiente respeto a las legítimas opciones legislativas.

LOS NUEVOS Y LOS VIEJOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Andrea Greppi,
Universidad Carlos III de Madrid

I) INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más llamativos del pensamiento jurídico y político de las últimas décadas es la extraordinaria difusión del lenguaje de los derechos. No es exagerado afirmar que los derechos fundamentales se han convertido en el eje central de la discusión sobre los límites y los fines de la acción política. Lo cual no es un hecho singular en la tradición del pensamiento político moderno, aunque quizás puede llegar a serlo por la intensidad y la frecuencia con la que aparecen referencias a derechos en el debate político cotidiano. Asistimos a una insospechada multiplicación de las exigencias éticas o políticas que se presentan como nuevos derechos fundamentales. Hasta tal punto ha llegado este fenómeno que no sería extraño que el uso retórico de esta expresión pudiera acabar modificando el significado técnico de esta expresión.

Sucede, sin embargo, que la evolución de la teoría y en la práctica de los derechos no parece avanzar en una única dirección. Algunas propuestas sobre su desarrollo futuro, analizadas desde el punto de vista de la teoría del Derecho y de la democracia, suscitan algunas dudas. Y es que, en mi opinión, antes de hablar de nuevos derechos sería oportuno resolver algunas cuestiones previas, pues su aparición pone en cuestión los postulados esenciales de nuestro sistema político y jurídico. Creo necesario aclarar, en definitiva, si la aparición de derechos “nuevos” supone, o no, una transformación en el paradigma democrático y liberal en el que los “viejos” derechos tuvieron su origen y en el que, hasta el presente, han ido afianzándose.

Quienes afirman que la aparición de “otros” derechos es beneficiosa porque propicia un cambio en el paradigma vigente, deben poder demostrar de antemano, entre otras, las siguientes tesis: que el nivel de protección y garantía de los derechos actualmente alcanzado, así como su proclamación y aceptación casi universal, es una conquista definitiva e irreversible de la humanidad; que el proceso de reconocimiento jurídico positivo de los derechos humanos no está cerrado; que, como consecuencia de lo anterior, algunos derechos pueden ser sometidos a una revisión en su contenido; y, por último, que el reconocimiento de nuevos derechos, como reflejo de nuevas demandas sociales, puede ser interpretada *en todo caso* como *síntoma* de progreso, es decir, como un hecho que *superá y mejora* el proyecto ético y político que estaba presente en el origen de los derechos. Se podrá argumentar entonces que el reconocimiento de nuevos derechos tiene lugar dentro de una línea de continuidad y que, al mismo tiempo, supone una ruptura con el modelo de derechos fundamentales históricamente vinculado al actual Estado social y democrático de derecho.¹ Podremos hablar de “nuevos” derechos solamente si creemos que es posible la *síntesis y superación* del modelo anterior.

Las próximas páginas contienen algunas observaciones puntuales sobre el desarrollo histórico de los derechos: me interesa saber si las carencias que se pretenden cubrir con derechos nuevos son consecuencia de la carencia de derechos, o más bien del imperfecto desarrollo de sus garantías. Luego intentaré justificar una actitud más prudente que la habitual a la hora de atribuir un carácter “fundamental” a los derechos. Pienso que una actitud restrictiva, o solamente escéptica frente a la indiscriminada multiplicación de los derechos y, sobre todo, de aquellos derechos que no encuentren acomodo en el paradigma jurídico y político del Estado de derecho, puede ser oportuna por razones históricas y teóricas. Este planteamiento me lleva a asumir una determinada ideología o, como se dice más abajo retomando algunas ideas de Norberto Bobbio, una determinada “filosofía de la historia”. Porque también en esta materia, como en otras, es posible comprobar la distancia entre lo éticamente deseable y lo legítimo con arreglo a Derecho. En esta diferencia reside, aunque a menudo resulte incómodo recono-

¹ Cf. I. Ara Pinilla, *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid, Tecnos, 1990, pp. 114 y ss.

cerlo, uno de los principales presupuestos ideológicos del mundo en que vivimos.

II) PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

Para hablar de “nuevos” derechos es necesario suponer que existe, a la vez, continuidad y diferencia con el orden constitucional vigente. En otros términos, se puede decir que la pregunta sobre el desarrollo futuro de los derechos depende de cómo hayamos reconstruido su pasado, de cómo interpretamos la historia de los derechos. Veamos, por tanto, cuál es el punto de vista dominante en esta materia.

Suele decirse, en primer lugar, que la evolución de los derechos fundamentales acompaña las diferentes fases en la evolución del Estado en la edad contemporánea. El reconocimiento de los derechos de libertad coincide con el desarrollo del Estado liberal; la afirmación de los derechos de participación política y de asociación, con la progresiva democratización de ese modelo; finalmente, el reconocimiento de los derechos sociales corresponde a la realización del Estado social. El catálogo de los derechos permite identificar así, utilizando una expresión de García-Pelayo, el “elemento finalista” implícito en cada modelo constitucional.² Cabe objetar, sin embargo, que la generalizada difusión de esta tesis ha desembocado, en ocasiones, en interpretaciones históricas algo apresuradas que confunden, por ejemplo, la proclamación de los derechos con la realización de las condiciones necesarias para su ejercicio. Estas interpretaciones habrían convertido a los derechos fundamentales en criterio interpretativo *autónomo* de la historia de los siglos XIX y XX.³ Aun sin negar su importancia, ni la veracidad de

² M. García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*. Madrid, Alianza, 1951, pp. 103 y ss.

³ De ninguna manera quiero decir con ello que la positivación de los derechos no haya influido sobre la evolución de las instituciones políticas y sociales *en una determinada dirección*, ni que las cartas de derechos no hayan podido tener una extraordinaria potencia revolucionaria en determinados contextos. Se trata únicamente de observar que en otras muchas ocasiones la historia ha ido por delante o por detrás de ese reconocimiento positivo, y mucho más de su eficacia práctica. La positivación de derechos, a veces, ha sido una simple consecuencia de transformaciones sociales que ya habían tenido lugar. En otras ocasiones, el reconocimiento solem-

dicha interpretación, creo interesante recordar que la historia de los derechos no se compone sólo de una ininterrumpida serie de triunfos y está jalona de significativos retrocesos. Y ello, al menos, por las siguientes razones.

Ante todo porque, aunque la mayoría de los movimientos políticos y sociales que han ido sucediéndose desde la revolución francesa han sido *portadores* (en sentido weberiano) de exigencias éticas y políticas que encontraban acomodo en la tradición del pensamiento político moderno, en ese mismo periodo se desarrollaron otros movimientos políticos, tanto progresistas y revolucionarios como conservadores y reaccionarios, tanto ilustrados como románticos, que reivindicaron exigencias o razones que nada tenían que ver con esta específica técnica jurídica. Si es cierto que los derechos son un elemento característico de la filosofía política y jurídica moderna, también lo es que no *toda* la modernidad se identifica con ellos. Es probable, por ejemplo, que durante mucho tiempo no resultara tan evidente como hoy nos parece la distinción entre un socialismo que opta por la vía del Derecho y de los derechos, y un socialismo que habla de derechos pero que en realidad busca la superación del Derecho mismo. Ni se puede ignorar la componente asistencial que presente en muchas interpretaciones del fascismo y que algo habrá incidido en el desarrollo de las estructuras administrativas propias del Estado social. En este mismo sentido, se debe reconocer que la difusión de los derechos sociales en la segunda mitad de este siglo, a partir de lo que se ha denominado “consenso socialdemócrata”, responde a motivaciones políticas y sociales que seguramente exceden el ámbito de los derechos —no hay razón para ocultar tampoco las complejas manifestaciones de clientelismo político que también tuvieron su peso—, que no traen causa de una única inspiración ética. Por eso me parece que en la evolución histórica de los derechos no es tan fácil percibir ese “elemento finalista” homogéneo que, según García-Pelayo, permitía su interpretación unívoca.

Por otra parte, al interpretar el desarrollo de las formas políticas del siglo XX *exclusivamente* en la perspectiva de los derechos, a veces olvidamos

ne ha tenido escasa eficacia retórica y pedagógica: no es tan fácil rebatir la argumentación de los pesimistas que piensan que muchos derechos no han dejado de ser simples declaraciones de buena voluntad.

que su concepto actual sólo puede tener cabida dentro de una particular estructura constitucional. Los derechos precisan, en otras palabras, el establecimiento de un determinado sistema constitucional, que entre nosotros —y dejando al margen los casos de Estados Unidos y de Gran Bretaña— solamente se consolida en la segunda mitad del último siglo.⁴ En este sentido, la historia de los derechos debería ser interpretada más bien como un capítulo especial dentro de la evolución de las instituciones del constitucionalismo moderno. Los derechos habrían llegado a ser realmente fundamentales *sólo* a partir del establecimiento de determinados mecanismos institucionales de garantía. Sólo en ese marco se plantea en los términos que hoy manejamos la insoluble tensión entre democracia y derechos; sólo el reconocimiento del carácter rígido y supralegal de la constitución hace que los derechos lleguen a convertirse en verdaderos *triunfos* frente a las mayorías.⁵

Un segundo criterio de interpretación histórica afirma que la evolución de los derechos sigue dos líneas coincidentes en el tiempo aunque no paralelas. Se distingue, en efecto, entre la progresiva ampliación su catálogo y contenido, de forma que se habla de diversas generaciones de derechos; y entre diversas fases en su progresivo reconocimiento jurídico. El cruce entre ambos criterios, el de las generaciones y el de los procesos, permite fijar el cuadro interpretativo básico al que haremos referencia para explicar la aparición de los nuevos derechos y sus diferencias respecto de los antiguos.⁶

⁴ Sobre esta cuestión puede consultarse M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Trad. de M. Martínez Neira. Madrid, Trotta, 1996, cap. IV.

⁵ Antes —se podría decir— los derechos eran “otra cosa”. Es cierto, por lo demás, que una concepción de los derechos como esta, en la que se vincula su “concepto” con la realidad jurídico-positiva del Estado de derecho contemporáneo, restringe los posibles usos de la expresión “derechos fundamentales”. No obstante, para afrontar el tema de los nuevos derechos creo inevitable tomar como punto de referencia *inicial* el concepto de derechos fundamentales vigente en nuestros sistemas jurídicos. De lo contrario, la discusión se volvería inútil. Por lo demás, es indiscutible que los problemas políticos fundamentales de legitimación del poder y de justificación de la obediencia se transforman radicalmente cuando los derechos llegan a ser plasmados, en términos jurídicos formales, como derechos fundamentales y cuando, en el presente siglo, se desarrollan la mayoría de las técnicas de garantía constitucional que hoy existen.

⁶ Con carácter general véanse: G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid, Universidad Carlos III/BOE, 1995, pp. 154 y ss.; A.-E. Pérez Luño, *Derechos*

Habrían existido diferentes generaciones de derechos, reflejo de concretos movimientos políticos y sociales. Distinguiremos entre derechos de inspiración liberal, democrática y socialista, fruto, en cada caso, de sanguinarias luchas por el reconocimiento. De nuevo, a partir de las mismas consideraciones expuestas más arriba es posible señalar que esta interpretación presume la tesis de la sustancial continuidad y la coherencia ideológica entre cada una de estas tres generaciones. Así se excluye la posibilidad de aparezcan contradicciones *graves* entre derechos civiles, políticos y sociales, porque todos ellos, conjuntamente, expresan las condiciones esenciales para el funcionamiento del sistema político democrático. Y aunque esta afirmación pueda resultar finalmente cierta, también lo es que en la historia ha sido tenazmente desmentida por la presencia de continuos conflictos sobre la interpretación “correcta” de los derechos. Sólo puede ser aceptada, por tanto, como el fruto de una reconstrucción ideal.⁷

En relación con las diferentes fases en el reconocimiento de los derechos se habla, en cambio, de procesos de positivación, generalización e internacionalización. Se añade además un cuarto proceso, el de especificación, que se encuentra estrechamente relacionado ya con los problemas conceptuales de los nuevos derechos. Los tres primeros procesos se identifican de forma paradigmática con las decisivas transformaciones institucionales que tienen lugar en 1789 —con la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano—, en 1848 —con la primera afirmación constitucional del sufragio universal—, en 1917 y 1919 —con el primer reconocimiento de los

humanos, *Estado de Derecho y Constitución*. 5a. ed. Madrid, Tecnos, 1995, pp. 108 y ss.; *Id.*, “Las generaciones de los derechos humanos”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, pp. 203-217; I. Ara Pinilla, *Las transformaciones de los derechos humanos*, cit., pp. 96 y ss.; R. Sánchez Férriz, “Reflexiones sobre las generaciones de derechos y la evolución del Estado”, en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a J. J. Ruiz-Rico*. Madrid, Tecnos, 1997, pp. 357-364.

⁷ La afirmación del carácter unitario de este proceso, que abarca el periodo comprendido entre la segunda mitad del siglo XIX y las primeras constituciones del siglo XX, no resulta en mi opinión pacífica ya que presupone la homogeneidad teórica o, al menos, la continuidad ideal (e ideológica) entre liberalismo radical, reivindicaciones democráticas y movimiento obrero (distinguiendo, por cierto, dentro de este último, entre tendencias democráticas y revolucionarias). Como se explica también más adelante en este trabajo, la defensa de esta unidad es una señal de identidad característica en la familia de ideologías liberal-socialistas, pero seguramente no es todavía una tesis universalmente compartida.

derechos sociales, en las constituciones mexicana y de Weimar—, y en 1948 —con la Declaración Universal de derechos del hombre. Por el contrario, el proceso de especificación no parece haber encontrado todavía ninguna seña de identidad precisa: no se ha identificado aún con una revolución que pueda tener una fuerza simbólica equivalente a las anteriores.⁸ Se dice que la multiplicación de derechos a la que estamos asistiendo en nuestros días —y sigo aquí a Norberto Bobbio, que sintetiza una opinión generalizada— se habría producido por tres razones diferentes:

[...] a) porque ha ido aumentando la cantidad de bienes considerados merecedores de tutela; b) porque ha sido extendida la titularidad de algunos derechos típicos a sujetos diferentes de la persona individual; c) porque el propio hombre ya no es considerado como ente genérico, o como hombre en abstracto, sino que ha pasado a ser visto en la situación específica o concreta en que se encuentra en sus diversas formas de ser en la sociedad, como niño, como anciano, como enfermo, etcétera. En definitiva, más bienes, más sujetos, más estatus del individuo.⁹

Numerosas dificultades aparecen en esta situación nueva, pues la posible contextualización o especificación de los derechos inaugura una tendencia contraria a la generalidad o universalidad que dominaba el modelo anterior: “la multiplicación cada vez más acelerada —se lee en esa misma página— hace aparecer de forma cada vez más evidente y explícita la necesidad de hacer referencia a un determinado contexto social”.¹⁰

Dejando al margen los problemas éticos de fondo que quedan latentes detrás de la tesis de la universalidad de los derechos, es posible indicar algunas importantes consecuencias que tendría sobre la estructura del sis-

⁸ Cf. N. Bobbio, “L’età dei diritti”, en *L’età dei diritti*. Turín, Einaudi, 1989, en especial pp. 21 y ss. (trad. cast. de R. de Asís, Madrid, Sistema, 1991, pp. 109 y ss.); véase además, por todos, G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 180 y ss.

⁹ N. Bobbio, “Diritti dell’uomo e società”, en *L’età dei diritti*, cit., p. 68 (trad. cast. p. 114). “Resulta superfluo añadir —prosigue ese texto— que entre estos procesos existe un relación de interdependencia: el reconocimiento de nuevos derechos *de* (donde ese ‘de’ indica el sujeto) implica casi siempre el reconocimiento de nuevos derechos *a* (donde ‘a’ indica el objeto)”; *ibid.*, p. 69 (trad. cast. p. 115).

¹⁰ *Idem.*

tema jurídico y del Estado de derecho una radical ampliación del ámbito de las relaciones jurídicas *directamente* reguladas por normas de derecho fundamental: su interpretación expansiva no obliga a aclarar de qué forma podemos conseguir que la especificación no acabe con la generalidad de las normas que protegen derechos. En la historia de los derechos encontramos indicaciones que nos ayudan a valorar el sentido del proceso de especificación. Considero plausible, en efecto, una reconstrucción histórica en la que se ponga de manifiesto cómo, en realidad, la idea de la especificación surge en el momento mismo de la primera positivación. Especificación, en buena medida, es sinónimo de desarrollo interpretativo: toda norma positiva requiere cierto grado de especificación. Así, por ejemplo, decimos que las primeras Declaraciones de derechos y las primeras constituciones liberales eran incompletas. Eso evidentemente es cierto. Pero eso no nos autoriza a interpretar *por entero* la evolución histórica de los derechos fundamentales como una sucesión de momentos en los que iban siendo reconocidos derechos “nuevos”. Algo habría también de “interpretación”, de progresivo “desarrollo interpretativo” de derechos antiguos y, sobre todo —y paso, en seguida, a desarrollar esta cuestión— de “especificación” en sus instrumentos de garantía.

Si las anteriores observaciones son acertadas podremos concluir que la especificación de los derechos no es una característica radicalmente nueva en su evolución, y que el proceso de positivación no llegará a quedar definitivamente cerrado hasta el momento en que deje de ser necesario (y todavía sin duda lo es) establecer nuevas técnicas de protección jurídica. Lo cual permite desmentir, y esto es lo que interesa aquí, una visión simplificada de la evolución de los derechos como sucesión de momentos delimitados, perfectamente coherentes y situados a lo largo de una única línea de progreso indefinido. Permite además poner en cuestión la idea de que se ha producido (o está a punto de producirse) una solución de continuidad entre el sistema actual y las etapas anteriores en la evolución de los derechos: especificación, pero también generalización e internacionalización, no serían desde esta perspectiva sino el resultado de la búsqueda de nuevas técnicas de garantía jurídica en condiciones históricas cambiantes.¹¹

¹¹ En los casos de la generalización y de la internacionalización, el problema fundamental en ambos casos habría sido el de la presencia —o la ausencia— de una concreta voluntad polí-

Tan sólo cabe añadir, como sugiere Bobbio, que si especificación equivalente a diferenciación, el desarrollo de determinados derechos a través de nuevas técnicas de garantía puede tener importantes efectos igualitarios. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el caso de los “nuevos” derechos de la mujer, del niño, de los ancianos o de los enfermos: todos ellos luchan por alcanzar un disfrute equivalente de derechos iguales.¹²

III) ¿NUEVOS DERECHOS O NUEVAS GARANTÍAS?

La conclusión que se desprende de las anteriores consideraciones es que no todos los derechos que se llaman nuevos son tan nuevos como se pretende. Podemos observar además que sólo sobre la base de una precisa interpretación de su historia se afirma que el proceso (o los procesos) de reconocimiento de los “viejos” derechos políticos y sociales está agotado y que es oportuno abrir un “nuevo” capítulo en la historia de los derechos. Queda planteada así la cuestión de si, en realidad, tiene alguna consecuencia

tica de desarrollar y hacer efectivas las garantías de los derechos. Ambos procesos, en efecto, deben hacer frente a graves problemas de eficacia que convierten los derechos en simples promesas incumplidas para quienes carecen de medios para poder disfrutar de ellos, tanto en el ámbito nacional, como supranacional. En relación con esta cuestión, suele decirse que el mayor problema que afecta a los derechos humanos en el ámbito internacional es el de una incurable *falta de eficacia* (quienes sostienen esta crítica a veces quieren dar a entender que la naturaleza humana habría podido cambiar después de la solemne proclamación del 1948), derivada —se dice— de la ausencia de un poder efectivo en manos de las instituciones internacionales. Por mi parte, considero que esta falta de poder debe ser interpretada más bien como una consecuencia *natural* de la todavía no resuelta falta de legitimidad de las organizaciones internacionales (puesto que, sin legitimidad es difícil, y tampoco es bueno, tener poder). En general, se puede decir que el proyecto de un constitucionalismo universal sería deseable (no digo factible, sino *deseable*) *solamente* en el momento en que estas nuevas instituciones que aspiran a imponerse sobre la soberana voluntad democrática de cada comunidad lleguen a garantizar un grado de democracia igual o superior al que hasta hoy conocemos en el ámbito estatal. ésta era ya, en el fondo, la condición *previa* que Kant establecía para la realización de una paz cosmopolita. Véase la interpretación que Bobbio ofrece de este aspecto del pensamiento de Kant en N. Bobbio, “Prefazione” a I. Kant, *Per la pace perpetua*. Roma, Editori Riuniti, 1996, pp. ix-xxi.

¹² Sobre estas cuestiones, N. Bobbio, “Diritti dell’uomo e società”, en *L’età dei diritti*, cit., pp. 71 y ss. (trad. cast. p. 118).

práctica describir el futuro de los derechos como desarrollo de sus técnicas de garantía, o bien como aparición de derechos ignorados en el modelo anterior. Podemos preguntarnos, en efecto, si consideramos más urgente afrontar los retos que la humanidad tiene en nuestros días ampliando el catálogo de los derechos, o bien luchando por la efectiva realización de los viejos.

Se trata de considerar, por tanto, la distinción entre derechos y técnicas de garantía.¹³ Ella nos permite identificar dos contextos diferentes de fundamentación: el primero es aquel donde se delibera sobre aquellas exigencias éticas que están en la base de los derechos; en el segundo, en cambio, sobre la conveniencia de establecer mecanismos jurídicos de garantía. Es probable, en efecto, que la justificación de garantías haga referencia a un contexto discursivo más amplio que el de la fundamentación de derechos, a un contexto abierto a consideraciones de carácter ético, sino también a otros argumentos prácticos de distinta naturaleza. En el terreno “histórico” y no estrictamente “universal” de la especificación de las garantías, por tanto, adquieren cierta relevancia los problemas “técnicos” de articulación jurídica de los derechos. Allí, no sólo es posible valorar cuál es la técnica más eficaz para alcanzar determinados fines, sino también exigir compatibilidad y coherencia entre los “nuevos” derechos y los elementos estructurales básicos —considérense, por ejemplo, los principios de moral interna del Derecho— del modelo de Estado en el que los nuevos derechos pretenden tener cabida.¹⁴

No es posible desarrollar aquí esta distinción entre derechos y garantías. Desde el punto de vista de la retórica política, me limito a observar su utilidad como antídoto contra el “abuso” en la utilización del lenguaje de los derechos. Hablar de garantías “nuevas” para exigencias “viejas” permite desmontar la idea de que los nuevos derechos son una novedad radical en

¹³ Esta distinción aparece en F. Laporta, “Sobre el concepto de derechos humanos”, en *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 23-46; cf. también F. Laporta, “Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de los derechos humanos”, en J. Muguerza, ed., *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid, Debate, 1989, pp. 203-208.

¹⁴ Una tesis análoga está implícita en la teoría de los derechos de G. Peces-Barba cuando establece la posibilidad de incorporación a una norma como condición necesaria para la transformación de las pretensiones morales en verdaderos derechos fundamentales; cf. G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 109-110.

la historia, una señal inequívoca de “progreso”. Pero lo cierto es que ésta no parece ser la opinión dominante. La proliferación de nuevos derechos responde a la cada vez mayor difusión de lenguaje de los derechos en el debate político cotidiano, y tiene su continuación en el campo de la filosofía de los derechos. Además, determinados textos internacionales están introduciendo redundancias que son ya innecesarias y solemnes proclamaciones de derechos cada vez más obvios, o más discutibles en su contenido. De igual manera, la jurisprudencia constitucional, en su labor interpretativa, va reconociendo “derechos implícitos” nuevos, a los que se atribuye un carácter fundamental por ser derechos “transversales”, derivados de la existencia de otros derechos originarios que tienen este rango normativo. Ejemplos de ello se encuentran en los diferentes derechos que configuran el ámbito iusfundamental de la *privacy* o de la calidad de vida.

No creo, por lo demás, que esta inmoderada proliferación pueda ser interpretada como un fenómeno puramente casual o que responda tan solo a motivaciones retóricas. Por su contenido —sigo a partir de aquí clasificaciones bien conocidas¹⁵— se distingue entre derechos cotidianos, más o menos vinculados a la especificación de otros derechos anteriores, y derechos difusos, es decir, aquellos que no poseen un titular definido o aquellos que son de titularidad colectiva o comunitaria (así, por ejemplo, los supuestos derechos fundamentales al medio ambiente, al patrimonio común de la humanidad, a la paz, o, en general, los derechos de los pueblos). En relación con los primeros, los derechos cotidianos o concretos, surge el problema de la aparición de pretensiones contradictorias tanto con derechos viejos, como con otros derechos nuevos. La fundamentalidad de estas pretensiones puede ser discutida observando que muchos de estos derechos, lejos de ser verdaderamente *nuevos*, no son sino formas nuevas de ejercicio *normal* de derechos anteriores.¹⁶ En relación a los derechos difusos, en cambio, suelen aducirse dificultades “técnicas” para su configuración ju-

¹⁵ Cf., de nuevo, G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 180 ss.; I. Ara Pinilla, *Las transformaciones de los derechos humanos*, cit., pp. 134 y ss.

¹⁶ La especificación de los derechos debe encontrar alguna clase de límite, si se quiere evitar que algún día alguien pudiera reclamar derechos *fundamentales* tan absurdos como el derecho a que los trenes o el correo lleguen a su debido tiempo; tomo el ejemplo de L. Ferrajoli, “Dai diritti del cittadino ai diritti della persona”, en D. Zolo, ed., *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*. Roma/Bari, Laterza, 1994, pp. 263-292 (la cita se encuentra en la p. 275).

rídica, derivadas, por ejemplo, de las particulares formas de ejercicio colectivo: se ha constatado la dificultad de articular garantías jurídicas eficaces que sean compatibles con el respeto de los restantes derechos fundamentales.¹⁷

Se podrá discutir, por tanto, la posibilidad de configurar garantías eficaces para los derechos nuevos que se pretenden reconocer. Sin embargo, es necesario también plantear si ésta es la vía más adecuada para proteger los intereses (seguramente legítimos) que están en juego. En otras palabras: considero que el afán por extender de forma prácticamente “ilimitada” el ámbito de los derechos fundamentales es consecuencia de un planteamiento de fondo que merece ser discutido no sólo desde el punto de vista “técnico”, sino también desde un punto de vista “ideológico”. Entre otras cosas porque hoy consideramos normal que los ordenamientos jurídicos incluyan un gran número de preceptos que tienen un carácter normativo igual o incluso más débil que el de las normas que recogen derechos fundamentales, sin poner en duda ya su naturaleza jurídica. O también porque los márgenes de incertidumbre en la interpretación son iguales o mayores en el caso de los nuevos que en el de los viejos derechos fundamentales. Más vale reconocer que numerosas disputas que pretenden tener un carácter técnico, solamente se cierran cuando se apela a razones de tipo ideológico.

Una argumentación análoga podría ser utilizada en el caso de los derechos ecológicos, de las generaciones futuras o en el de los derechos de solidaridad. Nuevas exigencias éticas, que expresan orientaciones políticas también diversas. Aquí, en mi opinión, el punto que suscita mayores dudas es que los defensores de estos derechos nuevos den por supuesto que cualquier exigencia importante o justificada tiene que convertirse automáticamente en derecho fundamental. Frente al optimismo de los defensores se podría mencionar uno de los tradicionales presupuestos de la teoría liberal del Derecho y del Estado, según la cual se considera que las institu-

¹⁷ En este punto se sitúa la propuesta bastante frecuente de establecer como límite al ejercicio de los derechos colectivos la voluntaria adscripción del individuo a dichos grupos o comunidades. Esta idea ha sido retomada recientemente en M. J. Fariñas Dulce, *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológica a la “actitud postmoderna”*. Madrid, Dykinson, 1997, pp. 42 y ss. Sin embargo, cabe preguntarse si efectivamente seguimos estando en presencia de derechos de titularidad colectiva y no, como sucedía ya en el caso de los derechos de participación política, ante derechos de titularidad individual y ejercicio colectivo.

ciones son meros instrumentos que se justifican *porque* son capaces de alcanzar determinados fines. Se podría intentar demostrar que en virtud de esta tesis meta-teórica general el paso de las pretensiones justificadas al derecho no debe ser nunca inmediato. Por el contrario, se deberá sopesar si la configuración de las pretensiones éticas como derechos fundamentales es la técnica más eficaz para cumplir los fines que se proponen.

Un argumento de este tipo permite establecer un primer filtro ante proliferación de derechos “nuevos”. Y es que, en mi opinión, la completa ausencia de límites a la positivación de nuevos derechos implica al menos dos consecuencias, contrarias pero igualmente peligrosas. Por una parte, está el riesgo de que a causa de su multiplicación los derechos pierdan su extraordinaria potencia revolucionaria. Cuantos menos derechos haya y más claros sean, como ya decía el Preámbulo de la Declaración de 1789, mayor fuerza tendrán. La abundancia conduce hacia una inevitable banalización.¹⁸ Por otra parte, existe el riesgo de que si en alguna circunstancia a alguien se le ocurriera *tomar en serio* todos y cada uno de los nuevos derechos: nos daríamos cuenta entonces de que todo o casi todo puede llegar a caer en el ámbito de los regulados por una sistema expansivo de derechos fundamentales, haciendo así imposible que las mayorías tengan materias relevantes sobre las que tomar decisiones.¹⁹

IV) EL PUNTO DE VISTA DE LA FILOSOFÍA DE LA HISTORIA

Las consideraciones desarrolladas en las páginas anteriores me llevan a pensar que la pregunta sobre el “futuro” de los derechos fundamentales debe ser afrontada y resuelta antes de aventurarnos a proclamar indiscriminada-

¹⁸ Véase las reflexiones sobre esta materia que aparecen en J. De Lucas, *El desafío de las fronteras*. Madrid, Temas de Hoy, 1994, en particular pp. 105 y ss.

¹⁹ En una situación de generalizada “fundamentalización” del Derecho —se podría pensar— la política queda reducida a mera labor de aplicación de los derechos. Los jueces, intérpretes últimos de un sistema de derechos que lo abarca prácticamente “todo”, llegarían a estar, en la práctica, por encima de la voluntad democrática de un pueblo. Es una hipótesis absurda, pero quizás no lo sea tanto la tendencia (fruto de precisas opciones ideológicas) hacia una situación en la los derechos hayan reducido de forma significativa la cantidad y calidad de cuestiones que puedan ser consideradas como políticamente relevantes.

damente derechos nuevos. Se podría argumentar que el problema de la ampliación del catálogo de los derechos depende de dos cosas: ante todo, de que los presuntos derechos nuevos sean *realmente diferentes* que los anteriores; y, en segundo lugar, de que esos derechos compartan con los “viejos” algunos *caracteres definitorios básicos*, de manera que se pueda seguir utilizando, con precisión, una misma categoría conceptual. En este sentido, se pretende que los nuevos derechos queden integrados en un paradigma que sea *superación y síntesis* del antiguo. Lo cual —pensarán algunos— no siempre es posible porque las novedades, a veces, no son señales de progreso, sino de regreso.

Cuando entramos en esta clase de valoraciones sobre el sentido de lo nuevo y de lo viejo, nos enfrentamos con dificultades que no son sólo de carácter “jurídico”. Las soluciones se encuentran en el plano de la “filosofía”, de la “visión” y la “interpretación” de una situación histórica determinada. No cabe duda, por ejemplo, de que el “viejo” paradigma de los derechos apareció en un contexto ideológico en el que era dominante una particular “filosofía de la historia”. Naturalmente, no es posible reconstruir aquí aquellos presupuestos teóricos, ni tampoco el contexto actual en el que se reclaman derechos nuevos. Lo único que pretendo señalar en las últimas páginas de este trabajo es que tomando como base una filosofía de la historia que se podría definir como “liberal”, no todo posible nuevo derecho es necesariamente congruente o compatible con el paradigma anterior. Por este motivo, no podemos afirmar que cualquier modelo nuevo sea verdadera *superación y síntesis* del anterior. Se trata de argumentar, en definitiva, que no todo “desarrollo” (multiplicación, ampliación, etcétera) de los derechos debe ser interpretado como señal de progreso moral de la humanidad. No todo futuro, en este sentido, puede ser considerado como auténtico “futuro”.

La perspectiva que propongo sigue de cerca algunas reflexiones de Norberto Bobbio. En un texto, bien conocido y todavía reciente, este autor escribe:

[...] desde el punto de vista de la filosofía de la historia, el debate actual cada vez más amplio y más intenso sobre los derechos del hombre, tan amplio como para haber implicado ya a todos los pueblos de la tierra, tan intenso como para haber entrado en el orden del día de las más autorizadas organi-

zaciones internacionales, puede ser interpretado como una “señal premonitoria” (*signum prognosticum*) del progreso moral de la humanidad.²⁰

Es a todas luces evidente que los derechos humanos son un punto de referencia decisivo en la historia de la humanidad. Son una prueba indiscutible de “progreso” incluso para quienes carezcan —como el propio Bobbio— de certezas filosóficas indiscutibles sobre el rumbo de la historia humana. Siempre sido Bobbio un firme creyente en esta tesis básica del liberalismo filosófico: siempre ha desconfiado de quienes mantienen a toda costa su fe en la bondad irresistible de la condición humana o —viceversa— en el carácter inevitable del decaimiento moral de la humanidad.²¹ Él nunca fue un ilustrado incurablemente optimista, ni tampoco un positivista ingenuo: no es casualidad que Croce y Hegel hayan ocupado un lugar fundamental en su formación filosófica. Siempre fue consciente de que el progreso de la humanidad tiene momentos de luz y de sombra, pues en la historia hay una insoluble mezcla entre el bien y el mal. En incontables lugares se ha hecho defensor de una visión expresamente antimetafísica del mundo que se opone a las muy diversas interpretaciones dialécticas o teleológicas de la historia. “La única afirmación que puedo hacer con cierta seguridad —escribe— es que la historia humana es ambigua, y ofrece respuestas dispares según quien la interroga y según el punto de vista que se adopta para interrogarla”.²²

La visión “liberal” es sólo moderadamente pesimista y de ninguna manera puede prescindir de alguna noción de progreso. Véase, a este respecto, cómo Bobbio reconstruye en términos explícitamente hobbesianos la génesis de los derechos humanos y cómo, a partir de ahí, justifica la conexión entre derechos y progreso. Describe Bobbio el desarrollo de la huma-

²⁰ N. Bobbio, “L’età dei diritti”, en *L’età dei diritti*. 2a. ed. Turín, Einaudi, 1992, pp. 49 y 50 (trad. cast. p. 100).

²¹ Algunas reflexiones de Bobbio sobre la noción de progreso aparecen en el reciente ensayo titulado “Scienza, potere e libertà”, en *Micromega*, núm. 2, 1995, pp. 7-18.

²² N. Bobbio, “L’età dei diritti”, en *L’età dei diritti*, cit., p. 50 (trad. cast. p. 100). Sobre la aportación de Bobbio a la reflexión contemporánea sobre los derechos del hombre, cf. A.-E. Pérez Luño, “Los derechos humanos en la obra de Norberto Bobbio”, y R. de Asís Roig, “Bobbio y los derechos humanos”, en A. Llamas Cascón, ed., *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*. Madrid, Universidad Carlos III/BOE, 1994, pp. 153-168 y 169-185, respectivamente.

nidad como una ininterrumpida lucha por evitar el sufrimiento, o por disminuir el grado de vulnerabilidad o debilidad de los hombres.

Encontrándose en una condición de hostilidad frente a la naturaleza y a sus semejantes, según la hipótesis hobbesiana del *homo homini lupus* [...], el hombre ha intentado hacerlo más habitable inventando, por una parte, artes que producen instrumentos técnicos destinados a la transformación del mundo material para hacer posible la supervivencia, y, por otra, reglas de conducta encaminadas a disciplinar los comportamientos individuales, para hacer posible una convivencia pacífica. Instrumentos técnicos y reglas de conducta constituyen el mundo de la cultura, contrapuesto y sobreordenado al mundo de la naturaleza.²³

Los derechos, en la medida en que son fundamento del Derecho, expresan la tendencia natural del hombre a evitar el dolor, la infelicidad, y, en general, el mal, entendido como expresión de lo irracional en la historia.²⁴ Expresan la voluntad de superar agresiones y carencias intolerables. Son la técnica más elaborada, entre todas las que históricamente han sido posibles, para alcanzar una convivencia (relativamente) civilizada. En este sentido, los derechos tienen una historia pasada y tienen también un futuro, porque no derivan, como pretendían las diferentes escuelas racionalistas, de verdades universales y eternas. Podemos considerarlos como manifestación (como *prueba*) del progreso moral de la humanidad en la medida en que reflejan “el desarrollo de la conciencia del sufrimiento, de la pobreza, de la miseria, y, en general, de la infelicidad en que vive el hombre en el mundo, y el sentimiento de la intolerabilidad de esta condición”²⁵.

A partir de aquí es posible avanzar un poco más y preguntar cómo fue que en un contexto ideológico determinado la apuesta por un instrumento jurídico tan específico como el de los derechos fuera capaz de desencadenar una transformación tan profunda del orden político y social, convirtiéndose en motor del desarrollo histórico. Preguntar, en definitiva, por qué

²³ N. Bobbio, “Scienza, potere e libertà”, en *Micromega*, cit., p. 13; cf., igualmente, N. Bobbio, “L’età dei diritti”, en *L’età dei diritti*, cit., pp. 52 y ss.

²⁴ Véase sobre ello, N. Bobbio y A. del Noce, “Dialogo sul male assoluto”, en *Micromega*, núm. 1, 1990, especialmente pp. 234 y ss.

²⁵ N. Bobbio, “L’età dei diritti”, en *L’età dei diritti*, cit., pp. 52 y ss.

razón los derechos tuvieron una fuerza revolucionaria tan grande y por qué razón la conservan todavía en aquellas circunstancias que nos parecen radicalmente intolerables.

La respuesta que ofrece Bobbio conecta esta institución jurídica con uno de los elementos ideológicos básicos del pensamiento político moderno: los derechos lograron plasmar un cambio de perspectiva en la historia del pensamiento occidental, desde el momento en que también la política y el Derecho, como la sociedad y la historia misma, comenzaron a ser interpretados desde el punto de vista de los individuos —y, por tanto, desde el punto de vista de todos y cada uno de los desheredados, de los oprimidos, de los perdedores y, finalmente, de los “sin derechos”—, y no desde la perspectiva de la comunidad, del pueblo, de la nación o de la raza;²⁶ un cambio que logró impregnar las “formas de vida” del hombre moderno y penetró en todas las manifestaciones del poder. Gracias a esta revolución encontró reconocimiento explícito (avalado por un consenso *casi* universal) la idea de que cada individuo *merece* ser tratado de tal forma que pueda satisfacer sus propias necesidades y alcanzar por sí mismo sus propios fines. La concepción individualista de la sociedad, del Derecho y del Estado, en la que se sitúan y se desarrollan los derechos del hombre, habría puesto en marcha el más reciente capítulo en la historia del progreso moral de la humanidad.

Este aspecto de la teoría jurídica y política del liberalismo podrá ser objeto de muy diversas críticas, pero de ninguna manera permite confundir al liberalismo con una ideología reaccionaria, o contraria a la idea de progreso. En todo caso, es contraria a las muy variadas formas determinismo histórico, pues toma como punto de partida el carácter falible de la voluntad humana. A diferencia de lo que sucede en el campo de la ciencia y de la técnica, la humanidad no tiene la certeza de avanzar hacia niveles mayores de justicia. Ninguna de las tres características esenciales del progreso científico —su constante aceleración, su carácter irresistible e irre-

²⁶ Cf. N. Bobbio, “Introduzione” a *L'età dei diritti*, cit., pp. XI y ss. Sobre la “revolución copernicana” del individualismo moderno, véase, igualmente, N. Bobbio, “L'età dei diritti” y “L'eredità della grande Rivoluzione”, ambos en *L'età dei diritti*, cit., pp. 55 y ss.; cf. también N. Bobbio, “Organicismo e individualismo”, en *Mondoperaio*, núm. 1-2, 1983, pp. 99-103; y N. Bobbio, “El tiempo de los derechos” y “La herencia de la gran revolución”, en *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 105 y ss. y 160 y ss., respectivamente.

versible— vale en el mundo de la cultura.²⁷ La historia de nuestro siglo muestra, por ejemplo, que el progreso técnico, lejos de ser fuente perpetua de bienes, puede convertirse en causa de nuevos males. Hoy sabemos que mientras el progreso de la ciencia y de la técnica es irreversible, el de la instituciones es “intermitente” y conoce —como el mismo Bobbio escribe— “momentos de avance y de retroceso, de civilización y decadencia, de mutación y de estancamiento, de revolución y de restauración...”²⁸ Progreso técnico y progreso moral sólo en raras ocasiones avanzan en paralelo: es más, la técnica misma tiene un carácter ambivalente porque, por un lado, va abriendo posibilidades antes desconocidas para disminuir el sufrimiento de todos los hombres, pero también abre diferencias cada vez más intolerables, así como desconocidos espacios de poder.²⁹

La filosofía de la historia, la ideología y hasta la una mentalidad que Bobbio seguramente denominaría “liberal” queda lejos, por tanto, de cualquier apocalíptica descripción del tiempo que vivimos, de nuestros logros y de nuestras necesidades. En relación con la materia que nos ocupa, una posición como ésta tenderá a apartarse tanto de la simplificada tesis de que *cualquier clase de futuro* de los derechos será necesariamente mejor que su presente, como de la tesis complementaria según la cual el antiguo paradigma de los derechos es responsable de gran parte de las carencias y de la injusticia del mundo en que vivimos. Una sincera incertidumbre ante la historia, como antes apuntaba, debe presidir nuestro juicio sobre la aparición de nuevos derechos, por lo menos si queremos seguir estando dentro de una óptica “liberal”. Una incertidumbre que no es exclusiva de nuestra actual condición postmoderna y que estaba bien arraigada ya entre quienes forjaron esa concepción del mundo y de la historia.

²⁷ Sobre ello, *cf.* el ya citado discurso N. Bobbio, “Scienza, potere e libertà”, en *Micromega*, cit., especialmente pp. 10 y ss.

²⁸ N. Bobbio, “Scienza, potere e libertà”, en *Micromega*, cit., p. 14.

²⁹ Sobre la relación entre progreso científico y progreso moral, y los interrogantes éticos que el desarrollo de la ciencia suscita, *cf. ibid.*, pp. 14 y ss.

V) EL FUTURO DE LOS DERECHOS DENTRO DEL PARADIGMA LIBERAL-DEMOCRÁTICO

¿Cómo debería evolucionar entonces la filosofía y la práctica de los derechos si quiere permanecer fiel —pero eso tiene por qué ser así— a su inspiración originaria?

Para empezar, habrá que descartar la tesis de que los derechos no tienen futuro y deben permanecer por siempre iguales a sí mismos. Se podría argumentar en este punto, aunque eso nos alejaría del tema de este trabajo, que existe algún nexo entre una fundamentación democrática de los derechos, como la que Bobbio mismo ha defendido en algún lugar, y el reconocimiento de su historicidad.³⁰ Por otra parte, es posible prever que muchos de esos nuevos derechos, bajo forma de libertades negativas y también de derechos sociales, estarán vinculadas al irresistible progreso de la ciencia y de la técnica. Si nuevos saberes generan nuevas y desconocidas formas de poder; si estos poderes se encuentran distribuidos de forma cada vez más desigual y se sitúan en lugares cada vez más alejados de cualquier control; es deseable que aparezcan nuevos derechos con la función de imponer límites al poder incontrolado, generando espacios de igual libertad.

Se podría pensar que la desbordante complejidad de la situación histórica presente y las actuales amenazas a la dignidad humana reclaman una transformación *radical* del paradigma político y jurídico del Estado de derecho, que se había desarrollado a partir de los presupuestos del individualismo ético.³¹ Sin embargo, la permanente necesidad de limitar el po-

³⁰ Sobre el fundamento de los derechos en Bobbio, y en general sobre una fundamentación historicista, *cf.* E. Fernández García, *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid, Debate, 1984, pp. 82 y ss.; *cf.* también J. Rodríguez Toubes, *La razón de los derechos*. Madrid, Tecnos, 1995, pp. 89 y ss.

³¹ En un reciente trabajo, desarrollado desde una perspectiva sociológica, María José Fariñas defiende la opinión contraria (*cf.* M. J. Fariñas Dulce, *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológica a la “actitud postmoderna”*, cit.). Su planteamiento es el siguiente: “El ideal de los derechos individuales, universales y abstractos [...] está muy lejos de una realidad social donde la igualdad material o real entre los seres humanos brilla por su ausencia y, además, el retroceso mundial de los derechos sociales, culturales y económicos es clamoroso [...]. Tal situación mundial —prosigue— es la que pone en cuestión la credibilidad, a la vez que la funcionalidad del discurso ‘moderno’ de los derechos humanos, su fundamentación absoluta y universalista y su instrumentación política unilateral. La concepción ‘universalista’ de los derechos humanos se

der, y de hacerlo por los medios más adecuados, lleva a pensar que es conveniente confiar todavía en los derechos, pues los derechos son instrumentos jurídicos positivos, tendencialmente universales y absolutos, que garantizan esferas de inmunidad, de participación o de aseguramiento frente a la necesidad y que establecen las condiciones previas indisponibles para la formación de la voluntad democrática. Del mismo modo, es preciso mantener aquellas estructuras institucionales básicas que hasta el momento han permitido a los derechos desempeñar su función. Es por esta misma razón por la que deberíamos exigir a los nuevos derechos un mínimo de coherencia con los anteriores, al menos para evitar que éstos se debiliten en exceso. De forma más clara: si tenemos interés en conservar esos ámbitos de inmunidad frente al poder (y no sólo frente al poder público) tendremos que rechazar aquellas pretensiones que no sean *compatibles* con la teoría jurídica y política que nació al amparo del individualismo moderno.

queda, pues, en una mera ilusión; y la metafísica política derivada de un hipotético contrato fundacional [...] resulta hoy en día, cuando menos, inadecuada e insuficiente" (p. 49).

Lo fundamental sería, en mi opinión, establecer si la "vieja" concepción moderna puede quedar definitivamente descartada y qué parte de ella debe ser conservada. La situación actual de los derechos estaría caracterizada, como esta misma autora explica en otro lugar, por "una fuerte crisis" en la posición privilegiada de Occidente en su interpretación, así como "por un resurgimiento de la pluralidad y la heterogeneidad en todas sus dimensiones". A partir de esta situación de hecho se desprende que la fundamentación *futura* de los derechos fundamentales *no* deberá seguir siendo "universalista, fundamentalista, abstracta, suprahistórica o descontextualizada, metafísica, idealista y de carácter absoluto en el tiempo y en el espacio" (pp. 18 y 19). Considero, por el contrario, que si renunciamos completa y definitivamente a *todos* estos caracteres ya no tiene sentido transformar nuestras exigencias éticas justificadas en lo que hasta hoy hemos llamado "derechos fundamentales".

Por lo demás, la alternativa "contextualista" puede tener consecuencias que contradicen sus propias intenciones. Así, por un lado, desde el momento en que afirma que "la perspectiva descentralizadora y antidogmática [...] aboga por una supremacía de los fundamentos ético-político-sociológicos sobre los criterios técnico-formales propios del positivismo" (p. 37), se abre la puerta a un retorno hacia concepciones iusnaturalistas del Derecho. Iusnaturalistas, por supuesto, no por suponer un retorno al contractualismo racionalista, sino por el uso de criterios extrapositivos para la identificación de normas jurídicas. Por otro lado, existe el peligro también de caer en una acrítica asimilación del deber-ser (ético y jurídico) sobre el ser, bajo la forma de lo que Habermas ha denominado "paternalismo sistémico". Así por ejemplo cuando en ese mismo texto se afirma, siguiendo a Boaventura de Sousa, que la "protección de los individuos [podría] derivar directamente de la estructura plural de la sociedad, esto es, de la interdependencia de los diferentes grupos sociales" (p. 32).

No se me oculta que esta posición puede ser considerada como el fruto de una actitud conservadora y tibia frente a la “profundización” y “desarrollo” no sólo de los derechos, sino también de la democracia; de una actitud hostil frente a la sustitución de una democracia meramente “formal” por una democracia “renovada” por la introducción de nuevos derechos. Es cierto además que el paradigma individualista basado en el postulado de la igual libertad o de la igualdad en derechos no está a salvo de contradicciones profundas. La coherencia del modelo individualista se daría sólo en el marco de los derechos de libertad: la presencia de derechos democráticos y sociales en el estado social habría supuesto ya una quiebra en el paradigma originario.

Ante esta objeción se podría responder que una posición como la mantenida, entre otros, por Bobbio es liberal y al mismo tiempo igualitaria y, por tanto, admite ese desarrollo sin modificar el proyecto inicial. Esta afirmación presupone la tesis de que las dos exigencias (éstas, pero no otras) sean compatibles y hasta complementarias. El modelo individualista y liberal no se identifica necesariamente con un liberalismo conservador y, por el contrario, incluye un ideal aún deficientemente cumplido. Lo cierto es que, a diferencia de otras síntesis teóricas, la coherencia del modelo social-demócrata —o liberal-socialista, si se prefiere— ha sido confirmada en la historia. Además, la práctica jurisprudencial ha superado sin rupturas traumáticas una identificación estrecha entre derechos fundamentales y libertades públicas, poniendo de manifiesto la complejidad de las situaciones jurídicas en que se articulan las normas de derecho fundamental y permitiendo —hasta cierto punto— la formulación de garantías precisas para derechos de carácter social. Los nuevos derechos, por el contrario, generan problemas interpretativos mucho más difíciles de resolver, y que no tienen quizá solución: no es una novedad afirmar que algunos de esos derechos no se encuentran solamente en *conflicto* con derechos anteriores (conflictos que puedan ser abordados a través de la formulación de *límites* entre ellos), sino que plantean auténticos problemas de *compatibilidad*. ¿Estamos realmente seguros, por ejemplo, de que la técnica de la ponderación nos permite alcanzar *siempre* un punto de equilibrio entre los derechos de los individuos y los derechos de los pueblos? ¿Podemos ignorar los casos en que esos conflictos se manifiestan, o evitar dar una respuesta a la pregunta sobre cuál de las dos exigencias contrapuestas deseamos que prevalezca?

A partir de aquí, la discusión sobre las relaciones entre los nuevos y los viejos derechos —sobre la síntesis entre ellos, a la que me he referido antes— se hace más difícil, entre otras cosas porque muchos defensores del cambio de paradigma (a través de la introducción de derechos como los de solidaridad o colectivos, por ejemplo) consideran que es imprescindible introducir pretensiones *radicalmente* ignoradas en el paradigma anterior. Si se admite una pequeña provocación, se podría decir que algunos de los defensores de los nuevos derechos acaban colocándose en una posición retóricamente insostenible. Recurren, en efecto, a una técnica construida en el marco de un específico modelo teórico, para plantear exigencias que utópicamente aspiran a transformar el modelo mismo. No creo estar utilizando un argumento demasiado “conservador” si les pido que elijan entre alguna de estas dos alternativas: o los nuevos derechos son compatibles con el paradigma anterior, o no lo son. Si lo son será legítimo preguntar hasta qué punto es verdaderamente “radical” la novedad del paradigma que proponen. Si, por el contrario, se dice que *no* son compatibles será igualmente legítimo preguntarles por qué razón siguen haciendo referencia a un instrumento jurídico que tuvo su razón de ser dentro de una precisa (y, hasta prueba contraria, coherente) concepción del derecho y del Estado; por qué siguen hablando (y en estas cuestiones, los problemas de palabras tienen una importancia decisiva) de “derechos fundamentales” y no buscan técnicas diferentes que se encuentren absolutamente a salvo del vacío y abstracto formalismo que critican.

No se me oculta que la mayor parte de quienes defienden una nueva visión de los “derechos” ponen en tela de juicio la validez del ideal individualista en que cifrábamos, con Bobbio, el origen de los derechos del hombre. Dicen que este ideal no ofrece la representación más adecuada de la sociedad contemporánea; pero hasta la fecha en que un nuevo paradigma se haga realidad es a ellos a quienes les corresponde todavía justificar qué aspectos del antiguo modelo liberal habrán de quedar “superadas” después del reconocimiento de las nuevas pretensiones emergentes.

VI) NUEVAS AMENAZAS PARA LA IGUAL LIBERTAD

Un planteamiento como éste no impide que nuevas demandas ajenas al viejo modelo puedan alcanzar más pronto o más tarde (pero seguramente en breve

plazo, a juzgar por el retórico abuso que se hace del lenguaje de los derechos) reconocimiento jurídico-positivo. El defensor de una concepción positivista de los derechos se declara inerme ante la positivación de cualquier clase de contenido, pues si no podría ser acusado de coincidir con el más ingenuo iusnaturalismo (¿Qué argumento puede esgrimir un positivista coherente para criticar una norma que reconozca, por ejemplo, un derecho a la felicidad?). Pero lo cierto es que en el plano de los ideales políticos, o en el plano de la política legislativa, lo que aquí se propone es aplazar la cuestión del supuesto cambio de paradigma con el objeto de poder concentrar nuestros esfuerzos en la más plena realización del proyecto vigente.³² Desde una actitud “reformista” se puede afirmar que *solamente* algunas pretensiones merecen convertirse en “auténticos” derechos fundamentales.

Por otra parte, no es ninguna novedad admitir que una concepción positivista del derecho y de los derechos asume un conjunto de premisas ideológicas que constituyen su trasfondo normativo. Es posible argumentar desde un punto de vista “externo” a la concepción liberal de los derechos ha demostrado con creces su eficacia al haber sido capaz de satisfacer un conjunto de necesidades básicas a las que nadie parece estar dispuesto a renunciar. Más interesante sería, en cambio, reiterar que este paradigma individualista y liberal contiene un proyecto normativo aún incumplido. No sé si ese proyecto inacabado es (o no) suficiente; pero lo que sí resulta sorprendente es que quienes hacen propuestas nuevas, desde el campo de la teoría o desde posiciones influyentes en la opinión pública, sigan sin medirse con los presupuestos que están latentes en la filosofía de los derechos fundamentales.

La coherencia del modelo individualista y liberal puede ser explicada a partir de distinción entre lo que Luigi Ferrajoli ha denominado ámbito de

³² Ya en 1968 escribía Bobbio: “Creo que hoy en día la discusión en torno a los derechos fundamentales, si quiere evitar convertirse en una discusión académica, debe tener en cuenta todas [sus] dificultades procedimentales y sustanciales [...]. La obtención de una mayor protección de los derechos del hombre está conectada con el desarrollo general de la civilización. [...] No es posible plantear el problema de los derechos del hombre abstrayéndolo de los dos mayores problemas de nuestro tiempo, como son los problemas de la guerra y de la miseria, del absurdo contraste entre el exceso de *potencia* que ha creado las condiciones para una guerra de exterminio y el exceso de *impotencia* que condena grandes masas al hambre. Sólo en este contexto podemos aproximarnos al problema de los derechos del hombre con una visión realista”; N. Bobbio, “Presente e avvenire dei diritti dell’uomo”, en *L’età dei diritti*, cit., p. 43.

“legitimación externa” e “interna”, es decir, entre el punto de vista externo e interno en la justificación de las instituciones políticas y jurídicas.³³ Con arreglo a esta distinción, la crítica de una institución podrá realizarse, desde dentro, en función de criterios positivamente establecidos, o bien desde fuera, en función de otros principios éticos y políticos. La distinción entre ambos niveles de justificación permite evitar la acusación de ingenuo dogmatismo ideológico a quienes ponen de manifiesto la necesidad de mantener la coherencia de un modelo que hasta hoy ha sido, nos guste o no, individualista y formalista. Una visión histórica de los derechos humanos lleva a criticar la tesis de que cualquier pretensión justificada *debe* convertirse necesariamente en un nuevo derecho fundamental.

³³ Cf. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Bari, Laterza, 1990, pp. 203 ss.

LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LA EFICACIA ENTRE PARTICULARES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Alexei Julio Estrada,
Universidad del Externado de Colombia

Sin duda la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales (la *Drittewirkung* según la terminología alemana) constituye uno de los aspectos más polémicos e interesantes de la actual dogmática del derecho constitucional. En efecto, la extensión al ámbito de las relaciones privadas de las libertades constitucionales concebidas inicialmente como prerrogativas individuales frente al Estado, implica no sólo cuestionar muchos de los dogmas propios del ideario liberal que constituyen los pilares del Estado de derecho, al menos en su concepción clásica (como la autonomía privada, el principio de igualdad formal, e incluso, en alguna medida, la separación de poderes) sino que por otra parte, ha supuesto un interesante esfuerzo por parte de los tribunales de constitucionales para adaptar las garantías consagradas en los distintos ordenamientos para protección de los derechos fundamentales —concebidas inicialmente para operar solo frente a lesiones iusfundamentales provenientes de los poderes públicos— a los conflictos que tienen lugar en el tráfico jurídico *inter privatos*.

No interesa, para los fines de esta exposición, debatir las conveniencias o desventajas que haya sido encomendada a los Tribunales Constitucionales la protección de los derechos fundamentales de los asociados, es decir, la famosa jurisdicción de la libertad, utilizando la célebre expresión de Cappelletti,¹ sino simplemente estudiar las implicaciones que trae aparejada tal misión con la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.

Implicaciones que no se limitan a los aspectos procesales de la procedencia del recurso, sino que a su vez tienen profundas consecuencias en las

¹ M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale della libertà*. Milán, Giuffrè, 1976, p. 16.

construcciones doctrinales que emplean o que crean los tribunales, y a la vez generan un interesante juego de competencias entre la jurisdicción constitucional, la jurisdicción ordinaria y el legislador, en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones entre particulares.

Y éste es precisamente el orden que sigue el presente escrito: inicialmente me ocuparé de los problemas procesales que plantea extender a las relaciones entre particulares los mecanismos de protección constitucionales previstos inicialmente sólo frente los actos de los poderes estatales, luego abordaré el complejo arsenal de figuras doctrinales utilizado por los tribunales constitucionales para enfrentar los problemas sustanciales derivados de la *Drittewirkung*, y en último lugar haré referencia al delicado proceso de reacomodación de las funciones que cumplen los distintos actores que intervienen en este entramado de protección —tribunal constitucional, legislador, y jurisdicción ordinaria—; cuyo resultado se puede adelantar desde ahora y se traduce, sin lugar a dudas, en un fortalecimiento del rol de los tribunales constitucionales que asumen el papel protagónico en este difícil juego de competencias, a tal punto que eclipsan a los restantes poderes estatales, mientras que por otra parte se acercan cada vez más al ciudadano común, quien los ve como la última —y en algunos casos también la única— posibilidad de hacer efectivos sus derechos.²

Una vez determinados los temas a tratar, se impone forzosamente una aclaración adicional: la delimitación del objeto de estudio antes esbozada restringe necesariamente y de manera significativa el ámbito de la investigación. Interesarán sólo los casos en que exista una jurisdicción constitucional, ante la cual pueda adelantarse un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, y por último, que dicha jurisdicción se haya declarado a su vez competente para conocer por tal procedimiento conflictos sobre posiciones iusfundamentales que tengan su origen último en relaciones entre particulares. Tales exigencias sólo se cumplen en muy pocos ordenamientos entre los que se cuentan Alemania y en Es-

² No hay que olvidar que la *Drittewirkung* está en el centro de la controversia actual, al menos en Alemania, sobre la misión que incumbe a los Tribunales Constitucionales dentro del conjunto de poderes de un Estado de Derecho. Ver I. Münch, “Justiz-Reparaturbetrieb der Politik”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 32, 1996, pp. 2073 y ss. J. Isensee, “Bundesverfassungsgericht-quo vadis?”, en *Juristen Zeitung*, núm. 22, 1996, pp. 1085 y ss.

paña. Es por esta razón que mi estudio se centra en la práctica jurisprudencial de los tribunales constitucionales de estos dos últimos países.³

1. EL PROBLEMA PROCESAL

Salvo contadas excepciones⁴ el mandato del constituyente de vinculación de los derechos fundamentales sólo comprende a los poderes estatales: el

³ Sin bien el caso alemán es el más conocido respecto de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales no cabe duda que la figura ha sufrido una inusitada difusión en el derecho comparado en los últimos años, fenómeno al que no han sido ajenos los países latinoamericanos, y un número cada vez mayor de ordenamientos de la región admite la posibilidad del amparo contra particulares. Así, en Venezuela, el artículo 20. de la Ley Orgánica de Amparo del 22 de enero de 1988 establece que el amparo procede contra actos de ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones o privadas, que lesionen o amenacen los derechos y garantías protegidos por esta Ley. También en Costa Rica, el artículo 57 de la Ley de Jurisdicción Constitucional (Ley 7135 de 1989), admite este recurso contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos fundamentales. (Ver N. Sagües, “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 74, 1991, pp. 483 y ss. R. Hernández Valle, “La justicia constitucional en Costa Rica”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 105 y ss.) Algo similar ocurre en Perú, en donde el artículo 200 de la Constitución de 1993 establece que procede el *habeas corpus* contra cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual o “los derechos constitucionales conexos” (inciso 1), y que se puede interponer el proceso de amparo ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que lesionen derechos distintos a la libertad individual y a los que son tutelados por el *habeas data*. Se configura de este modo una triple protección frente a los particulares: el *habeas corpus*, el *habeas data* y el amparo. La Ley 23506 de 1982 y sus modificatorias, contienen los principios generales del procedimiento aplicables a cada una de estas garantías. Salvo el *habeas corpus* que se tramita ante la jurisdicción penal, los restantes mecanismos se interponen ante el juez en lo civil. (Ver D. García Belaunde, “La jurisdicción constitucional en Perú”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid, Dykinson, 1997, pp. 842 y ss. S. Abad Yupanqui, “La jurisdicción constitucional en el Perú: antecedentes, balance y perspectivas”, en *Anuario de derecho constitucional iberoamericano*. Medellín, Dike, 1996, pp. 140 y ss.) Caso especial lo constituye la Constitución colombiana de 1991 que prevé en su artículo 86 la procedencia de la acción de tutela frente a las violaciones de los derechos fundamentales imputables a particulares.

⁴ Entre las que se deben contar además de la Constitución portuguesa de 1976 —sin duda la primera en establecer la vinculación de las entidades privadas a los preceptos consagradores de derechos, libertades y garantías (art. 18.1)— la Constitución colombiana de 1991 (ver n. 4).

ejecutivo, el legislativo y el judicial.⁵ Si se entendía que el Estado era el único sujeto obligado por los derechos fundamentales, esto necesariamente debía traducirse en que a su vez la regulación legal de los específicos recursos para la protección de tales derechos ante la jurisdicción constitucional,⁶ sólo se contemplase como posible vulnerador de las libertades constitucionales a los poderes públicos.⁷

Este esquema tan simple y que aparentemente funcionaba sin tropiezos vino a ser desvirtuado por los recientes desarrollos de la dogmática iusfundamental, de los que como ya se anotó la teoría de la eficacia entre particulares forma parte esencial.

Donde cronológicamente se planteó inicialmente la cuestión fue, como es sabido, en Alemania y para explicarlo es menester recurrir al famoso fallo Lüth, ya que en esta decisión el Tribunal Constitucional estableció de una vez y para siempre el procedimiento a seguir en este tipo de supuestos. Es obligado pues, hacer una breve referencia de los hechos (incluyendo las decisiones judiciales previas) que sirvieron de precedente a tan trascendental sentencia.

En el año de 1950 estrenó el director cinematográfico Veit Harlan una película titulada “*Unsterbliche Geliebte*”. El presidente del club de prensa de la ciudad de Hamburgo, Erich Lüth, hizo un llamado al *boykott* de dicho filme, alegando que debido a su actividad durante el Tercer Reich, Harlan se había descalificado para siempre, especialmente al haber reali-

⁵ Lo cual sin duda obedece a precisas premisas ideológicas, propias del constitucionalismo liberal, dentro del cual no se concibe una obligación de la misma naturaleza en cabeza de los particulares, “pues la esfera de la libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo *ilimitada en principio*, mientras que la facultad del Estado para invadirla es *limitada en principio*”. C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 139.

⁶ Es lo que consagra precisamente el artículo 90 de la BVerfG (Ley del Tribunal Constitucional Federal), y el artículo 41 de la LOTC (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

⁷ Ésta es, a su vez, una de las principales contradicciones del constitucionalismo del Estado social, tal como ha puesto de manifiesto con brillantez De Vega, pues consagra unos modelos de protección propios del ideario liberal, que no guardan correspondencia ni con la progresiva importancia de los poderes privados, ni con la evolución doctrinal de los derechos fundamentales. Ver P. de Vega, “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario de la Universidad de Murcia*, núm. 4, 1994, pp. 54 y ss.

zado la cinta *Jud Süâ*, uno de los “más importantes exponentes de la criminal campaña antisemita de los nazis”.⁸ La compañía distribuidora del filme demandó a Lüth por sus declaraciones, y el tribunal de instancia lo halló culpable, y calificó la conducta de Lüth —el llamamiento al *boykott*— como contraria a las buenas costumbres conforme al art. 826 del BGB (Código Civil), y le condenó en consecuencia a abstenerse de seguir emitiendo sus opiniones sobre Veit Harlan y el filme en cuestión.⁹

Lüth interpuso la queja constitucional contra la decisión del tribunal ordinario, y suscitó de este modo —más allá del debate sustancial sobre la *Drittewirkung*— una interesante cuestión de procedimiento, pues era la primera ocasión en que se interponía tal recurso contra una sentencia judicial en firme. Este es el presupuesto procesal sobre el cual se fundamenta la decisión del Tribunal Constitucional alemán: el acto demandado era la decisión de un órgano judicial, por lo tanto el acto de un poder público, que cabía dentro de la legitimación pasiva consagrada por el artículo 90 de la BVerfGG.¹⁰ Con esta argumentación el tribunal se declaró competente para

⁸ Sobre los hechos del caso Lüth ver U. Diederischen, “Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz”, en *JURA–Juristische Ausbildung*, núm. 2, 1997, pp. 58 y ss.

⁹ La decisión del BVerfG (Tribunal Federal Constitucional) salió a la luz en medio de una difícil etapa histórica de la República Federal Alemana, marcada por una cierta tendencia revisionista y estuvo desde el principio claramente influida por el debate político que se adelantaba previa y paralelamente al proceso. Esto lo demuestra la nota final de los fundamentos del fallo, en donde la Sala de decisión cita el protocolo de una sesión del *Bundestag*, en la que en medio de un candente debate parlamentario, el diputado Carlo Schmidt refiriéndose al filme de Veit Harlan, “bajo los aplausos de la izquierda y del partido del gobierno calificó como una vergüenza si la chapuza de ese hombre puede exhibirse en Alemania”. El BVerfG consideró que no podía permanecer indiferente a tal manifestación del órgano representativo del pueblo alemán, al decidir la queja constitucional interpuesta por Lüth. Las declaraciones vertidas en el debate parlamentario hacían imposible ver en el comportamiento de Lüth una contravención de lo dispuesto en el artículo 826 BGB, a causa de que dicho comportamiento correspondía a las “expresiones de un ciudadano independiente, correcto y justo”, que a su vez sólo podía ser descalificado por un ciudadano con mayor responsabilidad política —es decir un parlamentario—, y aún éste tampoco quería hacerlo (BVErfGE, 7, 198 (230). El Tribunal no podía mantenerse impermeable a las presiones políticas que en cierta medida ya habían predeterminado el sentido del fallo: la absolución de Lüth. (Ver U. Diederischen, *Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz, loc. cit.*, p. 58.)

¹⁰ El artículo 90 de la BVerfGG establece en su párrafo 1: “Cualquier persona podrá presentar recurso de inconstitucionalidad (*Verfassungsbeschwerde*) ante el Tribunal Constitucional Federal invocando que ha sido lesionada por la autoridad (*öffentliche Gewalt*) en uno de sus

conocer del recurso interpuesto, pese a que en el fondo de la cuestión se debatía un conflicto surgido en el marco de una relación entre particulares.

El BVerfG achacó la vulneración del derecho fundamental a la sentencia judicial que condenaba a Lüth, y por lo tanto a un poder público. Se inauguraba de esta forma la tesis de la “imputación judicial” de la vulneración, que sigue siendo practicada hasta nuestros días, con algunas variantes, tanto por el BVerfG como por el Tribunal Constitucional Español. Conforme dicha tesis la vulneración de los derechos fundamentales no es imputable al particular, ni tiene origen en la relación *inter privatos*, sino que la ocasiona el juez cuando al aplicar el derecho ordinario para decidir un conflicto entre particulares, lesiona los derechos fundamentales.

Puesto que, siguiendo con la argumentación empleada por el BVerfG en el fallo Lüth, los derechos fundamentales constituyen “un orden objetivo de valores” que irradiia en todos los ámbitos del derecho, también el derecho civil, y “legislación, administración y jurisprudencia reciben de él directrices e impulsos”,¹¹ necesariamente tiene que ser considerados por el órgano judicial al momento de decidir, y de no hacerlo se produciría una vulneración iusfundamental, atribuible al aplicador del derecho.

Pero mientras en el caso Lüth era relativamente fácil atribuir la lesión del derecho fundamental al órgano judicial respectivo, que en su sentencia ordenaba a Lüth abstenerse de su llamamiento al *boykott* y por lo tanto restringía su derecho a la libertad de expresión,¹² tal imputación no iba a ser tan fácil ante supuestos de hecho distintos, tales como los de los casos

derechos fundamentales o en alguno de los derechos enunciados en los artículos 20, apartado 4, 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental”.

¹¹ BVerfGE, 7, 198 (205).

¹² En esta argumentación está ya presente el intrincado problema de las relaciones entre la dimensión subjetiva y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. En efecto, si la vulneración en este caso se produce porque el juez no tiene en cuenta el efecto de irradiación de los derechos fundamentales al interpretar la cláusula de buenas costumbres del art. 826 del BGB, entonces, en última instancia lo que reprocharía el BVerfG al juez ordinario es la lesión de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que sería entonces el fundamento de la queja constitucional. Pero, simultáneamente, se hace énfasis en la naturaleza de la sentencia como acto de un poder público que equivale a una intrusión en la esfera iusfundamental de Lüth, y por lo tanto los derechos fundamentales seguirían actuando dentro de su clásica función de derechos de defensa contra actos del poder público, es decir, en su vertiente subjetiva.

Lebach¹³ y Blinkfuer,¹⁴ cuando lo que se exigía era precisamente lo contrario, es decir, que el órgano judicial actuara para impedir una vulneración por un particular a los derechos fundamentales y los tribunales se abstuvieron de brindar la protección solicitada.

En estos eventos, como acertadamente señala Oeter,¹⁵ es imposible atribuir la lesión iusfundamental a los tribunales, a menos que se recurra a la figura del deber de protección, opción a la que sin embargo, no se acoge el BVerfG en los casos en comento, sino que prefiere basar su argumentación en el concepto de orden de valores y de eficacia objetiva de los derechos fundamentales.¹⁶

Con estos ejemplos se ponen de manifiesto los problemas que encierra la teoría de la imputación judicial, problemas que obligan a recurrir a construcciones doctrinales complejas, que enturbian aún más el confuso panorama de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Se establece, así, una intrincada trama entre supuestos procesales y justificaciones doctrinales, agravada por el hecho que el BVerfG no siempre conserva la pureza doctrinal a ultranza que le exigen sus críticos, debido en cierta medida a que tampoco le interesa hacerlo, puesto que de esta manera

¹³ En este caso el quejoso, que había sido condenado por complicidad en el asesinato de unos soldados y en el robo de armas de un depósito que custodiaban, pretendía evitar que se emitiera un documental sobre el crimen en televisión pues estaba próximo a abandonar la prisión y consideraba que la emisión del programa en donde aparecía fotografiado y además se mencionaba expresamente su nombre, afectaba su derecho a la intimidad y ponía en riesgo sus posibilidades de resocialización, sin embargo los tribunales se habían negado a impedir la emisión de la película [BVerfGE 35, 202].

¹⁴ Se trataba de la queja constitucional interpuesta por un pequeño semanario contra un poderoso grupo editorial que había boicoteado su distribución, cuyas pretensiones habían sido desestimadas por la jurisdicción ordinaria [BVerfGE 25, 256].

¹⁵ S. Oeter, “Drittewirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatesrechts”, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, t. 119, Cuaderno 4, 1994, p. 537.

¹⁶ La argumentación utilizada por el BVerfG en estos casos la sintetiza Starck de la siguiente manera: “Si el juez desconoce el contenido normativo de un derecho fundamental, entonces no sólo atenta contra el derecho constitucional objetivo, sino que, en cuanto titular del poder público, lesiona con sus sentencia el derecho fundamental a cuyo respeto el ciudadano tiene derecho. Tiene lugar, pues, una mutación, no fundamentada con más detalle, de la decisión jurídico objetivo acerca de los valores, que se inserta en los derechos fundamentales, en una decisión jurídico-subjetiva”. C. Starck, “Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, 1998, p. 20.

evita atarse a rígidas construcciones dogmáticas que supondrían un obstáculo a su línea jurisprudencial con un contenido claramente garantista y expansivo de los derechos fundamentales.

No obstante, se puede afirmar siguiendo a Classen,¹⁷ que a partir del fallo Lüth el Tribunal nunca se ha vuelto a plantear la cuestión procesal: En ningún proceso se echa en falta el acto de un poder estatal, y las quejas constitucionales se dirigen casi siempre en contra de sentencias judiciales, incluso en las últimas y polémicas decisiones sobre el deber de protección contra sí mismo, que serán tratadas más adelante.¹⁸

Pero mientras en el caso alemán las sentencias judiciales caben dentro de los amplios márgenes de actos de poder público que establece el artículo 90 de la BVerFGG, la regulación española introduce dificultades adicionales al regular en detalle el amparo contra sentencias judiciales.

El literal b) del artículo 44 de la LOTC,¹⁹ erige obstáculos aparentemente insalvables a cualquiera posibilidad de que se resuelva mediante amparo violaciones cuyo origen real provenga de un conflicto entre particulares. En efecto, la combinación de la exigencia del origen inmediato y directo²⁰ de

¹⁷ C. D. Classen, “Die Drittewirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, t. 121, Cuaderno 4, 1997, pp. 71 y ss.

¹⁸ Así, por ejemplo, en el caso del agente comercial, el BVerfG consideró que las sentencias de los jueces ordinarios limitaban al demandante en su libertad de elegir profesión u oficio [BVerfGE 81, 241 (253)].

¹⁹ En efecto, el artículo 44 de la LOTC establece:

1. Las violaciones de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.

b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron acerca de los que, en ningún caso entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

c) Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto, como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello.

2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

²⁰ A la que como hace notar Fernández Farreres dos veces hace alusión el artículo 44, la primera en el 44.1 cuando refiere la violación a las acciones u omisiones “que tuvieran su ori-

la vulneración en la actuación del órgano judicial, con la prohibición que el Tribunal conozca de los hechos que dieron origen al proceso, interpretada no ya literalmente, sino al menos con un mínimo respeto al tenor de la ley, cerraría las puertas de modo definitivo a cualquier intento de hacer efectiva la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales haciendo uso del amparo contra sentencias judiciales.

Pero el Tribunal Constitucional ha superado las trabas legales y “una amplia y flexible interpretación jurisprudencial del requisito de la imputación, viene a posibilitar que, a través de este cauce procesal, tengan acceso al amparo constitucional las vulneraciones de derechos producidas por simples particulares”.²¹ De este modo lesiones que tuvieron origen en las relaciones entre particulares y que no han sido reparadas de modo conveniente por la jurisdicción ordinaria, pueden por una vía indirecta ser objeto de amparo ante el Tribunal Constitucional: imputando la violación del derecho fundamental a la sentencia judicial.²²

En los primeros casos en que el Tribunal admitió este tipo de recursos ni siquiera examinó su procedibilidad a la luz de los requisitos establecidos por el artículo 44 de la LOTC, simplemente entró a estudiar la resolución judicial impugnada. Son los casos de las SSTC 38/81, 21/82 y 27/82. Sin embargo, en la STC 78/82, por vez primera se abordó explícitamente la cuestión,²³ para

gen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial”, y la segunda en el apartado b) del mismo artículo cuando utiliza la expresión “que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial”. Ver G. Fernández Farreres, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título II de la LOTC*. Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 159-160.

²¹ *Ibid.*, p. 159.

²² El Tribunal siempre ha rechazado categóricamente la procedencia del amparo contra los actos de los particulares, así por ejemplo en el Auto 162/1985, al estudiar la admisibilidad de un recurso de amparo interpuesto contra un hospital que actuaba como un empresario más, sometido a la legislación laboral, afirmó que “sus actos, al igual que los de cualquier otro particular, efectuados como sujeto de relaciones interprivadas, no son en sí y por sí revisables por este Tribunal” (F.j. 1o.). Ver J. M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 135 y ss.

²³ Sin duda debido a que estaba obligado a hacerlo, pues las alegaciones que formula el demandado en su escrito de oposición a la demanda de amparo no le dejaban otra opción. En efecto, afirma éste que “el amparo se solicita realmente no frente a actos judiciales, sino frente a acto de un particular lo que es ajeno al recurso de amparo”. En esta oportunidad sostuvo el juez constitucional:

finalmente en la STC 55/83,²⁴ formular definitivamente la doctrina de la imputación judicial según la cual en estos casos si bien la vulneración de los derechos fundamentales tiene origen en las relaciones entre particula-

El primer punto que debemos abordar es el planteado por la empresa [...] en orden a determinar si la cuestión suscitada excede o no el ámbito del recurso [...] La Sala no puede compartir la afirmación de que el recurso no se dirige contra una resolución de un poder público (sino frente a actos de un particular). Basta leer la demanda, y su suplico, para poder afirmar que el objeto del recurso es la Sentencia de Tribunal Central de Trabajo de 30 de enero de 1982, en cuanto revoca la de Magistratura, y con ello infringe, a juicio del actor, el derecho de representación sindical (F.j. 1o.).

²⁴ Se trataba de un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia de la Magistratura del Trabajo. El actor, representante sindical había demandado a la empresa alegando que ésta lo discriminaba salarialmente debido a su actividad sindical, y había solicitado el cese de las prácticas discriminatorias así como el pago de una cantidad que se le debía de conformidad con la Ordenanza Laboral aplicable a su caso. En la sentencia que pone fin al proceso ordinario, el juez se limitaba a declarar infundada la pretensión del trabajador del pago de la cantidad en cuestión, sin pronunciarse sobre las discriminaciones alegadas por el actor, que recurre en amparo contra dicha resolución judicial, por la vulneración de los artículos 14, 24 y 28 CE. Por esa razón el juez constitucional estimó procedente el amparo y afirmó:

Con respecto a la cuestión de si, cuando las presuntas violaciones a los derechos fundamentales son debidas a un particular, cabe recurso de amparo para su protección, entiende esta Sala que cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia previo análisis de los hechos denunciados, es la sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión. Si el órgano que la dictó incurrió sin más en la violación del artículo 24.1, la circunstancia de que el derecho no atendido sea un derecho fundamental lleva consigo a su vez la conculcación del artículo que lo reconoce (aquí el 28.1) (F.j. 5o.).

Tesis que sería reiterada en el fundamento jurídico sexto de la STC 18/84:

[...] el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales cuando los poderes políticos han violado tal deber. Esta violación puede producirse respeto de las relaciones entre particulares cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos, que normalmente corresponde a los Jueces y Tribunales a los que el Ordenamiento encomienda la tutela general de tales libertades y derechos (art. 41.1 de la LOTC). En este sentido, debe recordarse que el Tribunal ha dictado ya sentencias en que ha admitido y fallado recursos de amparo contra resoluciones de los órganos judiciales, cuando los actos sujetos al enjuiciamiento de los mismos provenían de particulares...

res lo que se podría llamar causa última de la vulneración es la sentencia judicial que no restableció las libertades conculcadas.

Reconoce entonces el Tribunal que el acto que provoca la vulneración los derechos fundamentales tiene origen en una relación entre privados, pero, sin embargo, se requiere la intervención de un poder público, y la mediación de un acto estatal, la sentencia judicial, para que tal vulneración pueda ser objeto de amparo. Se podría plantear el interrogante de si necesariamente la violación por los órganos judiciales de los derechos fundamentales, implicaría siempre una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrada por el artículo 24.1 de la CE,²⁵ sin embargo, el Tribunal Constitucional en repetida jurisprudencia²⁶ ha aclarado este punto, desvirtuando tal interpretación, de manera que la lesión que se le imputa al órgano judicial acusado puede referirse a no haber restablecido en su sentencia cualquiera de los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 53.2 CE.²⁷

Un análisis jurisprudencial permite también constatar la ligereza con que el Tribunal Constitucional español hace frente al tantas veces aludido re-

²⁵ En realidad ésta sería la única interpretación posible si el Tribunal respetara a cabalidad el requisito establecido por el artículo 44.1 literal b) que exige que la vulneración tenga origen inmediato y directo en la actuación del órgano judicial, que no guarde relación con los hechos que son materia del proceso.

²⁶ Véase, por ejemplo, las SSTC 47/85, 88/85, 90/85, 51/88, 231/88. Bilbao constata una excepción en la STC 18/92, cuando en su fundamento jurídico tercero afirma que el recurso de amparo debe circunscribirse a “las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales inmediatamente imputables a la referida Sentencia, cosa que —ante la inexistencia de toda alusión expresa o tácita al artículo 24 de la Constitución— resulta a todas luces manifiestamente inviable” (ver J. M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, pp. 173-174). En todo caso se trata de una desviación puntual de la orientación jurisprudencial dominante.

²⁷ Tal postura queda suficientemente clara en la STC 231/1988:

La Sentencia del Tribunal Supremo que ahora se impugna aparece, pues, como directamente relacionada (al restablecerla y mantener sus efectos) con una situación que la recurrente estima atentatoria a sus derechos; y por ello, y en cuanto los jueces y Tribunales están obligados por el artículo 53.2 CE a la tutela de los derechos y libertades de los artículo 14 a 29, así como del 30.2 CE, procede afirmar que la sentencia atacada en amparo ha dado lugar, en forma “inmediata y directa”, como exige el artículo 44.1 LOTC, a la situación que la recurrente mantiene que vulnera sus derechos fundamentales. Por tanto, lo que procede examinar, como objeto del presente amparo, es si la Sentencia mencionada efectivamente atenta a los derechos fundamentales que se alegan (F.j. 1o.).

quisito de que la lesión tenga origen inmediato y directo en la sentencia judicial. No se observa por parte del juez constitucional ningún esfuerzo interpretativo interesante —tal vez porque cualquiera maniobra resultaría ineficaz con miras a salvar el evidente escollo legal—, para justificar que se le impute a las resoluciones judiciales, vulneraciones cuyo verdadero origen está en las relaciones entre particulares. Se trata sin duda de un artificio, ficción, o incluso un subterfugio,²⁸ útil en la medida en que ha servido para superar la restricción impuesta por la LOTC que limita el amparo únicamente a las vulneraciones provenientes de poderes públicos.

2. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LA DOCTRINA SOBRE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

Si bien la *Drittewirkung* inicialmente fue una preocupación de los teóricos del derecho constitucional, el BVerfG no tardó en incorporarse al debate doctrinal con ocasión del famoso fallo Lüth. Aunque en dicha oportunidad el Tribunal pretendió mantenerse al margen de la discusión iniciada entre Dürig y Nipperdey, sobre la eficacia mediata o inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares,²⁹ la línea argumental que

²⁸ Como coincide en calificarlo casi toda la doctrina española, ver, entre otros, X. Domenech Pibernat, “Los pronunciamientos contenidos en las sentencias de amparo constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, 1990, pp. 176, 187 y ss. G. Fernández Farreres, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título II de la LOTC*. Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 167 y ss. I. Díez-Picazo Giménez, “Reflexiones sobre el contenido y los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo”, en AA. VV., *La sentencia de amparo constitucional (Actas de las primeras jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 22 y ss. J. M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 223.

²⁹ Como es sabido, Dürig y Nipperdey son los autores de las tesis más extendidas sobre la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales: la eficacia mediata o indirecta y la eficacia directa o inmediata. Mientras que para el primero —Dürig— los principios y las cláusulas generales del derecho deben servir como puntos de irrupción de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado —teoría de la eficacia indirecta—; y corresponde en principio a la ley establecer la manera en que debían regir las libertades constitucionales en el marco del derecho privado, y sólo excepcionalmente en algunos casos, ante la existencia de vacíos normativos puede el intérprete colmar las lagunas existentes en el ordenamiento mediante el recurso

adoptó en esa oportunidad supone que en última instancia se identifica plenamente con la tesis de la eficacia mediata, y de esta manera condicionó el desarrollo doctrinal futuro sobre dicha problemática en Alemania, en su mayoría favorable a tal modalidad.

A partir de esa decisión el BVerfG tomó el relevo en el debate que hasta entonces se desarrollaba en la literatura especializada, y asumió el papel de guía no sólo en dicho ámbito, sino en el de la dogmática de los derechos fundamentales en general. Figuras como el deber de protección —casi por completo de creación jurisprudencial—, o los más recientes fallos sobre la protección iusfundamental contra sí mismo, justifican tal afirmación, a la vez que son una muestra de la tarea emprendida desde hace ya casi medio siglo por el BVerfG, cuyo resultado hasta ahora ha sido una expansión constante de la esfera de los derechos fundamentales, en un proceso que al parecer no conoce límites —salvo los que en cada ocasión se señala el mismo Tribunal—, y que ha terminado por provocar la preocupación y la reacción de una parte cada vez más numerosa de la doctrina.

Pero en esta materia cabe hacer una clara distinción entre la actitud asumida por el BVerfG y el Tribunal Constitucional Español, pues mientras el primero no duda en innovar doctrinalmente, aun a costa de exponerse a los ataques de sus detractores; el segundo ha preferido adoptar una línea ambigua, sobre todo en la materia que es objeto de este trabajo, es decir, la *Dritt-wirkung*, con escasos pronunciamientos doctrinales. Además, en consonancia con el papel de precursor que ha asumido el juez constitucional alemán, ha conseguido extender la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales a ámbitos inconcebibles para el tribunal español, lo que demuestra que Alexy pecó por defecto cuando afirmaba que en definitiva las construcciones sobre la *Dritt-wirkung* eran equivalentes en cuanto a sus resultados,³⁰ pues partiendo de la tesis que en principio parece brindar un menor ángulo de incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*

directo a los derechos fundamentales (ver G. Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*. Munich, Beck, 1958-1986, pp. 64 y ss., números marginales 127 a 132). Para Nipperdey los derechos fundamentales consagrados en la GG, eran directamente aplicables en las relaciones entre particulares sin necesidad de mediación alguna —tesis de la eficacia inmediata— (ver H. Nipperdey, “Freie Entfaltung der Persönlichkeit”, en *Die Grundrechte* IV (2o. medio tomo), Berlín, Duncker & Humboldt, 1962, pp. 743 y ss.

³⁰ Ver R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 511 y ss.

—la eficacia mediata—, el BVerfG ha sabido construir un esquema de protección tan amplio y consistente, que rebasa incluso las más aventuradas representaciones de Nipperdey y otros teóricos de la eficacia inmediata.

Sin más preámbulos, abordemos entonces el estudio de las principales construcciones de la dogmática de los derechos fundamentales, relacionadas con la *Drittewirkung*, desde la óptica de la jurisprudencia constitucional.

2.1. *La dimensión objetiva de los derechos fundamentales*

Aunque, la dimensión objetiva de lo derechos fundamentales tiene una magnitud que trasciende el ámbito de su eficacia en las relaciones entre particulares, no hay que olvidar que el mismo tribunal en el fallo Lüth empleó el tópico del “orden de valores” para explicar la misión que éstos han de cumplir en el conjunto del ordenamiento jurídico.

De este modo el BVerfG entra entonces de lleno en el complejo problema de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, cuya dificultad ya pone de manifiesto la abundancia terminológica del mismo juez constitucional. Tómense, a manera de ejemplo, sólo algunas de las expresiones con que se intenta describir la dimensión objetiva: “orden objetivo de valores” (*objektive Wertordnung*), “sistema de valores” (*Wertsystem*), “decisión constitucional fundamental” (*verfassungsrechtliche Grundentscheidung*), “derechos fundamentales como normas objetivas” (*Grundrechte als objektive Normen*).³¹ Pero tal riqueza terminológica es aún superada por la jurisprudencia posterior: “principio valorativo” (*Wertentscheidende Grundsatznorm*),³² “decisión valorativa jurídico-objetiva” (*objektivrechtliche Wertentscheidung*),³³ “principios estructurales” (*Strukturprinzipien*),³⁴ son sólo otras muestras de las múltiples acepciones empleadas.

En el fallo Lüth el BVerfG no profundizó en el concepto de la dimensión objetiva, se limitó a señalar su principal consecuencia: el efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre el conjunto del ordena-

³¹ R. Alexy, “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, en *Der Staat*, t. 29, Cuaderno 4, 1990, p. 51.

³² BVerfGE 35, 79 (112).

³³ BVerfGE 49, 89 (142).

³⁴ BVerfGE 31, 58 (69).

miento jurídico, y esto se explica principalmente debido a que como hemos hecho antes mención en esa oportunidad se podía seguir concibiendo la actuación de los derechos fundamentales como derechos de defensa (es decir, en su dimensión subjetiva) frente a un acto estatal: la sentencia impugnada que impedía al quejoso el ejercicio de su libertad de expresión. Nada añadía entonces la dimensión objetiva a la estructura jurídico-procesal del debate, pues los derechos fundamentales se comportaban como típicos derechos de defensa frente a una intrusión que provenía de un poder público.

No obstante, pasados algunos años, el BVerfG se enfrentó con nuevas situaciones en las que la mera anulación de la sentencia recurrida ya no hubiera bastado para satisfacer las pretensiones del quejoso, son los casos Blinkfuer y Lebach a los que ya se ha hecho mención.³⁵ En ambos casos el demandante había solicitado en vano la protección por parte de los tribunales ordinarios, ante conductas de un particular que suponían una intrusión en su esfera iusfundamental.

Entonces, el BVerfG decidió recurrir al concepto de orden objetivo de valores, para justificar en tales supuestos la procedencia de la *Verfassungsbeschwerde*. En principio la formulación de los derechos fundamentales a modo de orden objetivo de valores podría hacer pensar que como tales, en el marco de la eficacia mediata frente a terceros, no confieren facultad subjetiva alguna, sino que sólo implican la obligación judicial de interpretar el ordenamiento jurídico privado a la luz de los principios constitucionales. Pero, por el contrario, el BVerfG sostuvo que la conducta del juez al hacer caso omiso de la influencia del contenido objetivo de un derecho fundamental en las relaciones *inter privatos*, supone no sólo lesionar el derecho constitucional objetivo, sino también vulnerar al quejoso en su derecho constitucional subjetivo.³⁶

Se ponen de manifiesto nuevamente las complicadas interrelaciones entre los problemas procesales y doctrinales. Sin embargo, dichos fallos consti-

³⁵ Véase nn. 13 y 14.

³⁶ Para Classen se trataría de una especie de responsabilidad compartida tanto por el juez que desconoce el contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales, como por el particular que con su conducta lesiona la posición iusfundamental del quejoso. Por lo que en definitiva, en estos casos, los derechos fundamentales siguen actuando como derechos de defensa sólo que no exclusivamente frente al Estado, sino también frente a terceros. Ver C. D. Classen, *Die Drittirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung...*, loc. cit., pp. 81 y ss.

tuyen una clara excepción en la línea argumentativa del BVerfG, que posteriormente ante supuestos similares ha preferido una fundamentación más cercana al deber de protección.³⁷ No obstante no cabe desconocer que para el BVerfG la dimensión objetiva sigue siendo la gran construcción madre que justifica el influjo de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico privado, bien sea a través de la *mittelbare Drittirkung* o mediante el deber de protección.³⁸

Es incuestionable que el Tribunal Constitucional Español ha también reconocido la doble dimensión de los derechos fundamentales,³⁹ se trata sin embargo de declaraciones aisladas que no han significado una toma de posición en un determinado sentido respecto de los problemas relacionados con la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales o el deber de protección.

³⁷ Un ejemplo de ello es el fallo C-Waffen en el que el BVerfG sostuvo: “El artículo 2.2.1 GG no garantiza simplemente un derecho de defensa subjetivo sino que representa al mismo tiempo una decisión valorativa jurídico-objetiva de la Constitución, la que es válida para todos los ámbitos del derecho y crea deberes de protección constitucionales [...] Si estos deberes son lesionados, entonces ocurre una vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 2.2.1. GG” [BVerfGE 77, 170 (214)].

³⁸ Argumentación empleada en los recientes fallos del agente comercial, y de la fianza.

³⁹ Baste para ello citar un aparte de la STC 25/1981 de 14 de julio, en su fundamento jurídico quinto:

Los derechos fundamentales tienen un doble carácter. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en el ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho, y más tarde en el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución...

Y aún en término más claros en la STC 53/1985 de 11 de abril cuando afirma:

Los derechos fundamentales son componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la Constitución, el fundamento del orden público y la paz social (F.j.4o.).

2.2. *Eficacia mediata o eficacia inmediata*

Hecha la precisión anterior, entramos en el meollo de la cuestión, es decir, por cual de los modelos tradicionales de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales (ver n. 30) se han decidido los Tribunales.

En el caso del BVerfG el problema puede ser resuelto sin dificultades, y aunque en el fallo Lüth el juzgador, eludiera elegantemente la cuestión, la solución adoptada demuestra que finalmente se decidió por la tesis de la eficacia mediata: la *mittelbare Drittirkung*. Entonces, los derechos fundamentales actúan en el ordenamiento jurídico como líneas directrices,⁴⁰ en la aplicación e interpretación de las cláusulas generales y otros conceptos indeterminados.⁴¹ Por tal razón las libertades constitucionales se transforman en pautas interpretativas del ordenamiento jurídico privado, especialmente de aquellas disposiciones del BGB que se refieren a conceptos y cláusulas generales del derecho, como los de buena fe y buenas costumbres, que traen los artículos 138 y 242, entre tantos otros. Sin embargo, todo parece indicar, aunque es todavía precipitado decirlo, que lentamente este tipo de argumentación ha ido siendo reemplazada por una más próxima al deber de protección.⁴²

Más difícil resulta la cuestión si se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. En efecto, no hay referencia alguna en las sentencias de amparo al tipo de eficacia por la que se decante el Tribunal. Sin embargo, sí existen algunos indicios que apuntan en direcciones diferentes, lo que explica la confusión existente en la doctrina.

Así por ejemplo los partidarios de la eficacia mediata podrían valerse de la STC 6/1988,⁴³ en la que el Tribunal parece emplear los derechos funda-

⁴⁰ BVerfGE 7, 198 (208).

⁴¹ BVerfGE 7, 198 (210).

⁴² De lo que sería prueba, por ejemplo, los fundamentos jurídicos de los casos del agente comercial y de la fianza.

⁴³ Se consigna textualmente en la sentencia en cuestión:

Lo que se pide a este Tribunal es en consecuencia que entre a determinar si, en el caso de haber ejercido el actor alguno de los derechos fundamentales que invoca, su limitación por la causa del despido que aquí se aplicó [...] fue o no constitucionalmente correcta, esto es, si se acomodó tal restricción al ámbito de los derechos mismos, según quedan

mentales para establecer el alcance de conceptos generales que a su vez hacen parte de la relación jurídico laboral. Entonces, tales conceptos obran como puntos de irrupción de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico laboral, y el juzgador debe tener en cuenta el núcleo protegido por el derecho fundamental específico al momento de decidir si la conducta del trabajador se ajusta a las exigencias de la buena fe contractual —como sucede en este caso en concreto.⁴⁴

Sin embargo también hay otras declaraciones del Tribunal, que podrían interpretarse como favorables a una eficacia inmediata, se trataría, entonces, simplemente de la vigencia de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones jurídico-privadas sin necesidad de puntos de irrupción, de cláusulas o conceptos generales capaces y necesitados de ser colmados valorativamente.⁴⁵

Igual sentido puede atribuirse a la Sentencia 177/1988, cuando sistematizando anteriores pronunciamientos el Tribunal, consignó que el hecho que

estos configurados al seno de la relación jurídico-laboral. No es ésta una cuestión que resulte ajena a nuestra Jurisdicción en un recurso como el presente pues las categorías que ordenan el recto desenvolvimiento de las relaciones contractuales (las de “lealtad”, “confianza” y “buena fe”) pueden ser objeto de examen por este Tribunal —y no sólo por los órganos judiciales ordinarios, inicialmente llamados a su interpretación— cuando tales nociones sirven para delimitar, en el proceso, el ámbito que corresponde a un derecho fundamental (F.j.4o.).

⁴⁴ No obstante, como señala acertadamente Pardo Falcón, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional ha abandonado progresivamente el uso de tales conceptos y cláusulas generales para resolver este tipo de conflictos, sustituyéndolos por otro tipo de instrumentos, como el principio de proporcionalidad. Los hitos de dicha evolución jurisprudencial los constituyen las SSTC 99/1994 y la 6/1995. Ver J. Pardo Falcón, “Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 49, 1997, pp. 299 y ss.

⁴⁵ Tal es el sentido de la máxima acuñada por el Tribunal Constitucional en la STC 88/1985, tantas veces reiterada en conflictos de naturaleza laboral, según la cual:

Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos, respecto del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 de la CE, legitima el que quienes prestan servicio en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y sus libertades públicas (F.j.2o.).

el artículo 53.1 de la Constitución sólo establezca de manera expresa la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales no implica “una exclusión absoluta de otros destinatarios”, dado que, como señala la STC 18/ de 1984 “en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”.⁴⁶ “Las relaciones entre particulares si bien con ciertas matizaciones no quedan, pues —prosigue la STC 177/1988—, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la igualdad de trato” (F.j.2o.).

No obstante, los ejemplos citados corresponden a declaraciones aisladas, que si bien son ocasionalmente reiterados por la jurisprudencia, de ningún modo permiten configurar una argumentación sólida a favor de la eficacia directa o indirecta.⁴⁷ A mi juicio, esto es una manifestación más de lo intrincado que resulta el problema de la *Drittewirkung* en España, en donde, incluso en mayor medida que en Alemania, los problemas procesales influyen decisivamente en las cuestiones doctrinales. Mientras que por un lado los casos de eficacia entre particulares siempre han tenido origen en conflictos jurídico-privados que se tramitan ante la jurisdicción ordinaria, en principio el amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional versa sobre la interpretación del ordenamiento jurídico privado a la luz de los derechos fundamentales, o sea que se trataría en principio de eficacia mediata. Por otra parte, al imputar al juez la vulneración que tiene origen en la relación *inter privatos* —para sortear las trabas impuestas por el art. 44.1 b) de

⁴⁶ Curiosamente, para Alfaro el Tribunal Constitucional al afirmar la “vigencia social” de los derechos fundamentales, lo que hace es negar la eficacia directa de los mismos en las relaciones entre particulares. (Ver J. Alfaro Águila-Real, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 46, 1993, pp. 69 y ss.) Esta interpretación es cuando menos contradictoria, y sólo puede entenderse en el marco de la apasionada defensa que hace este autor de la doctrina del deber de protección.

⁴⁷ Sin embargo la doctrina más reciente en España afirma que el Tribunal Constitucional se ha decantado por la tesis de la eficacia inmediata al respecto puede verse J. M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, pp. 145 y ss. y 325 y ss., y R. Naranjo de la Cruz, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000, pp. 206 y ss.

la LOTC—, se introduce un elemento perturbador que varía sustancialmente la configuración inicial del problema.

Porque, en definitiva todo giraría en torno a la vinculación de un poder público a los derechos fundamentales, en este caso la obligación del juez ordinario de realizar los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado. Y tal construcción, no corresponde en esencia ni a la eficacia mediata, ni a la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, ya que en el fundamento de la pretensión no está la obligación de los particulares de respetar las libertades constitucionales, sino el deber de un poder público —la jurisdicción ordinaria en este caso—, de realizar las mismas.⁴⁸

2.3. El deber iusfundamental de protección

En definitiva, si la teoría de la imputación judicial adoptada por el Tribunal Constitucional Español, se basa en la vinculación directa de los poderes públicos a los derechos fundamentales, corresponde a los presupuestos de la figura del deber de protección. De tal modo que la autoría de la lesión iusfundamental no se le atribuye a un particular, sino al órgano estatal que incumple con el mandato de protección que le ha sido constitucionalmente encomendado. Ese tipo de argumentación no obstante sólo ha sido em-

⁴⁸ Por otra parte se podría intentar separar el problema procesal del doctrinal y afirmar como hacen Bilbao Ubillos y De la Cruz Naranjo, que el hecho que el recurso de amparo sólo opere cuando se le pueda imputar la vulneración del derecho fundamental al poder judicial nada tiene que ver con la tesis sobre la eficacia de los derechos fundamentales que acoja el Tribunal, pues este último lo que intenta es superar los estrechos límites de procedencia del recurso constitucional a la luz de la LOTC. Sin embargo un razonamiento de esta naturaleza elude a su vez una cuestión esencial y es que no bastan declaraciones sobre el sentido de la vinculación de los particulares al catálogo de libertades si es necesario recurrir necesariamente a imputaciones a los órganos del poder público para poder hacer efectiva la garantía consagrada para su protección, en otras palabras, de nada vale un discurso favorable a la eficacia inmediata si siempre es necesario impugnar las sentencias judiciales para poder hacer efectivo el amparo; piénsese en aquellas hipótesis en que el particular afectado no haya recurrido a la jurisdicción ordinaria para intentar el restablecimiento de su posición jurídica iusfundamental afectada: en estos casos, debido precisamente a que el amparo no opera en el marco de las relaciones entre particulares, nada podría hacerse.

pleada tímidamente por la jurisprudencia constitucional española, y en principio con unos alcances muy limitados.

Si bien en España no faltan los defensores de esta figura,⁴⁹ los pronunciamientos del Tribunal hasta la fecha han sido pobres y esquemáticos.⁵⁰ No obstante, puede interpretarse en clave del deber de protección la tantas veces repetida afirmación del Tribunal Constitucional, en cuanto que el objeto de control en amparo, en los casos de la imputación judicial de una lesión iusfundamental que ha tenido lugar en las relaciones entre particulares, es la falta de tutela de los derechos fundamentales por parte de las resoluciones judiciales impugnadas.⁵¹

Una interesante excepción la constituye el Auto 382/1996,⁵² en donde por primera vez el Tribunal se pronuncia a fondo sobre la figura en estudio.⁵³ En esta oportunidad en particular la jurisprudencia española parece aceptar la dogmática constitucional alemana sobre el deber de protección.

⁴⁹ Entre los que se cuentan J. Alfaro Aguilera-Real, *Autonomía privada y derechos fundamentales*, *loc. cit.*; J. Ferrer I Riba y S. Coderch, “Asociaciones, democracia y Drittewirkung”, en S. Coderch, coord., *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid, Cívitas, 1997.

⁵⁰ Así, por ejemplo, en la STC 18/84 se afirma: “[...] la sujeción de los poderes públicos a la Constitución se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo, a los jueces y tribunales en el ámbito de sus funciones respectivas” (F.j.4o.). En el mismo sentido, la STC 53/1985 sostiene que: “Los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste [...] la garantía de su vigencia ha de ser asumida también por el Estado”, lo que comprende “la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan” (F.j.2o.).

Igualmente hay algunas alusiones al deber de los tribunales ordinarios de proteger los derechos fundamentales, en la Sentencia 129/1989 del 17 de julio, cuyo fundamento jurídico tercero recita: “La significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente obliga al legislador a proteger los valores positivizados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales”.

⁵¹ Ver, entre otras, las sentencias STC 47/1985, F.j.5o., 88/1985, F.j.4o., 6/1988, F. J. 1o., y 231/1988, F.j.1o.

⁵² En el fondo de la cuestión se debatía un conflicto entre particulares con motivo de la expulsión de un estudiante de un colegio privado no concertado. Aunque finalmente el recurso de amparo no fue admitido, este Auto cobra gran relevancia por la doctrina que consigna el Tribunal sobre los alcances y la naturaleza del deber de protección.

⁵³ Por su importancia se transcribe a continuación parte del fundamento jurídico tercero:

En efecto, en una providencia que compendia la doctrina sobre la materia el tribunal se adscribe a la tesis de la doble dimensión de los derechos fundamentales, reconociéndoles una eficacia objetiva con unos contenidos y unos alcances distintos a la tradicional concepción de los derechos fundamentales como derechos subjetivos de defensa frente al Estado. De esta dimensión objetiva se desprende el deber de protección de los poderes públicos, que corresponde en primera instancia al legislador, pero que también incumbe a los jueces y tribunales ordinarios. Es entonces por la violación de dicho deber de protección que se le imputa al órgano judicial la vulneración que en realidad ha tenido lugar en las relaciones entre particulares.

Vuelve, pues, una vez más, a plantearse ante nosotros una pretendida conculcación de derechos fundamentales suscitada en el seno de las relaciones entre particulares; circunstancia que, naturalmente no impide el examen de la pretensión actora, por más que la Constitución a efectos de su garantía, no contemple la vinculación directa de los ciudadanos a los derechos y libertades (art. 53.1 CE), y que en consonancia con ello, sólo quepa la interposición del recurso de amparo frente a la actuación de los poderes públicos (art. 41.2 LOTC). Cabe recordar a este respecto que los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico. Como consecuencia de este “doble carácter” de los derechos fundamentales (STC 25/1981 fundamento jurídico 50.), pende sobre los poderes públicos una vinculación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos citada; en su vertiente jurídico-objetiva, reclama genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven al fin de la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resultan concernidos [...] Y aunque el deber de protección de los derechos fundamentales se proyecta en primer término y señaladamente sobre el legislativo, ya que, al recibir de ellos “impulsos y líneas directivas” encauzadores de su actividad legiferante (STC 53/1985, fundamento jurídico 40.), ha de encargarse de conformar *ab initio* todos los sectores del ordenamiento de consonancia con los mismos, no cabe infravalorar el alcance de esta obligación cuando se impone a los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional exclusiva (art. 117.3 CE). De hecho, constitucionalmente se subraya su relevancia desde el momento en que el artículo 53.2 CE, explicita el deber específico de tutela de los derechos fundamentales que incumbe a los Jueces y Tribunales ordinarios. Consiguientemente, respecto de las relaciones entre particulares, y a los efectos del amparo constitucional, únicamente podrá estimarse vulnerado el derecho fundamental en liza cuando se constate que los órganos judiciales han incumplido o satisfecho indebidamente el tan reiterado deber de protección...

En el mismo pronunciamiento se va más allá de ese esquema inicial y el tribunal profundiza en la índole del deber de protección a cargo del poder judicial, y sobre la intensidad del control de la jurisdicción constitucional sobre los fallos de la jurisdicción ordinaria, en apreciaciones que son de mucho interés pues de ellas se desprende que a juicio del Tribunal Constitucional español el deber de protección de la jurisdicción ordinaria se agota en la interpretación conforme a la Constitución del ordenamiento jurídico vigente, y no alienta en principio a esta jurisdicción a que asuma un papel más activo en la creación e integración del derecho, colmando, por ejemplo, las posibles lagunas del legislador. Limita también el alcance de la revisión en sede de amparo de las sentencias de los tribunales ordinarios, al establecer que sólo son objeto de examen por el Tribunal Constitucional los posibles errores judiciales en la valoración de los derechos fundamentales al interpretar y aplicar la legislación ordinaria, sobre lo que se volverá posteriormente cuando se estudie la intensidad del control de la jurisdicción constitucional sobre las sentencias proferidas por los jueces del ramo.⁵⁴

⁵⁴ En efecto, en el mismo auto se consigna posteriormente:

Siendo esta la forma en que se canalizan ante este Tribunal los caso de derechos fundamentales generados en las relaciones entre particulares, resulta imprescindible precisar en qué consiste dicho deber de protección, a fin de calibrar los límites de la jurisdicción de amparo constitucional en estos supuestos. Pues bien, en una primera aproximación a la cuestión es dable sostener que tal obligación se traduce respecto de los órganos judiciales en la exigencia de que interpreten y apliquen la legislación ordinaria de conformidad con los derechos fundamentales, por lo tanto deben ser necesariamente tomados en consideración de un modo adecuado al resolverse una controversia entre particulares [...] No se trata, por consiguiente, en esta sede, de revisar cualesquiera errores en que los órganos judiciales puedan incurrir al aplicar la legalidad ordinaria, dado que el amparo constitucional no se configura como una última instancia casacional, sino, más propiamente, de enjuiciar si, al acometer dicha tarea, han valorado convenientemente el alcance y la eficacia de los derechos involucrados en el caso [...] A los Jueces y Tribunales ordinarios corresponde, sin embargo, en línea de principio, un cierto margen de apreciación a este respecto (SSTC 120/1983, fundamentos jurídicos 3º. y 4º., y 41/1984, fundamento jurídico 2º.), puesto que, como es palmario, el deber de protección dimanante del contenido objetivo de los derechos fundamentales no presenta unos perfiles tan nítidos como para entender que el mismo únicamente pueda ser satisfecho, en cada caso, por una sola fórmula correcta de resolución de las específicas controversias.

Pero a pesar de su importancia y riqueza desde el punto de vista doctrinal, no cabe duda que se trata de un pronunciamiento aislado, que no ha dado lugar al desarrollo de una línea jurisprudencial consistente en la materia. Sin embargo esa providencia demuestra lo bien que casa la figura del deber de protección, con el manejo que le ha dado el juez constitucional español a la figura de la imputación judicial, y las ventajas que traería consigo el desarrollo de una dogmática sobre esta figura por la jurisprudencia constitucional española. La principal de las cuales sería precisamente el fortalecimiento de la coherencia interna de la argumentación que emplea el Tribunal para justificar el amparo contra sentencias judiciales, sin contar la posible ampliación del ámbito de protección que se podría brindar a los particulares, si se sigue el ejemplo que ofrece la experiencia del BVerfG. Pues como se demostrará a continuación, el deber de protección,⁵⁵ se ha revelado un instrumento útil en manos del tribunal alemán para la defensa de los particulares de amenazas o vulneraciones que tiene origen en el tráfico jurídico *inter privatos*.

Además, hay que tener en cuenta, que por ser la figura del deber de protección de creación eminentemente jurisprudencial,⁵⁶ ha gozado de una mayor flexibilidad y capacidad de adaptación a los siempre cambiantes supuestos fácticos, y ha permitido que el BVerfG extienda los derechos fundamentales a ámbitos cada vez mayores del ordenamiento jurídico. Esto se puede demostrar mediante un somero estudio de la evolución de las sentencias proferidas por el BVerfG en la materia.

En una primera serie de decisiones el BVerfG señaló en primer lugar el deber del Estado de conjurar “protectora y activamente” los menoscabos en las garantías a la libertad.⁵⁷ En estos casos según la jurisprudencia cons-

⁵⁵ Al margen de las críticas que se puedan formular a esa teoría, que en definitiva encierra una negación última de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, pues la vulneración sería achacable siempre a un poder público que con su actuación vulneró los derechos fundamentales bien se trate de las autoridades administrativas, el legislador, o el poder judicial.

⁵⁶ A pesar de que la idea original tenía ya algún antecedente en la doctrina, principalmente en Dürig, quien ya en 1958 deducía y reclamaba del art. 1.2 de la GG, el “deber de protección de los poderes estatales” que se traducía en “pretensiones de hacer positivas dirigidas contra el Estado, para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales” (ver *Grundgesetz-Kommentar, op. cit.*, núm. marginal 133).

⁵⁷ Ver BVerfGE 33, 303 (333), BVerfGE 35, 79 (114).

titucional el Estado en los ámbitos bajo su propia responsabilidad (en especial en materia de educación superior pública) no le era permitido permanecer “con las manos cruzadas”, sino que debía hacer algo para que las libertades fundamentales (por ejemplo, las libertades de enseñanza, de investigación, y de formación) cuya realización dependía de la actividad estatal (creación y organización de las escuelas de educación superior) no se convirtieran en unos meros preceptos huecos. En estos supuestos iniciales concurrían en el Estado los papeles de protector y de vulnerador de los derechos fundamentales. La jurisprudencia posterior introduciría una distinción adicional, diferenciando aquellos supuestos en que el Estado aparece sólo como garante de los derechos fundamentales, es decir, aquellos eventos en que las amenazas provenían de terceros. Las decisiones que arrojan luz sobre estos casos conducen directamente a la problemática del deber de protección:

a) La protección de la vida del no nacido. El primer y paradigmático ejemplo es el fallo sobre la interrupción del embarazo de 1975, en el cual, el BVerfG, califica de inconstitucional la completa despenalización del aborto durante los tres primeros meses de gestación.⁵⁸ Se pone de relieve que esta obligación del Estado también existe frente a la madre, y que dado el caso el Estado debe establecer las medidas de derecho penal para llevar a cabo su deber de protección, cuando no pueda conseguirse de un modo distinto el respeto de la vida del *nasciturus* por su madre o por terceros.⁵⁹

⁵⁸ En la ya casi clásica formulación, consagrada en aquella ocasión afirma el BVerfG:

El deber de protección del Estado es de considerable envergadura. No sólo proscribe las intervenciones estatales en la vida en gestación, sino que también impone al Estado adoptar una postura protectora y activa ante esa vida, es decir, ante todo preservarla de intrusiones ilegales por parte de terceros. Este mandato tienen que cumplirlo los distintos ámbitos del ordenamiento jurídico según su cometido. La obligación de protección del Estado debe ser tomada más en serio, cuanto más alto sea el rango de los bienes jurídicos amenazados dentro del orden de valores de la GG. La vida humana representa, como no requiere de mayores explicaciones, un valor supremo dentro del orden constitucional, es la base vital de la dignidad humana y condición previa de todos los otros derechos fundamentales [BVerfGE 39, 1 (42)].

⁵⁹ No hay que olvidar, sin embargo, que se trata de una de las decisiones más polémicas del BVerfG, pues como afirmaron los magistrados disidentes en el salvamento de voto en esta decisión se invertía la función de los derechos fundamentales pues se los utilizaba como elementos de restricción a la libertad individual.

b) El fallo Schleyer. El trágico caso del presidente de la federación patronal H. M. Schleyer muestra el problema desde otro ángulo. Unos terroristas habían secuestrado a Schleyer después de haber asesinado a su acompañante y amenazaban con su “ejecución” si once personas que habían sido condenadas o estaban bajo investigación por terrorismo no eran liberados y se les permitía abandonar la República Federal Alemana. ¿Podía, como finalmente sucedió, rechazarse tal exigencia, aún contando con que Schleyer sería asesinado? El BVerfG trajo a colación el fallo sobre el aborto, y señaló una vez más que todos los órganos estatales, cada uno según sus particulares cometidos tiene que garantizar la vida humana ante las intervenciones ilegales de terceros.⁶⁰ Sin embargo, el Tribunal se consideró, en este caso en particular, incapaz de prescribir a los órganos estatales competentes una conducta en particular. A saber, se podía circunscribir la elección entre los medios de los que estaban a disposición del Estado para el cumplimiento de su deber de protección a la vida a uno determinado, “cuando una efectiva protección de la vida no pueda conseguirse de un modo distinto”. En el caso en concreto, se debía considerar empero, que al Estado también le incumbe un deber de protección frente a la comunidad de los asociados, y constitucionalmente no podía exigirse que el Estado entre los intereses en conflicto —el derecho a la vida y el interés general—, de acuerdo a un método previamente establecido, prefiriese o relegase uno de ellos.

Los dos casos previamente estudiados, el caso Schleyer y el caso del aborto, son supuestos extremos de la figura del deber de protección,⁶¹ que si bien fueron muy importantes en su momento para sentar sus bases doctrinales, por su misma excepcionalidad no configuran el patrón de conducta ordinario de la jurisprudencia del Tribunal, y tampoco han tenido la reiterada aplicación de los siguientes supuestos.

c) Instalaciones potencialmente peligrosas. Un nuevo interrogante se plantea cuando instalaciones potencialmente peligrosas para la vida y la

⁶⁰ BVerfGE 46, 160 (164).

⁶¹ Eso sin contar, claro está, el discutible contenido ideológico del fallo sobre el aborto, que se traduce necesariamente en una defectuosa ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, pues en ningún momento se tuvieron en cuenta los derechos de la futura madre a la autodeterminación, y en definitiva, a la libertad general de obrar. Ni la futilidad de la decisión adoptada en el caso Schleyer, pues al no ordenar el BVerfG a la autoridad competente cumplir la exigencia impuesta por los secuestradores, los terroristas terminaron por asesinar a Schleyer.

salud humana van a ser operadas por particulares. ¿Tiene aquí el Estado un deber de intervención para la protección de los bienes jurídicos amenazados? En lo referente a la instalación de centrales nucleares el BVerfG ha señalado en principio la necesidad de una decisión legislativa marco en favor o en contra de la licitud de la libre explotación por particulares de la energía nuclear —la reserva de ley se revela aquí en cuanto expresión del principio de protección—;⁶² pero también ha examinado si la ley que finalmente permitió tal posibilidad, estaba en condiciones, con respecto a la aprobación de una instalación en concreto, de garantizar una protección suficiente de los bienes iusfundamentalmente protegidos como son la vida y la salud.⁶³

d) El fallo de ruido del tráfico aéreo. En el caso del ruido del tráfico aéreo (*Fluglärm entscheidung*) se pone de manifiesto, la compleja cuestión de la división de competencias entre el legislador y el Tribunal Constitucional en relación con el deber de protección. En primer lugar se sostiene la primacía del legislador para realizar el encargo constitucional de protección,⁶⁴

⁶² Partiendo de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, en virtud de la cual “las garantías iusfundamentales no contienen simplemente derechos de defensa subjetivos de los particulares frente a los poderes públicos” sino que representan “al mismo tiempo decisiones valorativas jurídico-objetivas de la Constitución”, el BVerfG estimó que:

De ello podrían resultar deberes de protección constitucional, que exijan la creación de reglamentos (regulaciones jurídicas), por medio de las cuales resulte aminorado el riesgo de lesiones iusfundamentales. Si, cuándo y con cuál contenido se exige constitucionalmente tal creación legislativa, depende del modo, de la proximidad y de la extensión de los riesgos posibles, de la índole y del rango de los bienes constitucionalmente protegidos en las disposiciones ya existentes. BVerfGE 49, 89 (142).

⁶³ BVerfGE 53, 30 (57).

⁶⁴ Afirma el Tribunal constitucional alemán:

La decisión, que con frecuencia exige compromisos, corresponde según el principio de división de poderes y el principio democrático, al legislador directamente legitimado por el pueblo, y en general sólo puede ser delimitada por el BVerfG en cuanto no estén en peligro bienes jurídicos de mucha significación. Estas ponderaciones entran en consideración, cuando no sólo se trata de si el legislador ha lesionado un deber de protección deducible de los derechos fundamentales, sino si además se debate si ha incurrido en esa lesión por medio de omisión de disposiciones legislativas. BVerfGE 56,54 (81), ver también *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 17, 1981, pp. 1655 y ss.

por lo tanto en esos casos sólo puede comprobar el BVerfG una infracción a la Ley Fundamental, cuando es evidente que una regulación preconstitucional deviene en constitucionalmente insostenible, y el legislador sin embargo ha permanecido inactivo.

Empero, el deber de protección el deber de protección no se agota estos supuestos, que son los más relevantes en materia de eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, sino también, siempre según la jurisprudencia del BVerfG, comprende la obligación estatal de prestarle protección a los asociados cuando el presunto agresor sea un Estado extranjero, o aún los casos en que la protección no se presta contra una amenaza cierta y eventual sino contra una posible amenaza futura (los controvertidos supuestos de la obligación del Estado de garantizar la ejecución de la pena de los condenados).⁶⁵

Ahora bien, sin olvidar que la construcción del deber de protección supone en definitiva una negación de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales; no cabe duda de que dicha figura constituye un gran avance jurisprudencial, en la medida que ha permitido acceder al juez constitucional a ámbitos que de otra forma escaparían de su control. Desde esa perspectiva es útil y reivindicable. Igualmente si se considera que de manera indirecta, al hacer recaer sobre el Estado el origen de la vulneración, debido precisamente a la omisión del cumplimiento de su deber de protección, ha permitido que el juez constitucional condicione y oriente la actividad del legislativo, como se ha visto en el ejemplo alemán sobre las instalaciones de energía nuclear.

El BVerfG hasta ahora no ha diferenciado bajo qué supuestos utiliza el deber de protección, y en cuales emplea la eficacia mediata, tarea que ha sido emprendida por la doctrina, sin que hasta ahora se llegue a una solución pacífica. Así, Isensee es de la opinión que el tribunal alemán ha limitado el uso de la primera figura a los casos de responsabilidad extracontractual, y excluye cualquier posibilidad de aplicación en el ámbito de los negocios jurídicos, es decir cuando está en juego la libertad contractual. En este último evento, lo que operaría, siempre según Isensee, es la *Drittewirkung* mediata.⁶⁶

⁶⁵ Ver J. Isensee. “Das Grundrechte als Abwehrrechte und als staatliche Schutzpflicht”, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 5. Heidelberg, Muller, 1992, pp. 182 y ss.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 213 y ss. Números marginales 128 y ss.

Rechaza por lo tanto la solución que adoptan tanto Canaris⁶⁷ como Hermes,⁶⁸ según la cual el campo de aplicación del deber de protección en el derecho privado va más allá de los supuestos de la responsabilidad extracontractual hasta abarcar el ámbito negocial. Los deberes de protección serían de ese modo empleados para determinar los límites de la autonomía privada, para examinar disposiciones contractuales que afecten posiciones iusfundamentales, y corregirlas o legitimarlas luego de ser medidas en el patrón de los derechos fundamentales. Canaris llega incluso a enumerar un conjunto de supuestos en los cuales pueden ser empleados los derechos fundamentales para hacer un control de las cláusulas contractuales, control que sería más plausible con fundamento en la figura del deber de protección.⁶⁹

En realidad el asunto no es de fácil solución precisamente porque el principal implicado, es decir, el BVerfG se niega a hacer una diferenciación tajante, y como ya se ha visto utiliza la eficacia mediata en casos en los cuales el rigor doctrinal exigiría el deber de protección. A lo que se añade que el fundamento tanto de la eficacia mediata como de deber de protección lo encuentre el juez constitucional en la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, con lo cual en sus argumentaciones no se preocupa por hacer una clara distinción entre unos y otros supuestos. No obstante, sí es posible observar como lo hace Oeter,⁷⁰ una tendencia cada vez más marcada del BVerfG a utilizar de manera preferente el deber de protección, aun en aquellos casos en que se debaten los límites de la autonomía privada

⁶⁷ C. W. Canaris, “Grundrechte im Privatrecht”, en *Archiv für die civilistische Praxis*, t. 184, Cuaderno 2, 1984, pp. 245 y ss.

⁶⁸ G. Hermes, “Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 29, 1990, pp. 1765 y ss.

⁶⁹ Por ejemplo, la cláusula de celibato pactada en un contrato laboral sería examinada a la luz del artículo 6.1 GG, que establece la protección a la familia y al matrimonio; un acuerdo entre los cónyuges divorciados sobre el lugar de residencia sería nulo con base en el art. 11 GG que garantiza la libertad de domicilio; una cláusula testamentaria que beneficie de modo discriminatorio a la descendencia masculina en la sucesión en la participación en una sociedad comercial sería contraria al principio de igualdad del 3.2 GG, la negativa del propietario de un establecimiento abierto al público a atender a un cliente de color por motivos racistas sería inconstitucional a la luz del art. 3.3. GG, y así sucesivamente. (Canaris, *Grundrechte im Privatrecht*, loc. cit., pp. 232 y ss.)

⁷⁰ S. Oeter, *Drittewirkung der Grundrechte...*, loc. cit., p. 534.

en el marco de la libertad contractual, un ejemplo de lo cual son los famosos casos del agente comercial y de la fianza que se expondrá acto seguido.

*2.4. Los derechos fundamentales y la libertad contractual: ¿protección ante uno mismo?*⁷¹

A continuación se aborda uno de los puntos más apasionantes y revolucionarios en la reciente jurisprudencia constitucional alemana, al que ya se ha hecho alguna referencia con anterioridad. En efecto, hasta entonces los derechos fundamentales actuaban como derechos de defensa frente a actuaciones y pretensiones ajenas. Visto así, la dogmática relativa al efecto frente a terceros de los derechos fundamentales no modificaba en nada el carácter de estos en tanto que derechos subjetivos, lo único que se hacía era extender más allá del Estado, incluso frente a personas privadas, el círculo de aquellos contra los que cabía defenderse invocándolos. Pasó mucho tiempo hasta que el BVerfG se planteara la cuestión de si los derechos fundamentales también podían servir de fundamento para defenderse contra las consecuencias del propio hacer, esto es, la protección frente a sí mismo.⁷²

⁷¹ La problemática en alemán usualmente es denominada como *Grundrechtsschutz gegen sich selbst* o bien *der Schutz des Menschen vor sich selbst*, que traduzco al español indistintamente como protección ante sí mismo. Sin embargo, en la doctrina alemana la cuestión no es pacífica y Schwabe crítica como desafortunada la primera acepción, pues en su opinión es incompleta y debería hacer referencia al tipo de bienes que se persigue proteger, propone así la definición de “*Grundrechtsschutzgüter-Schutz gegen sich selbst*” —protección de los bienes iusfundamentalmente protegidos contra sí mismo—, o mejor aún, utilizar solamente la segunda acepción: *der Schutz des Menschen vor sich selbst*. Ver J. Schwabe, “Der Schutz des Menschen vor sich selbst”, en *Juristen Zeitung*, núm. 2, 1998, pp. 67 y ss.

⁷² La protección de los hombres de las vulneraciones jurídicas infligidas por otros, es indudablemente un deber y una legítima tarea estatal. Sin embargo, la cuestión de cómo debe reaccionar el Estado cuando los hombres voluntariamente se exponen a un peligro o sufren lesiones en sus bienes jurídicos libremente consentidas o incluso francamente deseadas admite diversas respuestas dependiendo de la perspectiva ideológica desde la que se enfoque. Este interrogante fue a principio de los años noventa objeto de una interesante monografía publicada bajo el llamativo título de *Der Schutz des Menschen vor sich selbst* (C. Hillgruber, München, 1992). Sin embargo, el tema no es nuevo, y ya en 1977 Münch se había ocupado de la materia en un artículo intitulado “*Grundrechtsschutz gegen sich selbst*”, y había resuelto el interrogante en el sentido negativo. También Hillgruber llega al mismo resultado, pues estima que al

Se trata entonces, de un problema que se torna relevante en el contexto del derecho contractual,⁷³ ya que formalmente existe siempre en tales supuestos un acto de consentimiento de la persona afectada. Si bien es cierto que el BVerfG ya desde los años cincuenta venía postulando que hasta las regulaciones contractuales deben cumplir los requisitos impuestos por el

legislador según el actual ordenamiento constitucional le ha sido negada la competencia de intervenir ante “los efectos nocivos contra sí mismo producto del ejercicio de la libertad propia, y de esta manera al particular le ha sido otorgada la libertad de autolesionarse y de exponerse a peligros que el mismo acepte” (C. Hillgruber, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, p. 174). Esta libertad es inescindible del ser humano, y de su uso sólo puede ser responsable ante sí mismo. Los límites a dicha libertad subjetiva sólo existirían cuando en su ejercicio sufrieran menoscabo los derechos de otros o el bien común.

Como consecuencia de esta postura, Hillgruber polemiza contra una serie de leyes y de decisiones judiciales que admiten el extremo opuesto: un deber de protección del Estado aún contra la voluntad del interesado. La argumentación de Hillgruber bebe de múltiples fuentes, sin embargo, va indisolublemente ligada a la teoría liberal de los derechos fundamentales (que el autor considera la única “correcta” conforme con la Ley Fundamental alemana frente a las restantes teorías, como la de los valores o la institucional). Según el entendimiento liberal la libertad se realiza simplemente en sí misma. No es una libertad para algo. Por tal razón, contiene igualmente el derecho de hacerse daño a sí mismo, mientras no se afecten las posiciones jurídicas de otros o el interés colectivo. Esta posición ha sido acertadamente rechazada por Singer, quien defiende una concepción de la libertad individual fruto de las teorías institucional y axiológica de los derechos fundamentales, y cuestiona en muchos casos su misma existencia en las condiciones de desigualdad fáctica. Además utiliza un concepto de interés general mucho más amplio, que permite limitar en mayor medida la libertad individual. Ver I. Münch, “Grundrechtsschutz gegen sich selbst?”, en *Festschrift für Hans Peter Ipsen*. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1977, pp. 113 y ss. C. Hillgruber, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*. München, Verlag Franz Vahlen, 1992. R. Singer, “Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst”, en *Juristen Zeitung*, loc. cit, pp. 1133 y ss.

⁷³ Aunque no se agota allí, sino que comprende una constelación mucho más amplia, que incluye toda actividad de los poderes estatales que signifique una limitación a la libertad individual. Tal es el caso de las disposiciones —bien sea de naturaleza legal o reglamentaria— que prohíben o penalizan cierto tipo de conductas como conducir motocicletas sin portar el casco, el consumo de estupefacientes, la eutanasia, o el suicidio. Sin embargo estos ejemplos sólo son una pequeña muestra de todo el conjunto de la problemática, cuya extensión también alcanza las multitud de disposiciones expedidas para la protección de la juventud, las normas de protección ante los accidentes de trabajo —en el evento de que el trabajador se niegue a cumplirlas—, las medidas que reglamentan la práctica de deportes riesgosos, etc. Esta enumeración sólo tiene pretensiones ejemplificativas, pues como señala acertadamente Schwabe la extensión de la materia es casi inabarcable. Ver J. Schwabe, *Der schutz des Menschen vor sich selbst*, loc. cit., pp. 66 y ss.

orden de valores,⁷⁴ aún en fechas más recientes había rechazado la posibilidad que se produjeran vulneraciones iusfundamentales con ocasión de cláusulas contractuales voluntariamente pactadas, aún cuando supusieran una merma considerable en la libertad de la parte más débil.⁷⁵

Pero esta línea jurisprudencial cambiaría radicalmente en 1990, a raíz del famoso fallo del agente comercial (*Handelsvertretrerentscheidung*).⁷⁶ El Tribunal aprovechó esta oportunidad para hacer frente de manera decisiva al problema que supone la protección contra sí mismo, y simultáneamente hacer algunas precisiones interesantes acerca del orden de valores, a la vez que reducía la compleja dogmática y multifuncionalidad de los derechos fundamentales. Señaló el Tribunal que éstos, al igual que la autonomía privada, se basan en el principio de la autodeterminación y que precisamente la salvaguardia de la libertad jurídico-fundamental exige que se establezcan unos vínculos cuyo medio legal es el contrato, pero si resulta que uno de los contratantes goza de tal preponderancia que puede estipular las regulaciones contractuales de modo unilateral, se origina en la otra parte contratante una situación de heteronomía, es decir, de pérdida efectiva de su autonomía privada.

⁷⁴ BVerfGE 7, 230 (234 ss.); 17, 302 (305 ss.). Ver C. D. Classen, *Die Drittirkung der Grundrechte...*, *loc. cit.*, p. 75.

⁷⁵ BVErfGE 70, 115. Ver C. D. Classen, *Die Drittirkung der Grundrechte...*, *loc. cit.*, p. 75.

⁷⁶ BVerfGE 81, 242. Indirectamente la queja se dirigía contra ciertas disposiciones del HGB (art. 90.2.2), que permitían estipulaciones contractuales contrarias a los derechos fundamentales. El recurso había sido interpuesto por un agente comercial que se había comprometido a distribuir exclusivamente los productos de una empresa de bebidas. El contrato firmado por las partes incluía una cláusula en la cual se estipulaba que un vez se diera por terminada la relación contractual, el agente no podría realizar actividades de distribución para otra empresa competidora durante el término de dos años, sin que pudiera reclamar una indemnización de la firma por ese cese de actividades. Sin embargo, una vez finalizado el contrato, el agente comercial suscribió otro con una firma diferente para la distribución de los productos de esta última, sin dejar vencer el plazo pactado, razón por la cual fue demandado ante la jurisdicción ordinaria por la empresa con la cual había suscrito el primer contrato, con resultados adversos para el demandado tanto en primera como en segunda instancia. Razón por la cual interpuso la queja constitucional ante el Tribunal Constitucional, por la violación del artículo 12 de la GG (libertad de empresa). Para un resumen del caso y de la decisión del BVerfG ver H. Wiedemann, “Verfassungsrecht, Handelsrecht”, en *Juristen Zeitung*, núm. 14, 1990, pp. 691 y ss.

Es aquí precisamente donde deben intervenir los tribunales, que tienen “una obligación de protección de los derechos fundamentales”,⁷⁷ para restaurar el equilibrio perdido a resultas de la desigualdad material. El fundamento de la intervención lo constituye entonces la figura del deber de protección, pero que en este caso no opera frente a intrusiones provenientes de terceros, sino que se trata de una protección frente a las restricciones de las libertades iusfundamentales aceptadas voluntariamente por la parte contratante más débil, en resumidas cuentas, de la protección frente a sí mismo.

En lo que concierne a la relación de los derechos fundamentales con la autonomía privada, en esta decisión se anota que los tribunales, si bien respetando en lo sustancial la autonomía privada, deben extraer límites de los derechos fundamentales allí donde exista la especial necesidad de protección de una de las partes del negocio jurídico. Tal es el caso cuando a uno de los contratantes no se le puede exigir que vele de forma autorresponsible por la defensa de sus posiciones iusfundamentales, porque su libertad contractual está visiblemente limitada o afectada, o dicho en otros términos, porque los presupuestos funcionales de la autonomía privada no están garantizados.

Ésta era la primera vez que el BVerfG se pronunciaba, en este contexto, sobre los requisitos fácticos de la libertad contractual, más no se trata de un pronunciamiento aislado sino que nuevamente fue reiterado en el fallo sobre la fianza (*Bürgschaftentscheidung*).⁷⁸ En esta última decisión se deja claro que el examen de las condiciones reales de la libertad contractual supone a su vez el control judicial del contenido de los contratos. Se llega de este modo al extremo más temido por una parte de la doctrina iusprivatista: el escrutinio de las estipulaciones convencionales a la luz directa de los derechos fundamentales.

⁷⁷ BVerfGE 81, 242 (256).

⁷⁸ BVerfGE, 89, 214. En este caso los querellantes —un matrimonio— se había obligado como avalistas para garantizar un crédito otorgado por un banco a los padres de uno de los cónyuges, no satisfecha la obligación por los últimos, el banco había demandado a los primeros. En los fallos de instancia ante la jurisdicción ordinaria, los querellantes habían sido condenados como fiadores, y ante la insolvencia de los deudores principales, a pagar de sus escasos ingresos una suma periódica destinada a satisfacer la obligación, que en vista de la magnitud de lo adeudado y la exigüidad de los ingresos de los quejoso suponía en realidad un gravamen a perpetuidad. Un resumen del fallo puede verse en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, núm. 42, pp. 2749 y ss.

Sin embargo, en el caso de la fianza el Tribunal ha circunscrito los presupuestos de tal control de constitucionalidad, que apuntan precisamente a la protección de la autonomía privada. En primer lugar hay que considerar si el contenido del contrato grava a una de las partes de forma inusual, y que esto sea claramente inconveniente para la igualdad de intereses. Por otra parte hay que tener en cuenta si esta cláusula es consecuencia de una desigualdad estructural.⁷⁹ A primera vista éste parece ser un compromiso realizable, porque por una parte deja en la libertad contractual su función de autodeterminación en una muy amplia extensión, y por otra parte, no obliga al aplicador judicial a pasar por alto los abusos. Esto claro, si se deja a un lado la discusión sobre qué ha de entenderse por “desigualdad estructural”.⁸⁰

Un punto hasta ahora no resuelto es el de si este deber de protección estatal ante sí mismo hace parte de la figura del deber de protección o constituye una categoría independiente. Hillgruber considera que se trata de lo último, pues se echa de menos una intrusión privada que origine el correlativo deber de protección estatal. El empresario que estipula con el agente comercial una cláusula de prohibición de la competencia, aun cuando se prevale de su posición dominante no actúa contra la voluntad de este último, por lo tanto no interviene en su esfera jurídica, ni vulnera la ley. Por lo tanto no hay una intrusión privada que desencadenaría el deber de protección. No se protege al agente comercial del empresario, sino de sí mismo: de su autoobligación contractual.

Siempre siguiendo a este autor, desde el punto de vista del BVerfG no hay en la relación contractual un culpable y una víctima, sino una parte socialmente más fuerte y otra más débil, roles estos que no son de naturaleza jurídica sino sociológica. Mientras que el deber de protección parte de posiciones jurídicamente definidas, aquí por el contrario, se trata de posiciones jurídicas por definir y dividir. El Estado no interviene, entonces, porque un privado lesiona los bienes jurídicos de otro, sino porque frente “a las desigualdades sociales y económicas”, falta un presupuesto para el

⁷⁹ BVerfGE 89, 214 (234).

⁸⁰ La indeterminación de tal concepto salta a la vista y ha dado lugar a un candente debate doctrinal. Ver R. Singer, *Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz...*, loc. cit., pp. 1138 y ss.

ejercicio regular de los derechos fundamentales en el equilibrio de intereses propio de la autonomía privada, y este debe ser compensado por la legislación estatal.⁸¹

Por el contrario para Canaris, Hermes y también para Singer⁸² como he referido antes, se trata simplemente de una aplicación del deber de protección a la esfera de la libertad contractual, que junto con las medidas legislativas para la protección de los más débiles se convierte en un instrumento adicional con el que pueden corregirse flaquezas del concepto formal de libertad de la autonomía privada. En estos supuestos la posición dominante de la parte más poderosa que obliga a pactar cláusulas desventajosas desempeñaría el papel de la intrusión que vulnera los derechos fundamentales de la parte más vulnerable.

Aunque el debate reviste un importante cariz ideológico; ya que Isensee y Hillgruber lo que pretenden destacar es precisamente la invasión por parte del juez constitucional de ámbitos reservados al legislador (pues es a este último y no al juez constitucional al que le incumbe corregir las desigualdades materiales existentes entre los asociados) con la consiguiente “perversion” de la figura del deber de protección; mientras la posición contraria

⁸¹ C. Hillgruber, “Grundrechtsschutz im Vertragsrecht”, en *Archiv für die civilistische Praxis*, t. 191, Cuaderno 1, 1991, pp. 76 y ss. En el mismo sentido Isensee sostiene que no se trata aquí del deber de protección sino de la realización de uno de los fines del Estado Social, el cual es garantizar protección al ciudadano frente a los riesgos del mercado, y posibilitar el ejercicio efectivo de la libertad bajo las condiciones de desigualdad propias de las relaciones sociales de mercado. Se trata entonces de una “protección social” cuya perspectiva es por completo distinta de la protección de los bienes iusfundamentales. Pues esta última “no es un tema del Estado social, sino un tema del Estado de derecho, ya que aquí se trata de la protección de los derechos existentes, mientras que en el primero de la defensa de las oportunidades de autoafirmación social, y por lo tanto no de la defensa de la libertad iusfundamental en el plano jurídico, sino de los presupuestos reales bajo los cuales todos los ciudadanos pueden ejercer efectivamente su libertad iusfundamental incluyendo la autonomía privada que en ella cobra cuerpo. Aquí se basa en el supuesto, aprehensible desde el punto de vista el derecho, de una vulneración jurídica, más allá de las desigualdades económicas y sociales, que sólo se puede enfocar desde supuestos políticos. La tarea de concretar estos últimos recae en el legislador, no en el juez”. J. Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, en *op. cit.*, pp. 215 y ss. Números marginales 132 y ss. Esta apreciación encierra una crítica al juez constitucional por inmiscuirse en ámbitos políticos reservados al legislador, cual es la realización de la igualdad material, acorde precisamente con la postura final del autor contraria a la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones contractuales.

⁸² Ver R. Singer, *Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz...*, loc. cit., p. 1140.

justifica la actuación de la jurisdicción constitucional y aún de la ordinaria como instrumento reparador de las desigualdades fácticas; la discusión se revela en definitiva estéril. Y esto porque el mismo BVerfG se ha encargado de encuadrar estos supuestos dentro del deber de protección, aunque se trata de una variante muy especial en donde no se identifica el acto amenazador o vulnerador de un tercero que desencadena la protección, sino simplemente se hace énfasis en la actitud que deben asumir los tribunales como reparadores de la lesión.

3. ACERCA DE LAS COMPETENCIAS EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL REPARTO DE FUNCIONES ENTRE EL JUEZ CONSTITUCIONAL, EL LEGISLADOR Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no sólo ha provocado importantes avances de la dogmática en los planos procesal y sustancial, sino que, como ya habíamos adelantado, condiciona un reacomodamiento funcional de los diversos poderes estatales, que se traduce en el fortalecimiento del papel del intérprete constitucional frente al poder legislativo y a la jurisdicción ordinaria.

Como es bien sabido, el principio de separación de poderes propio de la concepción liberal del Estado de Derecho confiaba al legislador el desarrollo del ordenamiento jurídico privado, labor en la cual —a pesar de no existir ningún tipo de control— éste como representante de los intereses burgueses plasmaría en la legislación los valores consagrados en la Carta de Derechos. Por otra parte, el juez ordinario era el encargado, al resolver los conflictos entre particulares, de aplicar indirectamente los derechos constitucionales mediados por el ordenamiento legislado.

Esta situación cambia radicalmente en el constitucionalismo de la segunda posguerra con la introducción de conceptos nuevos tales como el valor normativo de la Constitución y la vinculación de la jurisdicción a los derechos fundamentales. Así mismo, la introducción de un órgano como supremo garante e intérprete de la Constitución, que puede controlar la actividad de los restantes poderes estatales crea una dinámica nueva, marcada principalmente por la manera como dicho órgano —que ejerce el control pero que

por otra parte no está sujeto a ninguna instancia superior— ha entendido que debe desempeñar su función. Y los tribunales constitucionales —especialmente el BVerfG— por medio de una serie de decisiones —que hemos estudiado a lo largo de este capítulo— han entendido que los derechos fundamentales son un sistema de valores que “debe regir en todos los ámbitos del derecho como decisión constitucional fundamental: la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulsos”,⁸³ razón por la cual la actividad de ningún órgano estatal, incluido el legislativo puede escapar de su influjo.

3.1. El tribunal constitucional y el legislador. Sobre la primacía en la concreción de los derechos fundamentales

En un Estado de Derecho y en virtud del principio democrático, no cabe duda que el órgano que ostenta la representación popular ha de gozar de la primacía para la concreción de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico civil. Y así lo han reconocido unánimemente todos los tribunales constitucionales, entre ellos el BVerfG y el Tribunal Constitucional Español.

Sin embargo, y en materia de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, mientras en España —quizás debido a la relativa opacidad doctrinal del Tribunal Constitucional— el asunto no ha tenido una mayor trascendencia práctica a la hora de deslindar competencias.⁸⁴ En Alemania por el mayor desarrollo doctrinal específicamente de las figuras de la eficacia mediata y del deber de protección, el BVerfG se ha preocupado de manera más activa sobre la cuestión desarrollando algunos pronunciamientos jurisprudenciales interesantes.⁸⁵

⁸³ BVerfGE 7, 198 (205).

⁸⁴ En donde quizás se plasma más claramente es en el ya citado Auto 382/1996, fundamento jurídico 3o.: “Y aunque este deber de protección de los derechos fundamentales se proyecta en primer término y señaladamente sobre el legislativo, ya que, al recibir de ellos ‘impulsos y líneas directivas’ encauzadores de su actividad legiferante (STC 53/1985, F.j.4o.), ha de encargarse *ab initio* de conformar todos los sectores del ordenamiento en consonancia con los mismos...”

⁸⁵ No hay que olvidar tampoco, como señala Weber, que en Alemania el control de constitucionalidad abstracto ha sido poco empleado hasta la fecha, y que la mayoría de las ve-

En efecto, la figura de la eficacia mediata exige para la realización de la *Drittewirkung* que existan en el ordenamiento jurídico privado “cláusulas o conceptos generales del derecho capaces y necesitados de ser colmados valorativamente”. Esto supone precisamente un marco normativo en el derecho ordinario que sirva como punto de irrupción de los derechos fundamentales. En este sentido han obrado las disposiciones del BGB que consagran precisamente tal tipo de cláusulas, como el artículo 138, 242 y 826 del BGB. Sin embargo, y siguiendo a Canaris,⁸⁶ no sólo este tipo de normas requieren ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales, y por lo tanto todo el ordenamiento jurídico privado es susceptible de convertirse en “punto de irrupción” de los derechos fundamentales. Así también lo ha entendido el BVerfG, y baste aquí citar como ejemplos la norma del artículo 564 I b del BGB en cuanto establece la causal de finiquitar el arrendamiento debido a necesidades propias del arrendador, que ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia constitucional, el tan famoso “*Mietrecht des BVerfG*”.⁸⁷

Otros problemas de índole más compleja los plantea la figura del deber de protección. En efecto, si bien esta construcción implica que la obligación estatal de protección de los derechos fundamentales a cargo de los poderes públicos vaya acompañada de un correlativo derecho a la protección que pueda ser invocado por el afectado a través de la queja constitucional; por otra parte y precisamente en virtud de la primacía que se le reconoce al legislador en la concreción de los valores iusfundamentales en el ordenamiento jurídico privado, no queda muy claro cuál es el papel que deban asumir los tribunales —tanto los ordinarios como el constitucional—

ces la declaratoria de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas tiene lugar en los procesos originados en una *Verfassungsbeschwerde*. Ver A. Weber, “Alemania, la tensión entre la justicia constitucional y el legislador”, en E. Aja, ed., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona, Ariel, 1998, pp. 68-69.

⁸⁶ C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, loc. cit., pp. 222 y ss.

⁸⁷ El Tribunal Constitucional alemán se ha valido del mandato del artículo 14.2 de la GG (“La propiedad obliga. Su uso debe servir al bienestar general”) para desarrollar una compleja casuística respecto a la terminación del contrato de arrendamiento por las necesidades propias del arrendador (causal contemplada por el artículo 546, b.II del BGB). Ver G. Roellecke, “Das *Mietrecht des Bundesverfassungsgerichts*”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, pp. 1649 y ss. J. Sonneschein, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum *Mietrecht*”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, pp. 161 y ss.

en caso de que el legislador a su vez haya dejado de cumplir con el deber a su cargo.

En principio y debido a dicha primacía, no podría corresponder al juez —sobre todo al ordinario— colmar el vacío legislativo, o la norma errónea con su propia solución, y el juez constitucional sólo podría exigir al legislador que proceda a una enmienda o que actúe si se trata de una laguna en la legislación.⁸⁸

Pero la situación cambia radicalmente a la luz de las más recientes decisiones relativas al deber de protección contra sí mismo. En efecto, en el caso del agente comercial el Tribunal tuvo que plantearse indirectamente la constitucionalidad de los artículos del HGB (Código del comercio) que permitían pactar estipulaciones de la naturaleza de las que había suscrito el demandante (art. 90 Abs.2, Satz 2), y en el caso de la fianza aunque no se refería a una específica norma del ordenamiento civil o comercial, sí estaba en juego una institución válida a la luz del ordenamiento de derecho privado. Aunque en las decisiones adoptadas por el BVerfG en los casos en mención, influyeron mucho las condiciones fácticas de la parte más débil, es de suponer que si el Tribunal sigue explorando esa veta de intervención, terminará por poner en tela de juicio toda la normatividad contractual, y por ende la susodicha primacía del legislador.

Hay que tener en cuenta además, que en ambos casos el Tribunal reprochó enérgicamente a los jueces ordinarios haber descuidado su deber de protección de los derechos fundamentales, y haber llegado por consiguiente a soluciones “propias del siglo XIX”. Si los jueces ordinarios obedecen el llamado del BVerfG deberían desatender en forma creciente la legalidad vigente con miras a conseguir la justicia material en el caso específico, con la consiguiente quiebra del principio de sujeción del juez ordinario a la ley. Pero por otra parte ésta es la única solución efectiva para asegurar la primacía de los derechos fundamentales sobre el ordenamiento jurídico privado, y para restaurar el equilibrio entre las partes cuando se vea amenazado por la desigualdad fáctica.

⁸⁸ Tal es la posición que defiende una parte considerable de la doctrina (por ejemplo Isensee y Oeter) y la que adoptó el BVerfG en los casos del aborto y en el primero de los fallos sobre instalaciones atómicas.

En consecuencia, la primacía del legislador cada vez se torna más formal y desprovista de significado. Sobre todo si tenemos en cuenta un aspecto adicional, cual es el papel preponderante del juez constitucional al interpretar la Constitución y por lo tanto los derechos fundamentales. Dejando a un lado el debate doctrinal en cuanto a si la labor que corresponde a los tribunales constitucionales es la de interpretar o la de concretar los derechos fundamentales,⁸⁹ es indudable que la tarea que realiza el supremo intérprete, de la que son fruto todas las construcciones teóricas estudiadas a lo largo de este trabajo (doble dimensión de los derechos fundamentales, eficacia objetiva, efecto de irradiación, eficacia mediata, deber de protección) supone su participación activa en el proceso de creación del derecho.

El dilema en que se encuentra, pues, el BVerfG parece difícil de resolver. Por un lado, necesita de los muy flexibles conceptos de su creación para poder romper las obsoletas estructuras propias de la tradicional concepción liberal del Estado de derecho y hacer efectivos los derechos fundamentales incluso en el ámbito de las relaciones entre particulares. Pero, por otra parte debido a la exagerada dilatación de los tópicos justificantes emplea-

⁸⁹ Para Böckenförde una de las consecuencias de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, sería una asimilación de la labor del parlamento y la del juez constitucional. En el primer caso por una degradación de la actividad parlamentaria que “dejaría de ser creación jurídica originaria y se ve degradada a la concretización de los principios iusfundamentales...”, mientras que a su vez la labor del intérprete constitucional “deja de ser aplicación interpretativa del derecho para ser elevada a la condición de creación jurídico-creativa... De este modo se nivela la diferencia cualitativa anterior entre legislación y jurisdicción. Ambos —legislador y TCF— ejercen, de manera concurrente, construcción de Derecho en forma de concretización” (Ver E. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 129-130). Pero esta argumentación desconoce que actualmente se ha venido imponiendo la idea de que la labor decisoria del juez jamás es un proceso puramente cognitivo, únicamente basado en claves lógicas: “Entre el tenor normativo y los hechos al principio, y la norma decisoria y el caso vinculantemente regulado al final de la tarea judicial, está el proceso complejo, en absoluto puramente lógico, de la *concreción*” —como lo expresara Friedrich Müller. Concretar una norma jurídica, por lo tanto, equivale siempre a *construirla*; “no equivale a restringir una ya existente y preestablecida, sino a crear una nueva norma general que al comienzo de la resolución del caso aún no existía”, no se trata de “repetir” las evaluaciones legislativas, sino de un acto de “carácter creativo”, y más cuando se trata de normas de un carácter tan abierto como los derechos fundamentales. Ver F. Müller, *Juristische Methodik*. 2a. ed. München, Beck, 1976, pp. 104 y ss., 146 y ss., 198 y ss.

dos, su práctica decisoria se vuelve incalculable y gravemente perjudicial para la seguridad jurídica.

La solución propuesta por la mayoría de los autores apunta a una paulatina consolidación de la casuística hacia unos principios de solución más generalizadores, esto es, a la formación de premisas mayores por parte del Tribunal Constitucional, que si bien se puedan diferenciar en función del caso a resolver, no por eso dejen de ser abstractas. Pero no hay que olvidar, por otra parte, que la vertiente subjetiva de los derechos fundamentales exige su satisfacción en el caso concreto y que en esa medida el Tribunal no puede atar sus argumentación a construcciones inmodificables que le impedirían procurar la justicia material en un caso en particular.

3.2. La relación de los tribunales constitucionales con la jurisdicción ordinaria

La vía procesal por la que se ha abierto paso la *Drittewirkung* tanto en España como en Alemania —el amparo contra las sentencias judiciales—, implica necesariamente una redefinición de las relaciones entre los Tribunales ordinarios y la jurisdicción constitucional. Tal como sintetiza Starck: “[...] cada decisión del Tribunal sobre un recurso de amparo contra sentencias judiciales está ante el peligro de adoptar una decisión que en el fondo sea una revisión ulterior —se habla de una superrevisión— o de decidir de nuevo sobre la determinación y la valoración de los hechos; es decir, abrir una superinstancia para determinar los hechos”.⁹⁰

Y ésta es precisamente la queja que ha acompañado desde sus inicios⁹¹ al medio utilizado para hacer efectiva la *Drittewirkung*: que los tribunales constitucionales al actuar de esta manera se convierten en una superinstancia

⁹⁰ C. Starck, *Jurisdicción constitucional y...*, *loc. cit.*, p. 17.

⁹¹ Al respecto son muy ilustrativas las apreciaciones de Dürig quien sólo dos meses después del fallo Lüth afirmaba: “En suma, debo admitir que mi postura ante la figura jurídica de la queja constitucional (incluso) en contra de una sentencia firme no es nada positiva. Por más vueltas que se le dé al asunto, el Tribunal constitucional, efectivamente, viene a ser una ‘superinstancia de casación’ —a mi modo de ver superflua—, de un acto soberano del Estado —la sentencia judicial— que ya ha agotado sus tres instancias, lo que incluye a su vez el juicio sobre su posible inconstitucionalidad...” G. Dürig, *Zum Lüth Urteil...*, *loc. cit.*, p. 197.

de revisión, lo que provoca tanto la desnaturalización del recurso de amparo como la quiebra de la seguridad jurídica de los fallos judiciales. No es, pues, de extrañar que el juez constitucional se esfuerce tanto en negar tales acusaciones, esfuerzo aún más notorio en el caso español, precisamente por los estrictos términos en que esta redactado el artículo 44 de la LOTC.⁹²

Pero también el BVerfG se ha ocupado repetidas veces de la cuestión, y ha recurrido a la distinción entre las cuestiones “específicamente jurídico-constitucionales” y los problemas de “derecho ordinario” para acallar las críticas.⁹³ Entonces, la determinación de los hechos, la interpretación del

⁹² A manera de ejemplo baste citar aquí el fundamento jurídico primero de la STC 143/1991, en donde sostuvo:

Antes de entrar en el fondo de las cuestiones que se suscitan en la demanda de amparo, hemos de dar respuesta, con carácter previo, a la excepción aducida por la representación de la parte demandada de que, lo que en realidad pretendido por el recurrente es que, pasando a conocer de los hechos que están en la base de las mismas, este Tribunal, convirtiéndose en una tercera o última instancia, dicte una nueva resolución.

La objeción, sin embargo, no puede ser acogida, pues siendo misión de este Tribunal restablecer los derechos fundamentales frente a violaciones que de los mismos pudieran cometer los poderes públicos, hemos de llevar a cabo la ponderación de los hechos enjuiciados y declarados probados por el Tribunal ordinario, cuya decisión se impugna, acerca de los cuales el Tribunal Constitucional, según su propia Ley Orgánica [art. 44.1 b)] en ningún caso entrará a conocer. Esta delimitación de los hechos y de sus efectos es el punto de partida para el juicio de este Tribunal (STC 171/1990, fundamento jurídico 4o.) puesto que, ni el recurso de amparo es un recurso de apelación, ni este Tribunal constituye una tercera instancia (así STC 59/1990 fundamento jurídico 2o.). O lo que es lo mismo, los hechos contemplados en las resoluciones impugnadas y su valoración *in toto* deben suponer la vulneración constitucional de los mismos [SSTC 69/1987 (F.j 2o.), 44/1988 (F.j. 2o.)].

Otra interpretación conduciría al absurdo e impediría el control constitucional de las resoluciones impugnadas en sede de garantía de los derechos fundamentales.

⁹³ La ya habitual fórmula en la jurisprudencia constitucional alemana reza así:

El Tribunal Constitucional Federal examina los fallos proferidos por la jurisdicción ordinaria en litigios de naturaleza civil, por la vía de la queja constitucional, solamente en una extensión muy limitada. La determinación y apreciación de los antecedentes de hecho, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación a cada caso incumbe a los tribunales competentes. El BVerfG no podrá intervenir hasta que la sentencia judicial llegue a vulnerar el Derecho constitucional, lo que será básicamente el caso, cuando se

derecho ordinario y la subsunción incumben, por tanto, a los tribunales del ramo, mientras que el Tribunal Constitucional se limita a cuestiones de principio sobre la aplicación y el perfeccionamiento del Derecho constitucional. Pero el valor mismo de tal distinción está en tela de juicio debido a la tendencia expansiva de los derechos fundamentales y a las categorías dogmático-jurídicas creadas por el intérprete constitucional. De ese modo apenas quedan cuestiones de “derecho ordinario” e independientes de la Constitución, con la consiguiente dificultad de demarcar los ámbitos cognoscitivos de la jurisdicción constitucional y de la ordinaria.⁹⁴ A lo que se añade que la técnica de la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto empleada tanto por juez constitucional español⁹⁵ como el alemán⁹⁶ es inescindible de la apreciación de las circunstancias fácticas del caso en concreto.

Entonces, pese a sus vehementes negativas no cabe duda que los jueces constitucionales sí actúan en estos casos como tribunales de instancia, y en el caso español con la flagrante violación del precepto del artículo 44.1.b

basara en una contemplación fundamentalmente incorrecta de la significancia y el alcance de un Derecho fundamental o cuando el resultado de la interpretación resultara incompatible con las normas jurídico-fundamentales o con el orden de valores establecido por ellas [BVerfGE 32, 311 (316)].

⁹⁴ Pérez Tremps señala con acierto que: “La afirmación consistente en delimitar el campo de actuación del Tribunal Constitucional recurriendo al concepto de constitucionalidad como opuesto a legalidad es, seguramente de una gran eficacia descriptiva y pedagógica, pero de escasa operatividad práctica. Y ello porque la barrera entre constitucionalidad y legalidad no es rígida e impermeable sino que, por el contrario, resulta a menudo imposible de trazar”. P. Pérez Tremps, “La protección de los derechos fundamentales por jueces y tribunales”, en *Poder Judicial*, núm. 43-44, 1996, p. 263.

⁹⁵ La técnica jurídica de la ponderación está plenamente incorporada a la metodología empleada por el Tribunal Constitucional Español. Ver J. M. Rodríguez de Santiago y F. Velasco Caballero, “La ponderación entre derechos públicos”, en AA. VV., *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*. Barcelona, Bosch, 1998, pp. 623 y ss.

⁹⁶ El BVerfG ha reiterado en numerosa jurisprudencia que indisolublemente ligada a la concepción de los derechos fundamentales como orden de valores, va la idea de que en su aplicación se requiera la ponderación, pues no son mandatos definitivos, sino normas que deben ser realizadas en la mayor medida posible, dependiendo de las circunstancias fácticas y jurídicas [BVerfGE 44, 573 (373); 51, 324 (346); 63, 131 (144); 81, 278 (292), y 83, 130 (143)]. Ver N. Jansen, “Die Abwägung von Grundrechte”, en *Der Staat*, t. 36, Cuaderno 1, 1997, pp. 27 y ss.

de la LOTC, a la que ya hemos hecho referencia,⁹⁷ lo que ha originado una crítica creciente por parte de la doctrina acerca del rol que desempeña el juez constitucional en estos casos. Pero a este respecto cabe hacer algunas distinciones, pues mientras en España las críticas son sobretodo de índole procesal en cuanto a la abierta contradicción entre la jurisprudencia constitucional y el precepto legal que regula el amparo contra sentencias judiciales —se vuelve en suma a la discusión sobre la doctrina de la imputación judicial de la que se ha hecho mención al inicio del este escrito⁹⁸—, en Ale-

⁹⁷ En efecto, en el caso español de respetarse estrictamente el mandato del artículo 44.1.b de la LOTC el Tribunal Constitucional debería actuar como un tribunal de casación “en el sentido originario del término”, es decir, admitiendo los hechos probados en el curso del proceso y limitándose a juzgar si el órgano judicial respetó o violó los derechos fundamentales protegidos por el recurso de amparo. (Ver P. Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y poder judicial*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 233 y ss.) Pero la realidad es que la práctica jurisprudencial es otra y ha conducido a que en estos casos el amparo funcione como una auténtica instancia, con plena potestad en la apreciación de los hechos y en su enjuiciamiento jurídico. Aunque Díez-Picazo afirme que este último extremo es “discutible”, en mi opinión, sólo es discutible desde el punto de vista de si la actuación de Tribunal violenta el precepto legal, no en el sentido de que esa sea efectivamente la práctica jurisprudencial. Ver I. Díez-Picazo Giménez, “Reflexiones sobre el contenido y los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo”, en *op. cit.*, p. 22. Tal como afirma y demuestra Bilbao Ubillos a lo largo de un concienzudo estudio de la jurisprudencia constitucional española, la labor que realiza el Tribunal Constitucional “significa casi siempre entrar analizar los hechos que están en la base del proceso, con el riesgo que eso entraña, que no es otro que transgredir lo dispuesto en el artículo 44.1.b) de la LOTC”. Ver J. M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, pp. 211 y ss.

⁹⁸ Ver, por ejemplo, X. Domenech Pibernat, *Los pronunciamientos...*, *loc. cit.*, pp. 176, 187 y ss. G. Fernández Farreres, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título II de la LOTC*, pp. 167 y ss. I. Díez-Picazo Giménez, “Reflexiones sobre el contenido y los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo”, en *op. cit.*, pp. 22 y ss. Curiosamente en España el análisis crítico de la tesis de la imputación judicial ha quedado relegado por otros problemas de que suscitan mayor interés —al menos en la opinión de los expertos de la materia— como lo es la problemática del artículo 24 CE, especialmente a raíz de la disputa que tuvo lugar entre el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional, con motivo de la STC 7/1994. En este fallo se anulaba una sentencia de casación proferida por el Tribunal Supremo, para dejar vigente un sentencia previa dictada por una Audiencia Provincial. Aunque en el fondo de la cuestión también se trataba de un litigio surgido de una relación entre particulares —se trataba de una demanda de paternidad—, lo que se debatía en este caso era el valor de una prueba que no había podido practicarse por la negativa de una de las partes y las consecuencias que de dicha con-

mania existe un verdadero movimiento de protesta en contra de la más reciente jurisprudencia del BVerfG,⁹⁹ y específicamente en lo que ésta ha significado para sus relaciones con la jurisdicción ordinaria.¹⁰⁰

Se le censura al BVerfG su inexperiencia en materia jurisdiccional frente a las jurisdicciones especializadas más familiarizadas en lidiar con los pro-

ducta había inferido cada una de las instancias judiciales. Con motivo de citada sentencia se produjo una airada reacción del Tribunal Supremo e incluso llegó a plantearse por parte de algunos de sus miembros pedir la intervención del Rey como poder moderador entre las distintas instituciones estatales, para que procediera a delimitar las competencias entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria. Aunque el debate no giraba estrictamente en torno a la *Drittewirkung* de los derechos fundamentales, desde mi punto de vista si reviste un interés indirecto, pues trata en definitiva de la difícil articulación de competencias entre el poder judicial y el Tribunal Constitucional en materia de amparo. Un resumen de las principales posturas en este debate puede verse en J. L. Manzanares Samaniego, “La delimitación de competencias entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional”, en G. Ruiz-Rico Ruiz, ed., *La aplicación jurisdiccional de la Constitución. Ponencias del curso organizado por el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén y el Consejo General del Poder Judicial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 27 y ss. Ver también L. López Guerra, “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, pp. 54 y ss.; P. Lucas Murillo, “El amparo judicial de los derechos fundamentales”, en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, pp. 86 y ss.; P. Sala Sánchez, *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales. Discurso leído por el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial en el solemne acto inaugural del año judicial, el día 12 de septiembre de 1994*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994; F. Rubio Llorente, “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, en *La forma del poder. (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 430 y ss. A. de la Oliva Santos, “La tensión entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria”, en *Estudios de Jurisprudencia*, en *Revista Colex*, núm. 12, 1995, pp. 87 y ss.

⁹⁹ Especialmente los ya comentados casos del agente comercial y de la fianza, pero también en cuanto al llamado derecho arrendatario del BVerfG. Ver, entre otros, H. A. Hesse y P. Kauffmann, “Die Schutzpflicht in der Privatrechtsprechung”, en *Juristen Zeitung*, núm. 5, 1995, pp. 219 y ss. J. Gernhuber, “Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit”, en *Juristen Zeitung*, núm. 22, 1995, pp. 1086 y ss. W. Zöllner, “Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht”, en *Archiv für die civilistische Praxis*, t. 196, Cuaderno 1-2, 1996, pp. 1 y ss.

¹⁰⁰ Así, por ejemplo, Münch afirma que “debe cesar el trato vejatorio propio de maestro de escuela que infinge el BVerfG a los tribunales de instancia, es decir, por parte de jueces (los miembros del BVerfG), de los cuales la mitad no debe tener ninguna experiencia en materia judicial (y de hecho a menudo no la tienen)”. (Ver I. MÜNCH, “Justiz-Reparaturbetrieb der Politik?”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, pp. 2073-2074.) Del mismo modo, Isensee

blemas individuales, al igual que la carencia de instrumentos que le permitan la fijación de los supuestos de hecho.¹⁰¹ En consecuencia, “cuanto más se enreda el Tribunal en el control de tales cuestiones puntuales, cuanto más entra en los detalles de la determinación del supuesto de hecho, cuanto más busca la adecuación del caso concreto y cuanto más controla la interpretación de la ley, tanto más adolecen sus decisiones de errores”.¹⁰²

Se olvidan quienes critican la jurisprudencia del BVerfG que el propósito principal de la queja constitucional es asegurar la justicia material en un caso concreto,¹⁰³ y que por lo tanto los hechos y su interpretación son de la máxima relevancia. Y que precisamente la principal ventaja de la técnica de la ponderación, es que permite considerar las circunstancias propias de cada caso litigioso para llegar a la solución más adecuada.

Cualquier solución que pase por reglar los casos en que puede el juez constitucional examinar los hechos,¹⁰⁴ o disminuir la intensidad del control

previene sobre la silenciosa erosión de las competencias de los tribunales ordinarios, producto de los esfuerzos del BVerfG por llegar a una solución justa en el caso concreto, que se traduce precisamente en una peligrosa inclinación a acaparar toda la materia jurídica: “De este modo el Tribunal que ha rechazado el estereotipo de ser una suprainstancia de revisión se ha convertido a la larga en un instancia judicial ordinaria”. Ver J. Isensee, “Bundesverfassungsgericht-quo vadis?”, en *Juristen Zeitung*, 1996, p. 1087. Pero sin duda el juicio más severo es el de Diederischen quien sospecha que las decisiones del BVerfG se percibe una “trasnochada inclinación al populismo, quizás producto de la carrera política de los jueces constitucionales...” U. Diederischen, *Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz*, *loc. cit.*, p. 61.

¹⁰¹ Si bien el art. 26.1 de la BVerfGG otorga amplios poderes en materia probatoria al BVerfG (“El Tribunal constitucional puede solicitar las pruebas necesarias para la investigación de la verdad. Por ello, fuera del juicio oral, un miembro del Tribunal puede requerir a otro Tribunal sobre determinados hechos o personas”), a juicio de Starck este artículo no fue previsto para los procesos de queja constitucional contra sentencias judiciales, sino “para los principales procesos ante el Tribunal constitucional”. C. Starck, *Jurisdicción constitucional y...*, *loc. cit.*, n. 55.

¹⁰² C. Starck, *Jurisdicción constitucional y...*, *loc. cit.*, p. 25.

¹⁰³ Por eso a mi entender, las reiteradas críticas de la doctrina alemana a la así denominada “justicia del caso concreto” (*Einzelfallgerechtigkeit*), carecen por completo de sentido pues precisamente la finalidad del amparo es procurar justicia material ante una vulneración de un derecho fundamental que tiene lugar bajo unos supuestos fácticos determinados.

¹⁰⁴ Solución propuesta por Starck, quien plantea que el BVerfG sólo debe revisar las sentencias judiciales en los siguientes eventos:

“1o. Si la investigación de los hechos es arbitraria; es decir, si a la vista del derecho fundamental aplicable, los hechos han sido determinados de modo completamente erróneo (primera fórmula);

2o. Si el resultado de la aplicación de la ley, generalizado como norma, sobre un supuesto de hecho determinado libre de arbitrariedad fuera inconstitucional (segunda fórmula), y

de constitucional de las sentencias judiciales,¹⁰⁵ amenazaría con desconocer la vertiente subjetiva de los derechos fundamentales.

A mi juicio, la labor que desarrollan los jueces constitucionales no puede llevarse a cabo de un modo distinto, si se quiere garantizar un mínimo de protección iusfundamental, lo que además encaja perfectamente con la supremacía de la que goza el intérprete constitucional sobre las restantes jurisdicciones. Adicionalmente produce efectos beneficiosos, en dos sentidos, por una parte, obliga a los jueces y tribunales ordinarios a que en sus fallos tengan en cuenta cada vez en mayor medida la jurisprudencia constitucional —y en ese sentido refuerza la vinculación de la jurisdicción ordinaria a los derechos fundamentales¹⁰⁶—, y por otra parte, acerca al ciudadano medio a los tribunales constitucionales.

El ciudadano ve al intérprete constitucional como una instancia en la que se debaten problemas que le atañen directamente, en la que —claro está siempre y cuando se siga una orientación jurisprudencial garantista— se asegura la tutela efectiva de sus derechos, y se equilibran las desigualdades materiales. Es decir, en resumidas cuentas, como una instancia “reparadora” de injusticias.

30. Si han infringido los límites de la jurisprudencia como fuente del derecho (tercera fórmula). Ver C. Starck, *Jurisdicción constitucional y tribunales ordinario*, *loc. cit.*, p. 28.

¹⁰⁵ Tal como lo propone Oeter según el cual habría que partir de la premisa de que toda decisión judicial adoptada con base en una ley que no hubiese sido tachada de inconstitucional debería superar con éxito el examen del BVerfG, y por lo tanto la revisión del juez constitucional no debería versar sobre la interpretación de la legalidad ordinaria a la luz de los derechos fundamentales, es decir, no podrían ser su objeto “resultados” judiciales conformes con la legalidad vigente, sino únicamente el cumplimiento por parte de los jueces ordinarios de las garantías propias del debido proceso. S. Oeter, *Drittewirkung der Grundrechte...*, *loc. cit.*, p. 559.

¹⁰⁶ Tampoco se puede perder de vista que la otra solución posible, es decir, una mayor aplicación de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción ordinaria, tropieza en el caso español con el grave obstáculo del artículo 163 CE. Entonces, tal como afirma certeramente Aparicio Pérez a los jueces y tribunales, en caso de que exista una ley que regule la materia solo les quedan las técnicas de interpretación conforme a la Constitución, pues “tienen que acudir al Tribunal Constitucional para que sea éste y no ellos quien aplique la Constitución”, ya que “la cuestión de inconstitucionalidad no sólo no es un mecanismo de aplicación de la Constitución por los jueces, sino que es un mecanismo dirigido a impedir esa aplicación para trasladarla (y reforzar, así) al Tribunal Constitucional”. Ver M. A. Aparicio Pérez, “La aplicación de la Constitución por los jueces, y la determinación del objeto del amparo constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 3, 1989, p. 65.

Por otra parte la forma como está redactada la cuestión de inconstitucionalidad tanto en Alemania —art. 100 GG—, como en España —art. 163 CE— dificulta enormemente que los jueces y tribunales ordinarios hagan efectivo el deber de protección de los derechos fundamentales a su cargo, a lo que se suma —al menos en el caso español— la marcada renuencia de los tribunales a emplear dicho mecanismo de control de la normatividad vigente.

El poder judicial se encuentra de esta manera en una encrucijada, pues si bien está vinculado por los derechos fundamentales y le corresponde hacer efectiva la eficacia normativa de la Constitución, por otra parte, el mismo texto constitucional limita sustancialmente su actuar, a lo que se añade las continuas exigencias por parte de los tribunales constitucionales de una mayor sensibilidad en la interpretación de los preceptos normativos. Encontrar un equilibrio entre tantos mensajes contradictorios es sumamente difícil, por no decir imposible, y no es de extrañar que en la mayoría de las oportunidades los jueces renuncien a los esfuerzos malabarísticos que implica la doctrina de la interpretación conforme a la Constitución, con la consiguiente merma en las posiciones iusfundamentales.

De lo anterior se desprende precisamente la importancia de la labor de los tribunales constitucionales, como instrumentos correctores de los posibles déficit en la protección de los derechos fundamentales en que haya incurrido la jurisdicción ordinaria.

CUOTAS E IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO: UNA REFORMA CONSTITUCIONAL Y UN CASO SINGULAR¹

Marc Carrillo,
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

Las páginas que siguen abordan dos cuestiones referidas a la igualdad por razón de género de especial relevancia. La primera plantea algunos problemas de orden constitucional que se derivan de la determinación por ley, de una cuota para establecer la igualdad entre la mujer y el hombre en el ámbito de la participación política. La segunda aborda la razonabilidad del establecimiento de un criterio de equiparación absoluta por razón de género, para acceder a plazas convocadas por un centro público de enseñanza específica en arte dramático a fin de procurar que la misma pueda desarrollarse de forma efectiva por la exigencia ineludible de miembros de ambos sexos. En el primer caso se sostiene la improcedencia del establecimiento de la cuota a través de una norma del poder público, por la incidencia lesiva que supone sobre otros derechos; mientras que en el segundo se defiende la procedencia como un caso singular de cuota que puede llegar a tener efectos discriminatorios pero que a la postre resultan ineludibles para hacer efectivo el ejercicio de derechos fundamentales.

I. UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

1. *La Ley francesa de igualdad entre mujeres y hombres*

La discriminación histórica de la que ha sido y es todavía objeto la mujer, ha instado a los poderes públicos de los diversos Estados democráticos a

¹ Este trabajo fue previamente publicado como colaboración al libro-homenaje al profesor J. García Morillo, catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Valencia (Espa-

tomar medidas con trascendencia normativa para corregir desigualdades estructurales. La tradición de las acciones positivas (*affirmative actions*) tan empleadas en los Estados Unidos en el ámbito de la actividad socio-laboral de la mujer ha sido también desarrollada por el derecho europeo, con la finalidad, sobre todo, de procurar la equiparación legal entre hombre y mujeres en el acceso al trabajo y otros ámbitos de la actividad individual y colectiva de la mujer.² Sin embargo, el techo de este intervencionismo normativo para remover los obstáculos que tradicionalmente han vedado su acceso al ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, no ha trascendido al establecimiento de medidas correctivas en el ámbito del ejercicio de los derechos de participación política.

Por esta razón, la aprobación de la todavía reciente *Ley francesa núm. 59-569, de 8 de julio de 1999, de igualdad entre hombre y mujeres*³ constituye un punto de inflexión de gran relevancia en la línea sostenida, en general, hasta ahora por el legislador de no prolongar su activismo igualitario al ámbito del ejercicio de los derechos políticos *strictu sensu*. Ciertamente, el caso francés no es el único en el que el Parlamento aprueba una ley de cuotas para el acceso a la representación política, pero en todo caso no hay duda que se trata de una singularidad legislativa de notoria trascendencia, tanto para la noción de soberanía que pueda dejar traslucir la medida, como también por la eventual incidencia sobre el ejercicio de otros derechos fundamentales ligados al derecho a ocupar cargos públicos representativos.

La aprobación de la Ley francesa no ha sido precisamente pacífica ya que, como es sabido, exigió una reforma de la Constitución de la V República de 1958, a raíz de la Decisión núm. 98-407, de 14 de enero de 1999 del Consejo Constitucional, por la que declaró inconstitucional la paridad de sexos contenida en la Ley relativa a la forma de elección de los consejeros regionales y de los consejeros de la Asamblea de Córcega y de funcionamiento de los Consejos regionales. La ley establecía una modificación del

ña); *vid. Luis López Guerra, coord., Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Dr. Joaquín García Morillo*. Valencia, Tirant lo blanch, 2001, pp. 163-184.

² R. Dworkin, "Is affirmative Action Doomed?", en *The New York Review*, 24, vol. XLV, núm. 17, noviembre de 1998, pp. 56-101.

³ *Vid. J.O. de 9/7/1999, p. 10175.*

Código Electoral en los términos siguientes: “Cada lista asegura la paridad entre candidatos femeninos y masculinos”.

A este respecto, el Consejo Constitucional sostuvo en la citada decisión que el reconocimiento de la paridad en el acceso a esta modalidad de representación política era contraria a los artículos 3 de la Constitución francesa (CF) y 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, así como a la propia jurisprudencia del Consejo, sentada por vez primera al respecto en su Decisión de 8 de noviembre de 1982. Las razones de esta oposición jurídica se fundamentaron en los siguientes argumentos: la lesión del artículo 3 CF se producía con esta Ley en la medida en que la soberanía pertenece al pueblo en su integridad, que la ejerce a través de sus representantes y no es divisible en razón de criterio alguno, incluido el de género; la alteración del artículo 6 de la Declaración de 1789, incluida en el bloque de la constitucionalidad, se produce en tanto que la ley fuerza a través de la cuota, el principio general de igualdad de hombres y mujeres ya reconocido en 1789; y, finalmente, porque se desvía de la interpretación establecida por el Consejo Constitucional que ya en 1982 juzgó inconstitucional por restringir la libertad de sufragio pasivo, una ley que establecía una cuota consistente en la exigencia de que la composición de candidatos de una lista electoral no podía superar 75 % de miembros de un sólo sexo.

Pues bien, como consecuencia de la Decisión de Consejo Constitucional núm. 98-407 de 14 de enero de 1999, se ha modificado la Constitución, y el Congreso del Parlamento francés (Asamblea Nacional y Senado) reunido en Versalles ratificó el 28 de junio de 1999 la revisión de los artículos 3 y 4 de la CF en los términos siguientes:

Art. 3 (se añade el siguiente párrafo):

“La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives”.

Art. 4 (se añade el siguiente párrafo):

(Los partidos políticos...) “...contribuent à la mise en oeuvre du principe énoncé au dernier alinéa de l'article 3 dans les conditions déterminées par la loi”.

Se hace preciso recordar que a pesar de la indudable tradición democrática del sistema político francés y, en consecuencia, de respeto a las liber-

tades públicas, la presencia de la mujer en cargos públicos representativos es y ha sido modesta. Piénsese, por ejemplo, que en la Asamblea constituyente de 1945 para la aprobación de la Constitución de la IV República de 1946, las mujeres parlamentarias era sólo 5,6 %. Pero el dato más relevante es que esta cifra se ha ido manteniendo hasta nada menos que 1993, año en el que la presencia de mujeres en la Asamblea Nacional era sólo de 6 % (5,9 % en el Senado). Mucho después, este porcentaje progresó hasta 10,9 % en las elecciones legislativas de 1997, sin que para ello fuesen precisas medidas específicas de impulso de carácter legislativo. Una tendencia similar se ha producido en el ámbito de la representación local.

A partir de este año se tomaron medidas de orden interno en el seno de los partidos políticos franceses tendentes a incorporar un número superior de mujeres en las candidaturas a presentar a las diversas convocatorias electorales, a fin de paliar los bajos porcentajes hasta entonces registrados.

No obstante, la presencia femenina en el Parlamento europeo es actualmente es muy superior a la existente en las cámaras parlamentarias de la República (cerca de 30 % de los franceses elegidos en 1994 para la cámara de la Unión Europea son mujeres). Por último, la composición del Gobierno resulta mucho más equilibrada, pues un tercio de su composición son mujeres.

Si se observan los datos proporcionados por la Unión Interparlamentaria se constata que son los estados del norte de Europa los que incorporan un mayor porcentaje de mujeres en cargos representativos, con una media de 37,6 %, siendo Suecia la que alcanza la cifra más alta con, nada menos, que 42,7 %. En términos comparativos estas cifras contrastan con las mucho más modestas del Congreso de los Estados Unidos (12,1 % en la Cámara de Representantes y 9 % en el Senado) y de la Gran Bretaña (18,2 %); o las más ponderadas del Canadá (23,2 %). Por su parte España registra 24,7 % y Alemania 30,9 %.

A los efectos del objeto de este trabajo conviene subrayar que hasta ahora sólo cinco estados en el mundo han establecido leyes de cuotas para el acceso a cargos de representación política. Con anterioridad a Francia, sólo Bélgica lo había hecho a través de la Ley de 24 de mayo de 1994, en la que se exige una reparto equilibrado por razón de género en la configuración de las listas electorales; a estos supuestos hay que añadir los casos de Argentina (30 % de mujeres en las listas); Brasil (20 %); Corea del Sur (20 %)

y Nepal (5 %). En Noruega, la ley de 9 de junio de 1978 reconoce el establecimiento de cuotas para las elecciones administrativas locales; en Estados Unidos, por el contrario, la reiterada legislación en materia de discriminación positiva favorable a la mujer nunca ha alcanzado a afectar a la representación política de las mujeres o de las minorías; y, en fin, en Italia la Ley de 25 de marzo de 1993, por la que se estableció un criterio de cuota en el sentido de exigir que ninguna lista podía incluir más de los 2/3 de los candidatos de un solo sexo, fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en su Sentencia 422, de 12 de septiembre de 1995.⁴

De estos datos cabe extraer algunas conclusiones de interés: que la paridad se produce en estados donde es reconocido el sistema electoral bajo la fórmula de escrutinio proporcional; que la regla general es la no adopción de medidas legislativas específicas de promoción de la representación política de la mujer, dejando que las iniciativas corran a cargo de decisión interna de los partidos políticos. En general, no se pone en cuestión la necesidad de tomar medidas favorables a la promoción de su representación política, pero la discrepancia se centra en que deba ser la ley la vía más adecuada para llevar este objetivo.

2. Paridad de sexos y ordenamiento jurídico

El hecho de que el legislador estatal sea remiso a regular criterios de paridad por razón de género en el acceso a la representación política, no ha sido óbice para que el derecho Internacional y el Derecho Comunitario hayan abordado la prohibición de todo tipo de discriminación y específicamente aquella que afecta a las mujeres. Estas normas internacionales se integran en el derecho interno de los estados que las han ratificado y, por tanto, constituyen un referente indeclinable para todos los poderes públicos. En este contexto, los compromisos internacionales para abolir las diversas

⁴ Los datos que aquí se recogen han sido obtenidos del Informe presentado por el senador M. Guy Cabanel, en nombre de la Comisión de Leyes Constitucionales, de Legislación, de Sufragio Universal, de Reglamento y de Administración General del Senado Francés, sobre el Proyecto de Ley Constitucional, adoptado por la Asamblea Nacional Relativo a la Igualdad entre las Mujeres y los Hombres (Sesión del 20 de enero de 1999). Véase web del Senado de Francia: www.senat.fr.

formas de discriminación se encuentran en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 (ONU); en el artículo 2.2 del Pacto Internacional Relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 (ONU), en el artículo 14 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950⁵ y en la Carta Social Europea del 3 de mayo de 1996 (parte I, punto 20), además de otras convenciones negociadas en el seno de la OIT.

Pero en lo que concierne más específicamente a la igualdad en el ejercicio de los derechos políticos, se hace preciso referirse a la Convención de 18 de noviembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación con respecto a la mujer, también auspiciada por la ONU. En este sentido, los estados deben tomar las medidas apropiadas para eliminar situaciones discriminatorias tanto en la vida política como en otros ámbitos de la vida pública. Para ello han de asegurar a la mujer condiciones de igualdad respecto del hombre para poder ejercer el derecho de sufragio activo en todas las elecciones y en todos los referéndum públicos, así como el derecho de sufragio pasivo a todos los órganos cuya composición es electiva. Con esta lógica igualitaria, la Convención de 1979 estableció que los Estados deben, en su caso, eliminar la discriminación que pueda existir para las mujeres tanto en el ámbito del ejercicio del derecho de sufragio activo como en las condiciones requeridas para ser elegible. Se trata por tanto, de un mandato general de interdicción de la discriminación sin que la norma internacional pretenda ir más allá, precisando la forma o los criterios a través de los cuales el legislador estatal debe regular el acceso de la mujer a cargos representativos.

El Derecho Comunitario ha abordado los problemas derivados de la discriminación que ha padecido la mujer, situando su acción antidiscriminatoria específicamente en el ámbito del Derecho Laboral.⁶ En este sentido del artículo 2.1 de la Directiva 76/297, de 9 de febrero de 1976, establece que el principio de igualdad de trato implica la total ausencia de discrimi-

⁵ Vid. M. Rodríguez-Piñero y María F. Fernández López, *Igualdad y discriminación*. Madrid, Tecnos, 1986, pp. 113 y ss.

⁶ Vid. M. A. Ballester, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*. Valencia, Tirant lo Balanch, 1994.

nación fundada en el sexo. Pero esta declaración general no impide la posibilidad de que los poderes públicos puedan tomar medidas de discriminación positiva para afrontar las desigualdades de hecho que como tales impiden una posición social igualitaria de la mujer. Ahora bien, lo que ha resultado pacíficamente aceptado en el marco de las relaciones socio-laborales, se ha presentado mucho más complejo en el ámbito de la promoción igualitaria de la participación en funciones públicos. Así lo prueba la muy conocida sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de octubre de 1995 (Caso Kalanke) por la que se declaró la incompatibilidad de las cuotas con el principio de igualdad en el acceso a cargos públicos. Posteriormente, y en un sentido más matizado, la sentencia de 11 de noviembre de 1997 del mismo Tribunal (Caso Marshall) admite que una prioridad en favor de la mujer puede ser tenida en cuenta siempre que la misma no sea entendida de forma incondicional.

Finalmente, el Tratado de Amsterdam de 1997 se ha atendido a los planteamientos generales de prohibición de discriminación, para lo cual tanto el Consejo como el Parlamento europeo pueden tomar las medidas que sean precisas para combatir la discriminación por razón de sexo (art. 2.7, que incorpora un artículo 6A al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) y, asimismo, para procurar la igualdad profesional. No obstante, todo lo que a este respecto suponga igualdad en el acceso a cargos políticos representativos, el Tratado remite la decisión a la competencia de los Estados.

3. Las implicaciones constitucionales del caso francés y su incidencia en el ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales

Como hemos visto, la reforma de la CF se ha producido tras dos relevantes decisiones del Consejo Constitucional de 1982 y 1999, que de forma previa a su entrada en vigor juzgó inconstitucionales dos leyes del Parlamento francés que establecían criterios basados en la cuota por razón de género para el acceso a cargos representativos. La posición del Consejo Constitucional ha sido decisiva para provocar la revisión constitucional si la voluntad de introducir un criterio paritario en la legislación electoral se mantenía, como así ha sido. Y no hay duda que el retraso en la aprobación de la ley ha redundado en beneficio de un debate público sobre la oportu-

nidad y conveniencia de trasladar al ámbito de la participación política un criterio paritario por razón de sexo. Un debate que ha trascendido a las instituciones representativas competentes para pronunciarse, afectando también a amplios sectores de la sociedad francesa, lo cual permite resaltar, para este caso concreto, la funcionalidad de control previo de constitucionalidad. Puesto que en otros supuestos, como así lo manifestó la corta experiencia española (entre 1980 y 1985), el control previo de constitucionalidad de ley ha puesto también de relieve los peligros de la instrumentalización política del recurso previo por la oposición parlamentaria al Gobierno.

La decisión jurídica del Consejo Constitucional ha exigido, pues, la reforma de la Constitución, que ha cristalizado en el texto expuesto con anterioridad. Sin embargo, la modificación mediante la adición operada en los artículos 3 y 4 no cierra la eventualidad de la aparición de nuevos problemas interpretativos que, en su caso, pueden —una vez más— ser residenciados en el Consejo Constitucional. Porque el nuevo, redactado de la Constitución, remite al legislador las condiciones en las que se debe favorecer el acceso igual de mujeres y hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas.⁷ Y no es que tal remisión sea inconveniente, dada la habitual configuración legal de los derechos de participación política, pero parece evidente que la notoria ambigüedad que afecta al término *favorece* (“*La loi favorise...*”) no excluye que a la postre sea de nuevo el Consejo Constitucional el encargado de juzgar si la interpretación que el legislador haya hecho del artículo 3 es acorde con la Constitución. Y, en esta tesitura, tampoco queda descartado el peligro de suplantación por el órgano jurisdiccional de la voluntad de la mayoría parlamentaria a la hora de decidir de qué forma se ha de regular el acceso igual de las personas de ambos sexos a funciones representativas en las instituciones políticas.

⁷ En el momento de cerrar la elaboración de este trabajo (17 de abril de 2000), el Proyecto de ley núm. 2012 “tendant à favoriser l’egal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives”, depositado en la Asamblea Nacional el 8 de diciembre de 1999, que ha de aprobar el conjunto del Parlamento francés se encuentra en una fase definitiva ya que la última lectura por la cámara parlamentaria competente debe llevarse a cabo el próximo 3 de mayo.

Pero la cuestión más inmediata de la reforma constitucional francesa pone de relieve otros problemas de carácter más inmediato que conviene apuntar. El más general de ellos es el que concierne la soberanía como principio definidor del Estado democrático. Es decir, el reconocimiento jurídico a través de la formalización legal de una cuota por razón de género, para el acceso a cargos representativos, plantea cuando menos el interrogante acerca de si es adecuado al carácter indivisible de la soberanía, que su ejercicio por el órgano depositario de la misma —el Parlamento— pueda quedar condicionado al establecimiento de un porcentaje o una cuota en razón al sexo de la ciudadanía. Porque, si se sostiene el establecimiento de una cuota para impedir la discriminación por razón de género, nada impide que pueda arbitrarse idéntica solución para la salvaguarda de los derechos de participación de —por ejemplo— determinadas minorías étnicas o lingüísticas, deslizándose entonces la filosofía del sistema democrático hacia una lógica comunitarista. Es decir, ubicando la legitimación del poder político más en el grupo que en el individuo. Y no parece que ésta sea la mejor solución para la racionalidad de la forma democrática de gobierno. Con ello, no se trata, evidentemente, de rechazar toda forma de institucionalización de formas de expresión y de intereses de orden colectivo,⁸ sino de poner de relieve que en lo que concierne a la representación política a través del sufragio, es el individuo el único sujeto protagonista del principio democrático; con independencia de su adscripción a un género o a un grupo. Con esta argumentación, por supuesto, no se trata de negar la indudable existencia de derechos individuales de dimensión colectiva (como los referidos a la lengua, a la cultura, etcétera) que precisan de instrumentos jurídicos específicos de salvaguarda, sino de enfatizar la improcedencia de compartimentar en cuotas la participación política y, más específicamente, el derecho al sufragio pasivo.

Improcedencia que se fundamenta no sólo en una singular concepción del principio de soberanía más proclive al individuo en su condición de miembro de un grupo, sino también porque supone una limitación al ejercicio de derechos fundamentales relacionados con la participación políti-

⁸ *Vid.* mi prólogo a la edición catalana de la obra de Will Kymlicka, *Ciutadania multicultural. Una teoria liberal dels drets de les minories*. Barcelona, Proa, 1999, *Multicultural Citizenship* (1995).

ca. Este es el caso del derecho de sufragio pasivo y más específicamente de la libertad para configurar candidaturas para concurrir a unas elecciones a causa del constreñimiento que supone que la ley establezca una cuota por razón de género. Éste fue el argumento empleado por el Consejo Constitucional francés en su Decisión de 8 noviembre de 1982, reiterada por la más reciente de 14 de enero de 1999, y existen buenas razones para compartirlo, dado que además de la ya citada restricción de la libertad de candidatura, procede añadir que el establecimiento legal de un criterio de cuota promueve una acción de tutela por parte del Estado sobre la participación política de los ciudadanos, que resulta difícilmente admisible. No sólo —como con razón señalaba al respecto la Corte Constitucional italiana en su sentencia de 12 de septiembre de 1995— porque toda distinción por razón de sexo resulta por principio discriminatoria, sino también porque la necesaria actividad de promoción de la mujer frente a la discriminación de la que históricamente ha sido objeto, tiene todo el sentido en el ámbito de la actividad socio-profesional, pero es más difícil de asumir, sin renuncia a la libertad de decisión del individuo, en el ámbito de la participación política en el Estado democrático. La lógica igualitaria y por tanto antidiscriminatoria que tienen las acciones positivas para remover los obstáculos que entorpecen y dificultan cuando no niegan la igualdad de sexos, se desestabiliza si se traslada automáticamente y por imperativo legal a la regulación precisa de las condiciones de ejercicio de la participación política por razón de género. Se trata, en definitiva, de un determinismo normativo en pro de la igualdad que se contrapone al principio de libertad. En este caso, el presunto conflicto entre la libertad y la igualdad no pasa de ser, en realidad, un situación de conflicto ficticio porque la igualdad en el ejercicio de los derechos de participación no puede construirse en demérito de la libertad de elección de candidatos. La igualdad de género en este ámbito ha de producirse más por generación espontánea a través de la libre voluntad de los ciudadanos y de los grupos en los que se integran, que no como impulso artificioso de la ley; una igualdad que ha de encontrar fundamento —eso sí— en una beligerante aplicación del principio de discriminación positiva en los diversos ámbitos de la actividad socio-laboral de la mujer, pero sin llegar a fraccionar el cuerpo electoral.

II. UN SUPUESTO DE HECHO SINGULAR

1. *El supuesto de hecho: el establecimiento de una cuota paritaria para el acceso a las plazas ofrecidas por un centro docente de arte dramático de carácter público*

El principio de igualdad exige de los poderes públicos que tanto las decisiones normativas como aquellas que carecen de esta naturaleza pero que en cualquier caso afecten a los ciudadanos, han de prever un igual tratamiento jurídico cuando los supuestos de hecho son también iguales o sustancialmente iguales. *A sensu contrario*, las soluciones jurídicas han de ser diferenciadas cuando los supuestos fácticos que las provocan son distintos. La jurisprudencia constitucional es abundante al respecto.

Es evidente que la constitucionalización de la igualdad de性os operada por el artículo 14 de la Constitución española (CE) impide como criterio general una discriminación en este sentido. Sin embargo, la especificidad que presentan algunas profesiones o ámbitos socio-profesionales puede otorgar cobertura constitucional a un tratamiento jurídico que si bien formalmente sea equiparado, materialmente pueda generar situaciones de desigualdad, pero sin que por ello quepa concluir que los efectos de la medida sean discriminatorios y, en consecuencia, inconstitucionales.

El supuesto que aquí se presenta es el que se refiere al caso específico del arte dramático. Y más concretamente, al caso de una escuela pública de teatro, configurada como organismo autónomo adscrito a una Administración pública territorial, que anualmente realiza unas pruebas de ingreso para poder acceder a los estudios de Arte Dramático y Danza. Dada la tendencia socio-profesional registrada de forma constante y persistente durante varios años, en la que la demanda de plazas para la citada escuela es mayoritariamente solicitada por mujeres, el órgano rector del organismo autónomo decide hacer una oferta de plazas para el año siguiente en la que preceptivamente se establezca un número equilibrado de plazas (50 %) para alumnos y alumnas en la convocatoria para las pruebas de acceso a la escuela. La pregunta que cabe hacerse consiste en determinar si goza de cobertura constitucional el establecimiento de una cuota paritaria (50 % de hombres y 50 % de mujeres) en la convocatoria de las pruebas de acceso a esta escuela pública.

2. La tesis en la que se fundamenta la constitucionalidad de la cuota paritaria

La tesis que apoya esta constitucionalidad se justifica porque el establecimiento de un número equiparado de plazas (50 %) ofrecidas a hombres y mujeres, es una medida correctora de una determinada realidad socio-profesional basada en una finalidad legítima.

El supuesto fáctico que ilustra esta reflexión sobre el principio de igualdad parte de la hipótesis de que se trata de un centro docente de naturaleza pública de la entidad que hace la convocatoria en los términos expresados. Un centro docente vinculado a la Administración pública, que dispone de autonomía funcional para hacer una convocatoria para las pruebas de acceso a las plazas de alumno, basada en un criterio de equiparación absoluta por razón de sexo. Es decir, que la convocatoria de plazas divididas de forma paritaria en 50 % por razón de sexo, pretende asegurar que en el futuro, una vez finalizados los estudios en este centro de enseñanza, la institución pública pueda ofrecer al teatro, a la dramaturgia, al mundo del espectáculo teatral, etcétera, un número equilibrado de estudiantes preparados para hacer frente a los montajes a los que se puedan incorporar como actores. Y la finalidad de este equilibrio no puede ser otra que proporcionar al ámbito teatral algo que le es consustancial: que actrices y actores, puedan representar en el futuro los montajes teatrales más diversos, en los que como regla general la mujer y el hombre son sujetos activos imprescindibles.

La razón, que justifica la decisión de este centro de enseñanza de hacer una convocatoria de carácter equilibrado, está motivada por una tendencia de orden sociológico y de carácter socio-profesional, por la que se constata que en los últimos años son las mujeres las que, de forma ampliamente mayoritaria, se presentan como aspirantes a las pruebas de acceso ofrecidas por este centro docente público. El resultado de esta tendencia a la hora de escoger el futuro profesional es que, una vez cursados los estudios en el instituto, la oferta de posibles o próximos integrantes de montajes teatrales que esta institución pública hace a la sociedad está muy descompensada por razón de sexo en favor de las mujeres. En función de *esta realidad eventualmente coyuntural* o, quizás, de carácter más estructural, la actividad formativa que ha de desarrollar la escuela puede verse mediatisada por

una circunstancia sociológica que le es ajena, pero que puede condicionar el resultado final de su actividad formativa.

En este sentido, si el centro docente decide modificar sus normas de convocatoria con el objeto de corregir una tendencia que pueda resultar disfuncional o, incluso, negativa a causa de la desigualdad irremisible que genera para las finalidades formativas que le son propias, esta decisión es también una decisión legítima. En la medida en que se trata de un centro docente público, el respeto al principio de igualdad que vincula tanto poderes públicos como a particulares (artículos 14 y 9.1 de la CE) ha de ser un objetivo permanente de su actividad. Por esta razón, si la tendencia registrada en los últimos años sobre la demanda de plazas genera el desequilibrio descrito, parece razonable sostener que entra dentro de sus potestades directivas que el órgano rector del centro de enseñanza modifique los criterios de acceso, pasando de una convocatoria abierta a otra basada en un criterio de cuota paritaria que lo que persigue es tener un mismo número de alumnos por razón de sexo.

Antes de abordar las tesis en las que se fundamenta el razonamiento sobre el supuesto de derecho, conviene realizar un breve *excursus* sobre el principio de igualdad en la actividad teatral.

Como ya se ha apuntado, la tesis que se expone en este trabajo es consecuencia de una realidad socio-profesional que, coyunturalmente, parece afectar a las aspiraciones profesionales de las personas que quieren adquirir una formación en arte dramático en un centro oficial de un determinado territorio. No obstante, es razonable pensar que se trata de una circunstancia que puede afectar también a ámbitos más generales.

Seguramente este mayor interés mostrado por las mujeres para seguir una carrera de arte dramático es expresión de variables sociales más o menos coyunturales o, incluso, de carácter generacional. Sea como fuere, es obvio que desde la perspectiva del principio de igualdad este no es el tema principal. Sí que lo es, por el contrario, que la superior demanda de plazas para acceder a las pruebas de acceso ha generado un efecto especial y trascendente: que hay más mujeres que hombres que, una vez adquirida la formación impartida por el centro de enseñanza, están en condiciones de formar parte de un montaje teatral.

Pero, ¿de cualquier montaje? No, porque en función del contenido de la obra a representar, es cierto que se pueden encontrar numerosos ejemplos

de guiones teatrales en los que todos o la mayoría de los personajes son mujeres o son hombres. Pero ésta no es en absoluto la regla general; todo lo contrario, más bien podría afirmarse que lo que predomina es el criterio contrario, que permite sostener que el arte dramático no se entiende sin el protagonismo o en todo caso la participación de sujetos de los dos sexos. En el caso opuesto —y es una obviedad— muchas obras no podrían ser representadas por la ausencia del componente humano necesario: es decir, por hombres, dada la progresiva ausencia de personas de sexo masculino con formación dramática.

Ciertamente, de ejemplos en el que el protagonismo corresponde a un solo sexo se pueden encontrar diversos: en relación a la presencia absoluta de mujeres podríamos recordar *Les bonnes* (*Las criadas*) de Jean Genet; *La casa de Bernarda Alba* de Federico García Lorca, etcétera. En el mismo sentido, y en lo que concierne al protagonismo absoluto de los hombres podríamos rememorar, por ejemplo, el caso del montaje de *Doce hombres sin piedad* y, sin duda, tantos otros. Es evidente que la lista en ambos supuestos podría ser muy extensa, pero el problema no es éste. El hecho que la libertad de creación dramática obligue a crear montajes con actores de un único sexo, nada tiene que ver con una realidad más compleja y versátil que afecta al arte dramático. Y es que en esencia, el teatro, la representación dramática se construye a partir de la presencia en escena de miembros de los dos sexos y es en este contexto de la regla general, en que cabe situar el problema planteado por la eventual constitucionalidad de un supuesto, sin duda singular, de discriminación por razón de sexo.

Para el análisis de la trascendencia jurídica y de los criterios establecidos por el centro de enseñanza, tiene especial relevancia recordar que un centro de formación en arte dramático tiene por objeto proporcionar una enseñanza global, desvinculada de cualquier tipo de obra en concreto y de un género teatral determinado.

A este respecto, el criterio consistente en introducir un porcentaje o cuota de 50 % para proveer las futuras plazas de alumnos del centro docente, constituye la manifestación de una política pública en el ámbito de la enseñanza especializada, que pretende responder a una realidad concreta que la motiva. La situación es la que sigue: el poder público, teniendo en cuenta los datos empíricos que proporciona la matriculación registrada en los últimos cursos académicos, constata que la demanda de plazas para acce-

der a este centro de enseñanza ha experimentado un continuo crecimiento en favor de las mujeres. Obviamente, se trata de un crecimiento espontáneo en el que por las razones socio-profesionales que sean y sobre las que ahora no procede entrar, los hombres se sienten actualmente menos atraídos para ejercer en el futuro la profesión de actor.

Es importante remarcar que este hecho, estadísticamente verificado, no es como consecuencia de un impedimento social o de cualquier otra naturaleza que rechace la presencia de los hombres en las pruebas de acceso. No es tampoco un obstáculo estructural que a pesar de su voluntad impida a los hombres competir para acceder a las plazas ofrecidas a concurso. Más concretamente, en el caso que nos ocupa, no se puede sostener —a diferencia de los supuestos tradicionales que han discriminado y todavía discriminan a la mujer— que en el contexto social que nos rodea existan escrúpulos que presenten la opción del hombre que quiere ser actor como una elección negativa o socialmente mal vista. Evidentemente no se trata en la actualidad de esto, sino que los hombres si concurren en un número menor a las pruebas de acceso es por decisión libre y espontánea. No hay un impedimento social de carácter discriminador contra el hombre. *En este sentido se hace preciso insistir en que si la tendencia manifestada hubiese sido en sentido opuesto, el planteamiento jurídico a defender debería ser el mismo.*

Por tanto la decisión de establecer un número equiparado de plazas como respuesta del poder público a una demanda masiva por parte de las mujeres aspirantes a cursar estudios teatrales, no expresa otra finalidad que la de introducir una medida correctora o ponderada para neutralizar una tendencia de la demanda que es desequilibrada por razón de sexo y que, en consecuencia, resulta disfuncional a largo plazo tanto a efectos docentes como de mantenimiento de la diversidad de montajes teatrales.

Es evidente que, habida cuenta de la realidad socio-profesional que motiva una decisión de esta naturaleza, *los efectos de una convocatoria paritaria fundamentada en una cuota de 50 % para hombres y mujeres respectivamente, puede generar efectos de desigualdad para las mujeres aspirantes a una plaza. Es decir, por ejemplo, que ante un mismo número de alumnos por razón de sexo si la demanda de plazas por parte de mujeres continúa superando ampliamente a la de los hombres, podría ser perfectamente posible —pongamos por caso— que un candidato que obtuviese*

una nota de 5 pudiese conseguir una plaza convocada y no así una candidata que hubiese obtenido una calificación de 6. De acuerdo, pues, con estos presupuestos veamos cuáles son los argumentos para defender, sin embargo, la constitucionalidad de la cuota equiparada.

2.1. La cuota paritaria entre hombres y mujeres es una forma legítima de tratar un desequilibrio socio-profesional

Anteriormente se ha apuntado que el criterio paritario adoptado por el centro docente puede generar una desigualdad, por razón de sexo, de las mujeres que hayan optado por concursar a alguna de las plazas sometidas a concurso público de acceso para desarrollar sus estudios en dicho centro. Pero no es sobre esta desigualdad sobre la que ahora conviene retener la atención. Más adelante se volverá sobre el tema. Lo que procede en este apartado, es abordar las razones por las cuales el establecimiento de un criterio paritario, para la convocatoria de plazas, es una forma legítima que el poder público tiene para hacer frente a un desequilibrio en la demanda de plazas para cursar estudios de arte dramático.

Situados en este terreno procede hacer un repaso al tratamiento que del principio de igualdad y de la prohibición de ser discriminado ha hecho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC). No porque se haya producido una situación de discriminación con relación a los hombres, sino porque la decisión de hacer una convocatoria basada en un criterio paritario puede dar lugar a una situación de discriminación material de la mujer que, no obstante, es admisible porque la finalidad y los medios empleados son legítimos.

La CE establece en su artículo 14 que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. A la luz de este precepto constitucional y en función de la problemática que suscita la convocatoria de plazas según el citado criterio paritario, el primer elemento a retener es que al tratarse de un poder público, el centro docente también está vinculado por el contenido del principio de igualdad. No quiere decir esto que si se hubiese tratado de una institución privada ésta hubiese quedado exenta, sino que al pertenecer a

una administración pública, representante del interés público, esta entidad ha de velar más especialmente porque el principio de igualdad y de interdicción de la discriminación sean garantizados. Así lo recuerda el TC en una de sus primeras sentencias:⁹

[...] aunque es cierto que la igualdad jurídica, reconocida en el artículo 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatarios no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislativo [...] ello no quiere decir que el principio de igualdad [...] implique en todos los casos un trato legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica (STC 22/1981, FJ 3o.).

Todos los poderes públicos, por tanto, están vinculados por el principio de igualdad.

Un segundo elemento imprescindible para encuadrar el problema constitucional que plantea el caso es determinar la adecuada dimensión constitucional de dicho principio. En este sentido, el tratamiento jurídico igual de dos situaciones no siempre equivale a un resultado respetuoso con el derecho a no ser discriminado; es decir: el principio de igualdad comporta que ante dos situaciones de hecho iguales el tratamiento jurídico también ha de ser igual, pero si los supuestos fácticos son desiguales, la respuesta jurídica también lo ha de ser, porque sino la norma o la decisión podrían ser inconstitucionales. Así lo ha recordado reiteradamente el TC cuando afirma que:

[...] el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 CE consiste en que ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan han de ser también iguales, y que han de considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo de otro que se encuentre carente de fundamento racional y sea por tanto arbitraria, porque tal factor diferencial no resulte necesario para la protección de los bienes y derechos buscada por el legislador (STC 114/1992, FJ 6o.).

⁹ Para un excelente análisis de esta jurisprudencia véase F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid, McGraw-Hill, 1995.

El TC introduce aquí el criterio de razonabilidad para justificar la diferencia; lo cual significa que cuando el poder público atribuye consecuencias jurídicas diferentes a dos supuestos de hecho, es a él a quien corresponde demostrar que la diferencia establecida responde a parámetros de razonabilidad que justifiquen la constitucionalidad de la decisión tomada.

Este planteamiento general se puede trasladar a grupos de personas sobre las cuales, el principio de igualdad no impide que el legislador pueda establecer diferencias si éstas son razonables. De acuerdo con la CE, la desigualdad jurídica será asumible y proporcionada siempre que la finalidad perseguida sea legítima. Veamos lo que sobre este particular ha interpretado el TC:

De conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, el principio constitucional de igualdad exige, en primer lugar, que las singularizaciones y diferenciaciones normativas respondan a un fin constitucionalmente válido para la singularización misma; en segundo lugar, requiere que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido y, especialmente, que la delimitación concreta del grupo o categoría así diferenciada se articule en términos adecuados a dicha finalidad y, por fin, que las medidas concretas o, mejor, sus consecuencias jurídicas sean proporcionadas al referido fin (STC 158/1993, FFJJ núms. 2 y 5).

El planteamiento que por su parte ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TDEH) es también similar. De acuerdo con lo que establece el artículo 14 del convenio de Roma de 4 de Noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”), el Tribunal de Estrasburgo ha sostenido que el derecho a no ser discriminado, lógicamente, no impide el establecimiento de distinciones que sean razonables. Así, en una importante sentencia de 23 de Julio de 1968 (caso relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico en Bélgica) el TDEH sostuvo que:

[...] la igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de una justificación semejante

debe apreciarse en relación a la finalidad y los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Estas referencias jurisprudenciales permiten afirmar que la decisión del centro docente es correcta desde un punto de vista constitucional por las siguientes razones: 1) las diferencias normativas responden a una finalidad legítima y, por tanto, no violentan la Constitución; 2) la finalidad es legítima cuando asegura la coherencia entre las medidas adoptadas y la finalidad perseguida, y 3) la diferenciación establecida por la decisión responde a esta finalidad. Procede analizar con algo más de detalle estas cuestiones sobre la legitimidad de la decisión.

La convocatoria paritaria de plazas es un acto administrativo para seleccionar a los futuros alumnos de la escuela que, individualmente considerado, no comporta —en principio— ninguna desigualdad o tratamiento discriminatorio. Objetivamente significa que las plazas a cubrir se reparten 50 % entre hombres y mujeres. Pero ya hemos visto con anterioridad que la cuestión no es tan sencilla, porque la valoración jurídica de la igualdad exige, inevitablemente, que la decisión, objeto de escrutinio, sea interpretada de forma contextualizada. Y este contexto es el que ofrecen las consideraciones socio-profesionales reiteradamente evocadas en este trabajo y que han dado lugar al desequilibrio entre alumnos de uno u otro sexo, en razón del abrumador predominio de la demanda de plazas por parte de mujeres aspirantes a actrices. Un desequilibrio que puede llegar, incluso, a cuestionar las finalidades docentes del centro.

Ante esta circunstancia, empíricamente comprobada, el establecimiento de un criterio de paridad absoluta en la convocatoria pretende impedir una progresiva disminución en la oferta de actores. Pero la consecuencia de la paridad, permite constatar que puede dar lugar a una discriminación por razón de sexo de las mujeres aspirantes a una plaza en el centro docente si el predominio de la demanda femenina se mantiene. O dicho de otra manera, que la cuota de 50 % puede dejar fuera de la lista de alumnos admis-

tidos a mujeres que incluso en algunos casos, hayan podido obtener una nota ligeramente superior a la de un hombre.

Naturalmente, la pregunta que inmediatamente se plantea es saber si una vez constatada esta desigualdad, sus efectos son contrarios a la Constitución por una presunta lesión sobre el derecho a no ser discriminado por razón de sexo.

La respuesta ha de ser negativa porque a pesar de la citada desigualdad, la finalidad perseguida es legítima. Aún reconociendo que la medida adoptada por el centro puede ocasionar supuestos de naturaleza discriminatoria, la finalidad no es otra que asegurar algo que resulta imprescindible e ineludible para el arte dramático como es la existencia de actrices y actores. Un dúo de presencia obligada en la gran mayoría de representaciones dramáticas; el drama, la comedia, la ópera, el vodevil, el ensayo teatral y otras formas de representación teatral, que exigen como regla general (salvo el caso de algunas especificidades culturales) el protagonismo presencial de hombres y mujeres.

La finalidad de la decisión es legítima porque su objetivo pretende recuperar un equilibrio entre futuros actores y actrices que acaban sus estudios en el centro docente, que compense una desigualdad de partida generada, no por una rémora social sino simplemente por una determinada evolución socio-profesional. Se trata, por tanto, de una norma de compensación ante una determinada coyuntura que, por otra parte, no es seguro que siempre se haya de mostrar en el mismo sentido; *por esta razón nada excluye que en el futuro, por otras razones sociales o profesionales, esta tendencia pueda invertirse. Si fuese así, no hay duda de que la argumentación ahora sostenida se habría de mantener.* En consecuencia, este paralelismo permite invocar el criterio sostenido por la STC 28/1992, FJ 3o., en relación a un supuesto de contenido inverso al que ahora nos ocupa (la situación de desigualdad inicial afectaba, como ha sido habitual, a la mujer y no al hombre) pero con un esquema argumental similar:

[...] la prohibición de discriminación por razón de sexo admite la existencia de medidas singulares en favor de la mujer [...] pero al mismo tiempo exige la eliminación en principio de las normas protectoras del trabajo femenino que puedan suponer por sí mismas un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones. Ha

de valorarse en consecuencia si la norma convencional es una norma protectora que responda a una consideración no igual de la mujer como trabajadora [...] o al contrario, es una medida tendente a compensar una desigualdad de partida, que trata de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento del empleo de la mujer en relación con el varón.

2.2. La medida es legítima cuando asegura la coherencia entre las medidas adoptadas y la finalidad perseguida

Este apartado requiere considerar algunas cuestiones previas: es importante recordar que la aplicación del principio de igualdad y la garantía del derecho a no ser discriminado obliga a valorarlo en función también de la actitud de cada órgano público comparada consigo mismo. En este sentido, y aunque la jurisprudencia constitucional se refiere a los órganos judiciales, no hay obstáculo para extender dicho criterio a otros órganos públicos que apliquen la ley como son los órganos administrativos: “según una reiterada doctrina de este tribunal, uno de los requisitos para realizar la comparación que toda discriminación en la aplicación de la ley lleva implícita es la identidad del órgano” (STC 168/1989). Ahora bien, se ha de añadir inmediatamente que el propio TC ha insistido en que la regla del precedente no opera entre los órganos administrativos a la hora de verificar el respeto al principio de igualdad (STC 144/1988). Conclusión lógica, si se entiende como así, ha de ser en función del valor del pluralismo político que pro-pugna la CE.

Pues bien, como hemos señalado en apartados anteriores hay que reconocer que la convocatoria paritaria de plazas puede llegar a discriminar materialmente a mujeres que aspiren a una plaza. Es bien sabido también que la discriminación por razón de sexo es una de las que prohíbe específicamente la CE y el conjunto de constituciones de los estados democráticos: cuando la desigualdad es racial, sexual o de cualquier otra naturaleza especificada en el artículo 14, el principio de igualdad comporta como consecuencia la prohibición de la discriminación. La prohibición es en este caso muy radical. Mientras que la causa de la discriminación sufrida es producida por otra razón no especificada en el artículo 14 o no fijada por el TC, el criterio para determinar si el tratamiento desigual es discrimi-

natorio, es menos taxativo: en este caso, será preciso demostrar la razonabilidad del tratamiento diferencial.

En el caso de la convocatoria de plazas, hemos visto que el criterio paritario puede producir efectos discriminatorios por razón de sexo; no obstante, esta es una conclusión solamente aparente pero no real.

Esto es así porque la decisión del centro docente ha de ser proporcionada a los objetivos perseguidos. Y éstos no pueden ser otros que procurar que la formación impartida asegure que el número de estudiantes graduados sea más o menos equilibrado entre los representantes de los dos sexos, a fin de permitir su futura participación en todo tipo de representaciones teatrales. La convocatoria paritaria es por tanto un instrumento para llegar a esta finalidad y no para impedir el acceso de la mujer al centro docente de arte dramático.

El instrumento empleado ha sido proporcional a los objetivos fijados, porque éstos no son otros que garantizar la misma permanencia del teatro como expresión artística.

Finalmente, la proporcionalidad de la medida queda justificada porque el órgano rector del centro como órgano administrativo que es, no queda vinculado por el precedente que pueda suponer el carácter de anteriores convocatorias en las que no se establecía ningún criterio previo de distribución de plazas por razón de sexo. Obviamente, el centro docente no es un órgano jurisdiccional, que pueda quedar más vinculado por un cierto precedente anterior, aunque en cualquier caso, y por las razones expuestas, la finalidad del cambio de criterio obedece a una razón ponderada y proporcional.

2.3. Las diferencias que la norma o decisión

puedan establecer sobre un grupo o categoría ha de responder al sentido de esta finalidad

La justificación de este requisito ha sido argumentada en los apartados precedentes. La singularidad del supuesto que aquí tratamos se basa en que la participación del hombre y la mujer como actores y actrices en el teatro es *conditio sine qua non* para la nueva viabilidad como expresión artística. La decisión de establecer una cuota basada en la equiparación absoluta de

sexos y no en libre acceso o concurrencia es una forma razonable que responde a la finalidad perseguida.

A modo de ilustración de este argumento, que no constituye una simple obviedad, porque contrasta con otras situaciones en las que la profesión está vinculada a un sexo determinado, cabe citar aquí las previsiones del ordenamiento europeo (Directiva 76/207) sobre la actividades profesionales excluidas para las mujeres, en las que admite que el sexo es una condición determinante de la actividad profesional, según la naturaleza o las condiciones de ejercicio. En dicha Directiva se exige, no obstante, a los Estados miembros de la Unión Europea que realicen un examen periódico de estas actividades profesionales excluidas al objeto de comprobar su vigencia teniendo en cuenta la evolución social. Actualmente, el TJCE ha identificado como profesiones que pueden reservarse a un único sexo (mujer u hombre), entre otras: la comadrona, en función de la relación de confianza que puede requerirse entre ella y la mujer; determinados trabajos en residencias privadas, en el que el respeto a la vida privada habría de ser tenido en consideración; determinadas ocupaciones en la policía; el trabajo de vigilante penitenciario, etcétera. En España, no hay una norma específica al respecto, aunque el TC ha considerado discriminatoria tanto la exclusión de la mujer del trabajo en las minas como en las FFAA (STC 229/1992).

Retornando una vez más al caso que aquí nos ocupa, la actividad profesional en el teatro hace exigible como regla habitual el concurso de personas de ambos sexos. La profesión de actor no está reservada a ninguno de ambos, por lo que la medida tomada por el órgano rector de la escuela responde a esta finalidad: asegurar siquiera cautelarmente la concurrencia de sexos.

3. La decisión de la Administración pública es constitucionalmente razonable aunque pueda producir una situación de desigualdad: en la regulación del acceso a una escuela de arte dramático puede ser inevitable la discriminación por razón de sexo

Bien, hasta ahora se ha argumentado el por qué del carácter razonable de la decisión de una convocatoria fundamentada en la cuota de 50 % para hombres y mujeres. La última pregunta que cabe hacerse es en qué medida

el establecimiento de dicha cuota por razón de sexo puede alterar el ejercicio de un derecho fundamental de las personas a recibir educación (artículo 27.1 CE) sobre una materia específica como es el arte dramático. Dicho de otra manera: ¿el ejercicio de los derechos y libertades puede estar condicionado a la fijación de cuotas previas? El derecho comparado de los últimos años ofrece ejemplos en los que el legislador intenta establecer cuotas de participación para reducir desigualdades que históricamente han afectado y todavía afectan a las mujeres. No obstante, el caso que nos ocupa no es el mismo porque la discriminación coyuntural que se pueden encontrar las aspirantes a una plaza en el centro docente nada tiene que ver con una rémora histórica, como ya se ha expuesto ampliamente en apartados anteriores.

El establecimiento de una cuota para reducir el efecto de las desigualdades históricas que motivan la marginación social de la mujer se ha producido en algunos casos, como vimos en el primer apartado, en el marco de los derechos de participación política (el derecho de sufragio activo y pasivo, y especialmente, la presencia de la mujer en las listas electorales). En los Estados Unidos, la política de las llamadas *affirmative action* ha sido declarada constitucional por el Tribunal Supremo, aunque cuando pretenden afectar a la representación política haya acuerdo mayoritario entre los juristas para considerar que en este específico caso las cuotas no pueden ser constitucionalmente posibles, sea cual sea el sexo del beneficiario.

En Europa decisiones de esta naturaleza también han sido tomadas; especialmente en los países escandinavos y más concretamente en Noruega. Pero también en la Europa del Sur, como es el caso de Francia, con la Ley de 18 de Noviembre de 1982 y en Italia, con la Ley número 81, de 25 de Marzo de 1993. Sin embargo, tanto en Francia como en Italia, sus respectivos órganos de control constitucional —como hemos visto en el primer apartado— se han mostrado contrarios al sistema de cuotas. Los argumentos jurídicos opuestos a dicho sistema, siempre referidos a los derechos de participación política han sido en síntesis los siguientes: 1) la cuota significa una restricción inadmisible a la libertad de candidatura (Decisión del Consejo Constitucional francés de 14 de noviembre de 1982, ratificada por la Decisión de 14 de enero de 1999); 2) constituye asimismo, una restricción de la libertad de candidatura en la medida en que algunos candidatos potenciales pueden ser eliminados por el único motivo de pertenecer al sexo que se quiera representar; 3) toda diferenciación por razón de sexo es ob-

jetivamente discriminatoria (Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 12 de Septiembre de 1995); 4) el principio de indivisibilidad del cuerpo electoral impide el establecimiento de cuotas entre los candidatos a integrar las listas electorales. Ahora bien, estos son argumentos jurisprudenciales contrarios al sistema de cuotas, pero referidos a un ámbito de los derechos fundamentales quedan muy alejados de los que están en juego en el caso que aquí nos ocupa.

El criterio de cuota equiparada para acceder a la escuela de teatro nada tiene que ver, obviamente, con la participación política de los ciudadanos. Ciertamente la exclusión material, que puede producirse respecto de la mujer aspirante a acceder a una de las plazas de la escuela, significa una limitación del derecho a recibir educación, pero sin que la conclusión a la que debamos llegar sea que dicha limitación adquiere una dimensión lesiva irreversible, dado que se pueden instrumentar fórmulas reparadoras a través de la remisión a otros centros de enseñanza.

Esto es así porque cuando la necesaria concurrencia de mujeres y hombres en una escuela teatral pública no se produce, la medida materialmente discriminatoria por razón de sexo deviene inevitable. Sin que ello suponga que las personas coyunturalmente excluidas no puedan ser objeto de atención docente en otros centros de esta naturaleza dependientes del poder público. O que éste tome las medidas correctoras necesarias para que el derecho fundamental del artículo 27 de la Constitución no quede malparado.

LA SOBERANÍA, LAS CONSTITUCIONES Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Humberto Nogueira Alcalá,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de Talca, Chile

1. SOBERANÍA DEL ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONVENCIONALES

1.1. La soberanía en su concepción clásica moderna

La soberanía es un concepto al mismo tiempo jurídico y político en que confluyen, como señala Ferrajoli¹ los problemas y aporías de la teoría del derecho y del Estado. La idea de soberanía aún cuando ya es conocida en la Edad Media por autores como Beaumanoir y Marino de Caramanico, en su acepción de “*suprema potestas superiorem non recognoscens*” se remonta al momento de aparición de los Estados nacionales europeos y al debilitamiento, en el umbral de la edad moderna, de la idea de ordenamiento jurídico universal que la cultura medieval había heredado de la civilización romana.²

Referirse a la soberanía y su evolución histórica implica considerar el desarrollo del Estado nacional moderno surgido en el siglo XVI en Euro-

¹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999.

² El concepto de soberanía se encuentra ya en el siglo XIII en los *livres des coutumes et des usages de Beauvois* del jurista francés Beaumanoir: “chascuns barons est souvenain en sa baronie”; “le rois est souverain par dessus de tous” (cita en R. W. y A. J. Carlyle, *El pensamiento político medieval*). En la misma época se remonta la fórmula “*rex superiorem non recognoscens in regno suo est impetrator*”, cuyos orígenes se identifican por Calasso en el *Proemio de Marino de Caramanico* escrito en el siglo XIII. Ver, asimismo, E. Crosa, *Il principio della sovranità popolare dal medioevo alla rivoluzione francese. Flli*. Milán, Bocca, 1915; y M. Galizia, *La teoria della sovranità dal medioevo alla rivoluzione francese*. Milán, Giuffrè, 1951; Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías*. Madrid, Trotta, 1999.

pa, expandido de allí a todo el mundo. La categoría filosófica jurídica de soberanía es una construcción de matriz iusnaturalista que ha constituido la base para la concepción positivista del Estado y el paradigma del derecho internacional moderno. Al mismo tiempo, ha constituido una institución de rasgos absolutistas, a través de las diversas imágenes del Estado a las que fue quedando asociada y que dicho principio iba desarrollando: desde la soberanía como atributo del princeps, pasando por la soberanía nacional, la soberanía popular y las doctrinas del Estado persona y de la soberanía como atributo del Estado.

Esta perspectiva del Estado soberano fue desarrollada por Bodino³ y Hobbes,⁴ como fundamento de la teoría jurídica y política modernas, que establecen como únicos límites de la potestad estatal las leyes divinas y naturales o la ley natural como principio de razón, la segunda limitación o restricción está dada por los tratados y las leyes humanas comunes a todos los pueblos.⁵ Bodino definió la soberanía como “la puissance absolute et perpétuelle d'une République”. (*Les six livres de la République*, 1583, 1, 8, p. 122).⁶ Esta concepción de la potestad estatal, independiente hacia el exterior e irresistible en el interior, se desarrollará hasta el siglo XIX. En todo caso, Bodino no pudo escapar a la concepción de limitación del poder temporal por la ley divina y la ley natural, ratificando al respecto las ideas de San Agustín y Santo Tomás.

Francisco de Vitoria concibe el orden mundial como una sociedad natural de Estados soberanos (orden mundial como *communita orbis*), libres e independientes, sometidos en el exterior a un nuevo derecho de gentes (*ius gentium*); tales Estados gozan de soberanía estatal externa que se identifica con el conjunto de derechos naturales de los pueblos y están legitimados para desarrollar la guerra justa como sanción al rompimiento del *ius*

³ Juan Bodino, *Los seis libros de la República*. Libro I: “en cuanto a las leyes divinas y naturales, todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas y no tienen poder para contravenirlas, si no quieren ser culpables de lesa majestad divina, por mover guerra a Dios, bajo cuya grandeza todos los monarcas del mundo deben uncirse e inclinar la cabeza con todo temor y reverencia”.

⁴ T. Hobbes, *El ciudadano*. Madrid, Trotta, 1999, p. 42: “Las leyes que llamamos naturales no son más que conclusiones, obtenidas racionalmente acerca de que se ha de hacer u omitir”.

⁵ Juan Bodino, *Los seis libros de la República*. Madrid, Tecnos, 1985, p. 60.

⁶ Traducción Juan Bodino, *Los seis libros de la República*. Madrid, España, Tecnos, 1985.

gentium y la ausencia de un tribunal o poder superior a los Estados. En esta concepción, el único derecho originario es el derecho interno, fruto de la soberanía; el derecho internacional adquiere su única posible validez mediante una fórmula contractual, a través de la autolimitación: los pactos y la costumbre constituyen derecho y vinculan a los Estados, en cuanto expresión de la voluntad estatal.

El mismo Francisco de Vitoria,⁷ junto con Vázquez de Menchaca, Balthasar de Ayala y Francisco Suárez, a través de la escuela teológica del siglo XVI,⁸ estructuran la idea de soberanía externa, anticipando la reflexión posterior de Grocio, lo que permite desarrollar el fundamento jurídico de la conquista de América (el nuevo mundo). Para Grocio, el derecho de gentes es autónomo de la moral y del derecho natural, adquiere fuerza por el consenso de los Estados, especialmente de aquellos más civilizados; de esta manera, el derecho de gentes pasa a derivar de los intereses de los Estados más fuertes de la comunidad internacional. La soberanía externa de los Estados genera una especie de estado de naturaleza entre ellos, similar al estado de naturaleza que Hobbes concibe como realidad anterior a la conformación de la sociedad política.

1.2. *El desarrollo del constitucionalismo y del Estado de Derecho como límite a la soberanía interna*

Esta concepción del Estado es afectada en la dimensión de su poder absoluto interno por el surgimiento del Estado de Derecho en el primer tercio del siglo XIX y que se consolidará reemplazando al Estado de policía en la segunda mitad de dicho siglo, al menos en el contexto de la cultura jurídica y política occidental, como asimismo, con el desarrollo del constitucionalismo clásico. El Estado de fines del siglo XIX y principios del siglo XX combinó el sometimiento del poder estatal al derecho y a los derechos esenciales de las personas en el plano interno, con una plena potestad en el

⁷ P. Haggenmarcher, “La place de Francisco de Vitoria parmi les fondateurs du droit international”, en *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria. Actas Jornadas de Estudio*. Bruselas, Bruylants, 1998, pp. 27-36.

⁸ J. Brown Scott, *El origen español del derecho internacional*. Valladolid, Cuesta, 1928.

ámbito de la soberanía externa gracias a la titularidad del *ius ad bellum*, el derecho a la guerra se convierte así en el criterio fundamental de soberanía externa del Estado.

En efecto, en el plano interno, el Estado queda sometido al derecho, y dentro del mismo, el deber jurídico de respetar, proteger y promover los derechos esenciales, la potestad estatal es distribuida en órganos y funciones diferenciadas, las cuales quedan sometidas al derecho, desapareciendo así la potestad o soberanía interna de carácter absoluto e ilimitado, consolidándose el sometimiento del poder al derecho.

Sin embargo, a diferencia de lo que exigía la lógica del Estado de Derecho, la idea de soberanía externa, en vez de ser abandonada, se refuerza a través de las concepciones de la soberanía nacional, de la soberanía popular y de la soberanía del Estado, obteniendo una legitimación más fuerte de la que provenía de fuentes teológicas y contractualistas anteriores, las cuales, como hemos visto, reconocían como límite de la potestad estatal el derecho natural y el derecho de gentes (derecho internacional). A su vez, el pensamiento jurídico del siglo XIX otorgará un ropaje científico a la idea de Estado soberano, ocurriendo ello a través de la doctrina alemana (Gerber y Laband) e italiana (Orlando y Santi Romano), dando estatura jurídica al Estado persona como sujeto originario: el fundamento de la soberanía ya no recae en el principio ni en el pueblo, sino en el propio Estado.

Hay así, en esta etapa histórica, una superación del “Estado de naturaleza” en el interior de la sociedad política estatal y, a la vez, su instauración en el plano exterior. En base a estas dos coordenadas se desarrolla la historia teórica y práctica de los Estados modernos del siglo XIX y primera parte del siglo XX.

En esta perspectiva, el Estado queda conformado como un sistema jurídico cerrado y autosuficiente, lo que produce una quasi negación del derecho internacional, identificado por Hegel como “derecho político externo”, vale decir, las normas estatales que rigen las relaciones entre Estados, lo que prevalecerá durante el siglo XIX hasta que, a finales de dicho siglo, se desarrollará por Heinrich Triepel la “teoría dualista” de la coexistencia de los derechos estatales con el derecho internacional.⁹ El dualismo como

⁹ H. Triepel, *Les rapports entre le droit interne et le droit international. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1923.

doctrina fue fundada por el Jurista Alemán Triepel, sosteniendo que las personas no pueden nunca ser obligadas ni beneficiadas por las normas de derecho internacional. Sólo el Estado puede ser obligado o favorecido por ellas, en sus relaciones con los otros Estados. Para que las normas del derecho internacional alcancen a los individuos deben ser transformadas en disposiciones de derecho interno. Para Triepel “el derecho internacional y el derecho interno no sólo son partes diferentes del derecho, sino sistemas jurídicos diversos. Son dos círculos que están en contacto íntimo, pero que no se superponen nunca”.¹⁰ La oposición por razones de la fuentes y del contenido entre el derecho interno y el derecho internacional, calificada como dualismo o pluralismo, hace convivir al derecho internacional con tantos ordenamientos jurídicos como Estados existan en las relaciones internacionales.

Frente a tal concepción, Hans Kelsen construirá luego la teoría monista de la unidad del derecho y de la primacía del derecho internacional frente al derecho estatal.¹¹

La doctrina monista de Kelsen sostiene que el derecho internacional preside una concepción unitaria de todo el derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los Estados.

Para Verdross la regla *pacta sunt servanda* es la regla fundamental del derecho internacional y esta regla es superior a la voluntad de los Estados, y también lo son aquellas normas que deriven de ella, es decir, el derecho de gentes.

Verdross autocalifica a su doctrina de monismo moderado, ya que la primacía del derecho internacional que sostiene no produce la nulidad de las leyes internas de un Estado opuesto a él, pero ante el derecho internacional tienen la consideración de meros hechos, que pueden ser conformes o contrarios al derecho internacional, y, en el caso de que sean contrarios a éste último, dan lugar a una responsabilidad del Estado que las estableció.¹²

¹⁰ H. Triepel, *Droit international et droit interne*. Paris-Oxford, 1920, p. 110.

¹¹ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*. 3a. ed. Trad. de Eduardo García Maynez. México, 1969, p. 436.

¹² Verdross, “Droit international public et Droit interne”, en *Revue de droit international et des sciences diplomatiques et politiques*. 1952, pp. 219-230.

Para Kunz, la unidad entre el derecho internacional y el derecho interno no elimina la posibilidad de contradicciones, sino que ella implica la posibilidad de superar el conflicto por normas superiores. “En el derecho internacional general vigente no hay un procedimiento para invalidar una norma del derecho nacional que esté en contradicción con una norma del derecho internacional supraordenado. Pero esta violación constituye un delito internacional, hace responsable al Estado y le expone a las sanciones del derecho internacional general”.¹³

La doctrina monista establece la incorporación automática de las normas internacionales al derecho interno.

A su vez, hay una tendencia generalizada en el derecho constitucional comparado a admitir la incorporación automática de las normas internacionales en su orden interno, salvo casos minoritarios en el ámbito latinoamericano y europeo, lo que se hace más excepcional aún en el ámbito de los derechos esenciales o derechos humanos.

1.3. El ejercicio de la soberanía o potestad estatal a través de los tratados internacionales y sus consecuencias jurídicas en Chile

El artículo 32, 17, otorga al Presidente de la República las atribuciones especiales de “llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime conveniente para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50, 1”. El artículo 50, 1, determina como atribuciones exclusivas del Congreso “aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”.

En este caso, estamos en presencia de un tratado internacional concluido y firmado por el Presidente de la República y en trámite de aprobación previa y necesaria por el Congreso Nacional para su posterior ratificación por el Presidente de la República.

¹³ Kunz, *Teoría del derecho internacional. Academia de Derecho Comparado e Internacional*, vol. II. La Habana, 1954, p. 361.

Los órganos constitucionales de ejercicio de la soberanía en los términos predeterminados por el constituyente ejercen las potestades que la Carta Fundamental les otorga de acuerdo con el artículo 50., inciso 1o., el ejercicio de la soberanía o potestad estatal se realiza “por las autoridades que esta Constitución establezca”, a su vez, el artículo 60., inciso 1o., determina que los “órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, y el artículo 70., incisos 1o. y 2o., precisa: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley”. “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

Así, el Presidente de la República con acuerdo del Congreso Nacional pueden vincular al Estado de Chile y dejarlo sometido al imperio de un tribunal internacional a través de un tratado internacional concluido y firmado por el Presidente de la República, aprobado por el Congreso y ratificado por el Jefe de Estado.

Ello no es nuevo, es la práctica constante y uniforme a través de la cual el Estado de Chile ha reconocido jurisdicción internacional a diversos tribunales internacionales, entre ellos, la Corte Internacional de Justicia de La Haya, órgano de Naciones Unidas, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano de la OEA, a través de la ratificación del Protocolo Complementario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconociéndoles competencia jurisdiccional vinculante y obligatoria.

La Constitución precisa la posibilidad y el alcance de la potestad de los órganos para comprometer al Estado de Chile en el ámbito del derecho internacional, los procedimientos que deben seguirse para ello y los controles destinados a asegurar el cumplimiento de tales previsiones, para ello existe el control preventivo de constitucionalidad de los tratados por el Tribunal Constitucional (el que debería ser obligatorio y no facultativo como lo es actualmente), de acuerdo al artículo 82, 2, de la Constitución.

La Carta Fundamental determina el proceso de validación e incorporación de las normas internacionales al ordenamiento jurídico nacional, lo que, concretado de acuerdo al procedimiento constitucional, convierte a la nor-

ma internacional válida en norma internamente aplicable, siendo ya no sólo norma internacional válidamente aplicable en Chile, sino también norma integrante del ordenamiento jurídico chileno, vinculante y obligatoria para todos los órganos y todas las personas del Estado chileno.

Así, el ordenamiento jurídico nacional en su conjunto, presidido por la Constitución, se descompone en dos subsistemas normativos, uno de los cuales depende de la Carta Fundamental para producir normas válidas (el subsistema nacional), en tanto, respecto del subsistema internacional, la Constitución dota a sus normas de la necesaria aplicabilidad.

La Constitución como norma superior nacional posibilita remitirse a normas que le son indisponibles en su propia validez, como son las normas internacionales, siendo el derecho internacional el que determina su creación o validez, a las cuales el Estado de Chile, sólo les otorga aplicabilidad en el ámbito interno si se verifican las condiciones determinadas constitucionalmente, remitiéndose a un ordenamiento de derecho internacional público que lo considera como propio, aún cuando dichas normas son indisponibles al Estado en su existencia o validez.

No debemos olvidar en esta materia que fue el propio poder constituyente originario radicado en la Junta de Gobierno quien aprobó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 el 11 de marzo de 1981, siendo publicada en el *Diario Oficial* en abril de 1981. Es así, el propio poder constituyente chileno el que al ratificar la Convención de Viena, de buena fe y comprometiendo su honor, reconoció a través del artículo 27 de dicha Convención la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, incluida la Constitución, comprometiéndose a no poner obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones que emanen del derecho internacional.

Una vez incorporado el tratado válidamente al ordenamiento jurídico nacional por su ratificación, deben tenerse presente los principios *pacta sunt servanda y bona fide*, codificados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los cuales como normas generales de derecho internacional deben ser respetadas por Chile, además de establecer dicha Convención que el derecho convencional internacional válidamente ratificado tiene primacía sobre el derecho interno, no pudiendo un Estado invocar ninguna razón legítima para atropellar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas según dispone el artículo 26 de dicha Conven-

ción; el artículo 27, a su vez, determina que “un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.¹⁴

La Convención de Viena define en su artículo 53 lo que para dicha Convención es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*): “Una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Las normas de *ius cogens* son asumidas y exigidas por la Convención de Viena antes señalada, el mismo artículo 53, a modo ejemplar determina que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”, a su vez, el artículo 64 dispone que “si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

La Corte Permanente de Justicia Internacional ha sostenido uniforme y reiteradamente en sus sentencias que: “Un Estado que ha contraído obligaciones internacionales, está obligado a hacer en su derecho interno las modificaciones que sean necesarias para el cumplimiento de estas obligaciones”.

Todo ello es, además, una consecuencia lógica de que los tratados tienen su fundamento de validez en el derecho internacional y no en el derecho interno. Es un principio jurídico básico que no existe obligación si ella depende de la libre voluntad y actividad del obligado.

A su vez, de acuerdo a las normas de los artículos 54 y siguientes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, estos sólo pueden derogarse conforme a sus propias disposiciones o por concurrir las causales reconocidas por el derecho internacional.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el artículo 46 establece una sola excepción en materia de aplicabilidad de un trata-

¹⁴ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ratificados por Chile el 9 de abril de 1981, promulgado por Decreto supremo núm. 381 de 1981 y publicado en el *Diario Oficial* del 22 de junio de 1981.

Chile apoyó decididamente el artículo 27 de la Convención de Viena, ver Rosales, “La Convención de Viena de 1969 y sus relaciones con el derecho interno”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, núm. 165, enero-diciembre de 1977, pp. 257 y 263.

do, cuando se invoca por un Estado parte para anular su vinculación a la convención respectiva, el hecho de ser concluido por personeros del Estado u órgano de éste sin capacidad para comprometerlo, encontrándose vi- ciado el consentimiento.

Es coherente con la lógica de las fuentes de nuestro derecho constitucional, que no exista control de constitucionalidad represivo a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ya que el tratado no puede ser entendido como un “precepto legal”, ya que aún en el más amplio sentido de dicha expresión sólo puede involucrar la producción de normas jurídicas por parte de los órganos constituyentes o colegisladores de un Estado parte, mientras que el tratado internacional incluye la actuación de la voluntad de dos o más Estados y no la voluntad unilateral de un Estado. Tal perspectiva se refuerza con el artículo 82, 2, de la Constitución que distingue claramente en el control preventivo de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional entre “preceptos legales” y “tratados internacionales”, siendo este control el único posible, el que se realiza antes que el Estado se vincule por el tratado internacional.

Así, todo tratado internacional ratificado por el Estado, espontánea y libremente aceptado por éste, constituye un límite externo en el ejercicio de la potestad estatal que se asume voluntaria y conscientemente, el que tiene como efecto impedir que en dicho ordenamiento jurídico se dicten normas violatorias de las disposiciones del tratado, teniendo así las normas del tratado una fuerza pasiva que actúa como un límite al ejercicio de la potestad del Estado, el que no puede aplicar en el ordenamiento jurídico, a ningún nivel, normas que contradigan las obligaciones internacionales asumidas; salvo denuncia, término o pérdida de vigencia y aplicabilidad del tratado respecto del Estado, de acuerdo a las normas del derecho internacional.¹⁵

¹⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la materia, respecto de las normas sobre derechos y sus garantías que contiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en diversas opiniones consultivas. Ver al respecto, O.C. 3/1983, que prohíbe extender la consagración por los Estados parte de la pena de muerte mas allá de las hipótesis previstas por la Convención. O.C. 4/1984, que exige compatibilizar el derecho interno, incluida la Constitución, a las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual prohíbe la discriminación, en la hipótesis de naturalización de la mujer.

Por otra parte, la Constitución es la fuente suprema del ordenamiento jurídico nacional, en la medida que ordena la prelación y aplicabilidad del resto de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico interno y de las que derivan del derecho internacional incorporadas al ordenamiento jurídico nacional sin perder la calidad de derecho internacional. La fuerza normativa de la Constitución no se relaciona con el lugar que ella ocupa en la gradación y fuerza aplicativa de las fuentes, sino con el hecho de que ella define dicha gradación y aplicabilidad. Así, la Constitución puede definir, como lo hace en el artículo 50., inciso 2o., de la Constitución chilena, que los derechos esenciales incorporados vía tratados internacionales constituyen un límite de la soberanía, vale decir, un límite al poder constituyente y los poderes constituidos.

No son aplicables a las normas internacionales de los tratados los principios aplicados en el derecho interno de que la norma posterior deroga la anterior, que la norma especial deroga la norma general, ni que la norma superior derogue a la inferior, ya que tales principios operan cuando existe contradicción entre normas que puede resolverse de acuerdo al criterio de validez, por recibir las normas en conflicto su condición de normas válidas por una norma jerárquicamente superior a ambas, lo que no ocurre en el caso del conflicto de una norma que tiene su fuente de validez en el derecho interno y otra que tiene su fuente de validez en el derecho internacional.

En el caso de conflicto de dos normas, una de carácter interno cuya validez depende del ordenamiento jurídico nacional, y otra, cuya validez depende del ordenamiento jurídico internacional, prima esta última sobre la interna, porque así lo determina el derecho internacional, el que se aplica porque así lo han determinado los órganos constitucionales pertinentes en el ejercicio de la potestad pública o soberanía a través de una decisión libre y responsable, que debe respetar y aplicar los principios imperativos de derecho internacional *pacta sunt servanda y bona fide*, que exigen cumplir de buena fe las obligaciones contraídas por el Estado, así lo exige el honor, la responsabilidad y la honestidad que exige el derecho internacional.

Así lo determina también la doctrina de los Actos Propios que invalida toda actuación del propio Estado que viole las obligaciones y compromisos adquiridos libre y responsablemente.

Tal perspectiva ha sido asumida por la Corte Suprema de Justicia Chilena en diversos fallos:

La Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de causa Rol núm. 3.396 del año 1994, en donde la Compañía Chilena de Fósforos recurre de protección contra la Comisión Nacional de Distorsión de Precios, creada por el artículo 11 de la Ley núm. 18.525, la cual rechaza por unanimidad la denuncia de *dumping*. Están en juego los conceptos de *dumping* y de “productos similar” contenido en el Tratado General de Aranceles y Comercio (GATT) y diversas normas del derecho interno.

La Segunda Sala de la Corte de Apelaciones en el fallo determina “3. Los tratados internacionales se incorporan al derecho interno de acuerdo con las normas establecidas en los artículos 32, 17, y 50, 1, de la Constitución.

”4. Que una vez incorporado al derecho interno los tratados deben cumplirse de buena fe de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [...] debiendo aplicarse sus artículos 31 y 27...

”5. Que la Convención Internacional se aplica preferentemente frente a la ley interna mientras el tratado no sea denunciado por el Estado de Chile o pierde validez internacional”.

Dicha Sentencia fue confirmada por la unanimidad de la Sala de la Corte Suprema que conoció de la apelación del fallo de la Corte de Apelaciones (ver *Gaceta Jurídica*, marzo de 1995, pp. 165-168).

1.4. La técnica jurídica utilizada por el constituyente chileno para que los órganos de ejercicio de soberanía comprometan al Estado mediante tratados internacionales

Otro tema distinto es la técnica jurídica constitucional que permite la incorporación y aplicabilidad de las normas del derecho internacional convencional, la cual puede establecer condiciones más gravosas o más fáciles para la incorporación y aplicabilidad del derecho internacional convencional en el ordenamiento jurídico nacional, incluso diferenciando el procedimiento de incorporación al derecho interno de acuerdo a las materias de que se trate.

Por tanto, los actores jurídicos y políticos que consideren deficiente el procedimiento de incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico interno chileno, por estar en desacuerdo que se pueda transferir jurisdicción a tribunales internacionales por el procedimiento que actualmente

contempla la Constitución en sus artículos 32, 17, y 50, 1, por considerar que es muy bajo el quórum de aprobación de la mayoría simple de cada Cámara para aprobar dichos tratados, deben procurar perfeccionar la normativa constitucional al respecto, además de elevar los quórum de aprobación si lo consideran conveniente. Pero dicha técnica jurídica constitucional más fácil o difícil de incorporación de los tratados al orden jurídico nacional no incide sobre la validez, aplicabilidad y eficacia de las normas internacionales válidamente incorporadas al ordenamiento jurídico interno según el procedimiento actualmente vigente precisado por la Constitución.

En el ámbito del derecho constitucional comparado se establecen las más variadas técnicas jurídicas para determinar la incorporación del derecho internacional convencional, las cuales son un muestrario de los distintos procedimientos y quórum por los cuales ha optado cada Estado.

Sólo señalaremos algunos ejemplos al respecto.

La Constitución española en su artículo 94, 1, señala que: “La presentación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: a) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de una ley o exijan medidas legislativas para su ejecución”.

El artículo 93 de la Constitución española determina que: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por lo que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”.

Bélgica, de acuerdo al texto constitucional promulgado el 17 de febrero de 1994, establece en su artículo 34: “El ejercicio de determinados poderes podrá ser atribuido por un tratado o por una ley a instituciones de derecho internacional público”.

La Constitución de los Países Bajos, en su artículo 91, 3, estipula: “cuando una tratado contuviera estipulaciones que deroguen la Constitución o que impongan la necesidad de tal derogación, se requerirá para su adaptación por las Cámaras una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos”. Agrega el artículo 92 que: “Con observancia, en la medida necesaria, de lo dispuesto en el apartado 3o. del artículo 91, se podrán conferir competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales a organizaciones internacionales de derecho público”.

La Ley Fundamental de Alemania, en su artículo 24, párrafo 1o., determina que “la Federación podrá transferir derechos de soberanía, mediante ley, a organizaciones internacionales”.

La Constitución de Costa Rica en su artículo 121 determina: “además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

”4) aprobar o improbar los convenios internacionales tratados públicos y concordatos.

”Los tratados públicos y convenios internacionales que atribuyen o transfieren determinadas competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de desarrollar objetivos regionales y comunes, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros.

”No requerirán aprobación legislativa los protocolos de menor rango, derivados de tratados públicos o convenios internacionales aprobados por la Asamblea, cuando estos instrumentos autoricen de modo expreso tal derivación”.

La Constitución de Guatemala en su artículo 171 determina: “corresponde también al Congreso:

”[...]

”e) aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando:

”[...]

”5) contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional”.

La Constitución del Perú, en su artículo 56 estipula: “Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República siempre que versen sobre las siguientes materias:

”1. Derechos humanos.

”2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.

”3. Defensa nacional.

”4. Obligaciones financiera del Estado”.

El artículo 75, 24, de la Constitución Argentina establece que para los tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos, si se celebran con

Estados latinoamericanos, el quórum es de la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara, si se celebra con otros Estados se requiere, además, dos trámites y un lapso no inferior a 120 días, entre el acto declarativo y la aprobación del tratado.

1.5. Pérdida de eficacia y aplicabilidad de los tratados

Los Estados sólo pueden excusarse del cumplimiento de un tratado internacional, cuando este se ha celebrado en forma inválida, cuando el Estado no ha concurrido a través de las autoridades constitucionalmente establecidas para comprometer la voluntad del Estado en cada etapa prevista por la Constitución, o no se ha seguido el procedimiento formal establecido por ella.

Consideramos que el Tratado Internacional no puede ser objeto de control represivo de constitucionalidad a través de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 80 de la Constitución), primero por un deber de coherencia del ordenamiento constitucional frente a sus obligaciones internacionales, el Estado no puede establecer unilateralmente obstáculos al cumplimiento de sus obligaciones internacionales (artículo 27 de la Convención de Viena); segundo, porque los tratados no son preceptos legales, como bien lo determina y diferencia el artículo 82, 2, y en derecho constitucional, las diferencias de términos deben ser interpretadas siempre dándoles un sentido útil, de lo contrario, no se habrían establecido; tercero, por que el control de inaplicabilidad se refiere sólo a los aspectos de contenido de los preceptos legales no a su procedimiento de incorporación al ordenamiento jurídico, competencia otorgada sólo al Tribunal Constitucional (artículo 82, 2); cuarto, por cuanto el control represivo de constitucionalidad busca enjuiciar la validez del precepto legal en su aplicación al caso particular, lo que es imposible en relación al tratado, ya que no depende su validez de la norma constitucional.

Es así que el control preventivo desarrollado por el Tribunal Constitucional tiene un carácter fundamental, por lo que es una mala técnica constitucional establecer sólo un control facultativo de constitucionalidad de las Convenciones internacionales, dicho control debería ser obligatorio, como lo son el control de los proyectos de leyes interpretativas de la Constitución

y de leyes orgánicas constitucionales (artículo 82, 1), lo que llevaría a la prohibición de celebrar un tratado internacional que entre en conflicto con las normas sustentativas de la Carta Fundamental salvo que se aprobara por el quórum correspondiente a la revisión de la Constitución.

Mientras no haya un pronunciamiento de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional o no se haya obtenido la nulidad por la vía del artículo 46 de la Convención de Viena, mientras no se haya procedido a la denuncia del tratado por la vía internacional y éste deje de serle aplicable al Estado parte, éste está obligado a su cumplimiento y las normas del tratado no pueden dejar de ser aplicadas por los órganos del Estado. Si finalmente el tratado deja de ser aplicable, lo que sólo puede decidir el derecho internacional, el tratado dejará de formar parte del derecho interno, salvo que las normas del tratado sean derechos esenciales de la persona humana, los cuales una vez reconocidos y garantizados ya no pueden desconocerse, ya que constituyen límites a la soberanía estatal (artículo 5o., inciso 2o.).

Todo ello no es más que consecuencia del ejercicio de la potestad estatal de acuerdo con las normas constitucionales previstas al efecto por el poder constituyente originario que es el que determina la idea de derecho válido que defiende la Constitución y los órganos de control de constitucionalidad. No es el derecho internacional el que impone tales consecuencias jurídicas a la Constitución, sino que es la Constitución la que impone tales consecuencias respecto de las normas internacionales que son parte del ordenamiento jurídico interno.

El respeto del Estado de Chile y de sus órganos a los tratados válidamente celebrados es condición indispensable para su mejor inserción en la comunidad internacional de naciones civilizadas y constituye una garantía para su propia seguridad como nación y sus respeto como tal entre los Estados constitucionales y democráticos de Derecho.

De acuerdo con los criterios y normas antes señalados, no es posible sostener, por ejemplo, que la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos no son instituciones incorporadas por vía del tratado al ordenamiento jurídico chileno, en ambas instituciones, su carácter normativo deriva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico chileno deriva de los preceptos constitucionales, del mismo modo que su régimen de aplicación lo es de

un principio internacional hecho propio por la Carta Fundamental. Así, de la lógica del Convenio que es la lógica del derecho internacional asumida por el derecho interno, resulta con claridad que su articulado es parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico y que las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son resoluciones de un órgano jurisdiccional que supone la obligación de asumir las decisiones de ella que declaren que un acto de los poderes públicos nacionales ha atentado contra los derechos humanos, en cuanto ellos constituyen obligaciones emanadas del tratado, cuyo sujeto obligado es el Estado y todos sus órganos.

1.5.1. Los tratados y las leyes posteriores a su incorporación al derecho interno

Las relaciones entre normas internacionales válidamente incorporadas al derecho interno y normas internas posteriores, se rigen por el principio de la aplicabilidad, ya que ni unas ni otras se condicionan en su validez, por tener distintas fuentes formales que determinan esta validez, la Constitución en el caso de las normas internas, el derecho internacional para las normas internacionales.

La consecuencia de que una norma internacional no pueda afectarse en su validez por una norma interna se deriva del principio de buena fe y de cumplimiento de los compromisos adquiridos que constituyen principios de *ius cogens* codificados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a la que hemos aludido reiteradamente y que forma parte del ordenamiento jurídico chileno, constituyendo una limitación implícita en el ordenamiento jurídico a todos los operadores jurídicos internos.

No se trata de un problema de jerarquía de los tratados sobre la el derecho interno, incluida la Constitución, ya que el cumplimiento de los tratados no puede ser alterado por una ley o una reforma constitucional posterior, ello se debe a que las condiciones de validez del tratado vienen impuestas por el ordenamiento jurídico internacional, limitándose el ordenamiento jurídico interno a determinar las condiciones de su aplicabilidad. Una vez autorizada su aplicabilidad por el derecho interno a través del procedimiento constitucional respectivo, es nuevamente el derecho internacional el que determina la forma en que deben ser aplicadas sus normas, sien-

do aplicable el principio del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que determina “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, disposición que exige la aplicabilidad preferente de las normas internacionales sobre la normas internas.

Así, el principio *pacta sunt servanda* determina la aplicabilidad de los tratados que vinculan a los Estados parte mientras no se determine internacionalmente su inaplicabilidad. Por lo que incorporado un tratado al ordenamiento jurídico interno en forma válida, ninguna norma interna puede decidir su ineficacia ni su pérdida de validez.

No son aplicables a las normas internacionales de los tratados los principios aplicados en el derecho interno de que norma posterior deroga a la norma anterior, ni que la norma especial deroga a la norma general, ni que norma jerárquica superior derogue a la inferior, ya que tales principios sólo operan cuando la contradicción eventual producida entre dos normas puede de resolverse de acuerdo al criterio de validez, por recibir las dos normas en conflicto su condición de normas válidas dadas por una norma jerárquicamente superior a ambas, lo que no ocurre con el caso de conflicto de una norma interna con una norma internacional.

Así, no hay una relación jerárquica entre normas jurídicas internas y tratados, por lo que ambas serán igualmente válidas aunque entren en conflicto, el tratado no determina la nulidad de la norma de derecho interno, sino que sólo prevalece la aplicabilidad de la norma internacional sobre la norma interna, porque así lo determina el derecho internacional, el que a su vez se aplica porque así lo ha decidido los órganos constitucionales pertinentes en el ejercicio de la soberanía nacional (artículo 50., inciso 1o., de la Constitución), pero que debe ser aplicado conforme al derecho internacional, una vez que la Constitución haya autorizado su incorporación y aplicabilidad.

De esta forma, una ley interna de quórum especial u ordinaria cede necesariamente, aunque sea posterior, frente al tratado válidamente incorporado al derecho interno, lo que no significa afectación de la validez de la ley en el ordenamiento interno, lo mismo ocurre con una norma constitucional posterior, salvo que ella represente una mejor protección y garantía de los derechos fundamentales o humanos.

Por tanto, cuando se desee quedar fuera de la obligación de cumplir las disposiciones de un tratado, no hay que recurrir a la vía legislativa ni a la

vía constituyente interna, para cuyo objetivo son ineficaces, sólo cabe recurrir a la vía internacional del procedimiento de denuncia del tratado de acuerdo con las normas del derecho internacional.

La prevalencia del derecho interno sobre la normas del derecho internacional válidamente incorporado al derecho interno, por más que se haga efectiva (lo que no implica que se haga válida), constituye una violación de normas internacionales incorporadas al derecho interno, y por ello, una transgresión al derecho interno y a la Constitución, un debilitamiento del Estado de Derecho y una afectación de la seguridad nacional como del honor del Estado de Chile.

Celebrar un Tratado Internacional constituye un ejercicio de la soberanía por la autoridades que establece la Constitución, la que limita tanto la potestad constituyente como legislativa posterior, en algunos casos implica emprender un camino sin retorno, al comprometerse con normas irreversibles como son la referentes al aseguramiento de derecho esenciales o las que constituyen una comunidad económico o política, como es el caso de la Unión Europea. Lo que exige de los órganos constitucionales respectivos conciencia y seriedad en la toma de sus decisiones.

Se ha llegado a sostener por algunos autores¹⁶ que “entre la ley y el tratado no hay una relación de jerarquía, sino más bien una distribución de competencias”. Al respecto cabe señalar que esta situación establecida para las leyes por la Constitución no es extensible a los tratados internacionales ya que estos no tienen un campo normativo acotado como los diversos tipos de leyes, éstos pueden regular cualquier materia dogmática u orgánica. El constituyente no ha delimitado su campo de acción. De esta manera, como sostiene Ignacio de Otto, “la relación entre el tratado y las leyes posteriores se basa sobre la base de reglas de aplicación”. Un tratado no puede ser modificado por una ley, ciertamente, pero no significa que la ley contraria a un tratado en vigor sea nula, sino tan sólo que el tratado prevalece sobre ella. Por eso la inderogabilidad del tratado por la ley es una particular resistencia en cuanto no conlleva, como la fuerza pasiva propiamente dicha, “la nulidad de la ley posterior contraria al tratado”,¹⁷ como se reco-

¹⁶ Gustavo Fiamma y Salvador Mohor, “La jerarquía normativa de los tratados internacionales”, en *El Mercurio*, Cuerpo D, p. 24, 4 de noviembre de 1994.

¹⁷ Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel Derecho, 1987, p. 126.

noce expresamente por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en la sesión 371, pp. y 2588.

De esta manera, como lo señala gran parte de la doctrina comparada, posición que compartimos con otros autores nacionales, la resistencia de los tratados frente a la ley o el principio de intangibilidad de los tratados hace que estos últimos ocupen una posición superior a la ley, construyendo un escalón supralegal.^{18 y 19}

2. LA LIMITACIÓN DE LA SOBERANÍA EXTERNA POR LOS DERECHOS ASEGURADOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La concepción de la soberanía externa alcanza su máximo esplendor y su momento trágico, como señala Luigi Ferrajoli,²⁰ en la primera mitad del siglo XX con la Segunda Guerra Mundial. En efecto, al término de ella quedó sancionado el fin de la soberanía externa ilimitada, quedando restringida y disminuida la legitimidad de la guerra por el derecho a la paz y la emergencia de los derechos humanos como restricción de la potestad estatal, todo ello en el ámbito del derecho internacional por la Carta de Naciones Unidas, aprobada en San Francisco el 26 de julio de 1945, y más tarde, por la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada en diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Tales documentos constituyen el inicio de la transformación del orden jurídico mundial en su perspectiva normativa, trayéndolo del “estado de naturaleza” al estado de sociedad civil: la soberanía externa del Estado deja de ser una libertad absoluta y salvaje, quedando subordinada jurídicamente a dos

¹⁸ Ver L. I. Sánchez Rodríguez, I. D. González Campos y M. P. Sáenz de Santamaría, *Curso de derecho internacional público*. Oviedo, 1983, pp. 121 y ss.

¹⁹ Luis Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*. 3a. ed. Civitas, p. 132: “Los tratados tienen un valor superior a cualquier otra norma de derecho interno, incluida la ley [...] la aplicación preferente, incluso respecto de las leyes, se traduce en la previsión constitucional de que sus disposiciones no podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas, sino en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional”.

²⁰ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999.

normas fundamentales que son, por una parte, el imperativo de la paz, y por otra, la tutela de los derechos humanos.

La Carta de Naciones Unidas suprime el *ius ad bellum* que había sido hasta entonces el principal atributo de la soberanía externa, lo que se constituye en uno de los aspectos fundamentales de la juricidad del nuevo ordenamiento internacional.

Esta perspectiva se va complementando y progresando con los Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario y sus protocolos complementarios, como asimismo, por los pactos internacionales de derechos humanos, comenzando a configurarse un ordenamiento supraestatal, que ya no consiste en un simple pacto de asociación, sino en un pacto a través del cual los Estados se subordinan al bien jurídico superior de la dignidad y de los derechos esenciales de las personas, constituyendo estos un derecho inmediatamente vinculante para los Estados. Comienza a abrirse paso la concepción de que la humanidad es una sola y que se rige por valores y principios comunes, siendo capaz de reaccionar como humanidad en su conjunto, por encima de nacionalismos e intereses estatales cuando se afecta gravemente la dignidad y los derechos de los seres humanos.

La soberanía estatal externa queda disminuida y limitada, ya que los derechos esenciales de las personas son objeto de tutela en el ámbito internacional frente a los Estados mismos, surgiendo los tribunales y cortes internacionales con decisión jurisdiccional vinculante para los Estados parte.

En esta materia juega un rol significativo la Corte Internacional de Justicia (CIJ), que reemplaza a la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI). En efecto, será la CIJ en el asunto del personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán, en su fallo del 24 de mayo de 1980, la que determina: “La Corte, por trece votos contra dos, decide que, con el comportamiento demostrado por la República Islámica del Irán ha violado en varios aspectos y continúa violando obligaciones que tiene para con Estados Unidos de América en virtud de convenciones internacionales vigentes entre los dos países y de normas de derecho internacional general consagradas por una larga práctica”,²¹ dicho incumplimiento por el Esta-

²¹ Naciones Unidas, Asamblea General, Documentos Oficiales, trigésimo quinto periodo de sesiones, suplemento núm. 4 (a/3573). Nueva York, p. 3.

do de sus obligaciones de derecho internacional convencional y consuetudinario genera la respectiva responsabilidad internacional.

En efecto, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el asunto del personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán, determinó que “el hecho de privar abusivamente de la libertad a seres humanos y someterles en condiciones penosas a coacción física, es manifiestamente incompatible con los principios de la Carta de Naciones Unidas y con los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”.²²

A su vez, la entrada en vigor de las Convenciones de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 y 1986, ratificada por nuestros Estados, reconoce la existencia de normas imperativas de derecho internacional general respecto de principios e intereses vitales para la existencia misma de la sociedad internacional. Tales disposiciones constituyen normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), que constituyen límites a la soberanía estatal, las cuales han sido definidas positivamente como aceptadas y reconocidas “por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por otra ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo valor”.²³

Por otra parte, la afirmación de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales en el derecho internacional positivo contemporáneo constituye desde la perspectiva jurídica, una transformación profunda del derecho internacional ya que implica reconocer en el plano de los Estados que junto al principio de la soberanía se encuentra hoy el principio esencial y estructurante del orden internacional contemporáneo de los derechos humanos,²⁴ que los Estados van asumiendo progresivamente como limitante

²² Citado por Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*. Madrid, Tecnos, 1995, p. 102.

²³ Artículo 53 de las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1968 y 1986.

²⁴ Ver J. A. Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*. Madrid, Tecnos, 1995; Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías*. Madrid, Trotta, 1999; Juan Antonio Travieso, *Derechos humanos y derecho internacional*. Buenos Aires, Heliosta, 1995; Pierre Marie Dupay, *Droit International Public*. 2a. ed. París, Dalloz, 1993; G. Zagrebelski, *El derecho díctil, ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 1999; A. Cassese, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona, Ariel, 1991.

de su propia potestad estatal, lo cual se va incorporando explícitamente en las propias constituciones.

En esta perspectiva, entran en crisis los conceptos de los derechos fundamentales entendidos como “auto-obligación” del Estado, como sostén Jellinek,²⁵ o como “auto-limitación” del Estado, como sostén Santi Romano.²⁶ Así, los derechos se transforman en indisponibles para el Estado y los poderes públicos. Los derechos se constituyen en un sistema de vínculos y límites supraordenados al Estado.

La soberanía estatal queda fuertemente disminuida y reducida, ya que tales derechos esenciales de las personas constituyen un lugar en la cúspide del derecho internacional público de carácter imperativo por su significación civilizadora y su alcance universal. En materia de derechos humanos, los Estados tienen obligaciones frente a la comunidad internacional en su conjunto en orden a la consecución del bien común internacional. Tales derechos constituyen un patrimonio común de la humanidad y una obligación *erga omnes* respecto de todos los Estados.

La persona humana se constituye como sujeto del derecho internacional, aunque limitado y disminuido aún, para activar los organismos internacionales en la protección de sus derechos, aún débilmente protegidos.

La ausencia de garantías adecuadas contra la violaciones de los derechos humanos por parte de los estados, hoy debe ser considerada como una laguna que debe ser colmada, con la finalidad de dar eficacia a tales derechos y proteger efectivamente el bien jurídico fundamental de la dignidad de la persona humana.

El Estado contemporáneo de la segunda mitad del siglo XX queda sometido crecientemente a un derecho internacional de los derechos humanos y a un derecho internacional humanitario, en el cual la soberanía o potestad estatal cede ante la valorización fundamental y la primacía de la dignidad de la persona y los derechos humanos, marco dentro del cual se mueve actualmente la potestad estatal, surgiendo así, parodiando con el Estado de Derecho nacional, un Estado de Derecho internacional, tanto en

²⁵ G. Jellinek, *Das System der Subjektiven öffentlichen Rechte*, (1892).

²⁶ Santi Romano, “La teoría dei diritti pubblici soggettivi”, en V. E. Orlando, *Primo Tratato di diritto amministrativo italiano I*. Milano, Società Editrice libraria, 1900, pp. 159-163.

la guerra como en la paz, el cual genera las bases o germen de una Constitución mundial en el ámbito tradicionalmente dogmático de ésta.

Esta perspectiva ha implicado una profunda transformación de la dogmática del derecho constitucional y del derecho internacional público en las últimas décadas: el principio clásico de no intervención que consiste en la prohibición de intervenir en los asuntos de la exclusiva jurisdicción doméstica de otros Estados, se relativiza por la posibilidad de intervención colectiva de la comunidad internacional organizada, además de ser el propio derecho internacional el que define cuales son las materias que quedan fuera de la exclusividad de la potestad estatal; las cortes internacionales, principalmente la Corte Internacional de Justicia de La Haya, ha impuesto progresivamente a los Estados obligaciones derivadas del derecho internacional consuetudinario y del derecho internacional general que los Estados no contribuyeron a formar o que incluso han rechazado, en los casos de prácticas generalizadas o de normas de *ius cogens*, algunas de ellas desarrolladas en tratados de los que dichos Estados no son parte (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Convención contra el Delito de Genocidio y Convención contra la Discriminación Racial, entre otros); asimismo, pierden sentido las concepciones dualistas o monistas respecto de las relaciones entre derecho interno y derecho internacional, por la preeminencia absoluta del derecho internacional de los derechos humanos en caso de conflicto con el derecho interno, cuando el primero protege en mejor forma el ejercicio de los derechos y sus garantías, no pudiendo el derecho interno desentenderse del derecho internacional de los derechos humanos.

En esta materia, el Instituto de Derecho Internacional, en su resolución del 13 de septiembre de 1989, sobre la protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados, expresa en su artículo 1: “Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana. La obligación de los Estados de asegurar su respeto se desprende del propio reconocimiento de esta dignidad que ya proclaman la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

”Esta obligación internacional es, según la fórmula utilizada por la Corte Internacional de Justicia, una obligación *erga omnes*: incumbe a todo Estado con respecto a la comunidad internacional en su conjunto y todo Estado tiene un interés jurídico en la protección de los derechos humanos. Esta

obligación implica, además, un deber de solidaridad entre todos los Estados, con el fin de garantizar lo más rápidamente posible una protección universal y efectiva de los derechos humanos".²⁷

Las Convenciones europea y americana de derechos humanos y sus instituciones garantizadoras muestran un avance significativo en la materia en las últimas décadas, determinando con carácter jurisdiccional vinculante la responsabilidad del Estado como persona jurídica por violación de derechos humanos, independientemente del órgano o agente estatal causante de dicha responsabilidad, además de las obligaciones del Estado responsable de garantizar el ejercicio del derecho afectado, como asimismo, cuando corresponda, reparar e indemnizar a las personas afectadas.²⁸

2.1. La diferenciación de los tratados de derechos humanos por los intereses protegidos

En esta perspectiva, cabe señalar la Opinión Consultiva de la Corte Inter-nacional de Justicia (CIJ) sobre Reservas a la Convención sobre Genoci-dio, donde señaló que los principios de dicha convención “son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, aún fuera de toda obligación convencional”, sentencia de 1951, dictada cuando aún no existían los pactos y convenciones internacionales y regionales de derechos humanos.

Los Estados por propia voluntad y libremente se someten a un derecho que los supera y subordina (el derecho internacional de los derechos huma-nos y sus garantías jurisdiccionales), el cual no se estructura en un tratado de tipo contractual tradicional donde la norma es el interés de las partes; los tratados que aseguran y garantizan derechos esenciales de la persona hu-mana tienen un interés superior a las partes que es la dignidad de la perso-na y los derechos humanos, frente a lo cual los Estados se subordinan y están

²⁷ Citado por César Moyano Bonilla, *Soberanía y derechos humanos. Liber Amicorum*, Héctor Fix-Zamudio, ed. San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, volumen II, pp. 1137-1138.

²⁸ Ver, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 184. Ver, asimismo, Opinión Consultiva 14/1994, párrafo 56.

obligados a cumplir siempre las disposiciones del tratado, aún cuando otro Estado los vulnere, ya que todos ellos se someten a un bien jurídico que los supera y tiene carácter prioritario: el respeto y garantía de los derechos de la persona humana, siendo la humanidad toda la que se resiente con dichas vulneraciones.²⁹

Hay así una superación de nociones clásicas que van quedando obsoletas en el derecho interno de los Estados y en el derecho internacional, no existiendo dominio reservado ni soberanía estatal ante el atropello o vulneración grave de los derechos humanos, aún con fuerte resistencia de algunos operadores políticos y jurídicos internos de los Estados.

Esta limitación de la soberanía estatal por la dignidad de la persona humana y sus derechos esenciales, poco a poco se abre camino y logra crecientemente una consagración constitucional positiva en las constituciones latinoamericanas.

2.2. El reconocimiento constitucional en América Latina de la limitación de la potestad estatal por el derecho internacional de los derechos humanos

Al respecto es pertinente señalar algunos ejemplos en la materia.

²⁹ Como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, en los tratados sobre derechos humanos “los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención, es en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y medida de todas las disposiciones” (Opinión Consultiva, Corte Internacional de Justicia, Recueil 1955, p. 23). Esta concepción de los tratados en materia de los derechos humanos es sostenida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al establecer que estos instrumentos “no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, y en beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objetivo y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientes de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (Opinión Consultiva de 1982, Serie A, núm. 2, párrafo 29).

La Constitución chilena, en su artículo 50., inciso 2o., determina que: “La soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

Desde la vigencia de la Carta de Naciones Unidas nos dice Verdross, se ha “roto con el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, sustituyéndolo por el principio nuevo de que la protección de los derechos humanos constituye una cuestión fundamentalmente internacional”.³⁰ Nuestro país es signatario de la Carta de Naciones Unidas y se encuentra vinculado por sus decisiones y por la Declaración Universal de Derechos Humanos y sus pactos complementarios. No podemos olvidar que Chile, junto a todos los demás Estados suscribieron la Declaración de Teherán de 1968, a través de la cual se autovincularon para hacer efectivos los derechos humanos, cuyo artículo sexto señala lo siguiente: “Los Estados deben reafirmar su firme propósito de aplicar de modo efectivo los principios consagrados en la Carta de Naciones Unidas y en otros instrumentos internacionales en relación con los derechos humanos y libertades fundamentales”. A su vez, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, es claramente obligatoria y vinculante también por la remisión que a ella efectúa el artículo 29, inciso d), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Ambas declaraciones son fuentes de derechos materialmente constitucionales.

Si tales derechos emanan de la naturaleza del ser humano, ellos pertenecen al hombre por el sólo hecho de ser personas, y por tanto, tales derechos tienen las características de ser universales, absolutos, alienables e imprescriptibles.

Puede sostenerse, además, que los derechos que emanan de la naturaleza humana no pueden ser enumerados taxativamente de una vez y para siempre, por cuanto los seres humanos en el desarrollo histórico y de su conciencia, podrán ir perfeccionando los existentes y desarrollando otros nuevos. De ello se dejó expresa constancia en las Actas Oficiales de la Comisión

³⁰ Verdross, *Derecho internacional público*. Madrid, 1967. p. 492.

de Estudios de la Nueva Constitución en su sesión 203: “la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana”, como asimismo, se reconoció que tales derechos no sólo son los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, “sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana”. Una afirmación similar hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 5o., pudiendo ser ampliados los derechos contenidos a otros que establezcan otros pactos posteriores.

Así, la Constitución establece en el artículo 5o., inciso 2o., en forma expresa dos modalidades de institucionalización de derechos esenciales o humanos, la propia norma constitucional y el tratado internacional; siendo esta última la modalidad que permite incorporar a la Constitución material los derechos esenciales o humanos que no están expresamente contenidos en el texto constitucional, o no se hayan incorporado formalmente a ella a través del procedimiento de reforma de la Constitución.

La primera modalidad implica la introducción de nuevos derechos o fortalecimiento de los ya asegurados por medio del procedimiento de reforma constitucional del capítulo XIV de la Constitución.

La Constitución de Guatemala de 1985, artículo 46, determina: “Preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

La Constitución de Nicaragua de 1987, en su artículo 46, integra en la enumeración constitucional de derechos, aquellos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de Naciones Unidas; y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos con objeto de darles adecuada protección.

La Constitución de Brasil de 1988, en su artículo 4o., señala que: “La República Federal de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: [...] II. Prevalencia de los derechos humanos”.

A su vez, la misma Constitución, ordena en el artículo 5o., numeral 1o., que las normas que definen “los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata” los derechos y garantías expresadas en esta Constitución.

tución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que Brasil sea parte.

Como sostiene Cançado Trindade, “el caso de los Tratados de Protección Internacional de los Derechos Humanos en que Brasil es parte, los derechos fundamentales en ellos garantizados pasan, de acuerdo con los artículos 5(2) y 5(1) de la Constitución brasileña de 1988, a integrar el elenco de los derechos constitucionalmente consagrados y directa e inmediatamente exigibles en el plano del ordenamiento jurídico interno”.³¹

La Constitución de Colombia de 1991, en su artículo 93, determina que: “Los tratados y convenios ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

A su vez, la Constitución de Argentina, modificada en 1994, en su artículo 75, párrafo 22, enumera un conjunto de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, entre los que se incluye la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto a otras Declaraciones y Convenciones, los cuales deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidas por la Constitución.

La Constitución Ecuatoriana de 1998, en el artículo 17, precisa: “El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”.

Asimismo, el artículo 18 prescribe: “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

³¹ Antonio Cançado Trindade, “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*. San José, Costa Rica, IIDH, 1993, p. 240.

”En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o en la ley, para el ejercicio de estos derechos.

”No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

”Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

Finalmente, el artículo 19 agrega: “Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”.

La reciente Constitución de Venezuela de 1999, artículo 19 determina que: “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad, el ejercicio y goce irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos por la República y las leyes que los desarrollan”.

La misma Carta Fundamental, en su artículo 22, precisa: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de dichos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

Por último, el artículo 23 de la Carta venezolana expresa: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

2.3. *Los derechos esenciales o derechos humanos forman parte de un sistema de doble fuente*

Los derechos se aseguran y garantizan en base al sistema constitucional interno de producción de normas y por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, de acuerdo a las Cartas Fundamentales y por voluntad del constituyente se constituye un bloque constitucional de los derechos, compuesto por los derechos asegurados constitucionalmente y los asegurados por los tratados de derechos humanos ratificados por los Estados y vigentes, existiendo una retroalimentación recíproca entre el derecho interno y el derecho internacional convencional de derechos humanos, conjungándose de acuerdo al principio *favor libertatis, pro cives o pro homine*, el que exige procurar la alternativa de solución más beneficiosa para las personas y sus derechos esenciales, o la que restringe en menor grado los derechos esenciales asegurados; así lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 5/1985, como órgano jurisdiccional supranacional en materia de derechos humanos, a nivel regional latinoamericano.

Para establecer el contenido esencial de los derechos asegurados en nuestros ordenamientos jurídicos, delimitándolos, es necesario precisar el contenido y frontera de cada derecho con el objeto de resolver los conflictos aparentes o reales de derechos dentro del sistema jurídico, lo que exige aplicar correctamente el sistema de fuentes del derecho y de hermenéutica o interpretación constitucional y del derecho de los derechos humanos. Puede afirmarse que el derecho de los derechos humanos (con su doble fuente nacional e internacional), tiene prelación no sólo sobre el derecho interno sino también sobre el derecho comunitario, como ya ha sido asumido como punto pacífico en las jurisdicciones y en los ordenamientos jurídicos en los Estados componentes de la Unión Europea y en una parte de los Estados latinoamericanos.

El principio fundamental en materia de derechos humanos o esenciales es la maximización y optimización del sistema de derechos y el reforzamiento de sus garantías.³²

³² Ver Germán Bidart Campos, *La interpretación del sistema de derechos humanos*. Buenos Aires, Ediar; *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo III: *El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994*. Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 362-369.

A su vez, cuando en el ámbito regional o internacional se establecen organismos y tribunales internacionales o supraestatales a los cuales se les reconocen competencias de supervigilancia y jurisdiccionales vinculantes para los Estados parte que libre y voluntariamente se han sometido a dichas convenciones, el Estado está abdicando de la exclusividad estatal de la potestad jurisdiccional con plena conciencia de ello sin compulsión alguna. La potestad jurisdiccional de un tribunal internacional o supraestatal nace del consentimiento del Estado, al negociar, aprobar y ratificar libremente el tratado; por tanto, dicho Estado, de buena fe, no podrá alegar interferencia o vulneración de una soberanía o potestad estatal, la cual conscientemente y constitucionalmente se ha cedido parcialmente. Así sucede, entre otros casos, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su protocolo complementario que le entregan competencias a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para supervisar y resolver los conflictos jurisdiccionales en la materia.

2.4. Los derechos esenciales o derechos humanos constituyen un límite de la soberanía estatal: poder constituyente y poderes instituidos

La soberanía estatal no existe en materia de derechos humanos porque ella tiene como límite tales derechos, lo que exige *aggiornarse* culturalmente y superar esquemas dogmáticos que no responden a la realidad de fines y valores del derecho constitucional actual. La soberanía en materia de derechos humanos en la civilización de nuestros días es un fantasma sentado sobre su propia tumba, que no resiste la realidad de aldea global o planetaria que será la realidad del siglo XXI y las nuevas formas de cooperación e integración de las sociedades en el plano político, jurídico, económico, social y cultural.

Existe así una incoherencia o “esquizofrenia” mental cuando conociendo los principios y reglas que rigen en materia de derecho internacional público, libre y voluntariamente se aprueban y ratifican convenciones en materia de derechos humanos, lo que implica reconocer la primacía de sus normas sobre el derecho interno, además de incorporar tales normas a nues-

etros sistemas jurídicos, para luego, de forma incalificable, desconocer sus consecuencias jurídicas, afectando gravemente el honor y la responsabilidad estatal, como asimismo, vulnerando el derecho válidamente incorporado al propio ordenamiento jurídico. La coherencia exige que una vez incorporados válidamente los principios y reglas del derecho internacional de los derechos humanos y las competencias de los tribunales supranacionales respectivos, debe cumplirse de buena fe las obligaciones contraídas, de lo contrario hay incoherencia, se viola el derecho interno y se incurre en responsabilidad internacional.

El derecho internacional de los derechos humanos incorporado válidamente a nuestros ordenamientos jurídicos, sin perder ni transformar su naturaleza de derecho internacional, forma parte del derecho interno con primacía sobre el mismo derecho de fuente interna, no pudiendo el derecho interno disminuirlo en su preferente aplicabilidad, protección y garantía. Esta es la única perspectiva que fortalece el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales.

Esta perspectiva de responsabilidad y coherencia con los principios del Estado de Derecho constitucional y los principios generales del derecho internacional exige que los tratados sólo puedan tener control de constitucionalidad en el proceso de su incorporación al derecho interno, control que debiera ser obligatorio y quedando inhibido el control de constitucionalidad cuando las normas del derecho internacional se han incorporado válidamente al derecho interno, ya que de lo contrario se vulnera conscientemente y de mala fe el principio esencial de primacía del derecho internacional válidamente incorporado, además, quedaría facultado el Estado para determinar unilateralmente si cumple o no sus obligaciones internacionales. Coherentemente con el principio de buena fe y de seguridad jurídica no puede existir control de constitucionalidad represivo de tratados.

2.5. La doctrina del bloque constitucional de los derechos humanos o esenciales

Así, cuando existen normas que estando fuera de la Constitución se erigen, por decisión del constituyente, a un nivel supraconstitucional o al mismo nivel de la Carta Fundamental, compartiendo su misma jerarquía o una

superior, nos lleva a plantear necesariamente la doctrina del bloque de constitucionalidad, en el cual se insertan a través de fuentes nacionales o internacionales, normas con la misma jerarquía de la Constitución, lo que significa, como señala Bidart Campos, que por imperio de la propia Constitución, esas normas ajenas a su articulado comparten su misma fuerza normativa, porque la propia Carta Fundamental como fuente suprema del ordenamiento jurídico lo ha querido.³³

De esta forma, podemos considerar que el bloque de constitucionalidad se refiere al conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, entre otros.³⁴

Dicho bloque de constitucionalidad sirve de complemento congruente para reforzar y legitimar la fuerza normativa de los derechos en la Constitución desde fuera de ella misma.

El bloque de constitucionalidad supera la concepción formal de la Constitución y ésta se flexibiliza, dando mayor amplitud a las valoraciones en materia de constitucionalidad, reforzando la fuerza normativa de la Constitución.

Sea que el bloque de constitucionalidad se le confiere jerarquía supra-constitucional o constitucional (Brasil, Chile, Argentina, Colombia, Nicaragua, Guatemala) o subconstitucional, siempre su elaboración e integración tiene como base y fin su utilización como parámetro para realizar el control de constitucionalidad, es decir, como instrumento para interpretar, aplicar o desaplicar desde la Carta Fundamental las normas de carácter infraconstitucional. De forma tal que el bloque de constitucionalidad es uno de los elementos básicos para realizar un juicio de constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad irradia un criterio interpretativo y aplicativo que ningún operador jurídico debe dejar de considerar y actuar en conformidad con él.

La conciencia jurídica civilizada contemporánea así lo exige. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no excusa las violaciones o incumplimiento de los tratados.

³³ Germán Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, op. cit., p. 263.

³⁴ Ver Louis Favoreau, “El bloque de constitucionalidad”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5. Madrid, 1990; Francisco Rubio Llorente, “El bloque de constitucionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27. Madrid, 1989.

Al aprobar y ratificar un tratado o convención internacional, en especial en materia de derechos humanos, como es entre otras, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados saben que tiene el deber de dotar de eficacia directa a tales derechos de acuerdo al artículo 1o. de dicha Convención, el cual establece: “1. Los Estados parte en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”, asimismo, de acuerdo al artículo 2 de la CADH, existe el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarios para dar plena eficacia a los derechos. Dentro de las medidas de “otro carácter”, se encuentran las resoluciones judiciales que deben implementar los jueces como órganos jurisdiccionales del Estado, los cuales tienen el deber no sólo de respetar, sino también de promover los derechos esenciales.

Por otra parte, existe el principio implícito en los ordenamientos jurídicos que han aceptado incorporar el derecho internacional convencional de los derechos humanos, que el bloque de derechos esenciales asegurados debe interpretarse de conformidad con los órganos de interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, libre y voluntariamente aceptado por los Estados parte, principio que es del todo recomendable explicitar constitucionalmente como lo hacen la Constitución Española de 1978 y la Constitución Colombiana de 1991, entre otras Cartas Fundamentales contemporáneas iberoamericanas, y como lo asumen las jurisdicciones constitucionales de Argentina, Colombia, Costa Rica, Venezuela, entre otras.

3. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS TRATADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

3.1. *La autoejecutividad de las normas de los tratados sobre derechos humanos*

El carácter de autoejecutividad de las normas de un tratado, consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el derecho inter-

no, sin necesidad de obtener un desarrollo legislativo previo, lo que equivale en derecho constitucional a los preceptos o normas operativas de la Constitución, es decir, las normas que debe considerar en forma directa y en primer lugar el juez o la administración para resolver cualquier asunto sometido a su consideración.

La norma autoejecutable se caracteriza por establecer un derecho en favor de la persona que tiene un interés legítimo en la aplicación del precepto cuya protección es elegible al juez en sus resoluciones judiciales o a la administración en sus actuaciones administrativas.

Como lo sostuvo la Corte Permanente de Justicia Internacional, el caso Foster y Neilson, estamos en presencia de normas autoejecutables por sí mismas en un tratado, cuando la intención de las partes ha sido garantizar un derecho exigible a las personas que soliciten a los organismos del Estado la aplicación de esa norma en su favor.

En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, el propio preámbulo explicita, como fines de ese tratado, el establecer un régimen de “protección internacional, de naturaleza coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”, ello se refuerza con el artículo 1 de la Convención que señala la “obligación de respetar los derechos. 1. los Estados parte de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta convención, persona es todo ser humano”.

Así, todos los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son de autoejecutividad directa, a menos que exista una estipulación expresa en la norma que condiciona el cumplimiento de la norma al desarrollo de leyes subsecuentes.

Por tanto, el artículo 2o. de la Convención Americana, que establece la obligación de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos de la Con-

vención, constituye una obligación complementaria, lo que no releva al Estado de la obligación de respeto y de garantía de los derechos que establece el artículo 1o. de la Convención.

La autoejecutividad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido ratificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-7 del 29 de agosto de 1986 sobre el derecho de rectificación o respuesta, en relación con los artículos 1.1 y 1.2 de la Convención, a solicitud del gobierno de Costa Rica, en ella la Corte rechazó el argumento de la no autoejecutibilidad del artículo 14.1, en virtud de que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo” por lo que concluye que el derecho de rectificación o respuesta es internacionalmente exigible.

Jiménez de Arechaga ha establecido que, con el criterio antes señalado, confirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “solamente carecen de autoejecutividad los artículo 13(4) sobre propaganda en favor de la guerra y apología del odio; 17(4) sobre igualdad de los hijos, sean legítimos o naturales; 19, sobre derechos del niño a medida de protección; 21(3) sobre prohibición de la usura; y 26, sobre derechos económicos, sociales y culturales”.³⁵

Respetar los tratados establece el deber de asegurar el cumplimiento de sus disposiciones por todos los órganos y agentes del Estado, como asimismo, por todas las personas que actúen dentro del ámbito jurisdiccional del Estado. Esta obligación es de carácter *erga omnes* o general, exigible incondicionalmente a todos los agentes y órganos del Estado. Promover los derechos implica que el Estado, a través de sus órganos y agentes, deben adoptar todas las medidas legales, administrativas y jurisdiccionales con el fin de asegurar y garantizar el respeto de los derechos, prevenir su vulneración y eliminar los obstáculos públicos o privados que impedían el goce de los derechos.

Esta obligación no sólo se deriva del artículo 5o. de la Constitución, sino también de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1o.

³⁵ Eduardo Jiménez de Arechaga, “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno”, en *Revista IIDH*. San José de Costa Rica, enero-junio de 1988, p. 35.

común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949, que establecen el deber de los Estados parte de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario, lo que ha sido judicialmente reconocido por la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso de Nicaragua-Estados Unidos, donde la Corte estableció el deber de Estados Unidos de respetar y hacer respetar dichos convenios “en todas las circunstancias”, lo que deriva no sólo de tales convenios, sino de los principios generales del derecho humanitario a los cuales los convenios dan expresión concreta.³⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velázquez-Rodríguez, en sentencia del 29 de julio de 1988,³⁷ y del caso Godínez-Cruz, en sentencia del 20 de enero de 1989,³⁸ consideró que el artículo 1, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece para los Estado parte la obligación de “respetar y garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos asegurados en la Convención, consiste en que los Estados parte están obligados a “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho violado y, en este caso, la reparación de los años producidos por la violación de los derechos humanos”.³⁹ A ello, agregó la Corte, que la violación de derechos humanos por un simple particular, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, por la “falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”.⁴⁰

Concordamos con Germán Bidart Campos en que el principio es el de presunción de operatividad de las cláusulas del Pacto, y sólo cuando de la

³⁶ Ver Antonio Augusto Cançado Trindade, “Desarrollo de las relaciones entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos en su amplia dimensión”, en *Revista IIDH*, núm. 16. San José de Costa Rica, p. 52.

³⁷ Sentencia caso Velázquez Rodríguez. Serie C, núm. 4.

³⁸ Sentencia caso Godínez-Cruz. Serie C, núm. 5.

³⁹ Ver Serie C, núm. 4, párrafo 166, pp. 68-69. Serie C, núm. 5, párrafo 175, p. 72.

⁴⁰ Ver Serie C, núm. 4, párrafo 172, p. 70-71. Serie C, núm. 5, párrafos 181 y 182, pp. 73-74.

redacción de la norma surge en forma clara que es programática, ella lo será.⁴¹ Sin embargo, si la cláusula es programática, obliga al legislador a hacer lo que ella determina, si no lo hace, fuera de incumplir una obligación internacional emanada de un Tratado, estaría incurriendo en una especie de inconstitucionalidad por omisión.

Que el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la obligación inmediata de los Estados parte de adoptar las medidas legislativas “o de otro carácter” que sean necesarias para hacer efectivos los derechos (compete a los tribunales de justicia a través de sus sentencias, hacer efectivas esas medidas) lo que permite la aplicación ágil y eficaz de todo el sistema de derechos que forman parte del ordenamiento jurídico nacional, con su doble fuente de derechos, los reconocidos por vía normativa interna y los reconocidos e incorporados al orden jurídico nacional provenientes de la vía normativa internacional (principio de *jus cogens*, derecho consuetudinario y derecho convencional internacional), dando plenitud al sistema de protección de derechos humanos en el sistema constitucional, permitiendo la retroalimentación y armonización de ambas fuentes de derechos.⁴²

3.2. La aplicación de la fuente y solución que mejor proteja los derechos

Un tribunal de justicia en un Estado constitucional de Derecho, como lo era el vigente bajo la Carta de 1925 como el actual bajo el imperio de la Constitución de 1980, debe aplicar la regla hermenéutica que permite emplear correctamente la opción preferencial por la fuente y la solución que mejor favorezca la dignidad y los derechos de la persona humana, ya que, como lo sostienen viejos axiomas romanistas, todo el derecho está constituido por causa del hombre, y podemos agregar, para su dignificación, lo que implica el respeto, garantía y promoción de los derechos humanos, provenientes

⁴¹ Germán Bidart Campos, *La interpretación del sistema de derechos humanos*. Buenos Aires, Ediar, 1994, p. 185.

⁴² Rodolfo Piza y Gerardo Trejos, *Derecho internacional de los derechos humanos*. San José, Costa Rica, 1989. pp. 117, 110 y 125.

tanto de fuente interna, como de la fuente internacional válidamente incorporada al derecho interno.

El derecho interno de un Estado, a partir de la Constitución, y por decisión del constituyente, no podría ser entendido de otra manera, y así en la Carta de 1925, como en la Constitución de 1980, se exige la asimilación del mejor modo posible a la necesidad de congruencia entre la Constitución y el derecho internacional cuando entre ellos no existe contradicción. La interpretación jurídica hecho por el juez en jurisdicción interna debe esmerarse por “cerrar” el sistema “en armonía con la fuente internacional, de modo tal que en cada caso y en cada circunstancia aquella interpretación, auxiliada por la integración coherente de los vacíos normativos, rinda el beneficio más valioso para la persona humana”.⁴³

El texto de un tratado sobre derecho humanitario internacional o sobre derechos humanos forma parte de un contexto, “en el que su sentido integral se esclarece con el objeto y el fin del tratado”, principio hermenéutico que ha sido consagrado en el artículo 31.1. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual sistematiza principios interpretativos vigentes con anterioridad a la aprobación de dicho tratado.

Las normas de derecho interno y de derecho internacional de derechos humanos sólo “reconocen” y “aseguran” derechos, no los “constituyen”, no los “crean”, como lo señala expresamente la Constitución de 1980 en sus artículos 50., inciso 2o., y encabezamiento del artículo 19, la constancia de los derechos en las normas escritas sólo significa vigencia normonológica, la vigencia sociológica radica en su cumplimiento y aplicación práctica, en su efectividad.

La interpretación de las normas referentes a derechos que conforman el orden jurídico puede presentar lagunas o vacíos debe realizarse, por parte de los operadores jurídicos, especialmente por los jueces, mediante una apelación al conjunto de valores y principios, como el contexto histórico que alimentan a dicho ordenamiento jurídico como Estado de Derecho constitucional democrático, lo que permite llenar los silencios o las carencias normativas para darle plenitud al sistema de derechos.

⁴³ Germán Bidart Campos, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna”. Ponencia presentada en el Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, 1994, p. 13.

A su vez, el operador jurídico debe siempre optar por la alternativa preferencial por la norma y la solución que mejor satisfaga la protección de los derechos, y con ello, la dignidad de la persona humana. Este principio es aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, O.C.7/85, al establecer que si una situación determinada le son aplicables dos normas diferentes provenientes de distintos tratados, debe prevalecer la norma que sea más favorable a la dignidad y protección de los derechos esenciales de la persona humana. Este principio hermenéutico es perfectamente válido para ser aplicable en el caso de normas de derecho interno y de derecho internacional de derechos humanos, debiendo preferirse la que mejor proteja los derechos humanos, porque el sistema en su integralidad lo exige, sea ello una norma explícita o implícita.

De esta fuerza vinculante de los derechos esenciales de la persona se desprende la invalidez de los actos o poderes públicos que los desconozcan o sean resultado de un procedimiento en el curso del cual ellos hayan sido ignorados.

3.3. La intangibilidad de los tratados en materias de derechos humanos

Así, la Constitución de 1980 se inserta en materia de derecho humanitario internacional y derecho internacional de los derechos humanos, en un contexto internacional que exige al Estado de Chile cumplir sus obligaciones internacionales libremente contraídas a través de las cuales ha auto-limitado su soberanía, lo que es propio de todo Estado de Derecho, donde el Estado se regula por el derecho, lo que los diferencia de los Estados autocráticos.

Así, los órganos constituidos y el poder constituyente derivado carecen constitucionalmente de competencia para modificar o derogar los tratados de derecho humanitario internacional, como los tratados de derechos humanos, en virtud del principio de intangibilidad de los tratados, reconocido por el constituyente a través de la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución.

Abona esta tesis, las expresiones del Presidente de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, señor Ortúzar, quien encontrando razón

al señor Guzmán respecto de la intangibilidad de los tratados internacionales, señalando que le preocupa que en el futuro se interprete la expresión “fuerza de ley” como que el sistema institucional acepta que una norma legal pueda modificar los acuerdos con otros países, porque se destruiría la firmeza de la defensa chilena respecto a su intangibilidad y serían susceptibles de revisión los límites nacionales fijados por tratados (sesión 317, p. 2587).⁴⁴

Sostenemos que el poder normativo interno, sea en su expresión constituyente y legislativa, no pueden modificar, ni derogar los tratados.

De tal forma, que la reforma de la Constitución, por el poder constituyente derivado, destinada a privar de eficacia a un tratado internacional o a derogarlo sería inconstitucional, quedando expuesto, previo requerimiento, a la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

Chile se encuentra vinculada por la Constitución Política de la República y por los pactos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, teniendo el deber constitucional de respetarlos y promoverlos, no pudiendo substraerse de tal obligación constitucional establecida en las Bases de la Institucionalidad, artículo 5o., inciso 2o., de la Constitución, sin incurrir en notable abandono de deberes, como asimismo, exponer la seguridad y el honor del Estado o de Chile en el campo internacional y debilitar el Estado de Derecho y los principios del constitucionalismo democrático que constituyen el soporte ético y jurídico de la Carta Fundamental y de la Nación chilena.

3.4. Características de la constitucionalización de los derechos humanos a través de los tratados internacionales

La institucionalización de derechos humanos mediante un tratado es más efectiva y radical que la que involucran las otras vías de institucionalización de derechos humanos, ya que puede adicionar o completar los derechos ya asegurados constitucionalmente, el criterio para juzgar tales derechos, no

⁴⁴ Gustavo Fiamma y Salvador Mohor, “La jerarquía normativa de los tratados internacionales”, en *El Mercurio*, Cuerpo D, 4 de noviembre de 1994, p. 25.

es si está el tratado de acuerdo o no con las normas constitucionales, sino que el criterio central es si el tratado que introduce el derecho produce un mejoramiento objetivo en la seguridad y garantía de los derechos, ya que tales derechos no son una creación del Estado ni del constituyente, sino que son inherentes al ser humano, correspondiendo al Estado sólo protegerlo y tutelarlos, constituyendo ellos un límite a la soberanía, a la potestad estatal, incluido el poder constituyente derivado.

Por tanto, a través del tratado, puede incorporarse una mayor protección de uno o varios derechos, asegurados con normas constitucionales preexistentes, en cuyo caso el órgano de control de constitucionalidad deberá, de acuerdo a la concepción teleológica de la Constitución explicitada, aplicar los preceptos que brinden mayor protección a los derechos sobre aquellos que los desconozcan o les otorguen menor protección, en virtud de la norma que los derechos humanos constituyen un límite a la soberanía, siendo deber jurídico de todos los órganos estatales, incluido el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, respetarlos y promoverlos. El constituyente ha subordinado el ejercicio de la potestad estatal (soberanía) a las exigencias de la naturaleza humana, por lo tanto, la institucionalización de tal derecho no puede constituir inconstitucionalidad, ya que la propia Carta Fundamental determina que el Estado debe asegurar y promover tales derechos, independientemente de si están considerados en el texto formal de la Constitución, ya que ello deriva del valor de la dignidad y los derechos de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, el tratado en materia de derechos humanos aparece mucho más vinculado al carácter de universal de los derechos humanos y permite, por esa vía, armonizar la protección de los derechos constitucionales con su actualización permanente a través de los tratados, que representan el avance de la conciencia y la cultura humana.

Ello no significa que los tratados en materia de derechos humanos queden fuera del control de constitucionalidad, sino que el criterio de dicho control debe tener como principio rector asegurar y mejorar la protección de los derechos humanos, lo que constituye una exigencia del bien común que es la finalidad de la actuación del Estado.

Así, un tratado en materia de derechos humanos sólo puede ser declarado inconstitucional por atentar o menoscabar la esencia de los derechos humanos, ya que al introducir un nuevo derecho se puede transgredir en su

esencia un derecho originario o previamente incorporado; por deteriorar los derechos ya incorporados a la Constitución; o por desconocer o menoscabar las garantías constitucionales de los derechos asegurados constitucionalmente.

Es así que la voluntad de las constituciones es la de otorgarle a los tratados en materia de derechos humanos un tratamiento, aplicabilidad de preferente aplicación y modalidad de interpretación distinta a los otros tratados internacionales, siendo su jerarquía en el ordenamiento interno, superior a la ley y al constituyente derivado, pero subordinado al constituyente originario, que estableció como base de la institucionalidad los derechos humanos, y especificó que ellos son inherentes al ser humano y limitan la soberanía o potestad del Estado.

Todo ello implica ya sea por norma explícita de incorporación de los tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado o por la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, la incorporación al derecho interno, de los derechos contenidos, entre otros tratados y convenciones en materia de derechos humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos humanos o Convención de San José de Costa Rica, para sólo señalar los más importantes.

Los derechos contenidos en los tratados en materia de derechos humanos forman parte de la Constitución material, constituyendo parte del plexo de derechos garantizados constitucionalmente y constituyen límites al ejercicio del poder constituyente derivado y los poderes constituidos que ejercen las potestades públicas, así éstos pueden sólo asegurar, garantizar y promover en mejor forma los derechos esenciales de la persona humana, pero jamás podrán afectar la esencia de los derechos ni disminuir su nivel de actual garantía constitucional, sólo podrán incrementarla hacia el futuro, lo que vale también para el constituyente derivado o instituido.

El criterio para juzgar la compatibilidad con la Constitución de los derechos institucionalizados por vía de tratado internacional, es el criterio de si con ello se refuerza o se mejora objetivamente la seguridad y garantía de los derechos esenciales, los cuales, siendo tales, constituyen un límite al poder constituyente y legislativo, por tanto, el Tribunal Constitucional o la Corte que realiza control de constitucionalidad, sólo podrá declarar si sus

normas desmejoran la situación de los derechos esenciales ya asegurados o afectan negativamente el nivel de garantías que ellos ya tienen en nuestro ordenamiento jurídico.

En tal posición se encuentra una parte mayoritaria de la doctrina chilena, entre quienes puede señalarse a Alejandro Silva Bascuñán, Francisco Cumplido, Santiago Benadava, Cecilia Medina, Rodrigo Díaz Albónico, Paulino Varas, Salvador Mohor, José Luis Cea, Natacha Panatt, Claudio Troncoso, Mario Calderón, Enrique Evans de la Cuadra, entre otros.⁴⁵

Un sistema de derecho en un Estado constitucional debe interpretarse de modo que logre su total plenitud a través de dos fuentes de retroalimentación: la interna de cada Estado y la internacional, lo que es aplicable en la materia que nos interesa tanto a la Constitución de 1925 como a la Carta Fundamental de 1980.

⁴⁵ Alejandro Silva Bascuñán, “Reformas sobre derechos humanos”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16. Universidad Católica de Chile, septiembre-diciembre de 1989; Cecilia Medina, *Constitución, tratados y derechos esenciales*. Santiago de Chile, Corporación de Reparación y Reconciliación, 1994; Rodrigo Díaz Albónico, *La reforma del artículo 5o. de la Constitución política*. Instituto de Estudios Internacionales/Universidad de Chile, 1991; Francisco Cumplido y Humberto Nogueira, *Teoría de la Constitución*. 3a. ed. Santiago de Chile, Universidad Nacional Andrés Bello, 1994; Santiago Benadava, *Derecho internacional público*. 4a. ed. Santiago de Chile, Jurídica ConoSur, 1993, p. 104, n. 6. Salvador Mohor, *Elementos de juicio para la interpretación del artículo 5o., inciso 2o*. Universidad Central, Facultad de Derecho, 1991, p. 227 y ss. Posición contradictoria con su artículo en colaboración con Gustavo Fiamma del diario *El Mercurio* del 4 de noviembre de 1994, Cuerpo D, pp. 24-25; Paulino Varas Alfonso, “El respeto a todo derecho inherente a la persona, aunque no esté contemplado en el texto de la Constitución”. XXIV Jornadas de Derecho Público. *Revista Chilena de Derecho*. Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, vol. 20, núm. 2 y 3, t. II, mayo a diciembre de 1993, pp. 725 y 729; Claudio Troncoso y Tomás Vial, “Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución”. XXIV Jornadas de Derecho Público. *Revista Chilena de Derecho*. Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, vol. 20, núm. 2 y 3, t. II, mayo a diciembre 1993, pp. 695-704; Natacha Panatt, *La modificación del artículo 5o. de la Constitución chilena de 1980, en relación con los tratados*. XX Jornadas Chilenas de Derecho Público. Valparaíso, Universidad de Valparaíso/Edeval, 1990, pp. 585-603; Mario Calderón Vargas, “Las inmunidades de jurisdicción y los derechos de la persona humana”, en *Colección de estudios jurídicos en homenaje al profesor Alejandro Silva Bascuñán*. Santiago, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 1994, pp. 271 y 281; Enrique Evans de la Cuadra, “¿Hermetismo constitucional?”, en *La Época*, 20 de noviembre de 1993.

4. UNA JURISPRUDENCIA ACORDE CON LA NUEVA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Juez Nacional es un órgano del Estado que deriva su función y sus atribuciones del ordenamiento jurídico nacional, debiendo aplicar dichas normas en el desarrollo de su actividad jurisdiccional.

Si el Juez Nacional aplica el ordenamiento jurídico interno y entra en conflicto con el derecho internacional, puede generar un hecho ilícito que, comprometa la responsabilidad internacional del Estado. El Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, como lo establece expresamente la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en su artículo 27, de la cual nuestro país es parte. A ello debemos agregar que si un Tribunal Internacional es llamado a conocer y fallar la controversia surgida, dicho Tribunal resolverá la materia conforme al derecho internacional, para el cual el derecho interno del Estado constituye un hecho cuya validez internacional se aprecia de acuerdo con el derecho de gentes.

Respecto a esta última materia, la Corte Permanente de Justicia Internacional resolvió que “es un principio del derecho de gentes generalmente reconocido que en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un Tratado” (Serie B, núm. 17, p. 32). Asimismo ha sostenido que: “Un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que impone el derecho internacional a los tratados vigentes” (Serie A/B, núm. 44, p. 24).⁴⁶

En tal sentido, el juez debe intentar armonizar en el mayor grado posible ambos derechos en una interpretación sistemática y finalista. Así lo estableció en el caso chileno, un Auto Acordado de la Corte Suprema, de fecha 11 de abril de 1967.

A su vez, el juez debe examinar atentamente la intención de las partes en el tratado, en términos de qué derechos y obligaciones se establecen y si éstos se han o no acordado para ser ejercidos por las personas. Luego debe examinarse si los derechos que otorga el Tratado son de aplicación inme-

⁴⁶ Hugo Llanos Mansilla, *Teoría y práctica del derecho internacional público*. Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1977, p. 485, n. 474.

diata (operativos o *self-executing*) o si requieren de medidas nacionales de implementación.

En materia de derechos humanos, el juez debe interpretar los tratados teniendo en cuenta su fin último, que es la protección de los derechos de las personas. Dicho juez debe optar siempre por aquella interpretación que protege en mejor forma los derechos de las personas. Las limitaciones deben ser interpretadas en forma restrictiva, como lo dispone específicamente el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A su vez, los tribunales encargados de aplicar los derechos pueden resolver muchos problemas si tienen la voluntad efectiva de asegurar el respeto de los derechos humanos, especialmente, los que les corresponde ejercer control de la constitucionalidad a petición de parte o de oficio, pueden utilizar el mecanismo de la declaración de inconstitucionalidad por omisión, determinando la existencia de una vulneración constitucional por la inactividad de algunos órganos del Estado.⁴⁷

Finalmente, los jueces pueden aplicar con suficiente voluntad y en cumplimiento del principio de buena fe, una interpretación que permita siempre la mayor protección de los derechos, incluso llenando las insuficiencias y vacíos, dando completitud que la norma requiere, salvaguardando así el honor y la responsabilidad del Estado frente a la comunidad internacional y realizando el fin querido por el ordenamiento constitucional que es el de asegurar, garantizar y promover los derechos humanos, como lo establecen las Constituciones Latinoamericanas en su gran mayoría, como ya lo hemos visto anteriormente.

La interpretación de los derechos en la jurisdicción interna no admite desvinculación de la interpretación hecha por la jurisdicción internacional respecto de los derechos asegurados por los convenios o tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico chileno.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982, ha establecido la integración y la complementariedad de los sistemas regionales y universales de protección de los derechos humanos, al respecto señaló: “En la Convención se

⁴⁷ Jorge Reinaldo Vanossi, “La operatividad de las cláusulas emanadas del ordenamiento internacional en cuanto a su aplicabilidad en el orden interno de los Estados”, en *Revista IIDH*, núm. 16. San José de Costa Rica, julio-diciembre de 1992, p. 108.

advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos. En el Preámbulo se reconoce que los principios que sirven de base a los Tratados han sido consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales tanto de ámbito universal como regional” (párrafo 41), agregando que “el propósito de integración del sistema regional con el universal se advierte igualmente en la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, perfectamente ajustada al objeto y fin de la Convención, de la Declaración Americana y del Estatuto de la Comisión” (párrafo 43) la doctrina ha afirmado en forma unánime la misma posición.⁴⁸

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que democracia y derechos humanos están vinculados intrínsecamente, en el preámbulo, cuando se sostiene que el respeto de los derechos esenciales del hombre se ha de realizar “dentro del cuadro de instituciones democráticas”. A su vez, el artículo 29 de la Convención Americana prohíbe toda interpretación de la Convención que excluya otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

Ello se ve reforzado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a través de las opiniones consultivas 2, del 24 de septiembre de 1982, párrafo 31; 5, del 13 de noviembre de 1985, párrafos 41 y 44; 8, del 30 de enero de 1987, párrafo 26, y 9, del 6 de octubre de 1987, párrafo 35.

Así, en la OC5/85 se señala que “las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con

⁴⁸ Marco Gerardo Monroy Cabra, *Los derechos humanos*. Bogotá, Themis, 1980, p. 109; Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo*. Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Civitas, 1987, pp. 47-58; Rafael Nieto Navia, *Introducción al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Bogotá, IIDH/Universidad Yoveriana, 1988, p. 67; Carlos Dunskee de Abranches, *Estudio comparativo entre los pactos de las Naciones Unidas sobre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y los proyectos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Anuario Interamericano de Derechos Humanos. Washington, 1968, p. 6; Héctor Gross Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1991, p. 19.

la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas” (párrafo 44).

Así, el contenido del literal b) del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha establecido como regla hermenéutica que ninguna disposición de un tratado puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que puede estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte, o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Una regla prácticamente idéntica está establecida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tal regla llevó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a sostener en su opinión consultiva 1/82 que su competencia consultiva puede ejercerse respecto de toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cual sea su objeto principal, o de que sean partes o puedan ser partes del mismo tratado Estados ajenos al sistema interamericano.

Hay así toda una estructura de principios y valores que, coordinados con el objeto y fin de los tratados de derecho humanitario (Convenciones de Ginebra de 1949 y protocolos complementarios) y los principios y tratados de derecho internacional de los derechos humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos Humanos y Convenciones posteriores complementarias), deben cumplirse de buena fe. Ello implica que los silencios, los implícitos, y el amplio arsenal axiológico que los nutre, tiene un sentido de vigor aplicativo, directo e inmediato en el ordenamiento jurídico, atribuyéndole toda su fuerza y valor normativo.⁴⁹

Dejar de cumplir con las normas internacionales en materia de derechos humanos, implica un desconocimiento de esos derechos, que los Tribunales, como órganos del Estado, deben respetar y promover.

Los tribunales de justicia no estarían dando cumplimiento al deber de respetar y garantizar los derechos humanos si por acción o por omisión no aplican la normativa relativa a los derechos asegurados en el ordenamiento constitucional o en los tratados incorporados válidamente al ordenamiento jurídico.

⁴⁹ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, 1991.

Ello requiere de una formación cultural de los operadores jurídicos que supere los preconceptos y resistencias a la aplicación de las normas de un orden internacional o supranacional, dándoles operatividad inmediata. El fantasma de la soberanía sigue ejerciendo su influencia aún cuando las Constituciones especifican que los derechos humanos son parte de ella o constituyen una limitación al poder estatal, como claramente lo establece la Constitución chilena en su artículo 50., inciso 2o.

Como dice la Corte Constitucional de Colombia, “es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren a la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los pactos internacionales” (Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, C-109/1995 y 477/1995).

En el ámbito jurisdiccional interno destaca la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, lo que demuestra lo que pueden hacer los magistrados cuando de buena fe se comprometen efectivamente con los derechos esenciales de la persona humana y existe voluntad efectiva de cumplir las convenciones de derechos humanos ratificadas por el Estado.

Dicha Corte ha sostenido:

Como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución (sentencia 3435-95 del 19-V-1995, considerando 6o.).⁵⁰ La misma sentencia citada precisa: “si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esa normativa, ya sea en el caso contencioso o en una mera consulta, tendrán —de principio— el mismo valor de la norma interpretada”.

⁵⁰ Citado por Rodolfo Piza Escalante, *El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos. El ejemplo de Costa Rica, op. cit.*, p. 190. Con anterioridad hay sentencias similares: Sentencia 3435-92, Sentencia 5759-93.

La Corte Suprema de Uruguay, en sentencia 247, del 18 de abril de 1997, asume el criterio de limitación de la inmunidad de jurisdicción, como consecuencia del principio de soberanía del Estado que la invoca, asumiendo un esquema dualista de actividades del Estado en públicas y privadas, entre actos de gobierno como poder político y actos de gobierno como persona jurídica privada, entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, concluyendo que:

[...] los actos que el agente o funcionario diplomático cumple actuando en el ejercicio de sus funciones y que se regulan por el derecho interno del Estado receptor o sede —a vía de ejemplo la contratación del persona administrativo o de servicio para la misión o consulado— están sometidos a la competencia de los tribunales internos. La intervención de éstos puede excluirse en virtud del principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados, sólo en los casos de actos *iure imperii*.⁵¹

La misma Suprema Corte de Justicia de Uruguay en sentencia 418, del 17 de diciembre de 1997, respecto del derecho del niño a su propia identidad, que se encuentra asegurado por el artículo 8 de la Convención de Derechos del Niño, frente al derecho de la presunta madre, a saber si determinada persona que vivía en Uruguay era el hijo que le había sido sustraído en Argentina, durante la época del régimen autoritario militar, a lo cual se negaba el supuesto hijo basado en su derecho a su actual identidad. Frente a esta tensión entre derechos, la Suprema Corte de Uruguay señaló “que el derecho a la identidad de menos tiene en la Argentina jerarquía de ley fundamental (artículo 755, 22); en nuestro país también cabe similar solución por la incidencia que tiene el artículo 72 de la Constitución, que permite recepcionar todos los derechos humanos que se consagran —más específicamente— en las convenciones o pactos internacionales”, agregando que “existe contradicción entre dos derechos fundamentales que debe ser decidida conforme con el criterio de razonabilidad”, precisando y concluyendo

⁵¹ Eduardo Esteva Gallicchio, “Jurisprudencia más relevante establecida por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay (años 1997 a 1999)”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 3. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 320-321.

que “ciertamente es muy difícil resolver el punto, pero las peculiaridades del caso llevan a optar por la primacía del derecho del menor (máxime que ahora es mayor) a negarse al examen, porque quiere seguir teniendo la ‘identidad’ que lo distingue actualmente”.⁵²

La Suprema Corte Argentina, ya en 1992, en el caso “Ekmekdjan c. Sofovich”,⁵³ asume el monismo con preeminencia del derecho internacional, al asumir que al haber ratificado el Estado argentino, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, teniendo especialmente en consideración su artículo 27, ello imponía la asignación de primacía al tratado internacional, ante un eventual conflicto con normas de derecho interno. Así se otorgó amparo al derecho de rectificación o respuesta, no contemplado expresamente en la Constitución Argentina, teniendo como base para ello la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Luego, la Carta Fundamental, como hemos visto, incorporó con la reforma de 1994, al Pacto de San José de Costa Rica con jerarquía constitucional expresa, en el artículo 75, 22.

A su vez, la Corte Suprema Argentina ha desarrollado la doctrina que se ha denominado del “seguimiento nacional”, en base al artículo 67 de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica, en los casos “Giraldi” y “Bramajo”, argumentando la buena fe internacional, involucrada en el leal cumplimiento del Tratado y la aceptación de la autoridad política y jurídica de los organismos estatuidos por la Convención, señalando que las resoluciones de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deben servir de guía para todos los jueces argentinos, en la interpretación y aplicación de los derechos humanos.⁵⁴

La Corte Suprema de Venezuela⁵⁵ que toca a la autoejecutividad del artículo 25 de la Convención Americana que garantiza la acción de amparo

⁵² Eduardo Esteva Gallicchio, *op. cit.*, pp. 323-324.

⁵³ La Ley, 1992-C-543.

⁵⁴ Sobre la materia ver la Ley, 1996-E-409. Asimismo, Nestor Sagüés, “El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1999-II-745; Germán Bidart Campos y Susana Albanese, “El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 30-6-1999.

⁵⁵ Sala Política Administrativa, caso Andrés Velázquez con Consejo Supremo Electoral. Citado por Carlos Ayala Corao, “El derecho de los derechos humanos”, en *Lecturas Constitucionales Andinas*, núm. 3. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 61.

constitucional de todos los derechos y la operatividad del artículo 49 de la Constitución de Venezuela que armoniza con ella, señalando:

[...] la norma transcrita ha sido objeto de divergente interpretación por tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia nacionales, pues mientras algunos consideran que se trata de una norma simplemente programática cuya aplicación queda diferida hasta que se dicte la ley especial que regule la materia, otros estiman que la ausencia de este instrumento legal no impide el ejercicio del recurso de amparo, y en apoyo de éste último criterio se invoca especialmente el aparte del artículo 50 de la propia Constitución, que establece: la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Considera la Corte que con esta declaración el constituyente ha reafirmado su voluntad en el sentido de mantener la integridad de los derechos humanos y de ponerlos a cubierto de cualquier intento o acto que pudiese vulnerarlos, ya que, en su concepto, la diferencia que ha pretendido hacerse entre derechos y garantías es inadmisible, desde el momento que haría de aquellos meras declaraciones retóricas sin contenido real.

Al admitir la posibilidad del ejercicio actual del recurso de amparo, no puede la Corte dejar de advertir que los tribunales de la República deben hacer uso prudente y racional de la norma contenida en el artículo 4o. de la Constitución, tratando de suplir por medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación de los que provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria de la materia.

La Corte Suprema de Venezuela, en reciente fallo de 1999, asume la concepción progresiva de los derechos humanos, al considerar con base al artículo 50 de la Constitución venezolana de 1961,⁵⁶ que asume la existencia de derechos implícitos o no enumerados por el texto constitucional, determinando que: “El referéndum previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución”, agregando luego que:

⁵⁶ Ver *Ius et Praxis*, año 5, núm. 2. Talca, Universidad de Talca, Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales, 1999, pp. 579 y ss. Sentencia de la Corte Suprema de Venezuela, 19 de enero de 1999.

Ello es aplicable, no sólo desde el punto de vista metodológico sino ontológicamente, ya que si se considera que el derecho al referendo constitucional depende de la reforma de la Constitución vigente, el mismo estaría supeditado a la voluntad del poder constituido, lo que pondría éste por encima del poder soberano. La falta de tal derecho en la Carta Fundamental tiene que interpretarse como laguna de la Constitución, pues no podría admitirse que el poder soberano haya renunciado *ab initio* al ejercicio de un poder que es obra de su propia decisión política.

La jurisprudencia chilena de los tribunales de justicia en materia en la relación entre derecho interno y derecho internacional, bajo la Constitución de 1925

Bajo la Carta de 1925, el artículo 43, 5, establecía la atribución exclusiva del Congreso de aprobar o desechar los tratados que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación, los cuales tendrían en el Congreso los mismo trámites de una ley.

El Presidente de la República, a su vez, firmaba y ratificaba los tratados. Tal ratificación podrá hacerla sólo después de la aprobación del Congreso.

La primacía del derecho internacional consuetudinario

La Corte Suprema chilena ha reconocido la primacía del derecho internacional consuetudinario sobre el derecho interno chileno en caso de conflicto, en 1955, en la causa Lauritzen con Fisco. En efecto, en dicho caso la Corte sostuvo en el considerando 49: “que aún el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del derecho internacional tienen prevalencia en estos casos”, a su vez en la sección XI del fallo que trata de la indemnización la Corte Suprema afirmó que “este fallo tiene la importancia de reconocer que las normas del derecho internacional son de aplicación preferente a las leyes locales”. Finalmente, el fallo en el número 159 expresó: “Que no es el caso tampoco, como sostiene la defensa del Fisco, pensar que pueden cobrar función jurídica los principios de la mora que establece nuestro derecho civil, porque se ha demostrado en este caso, los principios del derecho internacional prevalecen sobre el derecho interno”.

La misma Corte Suprema en 1959, en un caso de extradición activa consideró: “Que por lo tanto, y de acuerdo con el citado artículo 637 del Código de Procedimiento Penal, es forzoso recurrir a los principios del derecho internacional para obtener un pronunciamiento acerca de la extradición de que se trata, principio que, por otra parte, priman siempre sobre los preceptos del derecho interno del Estado”.⁵⁷

A su vez, la Corte Suprema, en un caso sobre el ejercicio de las Profesiones Liberales, expresó que “es inaceptable en derecho que un Tratado Internacional puede ser modificado por acto unilateral de uno de los contratantes”.⁵⁸

Estas sentencias muestran que la Corte Suprema ha determinado en varias oportunidades acerca de la supremacía de los principios del derecho internacional y las normas de derecho consuetudinario como formando parte, en cuanto *jus gentium*, del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas.

El último caso señalado nos muestra que también el derecho convencional internacional prevalece sobre el derecho interno en caso de conflicto, de otra manera se violaría el derecho internacional y se comprometería el honor del Estado chileno.

El periodo autoritario bajo la Constitución de 1980 (11 de marzo de 1980-11 de marzo de 1990)

Durante la vigencia de la Constitución de 1980, entre mayo de 1981 y 1989, lapso en que se desarrolla la etapa de transición del régimen de facto y la plena vigencia del ordenamiento constitucional, durante el cual se mantiene un régimen autoritario militar.

Durante este lapso de nueve años, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en materia de aplicación del derecho constitucional internacional que contienen normas de derechos humanos, sin que ello implique que se trata de Tratados específicos de derechos humanos, se expresó en forma heterogénea.

⁵⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LVI, 2a. parte, sección 4a., p. 66.

⁵⁸ Fallo de la Corte Suprema en el caso de un ciudadano costarricense que invocaba los beneficios concedidos por la Convención sobre Ejercicios de las Profesiones Liberales, firmada en México en 1902.

En efecto, algunas sentencias aplican preferentemente el tratado sobre la ley:⁵⁹

Así, la Corte Suprema, en fallo del 28 de diciembre de 1983, acoge un recurso de queja recaído sobre sentencia de la Corte de Apelaciones, estableciendo en su considerando tercero, lo siguiente:

Que es un hecho no discutido en dicho proceso, que el recargo del 100 % de los tributos con que se grabó la patente anual del automóvil reclamante, resultó indebidamente aplicado, toda vez que dicho gravamen respecto de determinados vehículos motorizados no podía ser exigible, por cuanto contravenía lo dispuesto en el acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio GATT, vigente desde marzo de 1949, Tratado Internacional que una vez suscrito por Chile no puede sufrir derogaciones, modificaciones o suspensiones por medio de disposiciones contenidas en preceptos legales de orden interno.

En efecto, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 1987, en el caso Almeyda, estableció en su fundamento 28:

Que la prevalencia en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta, por lo demás, del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significa permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 a 118. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionalísimos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario.

A su vez, la Corte de Apelaciones de Santiago, en Sentencia del 7 de marzo de 1988, concluye en la superior jerarquía del tratado sobre la ley interna, sosteniendo en su consideración cuarto: “Por otra parte, siendo un tratado un acto bilateral, es inaceptable que pueda ser modificado por una ley interna dictada en uno de los países contratantes, no puede aplicarse a

⁵⁹ Luz María Fernández Saldas, *La protección de los derechos humanos en Chile. La reforma al artículo V de la Constitución*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de Valparaíso, Chile, 1993.

las importaciones de productos desde los países que suscribieron el citado acuerdo GATT" (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXXV, 2a. parte, sección 2a., p. 12).

A su vez, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional hasta 1988 han sostenido la primacía de la Constitución sobre las decisiones de los Tratados Internacionales.

Finalmente, la Corte Suprema, en sentencia del 14 de noviembre de 1988, en su considerando 13, señaló:

Que tratándose de garantías constitucionales, cuyo ejercicio están expresamente amparados con un recurso establecido en la propia Constitución, forzoso es concluir que corresponde entender que las normas de ésta última prevalecen en función de lo que disponga una Convención de carácter internacional que jurídicamente tiene valor la ley, y que, por lo tanto, conforme a nuestra jerarquía legal no puede disponer más allá de la Constitución que se reconoce universalmente como a la "Suprema Ley" (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXXV, núm. 13, septiembre-diciembre, 1988, 2a. parte, sección 5a., p. 259).

La jurisprudencia de los tribunales emanada después de la reforma del artículo 5o., inciso 2o., de la Constitución de 1989

Esta jurisprudencia se agrupa en materias diferentes.

Claudio Troncoso escribió un trabajo inédito, donde expone algunas de estas sentencias, agrupadas en dos materias que son: libertad provisional y ley de cheques en relación con la prisión por deudas y el tema de la imprecriptibilidad de los derechos humanos,⁶⁰ que aplican los principios analizados anteriormente.

El autor mencionado cita en su trabajo las siguientes sentencias:

a) Libertad provisional y Ley de Cheques.

Sentencia de la Corte Suprema del 2 de mayo de 1991, que confirma una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que le otorga al procesa-

⁶⁰ Claudio Troncoso, "La incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al derecho chileno". Trabajo inédito, no publicado en Chile.

do la libertad provisional en causa por giro doloso de cheques fijándole una fianza de \$500.000.- no cumpliendo los requisitos establecidos por el artículo 44 de la ley antes citada. La Corte estimó que de otra manera se trataría de una prisión por deudas. La Corte señaló: "Lo resuelto se encuentra además en concordancia con el artículo 7 núm. 7 de la Convención Americana sobre Derechos denominado Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por el Congreso Nacional y publicado en el *Diario Oficial* del 5 de enero de 1992, que tiene plena vigencia en nuestro país en virtud del artículo 5o. de la Constitución Política, que establece que nadie será detenido por deudas y no cabe dudas que si aceptara la interpretación del recurrente la permanencia en el recinto carcelario (del procesado) habría sido una prisión por deudas, expresamente prohibida en la actualidad".⁶¹

Sin embargo, en fallo del 25 de junio de 1991 la Corte Suprema cambia de posición, señalando lo siguiente:

En el numerando 7 el comentado artículo 7o. del Pacto de San José asegura el derecho que nadie será detenido por deudas, pero tal norma no resulta contraria da por el artículo 44 de la ley de cheques, en cuanto la caución que establece, desde que dada su naturaleza jurídica no se trata propiamente de la exigencia de una deuda civil sino de una simple condición legal, para que los individuos privados de la libertad por los delitos descritos en esta ley puedan obtener su excarcelación, asegurando de ese modo su comparecencia al juicio.⁶²

b) Sentencia del juez de Castro: imprescriptibilidad de los derechos humanos.

Resolución del Juez de Castro del 2 de febrero de 1992, por la cual se somete a proceso a un individuo por la responsabilidad que pudiera caberle en los hechos en que resultó muerto Héctor Arturo Hidebrando Santana Gómez, quién fue detenido por efectivos de la Tenencia de Quellón, el 16 de septiembre de 1973.

La resolución señala:

⁶¹ Fallos del mes núm. 390, mayo de 1991, p. 132.

⁶² Fallos del mes núm. 391, junio de 1991, p. 244. Sentencia repetida el 19 de septiembre de 1991.

Que es público y notorio que en esa fecha acontecieron actos de muerte similar a los descritos en el fundamento anterior, a raíz de una inflexión institucional, en que las Fuerzas Armadas y de Orden tomaron el control del país, pero que en caso alguno, aún en estado de emergencia ameritaban lesionar los derechos fundamentales de los ciudadanos. El derecho a la vida, el derecho a un debido proceso tienen el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos y en consecuencia, por ninguna razón pueden verse afectados por la acción estatal. Estos derechos, como otros de igual naturaleza, son declarados inderogables, puesto que difaman de la persona, que tiene atribuciones superiores al Estado, el cual debe estar permanentemente al servicio de su defensa. Así, por emanar de la esencia misma del ser humano, tienen la característica, entre otras, de ser imprescriptibles. No caducan ni se pierden por el transcurso del tiempo, ni por el hecho de no poder ejercerse, de manera que ni el decreto de amnistía 2,191, ni el transcurso del plazo, afectan su plena vigencia.⁶³

Esta sentencia fue apelada a la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, la que la confirmó.

Más recientemente han habido otras materias que han sido objeto de sentencia de los tribunales superiores en que se han aplicado directamente los tratados rectificados por Chile y vigentes en materia de derechos humanos

La Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago en abril de 1993, resolviendo un recurso de apelación del “Centro de Salud y Recreación Gunter Mund y Cía. Ltda.” respecto de una multa aplicada por un Juez Local en fallo de primera instancia al haberse impedido el ingreso al local de una dama de nacionalidad coreana, señala:

El hecho de impedir a una persona o grupo de personas poder entrar a un lugar público, sea gratuito o pagado, basado en circunstancias de raza, sexo, idioma, religión o cualquier otra circunstancia étnica, social o cultural implican un trato desigual y discriminatorio que contraviene los principios que hoy imperan en la sociedades modernas relativa a derechos humanos, con-

⁶³ Citado por Claudio Troncoso, *op. cit.*, pp. 40-41.

tenidos en la Carta de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos que son leyes de la República en conformidad a lo dispuesto en el artículo 50., inciso 2o., de nuestra Carta Fundamental.

Tal acción sostiene el Tribunal, basada en el hecho que “las costumbres alimentarias de personas de esa nacionalidad hace que tengan mal olor o que grupos de personas de esa nacionalidad hayan perturbado con sus hábitos a la clientela de ese negocio, no es menos cierto que, además, de significar la conducta de los responsables del Centro de Salud Gunter Mund una discriminación racial, resulta además injusta y atentatoria a la dignidad humana”.

En sentencia Rol núm. 1561-92, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 2 de julio de 1992, determinó en un recurso de protección interpuesto por el Intendente de la Región Metropolitana en favor de personas que se encontraban en huelga de hambre, lo siguiente:

1) “Que el artículo 51 de la Constitución en su inciso segundo establece que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana garantizados por la Constitución entre los cuales se encuentra fundamentalmente el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas.

2) ”Que es un hecho restablecido en estos antecedentes que las personas referidas en la presentación se encuentran en un estado de grave peligro para su vida por cuanto voluntariamente se han negado a ingerir alimentos en forma sistemática desde el día 5 del mes pasado en el lugar señalado en lo expositivo de este fallo.

3) ”Que en esta contingencia de este fallo haciendo uso de esta Corte de sus facultades conservadoras resuelve lo siguiente:

”a) se instruye al Director del Servicio de Salud Metropolitano Central para que disponga el traslado inmediato de las personas mencionadas en el recurso a un establecimiento asistencial médico a fin de que se les suministre la atención médica necesaria para su recuperación.

”b) Que para el evento de producirse oposición se Decreta ya el auxilio y fuerza pública para el cumplimiento de lo decretado”.

En causa Rol núm. 983-93, de recurso de protección, la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de fecha 31 de mayo de 1993, luego de confir-

mado por la Corte Suprema, por fallo del 15 de junio de 1993, aplicando directamente los pactos internacionales en materia de derechos humanos, señaló:

9o.) Que lo concluido en los considerandos anteriores en plenamente coherente con lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana, ratificados por Chile y vigente en nuestro país, siendo suficiente para esa magistratura citar al efecto los artículos 17 y 19 números 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales al tratar estos derechos confieren manifiestamente mayor jerarquía a la privacidad y a la honra que a la libertad de expresión e información. Desde luego permite la restricción previa, siempre que esté expresamente fijada en la ley y sea necesaria para asegurar al respecto a los derechos o a la reputación de los demás y también la moral pública, lo que es plenamente aplicable al caso de auto.

Todavía más, el artículo 4o. de este Pacto permite en circunstancias excepcionales, que el mismo contempla, suspender o restringir el derecho a la libertad de expresión o información, pero no ocurre lo mismo con la privacidad y la honra, las que deben ser respetadas en toda situación.

También cabe mencionar los artículos 11 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, que aún cuando contempla el derecho a la libertad de expresión en forma amplísima, pues no permite ninguna forma de censura previa, ésta debe interpretarse en los términos señalados en el considerando 7o., teniendo presente que en la especie no se trata de medidas restrictivas dispuesta por el Poder Ejecutivo, que podrían calificarse de políticas, sino de medidas judiciales contempladas en la ley y que corresponden al rol tutelar que es inherente a los Tribunales de Justicia.

Sin perjuicio de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en nuestra opinión, lo que ha sido ratificado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, existe una mala interpretación de la Convención, olvidando el Tribunal la prohibición de restricciones y censuras preventivas en materia de libertad de información.

Respecto de la libertad provisional de menores, hay una cantidad importante de sentencias de Cortes de Apelaciones que se fundamentarán en la Convención de Derechos del Niño, cuyo razonamiento es similar al que se transcribe a continuación:

Que tratándose de una menor de edad que delinquió a los 17 años, mayor motivo tienen aún los jueces para inclinarse en favor de la excarcelación, sobre todo, si se considera que de conformidad con el artículo 37, letra b), de la Convención sobre Derechos del Niño —publicada en el *Diario Oficial* del 27 de septiembre de 1990—, la prisión de un niño —y se entiende por tal al menor de 18 años de edad (artículo 1o.)— se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que procede. Disposición que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo con el artículo 51, inciso segundo, de la Constitución Política de la República que ordena respetar y promover los derechos establecidos por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes (Sentencia Rol núm. 19558 -a- 94. Corte de Apelaciones de Santiago).

Así, hoy es indiscutible que los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son parte del derecho chileno y aplicables de inmediato si se trata de derechos civiles y políticos. Esto constituye una obligación para todos los órganos del Estado, incluidos los órganos jurisdiccionales a los que les cabe un rol fundamental en esta materia.

En fallo Rol núm. 43.488-9, consultada la Corte de Apelaciones de Santiago, respecto de una sentencia penal que condenaba a L. V. C., fundado en confesión extrajudicial previo apremios ilegítimos que le provocaron lesiones por cuerpo contundente, determinados por los correspondientes informes médicos, la Corte de Apelaciones declara nula tal confesión, absolviéndolo de la acusación que se le había formulado. A estos efectos, los considerandos en que se invocan y aplican los tratados de derechos humanos son los siguientes:

2o. Que el artículo 8.3 del Pacto de San José de Costa Rica establece que la confesión del culpable solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Por su parte, el artículo 14.3, letra g), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a toda persona acusada de un delito el derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma y a confesarse culpable.

Todavía más, la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes define como tortura “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores

o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión [...] cuando dichos dolores o sufrimientos sean infringidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas..." (artículo 1o.). Obliga a todo Estado parte a mantener en examen los sistemas, métodos y prácticas de interrogatorio de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión, precisamente con el fin de evitar "todo caso de tortura" (art. 11). Y además, "compete a los Estados parte a asegurarse de que ninguna declaración que se demuestre haber sido hecha como resultado de tortura".

3o. Que todas las disposiciones que vienen de recordarse son vinculantes para los jueces de la República, por cumplir plenamente las condiciones a que se refiere la frase final del inciso 2o. del artículo 5o. de la Constitución Política.

Por lo demás, hoy se entiende formar parte del debido y racional procedimiento penal y, por tanto, también obligan a los tribunales por la vía del artículo 19 de la misma Carta Principal, en lo que hace a su numeral 3o. inciso 5o.

4o. Que así las cosas, descartado el único elemento de cargo que la pesquisa logró reunir en contra del L. V. C., no queda sino concluir que, apreciada como en este tipo de asuntos corresponde evaluarla, no logra la prueba convencer respecto de su participación criminosa en el delito por el que se le acusó, debiendo los jueces seguir en este particular la sabia regla del artículo 456 bis del Código Procesal.⁶⁴

El fallo transcritto aplica directamente las normas del derecho internacional de los derechos humanos y entiende que ellos se incorporan a la Constitución entendiendo, en este caso específico, que forman parte del artículo 19, 3, inciso 5o.

También, en materia de Tratados no referentes a derechos esenciales, la Corte Suprema ha determinado la prevalencia de los tratados en el siguiente caso, confirmado jurisprudencia anteriormente citada:

En recurso de protección interpuesto por la Compañía Chilena de Fósforos en contra de la Comisión Nacional de Distorsión de Precios, en cuanto esta última no había dado curso en la denuncia de *dumping* por la incorporación de encendedores desechables provenientes de varios países asiáticos, al considerar la Comisión Nacional de Distorsión de precios que de

⁶⁴ *Gaceta Jurídica*, abril de 1995, pp. 136-138.

acuerdo con el Tratado del GATT y su interpretación, los fósforos no son “productos similares” a los encendedores desechables, ya que “producto” similar es según el tratado del GATT el que tiene similitud física y no de finalidad.

Así, en fallo de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1994, Rol núm. 3.396-94, se determinó en los considerando respectivos, lo siguiente:

3o. Que los tratados internacionales se incorporan al derecho interno de acuerdo con las normas establecidas en los artículos 32, 17, y 50, 1, de la Constitución, y luego de su promulgación y publicación en el *Diario Oficial*;

4o. Que una vez incorporado al derecho interno los tratados deben cumplirse de buena fe de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, vigente en el país desde el 27 de enero de 1980, debiendo aplicarse sus artículos 31 y 27. El primero de ellos establece que el Tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. A su vez, el artículo 27 establece que el Estado no puede invocar la ley interna para eludir el cumplimiento del Tratado;

5o. Que la convención internacional en consideración se aplica preferentemente frente a la ley interna, mientras el Tratado no sea denunciado por el Estado de Chile o pierda validez internacional.

Tal fallo fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia por unanimidad de los cinco ministros que integraron la Primera Sala, el 11 de enero de 1995, Rol núm. 24.244. Fallos publicados en *Gaceta Jurídica* de marzo de 1993. pp. 165-168.

La misma Corte Suprema en sentencia del 26 de octubre de 1995 en recurso de queja núm. 5566, determina en su considerando 14:

[...] que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional, como se desataca en la sentencia recurrida, si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que la naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que, ciertamente de producirse debilitaría el Estado de Derecho.

Asimismo, diversas sentencias de la Corte Suprema han determinado que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe, como asimismo, que en el caso de pactos o convenciones internacionales que persiguen garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tienen aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5o. de la Carta Fundamental se deduce que los derechos esenciales limitan la soberanía y son “superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos” (*Revista Fallos del Mes*, núm. 446, sección criminal, p. 2066, considerando 4o.).

Asimismo, la Corte Suprema en fallo Rol 459-98 de septiembre de 1998, recurso de casación penal, en su considerando décimo determina:

[...] en tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones (tratado internacional) importa un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del derecho internacional los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados, de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los convenios respectivos.

5. EL TEMA DE LOS DERECHOS HUMANOS ES UNA CUESTIÓN DE JURISDICCIÓN CONCURRENTE O COMPARTIDA ENTRE LA INTERNA DE CADA ESTADO Y LA INTERNACIONAL

Ello obliga al Estado a resolver las materias de derechos humanos de conformidad con el sistema internacional (universal o regional) del que el Estado es parte, lo que impone el deber a este último, de que tales derechos se hagan efectivos en su jurisdicción interna como lo exige también nuestro artículo 5o., inciso 2o., de la Constitución. Así, es en el ámbito del Estado donde los derechos deben lograr efectividad, pero es el derecho humanitario internacional y el derecho internacional de los derechos humanos el

que determina las directrices dentro de las cuales el derecho interno tiene que resolver la materia concreta referida de derechos de la persona humana, en lo que se refiere a las personas que se encuentren sometidos a su jurisdicción.

Desde la vigencia de la Carta de Naciones Unidas nos dice Verdross, se ha “roto con el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, sustituyéndolo por el principio nuevo de que la protección de los derechos humanos constituye una cuestión fundamentalmente internacional”.⁶⁵

6. MEDIOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el caso que los medios jurídicos internos de reparación de los derechos humanos no existan, se hayan agotados sin tener éxito o no sean tales medios efectivos, la protección de los derechos puede hacerse a través de los mecanismos internacionales.

Hay en este ámbito una fuerte interrelación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público.

Aquí debemos insistir en que el sistema internacional de protección de los derechos humanos tiene un carácter subsidiario y complementario del correspondiente a los tribunales nacionales. En todo caso, cuando intervienen los organismos internacionales verifican la conformidad de todas las normas estatales, todo el derecho interno (desde la Constitución, pasando por las leyes, actos administrativos hasta llegar a las sentencias de los tribunales internos), a fin de verificar su conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, especialmente en materia de pactos internacionales o tratados en materia de derechos humanos.

En esta perspectiva, una sentencia de cualquier tribunal nacional puede comprometer el honor y la responsabilidad internacional del Estado, sin perjuicio de vulnerar el propio ordenamiento jurídico interno, si falla un asunto ignorando el derecho internacional de los derechos humanos o realizando una interpretación violatoria de un tratado en la materia. Ello se

⁶⁵ Verdross, *Derecho internacional público*. Madrid, 1987, p. 492.

debe a que los tribunales nacionales ya no son los intérpretes finales de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, interpretación final que queda en manos de los órganos de supervisión o jurisdiccionales que crea y desarrolla el tratado o sus protocolos complementarios (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Para citar un solo ejemplo, la determinación de si un precepto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es de ejecución inmediata (*self executing*) o no, ello está determinado por el derecho internacional y su órgano de aplicación que es la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus opiniones consultivas y de sus sentencias, al respecto los tribunales nacionales deben seguir esa interpretación, ya que si no lo hacen, comprometen gravemente la responsabilidad internacional y el honor del Estado, además de su responsabilidad interna de acuerdo con el ordenamiento jurídico del Estado respectivo.

Así, los organismos y tribunales internacionales o supranacionales competentes, constituyen los intérpretes últimos en relación a las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

El valor jurídico de las “recomendaciones” de la Comisión Interamericana y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Dicha Convención junto con ser norma de derecho internacional obligatoria para los Estados parte y todos sus órganos, es también norma de derecho interno, incorporada válidamente a nuestro ordenamiento jurídico, que debemos respetar y cumplir de buena fe de acuerdo con las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, especialmente su artículo 26 que determina “Todo tratado en vigor obliga a las partes y deben ser cumplido de buena fe”, lo que se complementa con el artículo 27 que precisa la prohibición de invocar disposiciones de derecho interno con el objeto de no cumplir las obligaciones emanadas del tratado.

La Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso Qatar versus Bahrein (1994) estipuló que: “Un Estado no puede invocar una disposición de su derecho interno como justificación para no cumplir con una obliga-

ción internacional, lo que constituye un principio general de derecho internacional”.

Tratándose la Convención Americana sobre Derechos Humanos de un tratado dedicado a los derechos humanos, los Estados parte del mismo “se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia las personas bajo su jurisdicción”, como lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 2/82 sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente sus párrafos 29 y 30.

La misma Corte Interamericana ha sostenido que:

[...] las disposiciones del sistema interamericano le han encomendado a la Comisión la promoción de los derechos humanos, “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” (artículo 11 de la Carta de la OEA) como lo recoge textualmente el artículo 41 de la Convención. Es ésta en la función principal de la Comisión y la que condiciona y regula todas las demás que ella tiene, en particular las que le atribuye el artículo 41 y cualquier interpretación que de ellas se haga tendrá que estar sujeta a este criterio (O.C. 13/93 del 16/07/93, sobre ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

En el ejercicio de esta función principal de promoción y defensa de los derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emite recomendaciones como una de sus atribuciones, no solamente para los Estados parte sino también para todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). De esta forma, el artículo 41 de la CADH regula la función principal de la Comisión.

A su vez, los artículos 50 y 51 establecen las atribuciones de la Comisión en el contexto de la sección 4, relacionada con el desarrollo procesal frente a las comunicaciones en que se alegue la violación de uno o más derechos de aquellos asegurados por la CADH.

Las recomendaciones de la Comisión, de acuerdo con los artículos señalados, constituyen la fase final del procedimiento específico que se inicia con las comunicaciones o peticiones presentadas a la Comisión.

Las recomendaciones o resoluciones de la Comisión, en virtud del artículo 51 de la CADH, deben entenderse dentro de las obligaciones de los

Estados parte de la CADH de acuerdo con el artículo 1o. de dicho tratado, la de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos asegurados por dicha Convención en forma libre y plena a todas y cada una de las personas sujetas a su jurisdicción. La Corte Interamericana en el caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29/07/1988, determinó que el Estado tiene el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos.

El Estado parte tiene el deber jurídico de reparar adecuadamente las violaciones de los derechos por él cometidos, ya sea por responsabilidad de actos del gobierno o de decisiones jurisdiccionales de los tribunales. El Estado que no cumple las recomendaciones dictadas por la Comisión, vulnera los artículos 50.3 y 51.2, no solamente en virtud de las normas imperativas generales de derecho internacional *pacta sunt servanda y bona fide* del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1968, sino, además, porque viola las normas convencionales *per se*, como precisa Bidart Campos.⁶⁶

En efecto, el artículo 50 y 51, como estableció la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 13/93, se han inspirado de los artículos 31 y 32 de la Convención Europea: “Como en el sistema interamericano no fue establecido un órgano similar al Comité de Ministros, la Convención Americana atribuyó a la Comisión la facultad de determinar si somete un caso a la Corte o si continúa conociendo del mismo” (párrafos 46 y 47).

Al sustituir la Comisión Interamericana al Comité de Ministros, al tener las decisiones de este último efectos vinculantes nada impide que lo tengan las resoluciones de la Comisión, si el objetivo de éstas es que los Estados cumplan sus obligaciones de acuerdo con el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. ¿Qué efecto útil tendría las recomendaciones de la Comisión si no es obligatorio cumplirlas? El artículo 51 de la CADH determina que “la Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada”.

En el caso de Chile que ha reconocido la jurisdicción supraestatal establecida en la CADH, si no se quiere concluir en un resultado interpretativo

⁶⁶ Germán Bidart Campos, “El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Jurisprudencia Argentina*, núm. 6148. Buenos Aires, 1999, p. 20.

absurdo o irrazonable (art. 32 de la CADH), es necesario concluir que las recomendaciones de la Comisión, emitidas en virtud de los artículos 50 y 51 de la CADH, tienen carácter vinculante y deben cumplirse, de lo contrario, todo el procedimiento ante la Comisión no serviría de nada, sería un gasto de tiempo y actividad procesal inútil.

El incumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana en virtud de los artículos 50 y 51 de la CADH, constituye una omisión de parte del Gobierno de adoptar las medidas legislativas a que obliga el artículo 2 de la CADH, y en el caso de los tribunales chilenos, en la omisión de la obligación de adoptar “las medidas de otro carácter” que son las resoluciones judiciales. Los órganos del Estado constitucionalmente tienen el deber de respetar y promover los derechos esenciales asegurados por la Constitución y por los tratados ratificados por Chile y vigentes de acuerdo con el artículo 50. de nuestra Constitución. Todos los órganos estatales nacionales tienen el deber de darle efectividad a los derechos consagrados señalados en las resoluciones de la Comisión Interamericana enmarcadas en el ámbito de los artículos 50 y 51 de la CADH.

Los tribunales nacionales a través de sus resoluciones y sentencias deben, de acuerdo con las obligaciones derivadas de los artículos 1 y 2 de la CADH, que son parte de nuestro ordenamiento jurídico y de aplicación preferente, hacer efectivos los derechos asegurados por la CADH que forman parte del bloque constitucional de derechos y que fueron violados de acuerdo a lo determinado por la Comisión Interamericana en uso de sus funciones y atribuciones expresamente reconocidas por el Estado de Chile.

En el ámbito comparado, la Corte Suprema de Justicia Argentina en los casos “Giroldi” (Fallos 318-514) y “Bramajo” (Fallos 319-1840),⁶⁷ ha determinado que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer de todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana...”

A su vez, cuando la violación de uno o más derechos asegurados por la CADH que forman parte de nuestro bloque constitucional de derechos

⁶⁷ Ver Nestor Sagüés, “El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Jurisprudencia Argentina*, núm. 6033, Buenos Aires, 1997, pp. 2 y ss.

esenciales, se debe a una sentencia judicial de un tribunal chileno, se configura la situación de nulidad de la cosa juzgada por sentencia írrita o arbitraria, vulneradora de derechos esenciales, los cuales de acuerdo a nuestra Carta Fundamental constituyen límites a la soberanía y, por tanto, a todas las potestades de los órganos instituidos (artículo 50., inciso 2o., de la Constitución). El error judicial vicia la sentencia y afecta gravemente el racional y justo procedimiento asegurado por el artículo 19, 3, inciso 5o., de la Carta Fundamental, como asimismo, los artículos 1, 2 y 8 de la CADH.

Las sentencias de los tribunales deben ser revisadas cuando ellas constituyen vulneración de derechos, así declarados por la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Incluso, si el recurso de revisión no existiera, debiera admitirse ante una aparente *vacatio legis* por imperativo de justicia natural.

Las principales Cortes internacionales admiten la revisión de sentencias firmes con el objeto de evitar una situación de evidente injusticia que muestra un vicio sustancial de la sentencia, como lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Genie Lacayo, revisión sentencia del 21/1/97, resolución del 13/1/97). Tal revisión la contempla también la Corte Internacional de Justicia (art. 61), el Estatuto del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas (art. 12), la Corte Europea de Derechos Humanos (Reglamento B, art. 60).

Como lo señala con claridad el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el magistrado Cançado Trindade: “Mientras no prevalezca en todos los Estados parte de la Convención Americana una clara comprensión del amplio alcance de las obligaciones convencionales de protección, de que la responsabilidad internacional de un Estado puede configurarse por cualquier acto u omisión, de cualquiera de sus poderes (Ejecutivo, Legislativo, Judicial), muy poco se avanzará en la protección de los derechos humanos en nuestro continente” (CIDH, resolución del 13/9/97, párrafo 24).

Si lo establecido es predictable de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, ello adquiere mayor fuerza en el caso de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales son “definitivas e inapelables” (artículo 67 de la CADH), estando el Estado chileno obligado a cumplir tal veredicto (artículo 68 de la CADH).

Las sentencias de la Corte Interamericana en el caso de que el caso se refiera a una sentencia de la Corte Suprema u otro tribunal chileno, cuyo ejemplo hoy es el caso de la película *La última tentación de Cristo*, que la Corte Interamericana deberá fallar próximamente, si lo hace condenando al Estado de Chile, éste no tiene normativa interna para revisar el fallo de la Corte Suprema sobre la materia.

Ello deja en la incógnita cómo se dará cumplimiento a la sentencia eventualmente adversa al Estado, siendo responsabilidad nacional determinar el procedimiento para concretar la obligación de resultado en el cumplimiento de la sentencia del Tribunal supraestatal de buena fe, sin poder alegar las propias omisiones, actuaciones o normas para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, en lo cual está comprometida la responsabilidad y el honor del Estado de Chile y de sus órganos Ejecutivos, Legislativo y Judicial.

Las obligaciones del Estado de Chile de adoptar las “medidas legislativas” o de “otro carácter”, entre las que se encuentran las resoluciones judiciales, de acuerdo con el artículo 2o. de la CADH, implican adoptar los procedimientos de revisión de la legislación y de las sentencias que sean motivos de violación de la CADH.

Tal perspectiva constituye un imperativo de nuestro Estado de Derecho constitucional democrático en cumplimiento de las obligaciones que libre y voluntariamente hemos adquirido en ejercicio de la soberanía, compromiso que debemos respetar y garantizar. Así lo exige también el bien común internacional y la honestidad y buena fe que deben regir el derecho internacional y supranacional.

En tal perspectiva, es necesario que el Estado de Chile arbitre un procedimiento expedito para el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, procedimiento que debería ampliarse o aplicarse también a la ejecución de las sentencias de los Tribunales Internacionales o Supranacionales en materia de derechos humanos o materia penal a los que el Estado de Chile haya reconocido jurisdicción y competencia.

Ello tiene por objeto evitar la situación de que sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como asimismo del futuro Tribunal Penal Internacional, instancias a las cuales el Estado de Chile les reconoce jurisdicción y competencia, queden sin ejecución, como ocurre hoy

día también con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto hay varias alternativas posibles que han sido seguidas en países europeos. Así por ejemplo, el artículo 441 del Código de Procedimiento Criminal de Bélgica, establece que el Fiscal General, por instrucciones del Ministro de Justicia, puede denunciar ante el Tribunal de Casación (Corte Suprema) sentencias definitivas de los Tribunales belgas que sean contrarios al ordenamiento jurídico, pudiendo dicho tribunal decidir la reapertura de la causa. A su vez, el artículo 1088 del Código de enjuiciamiento civil, permite que el fiscal General pueda denunciar, a instancia del Ministro de Justicia ante el Tribunal de Casación, sentencias realizadas con exceso de poder de jueces o contrarias al ordenamiento jurídico. Dicho procedimiento ha sido utilizado en Bélgica para la revisión de procesos penales en los cuales se declaró por sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vulneración de la Convención Europea de Derechos Humanos, dando ejecución a la sentencia del caso “Piersack” (A 53; sentencia del Tribunal de Casación del 18 de mayo de 1983).

En el caso de Austria, también se establece el que el Fiscal General ejerza de oficio o a iniciativa del Ministro Federal de Justicia, su facultad de interponer ante el Tribunal Supremo una demanda de nulidad de la sentencia penal impugnada en el interés de la aplicación del ordenamiento jurídico, cuando haya habido violación o incorrecta aplicación del derecho, al amparo del artículo 33.2 del Código de Procedimiento Criminal. Así, el Tribunal Supremo puede casar la sentencia original o modificar la pena. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Unterpertinger y Windisch” se ejecutaron siguiendo esta modalidad, (Sentencia del Tribunal de Justicia de Austria del 21 de julio de 1987 en ejecución de STEDH, A 110; Sentencia del Tribunal Suprema de Justicia de Austria del 23 de agosto de 1990, en ejecución de la STEDH 186).

En el caso de Suiza la ley de revisión de la Administración Federal de Justicia del 29 de mayo de 1985, en su artículo 139 (a) se establece que

[...] serán admisibles las demandas de revisión de una sentencia del Tribunal Federal o de un Tribunal inferior si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité de Ministros del Consejo de Europa hubiera acepta-

do las alegaciones de una reclamación individual denunciando una infracción al Convenio o a uno de sus protocolos, y si la reparación no pudiera ser obtenida por otros medios. La revisión debe ser solicitada y se trata de un mecanismo subsidiario. El plazo para presentar esta demanda es de 90 días desde que se notifica las partes la resolución del órgano europeo.

Procedimientos similares de revisión se contemplan en el artículo 66.1.b) de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; en los artículos 229.4 y 278 bis de la Ley de Procedimiento Criminal y en el artículo 200.1.f) de la Ley de Procedimiento Criminal Militar.

El modelo más perfeccionado es el del Estado de Malta, el cual establece un mecanismo especial para ejecutar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, toda sentencia del TEDH afectada por la declaración de reconocimiento de su jurisdicción puede ser ejecutada por el Tribunal Constitucional, de la misma forma que las sentencias dictadas por este Tribunal y ejecutables por él. A tal efecto debe formularse una demanda ante el Tribunal Constitucional, que debe notificarse al Fiscal General solicitando que se ordene la ejecución de la sentencia.

En el caso de Luxemburgo, dicho ordenamiento jurídico contiene una normativa especial para ser posible la revisión de un proceso penal cuando una persona ha sido condenada con violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La ley del 30 de abril de 1981 que reformó el Código de Procedimiento Criminal, introdujo el artículo 443.5 en el que se establece que una persona tiene derecho a que se revise su causa cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha decidido que su condena ha sido formulada en contravención del Convenio.

De las alternativas reseñadas nos parece más conveniente el establecimiento de disposiciones similares a las existentes en los Estados de Luxemburgo y de Malta.

Estas son algunas ideas de alternativas y disposiciones que podrían tenerse en consideración para la ejecución de sentencias de instancias internacionales jurisdiccionales a los cuales el Estado de Chile les haya reconocido competencia, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el futuro próximo a la Corte Penal Internacional, las que podrían incorporarse en el ámbito respectivo correspondiente al Nuevo Código de Procedimiento Penal, el cual regirá en el próximo siglo,

donde las internacionalización del derecho y la operación de los tribunales internacionales será cada vez más habitual y normal.

7. RESOLUCIONES JURISDICCIONALES DE LA CORTE INTERAMERICANA Y COSA JUZGADA INTERNA

En esta materia, debe señalarse que la cosa juzgada no constituye una garantía del debido proceso en la CADH ni en el texto de nuestras constituciones por regla general. Además, consideramos que la cosa juzgada no existe en sentencias irritas, las cuales no son propiamente sentencias y carecen de validez jurídica. La doctrina comparada ha asumido la revisión de la cosa juzgada nula. Ejemplos de ello es cuando se ha vulnerado el derecho a un tribunal objetivo e imparcial; cuando se ha vulnerado el derecho a defensa jurídica técnica eficaz; cuando se ha vulnerado la racional y justa investigación o proceso, cuando se ha vulnerado el debido proceso por dolo o fraude, por sentencia arbitraria, por pruebas o testimonios falsos; entre otras materias.

El cumplimiento de una sentencia de un tribunal internacional o supranacional que ha determinado que la sentencia de carácter nacional no cumple con el carácter de sentencia válida y respetuosa de los derechos antes señalados, es fundamento suficiente para revisar o rehacer el proceso.

La Corte Interamericana ha admitido la revisión de sus propias sentencias firmes, aún cuando el artículo 67 de la CADH determina que sus sentencias son definitivas e inapelables. En tal sentido cabe señalarse la revisión de la sentencia en el caso Genie Lacayo de fecha 29 de enero de 1997, resolución del 13 de septiembre de 1997, párrafo décimo. La revisión de sentencias irritas constituye una norma común en materia de tribunales tanto nacionales como internacionales. En el caso de los tribunales internacionales, podemos señalar la Corte Internacional de Justicia (Art. 61); la Convención de La Haya sobre solución Pacífica de controversias internacionales (art. 83); el Estatuto del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas (art. 12); y el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo.

El destacado jurista y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Profesor Cançado Trindade, ha determinado que el recurso de

revisión, aunque restrictivo, debe admitirse ante una aparente *vacatio legis* por imperativo de justicia natural.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 8/86, párrafo 29, ha determinado que no corresponde invocar razones de orden público para sostener la cosa juzgada cuando ella implica vulneración de derechos esenciales, ya que el objetivo esencial del orden público es precisamente, la protección de los derechos esenciales y las condiciones de progreso material y espiritual del conjunto de las personas que forman parte de una sociedad política.

Existen en el derecho comparado diversos casos de revisión de sentencias pasadas en cosa juzgada formal y material, que han sido revisadas luego de decisiones en las cuales se ha constatado la vulneración de derechos esenciales, por parte de judicaturas internacionales.

Un ejemplo en el ámbito del derecho europeo, está constituido por el caso “Bultó”, en España, 1992, donde en un proceso penal el señor Bultó fue condenado a cumplir una pena de prisión, la cual fue confirmada por el Tribunal Supremo Español, frente a lo que se interpuso un recurso de amparo extraordinario ante el Tribunal Constitucional, el cual también confirmó la sentencia del Tribunal Supremo. La persona afectada recurrió a la Corte Europea de Derechos Humanos, la que determinó que se habían vulnerado las garantías del debido proceso. Dicha sentencia fue enviada al Tribunal Constitucional Español, el cual en base al fallo de la Corte Europea anuló su propia sentencia y la del Tribunal Supremo, estableciendo la necesidad de realizar un nuevo proceso. Además, el Tribunal Constitucional Español solicitó a los órganos colegisladores que dictarán la normativa correspondiente para la ejecución de las sentencias internacionales emanadas de la Corte Europea de Derechos Humanos, lo cual los órganos colegisladores españoles no han concretado.

Por otra parte, en Argentina, en el caso del periodista Horacio Verbitsky, luego de diversas instancias, la Corte Suprema determinó su condena por el delito de desacato por haber injuriado a un Ministro de Corte. El afectado recurrió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual utilizando el procedimiento de solución amistosa contemplado en el artículo 48, párrafo primero, literal f), de la CADH, determinó que frente a la clara vulneración de los derechos del señor Verbitsky a un Tribunal independiente e imparcial, a la libertad de expresión y a la igualdad

ante la ley, por parte del Estado argentino, posibilitó que ese último enmendar su conducta, lo cual fue facilitado por parte del señor Verbitsky, quién presentó un recurso de revisión ante la Corte Federal de Buenos Aires, sala primera, la que, con el informe del Fiscal, hace lugar al recurso, después de ello, la Corte Nacional de Casación Penal absuelve al señor Verbitsky en sentencia del 24 de febrero de 1994 (J.A. 1995-II-592), dejando sin efecto la pena. Además de ello, los órganos colegisladores Argentinos derogaron la figura de desacato de la Ley 24.198 considerada contraria al derecho de igualdad ante la ley por el sistema interamericano de protección de los derechos.

En el contexto latinoamericano, diversas salas constitucionales de Corte Suprema y Tribunales Constitucionales dan ejecución a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y siguen los principios emanados de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ésta es la única perspectiva compatible con la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado en una concepción coherente y una interpretación sistemática y finalista. Si se deja sin ejecución las resoluciones del tribunal internacional o supranacional en materia de derechos humanos se vulnera el derecho a la protección jurisdiccional asegurados en nuestras constitucionales en armonía con el artículo 8o. de la CADH, integrados en una interpretación sistemática y finalista.

No tiene sentido ni utilidad alguna otorgar competencia a un tribunal supranacional o internacional para pronunciarse sobre la protección de derechos esenciales si luego tal sentencia no se refleja de manera adecuada y no se lo reconoce imperio por los órganos jurisdiccionales internos. El órgano jurisdiccional interno debe dejar de aplicar por sí mismo, cuando resulte necesario, cualquier norma estatal opuesta al derecho internacional convencional de los derechos esenciales sin necesidad de esperar que tal norma estatal sea derogada o reformada, guiándose por el principio de dotar de fuerza aplicativa preferente a la norma del derecho internacional que mejor protege el derecho esencial o que lo afecta menos y el principio del “efecto útil” como criterio interpretativo aplicado a las resoluciones judiciales supranacionales. En tal sentido, cabe recordar las resoluciones judiciales antes mencionadas en el ámbito latinoamericano de las Cortes Supremas de Argentina, Costa Rica, Uruguay y Venezuela, como asimis-

mo, de los Tribunales Constitucionales de Colombia y España, sólo para citar algunos ejemplos.

Así, la dignidad de la persona humana y sus derechos esenciales van conformando la cúspide de la pirámide normativa del derecho internacional y del derecho nacional, constituyéndose en el parámetro básico y fundamental del derecho interno, del derecho comunitario naciente y del derecho internacional, constituyéndose en el germen de la parte dogmática de un constitucionalismo regional.

CONCLUSIONES

De los diversos aspectos expuestos anteriormente, se pueden extraer las siguientes conclusiones en la materia:

1. Las concepciones dualistas y monistas han dominado la discusión de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional. En los países con mayor tradición dualista, los derechos humanos incorporados por la correspondiente cláusula de recepción son de un rango infraconstitucional, mientras que aquellos países con tradición de carácter monista, tienen la tendencia de otorgar al derecho internacional de derechos humanos un rango similar o superior a la Constitución.

2. Los derechos humanos en derecho internacional pueden ser considerados *ius cogens* o principios generales del derecho internacional, derecho consuetudinario o derecho convencional. Los tribunales superiores en Chile han reconocida la aplicación directa y automática, del derecho internacional convencional luego de someterse a los trámites de aprobación parlamentaria y ratificación presidencial. (artículo 50 número 1 de la Constitución).

3. Una gran cantidad de autores en el plano doctrinal y jurídico sostienen que los derechos humanos asegurados en la Declaración Universal y en los pactos internacionales, al menos en sus aspectos medulares comunes, constituyen *ius cogens*, existiendo consenso en que, forman parte de esta categoría el genocidio, la prohibición de la tortura y de la esclavitud, la piratería, los crímenes contra la humanidad y el principio de no discriminación, entre otros, los que, como tales, siempre deben ser aplicados por el Estado de Chile y sus órganos, aún cuando no hay jurisprudencia nacional al respecto.

4. En el derecho chileno, el sistema de recepción del derecho internacional de los derechos humanos, tiene los siguientes aspectos importantes:

a) El derecho consuetudinario se incorpora automáticamente y con preeminencia al derecho interno, tal como lo reconoce la variada jurisprudencia citada, si bien es necesario reconocer la existencia de algunos fallos en sentido contrario.

b) El derecho convencional internacional en general, y dentro de éste, el derecho convencional de derecho humanos requiere de aprobación parlamentaria y ratificación presidencial para incorporarse al derecho chileno.

c) La Constitución no determina expresamente el rango de los Tratados Internacionales en ninguna de sus disposiciones. La Constitución sólo sostiene que los tratados deben someterse a los trámites de una ley, pero no dice que tengan rango de ley. Así, el problema corresponde dilucidarlo al intérprete de la Constitución. En general, la jurisprudencia ha sido variada, pero existe una tendencia a considerar de aplicación preferente el tratado que contiene derechos esenciales en relación con el derecho interno.

d) En Chile, los derechos humanos se consideran como límites a la soberanía estatal (artículo 5o., inciso 2o.), protegiendo nuestro ordenamiento jurídico los derechos que “garantiza la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

e) En Chile, como en otros Estados, los derechos humanos y las normas que los contienen constituyen la expresión de la idea de derecho sostenida por el Constituyente, la que no puede ser afectada por el poder constituyente instituido o derivado. Este último sólo puede mejorar la situación de los derechos y sus garantías, pero no disminuirlos o destruirlos, no pudiendo nunca afectar la esencia o sustancia de los derechos asegurados (artículo 19, 26, de la Constitución).

f) Nuestro derecho constitucional ha reconocido la existencia de normas que contienen derechos, los que al limitar la soberanía, se ubican sobre la potestad constituyente derivada, constituyendo normas que se imponen a éste, siendo de alguna manera derechos supraconstitucionales.

g) Consideramos que las normas del derecho convencional internacional en materia de derechos humanos, se incorpora a la Constitución material, en cuanto ella reenvía directamente a tales tratados como normas que contienen los derechos que limitan la soberanía estatal. Por tal razón, las normas internas que contravengan los derechos contenidos en los tratados

internacionales ratificados por Chile, pueden ser objeto de requerimiento ante el Tribunal Constitucional de acuerdo al artículo 82 de la Carta Fundamental o de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en conformidad al artículo 80 de la Ley Fundamental. Las normas en materia de derechos humanos de los tratados se integran al bloque dogmático de la Constitución.

5. Los órganos del Estado deben garantizar los derechos introducidos por los tratados internacionales incorporados a la Constitución vía artículo 5o. y adoptar todas las medidas legislativas o de otro carácter que se requiera para ese fin y tienen prohibida toda acción u omisión que lesione tales derechos.

6. Si por un hecho imputable al Estado se ha vulnerado un derecho protegido, el Estado tiene la obligación internacionalmente exigible de restablecer el derecho infringido, indemnizar los daños y sancionar los responsables.

7. Si el Estado no cumple con esta obligación queda abierto el camino de la protección internacional.

8. Las decisiones judiciales internas del Estado, al interpretar en forma incorrecta las normas de un tratado de derechos humanos, dejan de cumplir con la obligación internacional del Estado y comprometen su responsabilidad, ya que los tribunales nacionales no son los últimos intérpretes de la obligación de los Estados en materia de derechos humanos. Los últimos intérpretes en esta materia son los Tribunales Internacionales en materia de derechos humanos a los cuales se les ha reconocido competencia jurisdiccional vinculante; en el ámbito americano, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

9. La protección internacional opera con carácter subsidiario o complementario, en casos de incumplimiento por el Estado de los compromisos asumidos, teniendo, en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un carácter jurisdiccional sancionatorio respecto del Estado infractor.

El análisis efectuado muestra una tendencia creciente al reconocimiento de la insuficiencia del Estado para cumplir sus fines, como asimismo, la supremacía del bien común internacional sobre el bien común nacional, afectando el sentido y alcance de la soberanía estatal. Así se bosqueja una nueva estructura de poder supranacional y supraestatal, generándose un

orden público internacional y supraestatal cada día más evidente. Este tiene como sujeto básico la dignidad de la persona, y tiene como fin el reconocimiento, garantía y promoción efectiva de los derechos humanos, tal como los ha definido la comunidad internacional y los órganos reguladores de los sistemas de protección del derecho internacional de los derechos humanos.

La protección de los derechos humanos trasciende así el ámbito nacional existiendo un consenso sobre la necesidad de su garantía supranacional, conjugándose en forma creciente el derecho internacional y el derecho interno en la protección de la dignidad y de los derechos de la persona humana, todo lo que obliga a los tribunales nacionales a aplicar e interpretar directamente las normas contenidas en el derecho internacional de los derechos humanos.

EL FUNDAMENTALISMO COMO DESAFÍO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL: CONSIDERACIONES DESDE LA CIENCIA DEL DERECHO Y DE LA CULTURA*

Peter Häberle
Universidad de Bayreuth

INTRODUCCIÓN, PROBLEMA

El lector de periódicos se encuentra casi diariamente con noticias que prueban un conflicto entre el mundo moderno, “secularizado” y sobre todo de impronta occidental por una parte, y corrientes fundamentalistas por otra. Recuérdese la “condena a muerte” o “divina” del Ayatollah Jomeini y sus correligionarios y compañeros de lucha contra S. Rushdie, que desafía a la comunidad universal de los derechos humanos. Leemos titulares como: “Los fundamentalistas avanzan. Por qué crece la resistencia contra la civilización occidental”¹ o “Nuestra marcha ha comenzado —el fundamentalismo islámico”.² Oímos la frase: “un serbio no se deja comprar nunca... Es y seguirá siendo un fundamentalista nacionalista”,³ y en el suplemento literario de un diario se encuentra una pregunta como: “¿Guerra cultural global y total?”⁴ Leemos un ensayo: El fundamentalismo islámico entre “media modernidad” y la acción política⁵ y observamos una campaña de G. Wallraff contra el fundamentalismo.⁶ Nos enteramos de que existen nom-

* Título original: *Der Fundamentalismus als Herausforderung des Verfassungsstaates: rechts-bzw. kulturwissenschaftlich betrachtet*. Publicado en Liber Amicorum Josef Esser, editado por E. Schmidt y H.-L. Weyers, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, pp. 49-75.

¹ M. Wolffsohn, en *Die Zeit*, núm. 14, del 2 de abril de 1993, p. 54.

² B. Dörle, en *Especial Spiegel*, 4/1993, p. 34: “Die Erde 2000”.

³ Citado según H. Kurzke, en *FAZ* del 14 de agosto de 1993, p. 27.

⁴ Sz, 21/22 de agosto de 1993, p. 3.

⁵ De B. Tibi, en *Aus Politik und Zeitgeschichte B* 33/93, 13 de agosto de 1993; *ibid.*, M. Riesebrodt, *Islamischer Fundamentalismus aus soziologischer Sicht*.

⁶ Ich gehe jetzt Klinken putzen, en *Der Spiegel*, núm. 35/1993, 30 de agosto de 1993, pp. 194 y ss.

bres “en la lista de objetivos criminales de los fundamentalistas islámicos”,⁷ y en Francia se forma un nuevo fundamentalismo, que invoca autores de la revolución conservadora y ofrece valores indubitables como “nación”, “pueblo”, “cultura nacional”.⁸ En la misma Turquía, el país modelo de Estado laico a pesar de su población islámica, se observa ahora una “diversidad de corrientes fundamentalistas”.⁹ Un reputado autor¹⁰ de artículos de fondo, aunque previene contra la confusión del fundamentalismo con el Islam, señala también: “el fundamentalismo islámico y la democracia son incompatibles”. Oímos diariamente noticias sobre el terror de los fundamentalistas del Frente Islámico de Salvación de Argelia, que en 1991 obtuvo una gran victoria electoral que, sin embargo, le fue “arrebatada” por los militares. Entre tanto debería resultar motivo de reflexión la siguiente cuestión: ¿eran fundamentalistas Pedro y Pablo, María y José?¹¹

Una acumulación tal de noticias diarias hace presumir que las numerosas formas de aparición del fundamentalismo desafían radicalmente toda ciencia como forma racional de búsqueda de la verdad en virtud de métodos manifestados, incluso en el fondo la niegan. El conjunto —abierto— de las disciplinas particulares debe hacer frente al fundamentalismo, en la medida en que esta doctrina de salvación predica con pretensiones de verdad que no se cuestionan, que son *prima facie* lo contrario de la civilización

⁷ Carta al director de B. Tibi, FAZ del 23 de noviembre de 1993, p. 11.

⁸ Compárese R. Herzinger, Der neue Kulturnationalismus, Die Zeit, núm. 34, 20 de agosto de 1993, p. 40.

⁹ Al respecto A. Baron, Von innen bedroht FAZ del 30 de octubre de 1993, p. 10. Sin embargo, sobre la recepción progresiva del derecho occidental en Turquía (por ejemplo, mejora de la posición de la mujer y de los hijos no matrimoniales); véase también G. Bozkurt, Vom Tanzimat zur europäischen Rechtsstaatlichkeit, FAZ del 8 de diciembre de 1993, p. 14.

¹⁰ W. G. Lerch, Bosnien und die Muslime in Europa, FAZ del 25 de agosto de 1993, p. 1.

¹¹ En este sentido la contribución de M Spieker, FAZ del 12 de mayo de 1993, p. 12; véase también las palabras moderadas del papa Juan Pablo II en *Centesimus annus* (1991): “La Iglesia no cierra los ojos ante el peligro del fanatismo o el fundamentalismo de los que creen poder imponer a los demás seres humanos, en nombre de una ideología presuntamente científica o religiosa, su concepción de lo que es verdadero y bueno. La verdad cristiana no es de este tipo. La fe cristiana, que no es ninguna ideología, no pretende constreñir la diversa realidad sociopolítica en un rígido esquema. Reconoce que la vida del ser humano de la historia se desarrolla bajo diferentes y no siempre perfectas condiciones. Por ello, el respeto de la libertad corresponde al proceder de la Iglesia, que siempre afirma la dignidad trascendente de la persona”.

científica actual iniciada en la antigua Grecia. La teoría constitucional como forma de la modernidad debe de esta forma personarse también para opinar. Si según Hegel filosofía es “su tiempo expresado en ideas”, se puede osar la variante: las *Constituciones* son hoy, como quizás nunca anteriormente, su tiempo expresado en ideas. Constituyen el foro de la sociedad abierta, en el que se discuten y se deciden cuestiones contemporáneas, y la fe actualmente casi global en las Constituciones y los derechos humanos se confirma una vez más en la lucha por las “correctas” Constituciones nacionales de la Europa oriental, formadas, conforme al modelo común europeo/atlántico, tras el hundimiento de la sociedad cerrada del marxismo.

El desafío del fundamentalismo de nuestros días se agudiza irónicamente justo en el momento en el que el fundamentalismo político-ideológico del marxismo ha fracasado y en el que el año 1989 nos ha deparado como “*annus mirabilis*” la “hora mundial del Estado constitucional”. Igualmente paradójico parece que ahora incluso este Estado constitucional, encarnado por los años 1776, 1787, 1789, 1848, etcétera, se precipite a su vez en crisis, que quizás lo debilitan frente a los desafíos del fundamentalismo provocados también por él: piénsese en la crisis de identidad de Occidente, el regreso del nacionalismo militante y de las guerras civiles, el materialismo y economismo, que caracteriza las democracias occidentales saturadas de bienestar. Palabras clave son la falta de espíritu cívico, y especialmente en Alemania la incapacidad para compartir —a pesar del afortunado acontecimiento de la reunificación alemana. Muchas democracias europeas lo tienen difícil para hacer política constitucional con sus necesidades de reforma, no solamente Italia. La Conferencia de Derechos Humanos de Viena de 1993 ha llevado a la conciencia pública el conflicto entre el fundamentalismo y la concepción del derecho islámico y la universalidad de los derechos humanos de impronta occidental —el acuerdo de paz entre los palestinos e Israel en otoño de 1993 constituye un signo contrario en este panorama pesimista, igualmente algunas de las paces alcanzadas por intermediación de la ONU (por ejemplo, en Camboya).

Estas palabras claves deben probar que también un representante de la ciencia del derecho está desafiado cuando se trata de ocuparse científicamente de “el” fundamentalismo. Es evidente que aquí el jurista debe entender ampliamente su objeto y sus métodos: solamente la ciencia del derecho operante como *ciencia de la cultura* puede realizar su aportación a un fe-

nómeno como el fundamentalismo. Porque éste concierne a la cultura en sentido amplio y profundo y total. En ella el derecho sólo forma un fragmento. Los textos jurídicos, escritos o no, como normas, como literatura, como textos clásicos desde Aristóteles hasta Kant, J. Rawls y H. Jonas o como jurisprudencia viven de sus contextos —culturales. A pesar de la importancia del microcosmos de las proposiciones jurídicas y de las construcciones dogmáticas, igualmente eficaces resultan los contextos culturales, en los que aquéllas alcanzan su perfil último y realizan sus funciones. La ciencia del derecho, en especial la teoría constitucional, es una ciencia cultural, colabora conforme a una división del trabajo en la *búsqueda* de la verdad con otras ciencias culturales como la historia o la economía política, pero conserva su *propium* (la búsqueda abierta de la justicia y del bien común) y su propia responsabilidad —precisamente frente a una corriente actual, que como el fundamentalismo la desafía hoy radicalmente.

I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL “FUNDAMENTALISMO”, LA ORDENACIÓN METÓDICA DE SUS FORMAS DE APARICIÓN: ELEMENTOS DE UN INVENTARIO

Se ha realizado un inventario del fundamentalismo en tres pasos: *histórico*, en relación con las guerras de religión, la colonización y cristianización de América y el marxismo-leninismo como con el fundamentalismo cristiano e islámico, también el protestante (I); *específico en cada ámbito*, es decir, religioso, político, económico, también ecológico (II); así como *contemporáneo*: los ejemplos de situaciones de conflicto en el Estado constitucional, Alemania (a título de ejemplo) (III). Un intento de *definición* concluye el inventario (IV).

Como amplio problema cultural, el fundamentalismo tropieza con el derecho como manifestación cultural (occidental) con su aspiración de universalidad, a menudo no suficientemente estudiada; la ciencia jurídica ordenada culturalmente solamente abarca una parte de la confrontación. También la misma ciencia jurídica, afinada, ampliada y profundizada desde la ciencia de la cultura depende del trabajo previo, simultáneo y posterior de las demás disciplinas. Esta consideración no disminuye el trabajo, pero preserva de expectativas exageradas.

1. Inventario histórico: la antigüedad/cristianismo, guerras de religión, colonización y cristianización de América, el marxismo-leninismo y otros regímenes totalitarios

Echemos inicialmente una mirada al material de ejemplos históricos. En función del criterio de la sociedad abierta constituida en Estado constitucional, entran en las categorías de fundamentalismo los siguientes períodos históricos: en primer lugar el desafío del mundo antiguo existente en el primer cristianismo que se concebía absolutamente y el derrumbamiento de aquél —la cuestión de si Pedro y Pablo eran “fundamentalistas” citada en la introducción, no se ha planteado irónicamente. Cuando el cristianismo se convirtió bajo Teodosio I en religión oficial (380 d. C.) y comenzó a perseguir a su vez a las religiones competidoras, ya se era “fundamentalista”. En las guerras de religión así como en las guerras civiles religiosas de Europa las confesiones se oponían de forma “fundamentalista”, es decir, excluyéndose recíprocamente, en términos modernos de forma “totalitaria” y “terrorista”. Otro ejemplo lo brinda la controversia de Valladolid, que Reinhold Schneider recoge en su relato “Las Casas ante Carlos V”.¹² En 1550 se trataba de la cuestión de si los habitantes de los nuevos territorios de ultramar eran hijos de Adán o si habían de ser imputados al reino animal. Schneider hace decir al capellán de la Corte Juan Ginés Sepúlveda como garante de la “solidez del sistema terráqueo”:

Por eso combatí yo al padre Las Casas, porque él remueve los fundamentos (!) sobre los que descansa nuestra existencia, e introduce lo destructivo en nuestra vida y osa hacer esto además en la hora en que ha sido dada a nuestra nación la ordenación del mundo y ella debe mostrar para todos los tiempos futuros, si es capaz de ordenarlo y de ser responsable del destino del mundo.

El colonialismo, así como una versión del cristianismo teológico, buscaba hacer a los indios esclavos por naturaleza. El emperador declaró desde luego hombres a los indios. En el fondo resuenan aquí modelos de argumen-

¹² R. Schneider, *Las Casas vor Karl V.*, 1952, p. 158; véase también B. Dahms, *Bartolomé de Las Casas (1484-1566)*, 1993.

tación típicos de nuestro tema. En una formulación moderna: el reconocimiento de la naturaleza humana de los indios significó una etapa en el camino hacia los derechos humanos universales.

Como designación programática, el “fundamentalismo” está presente desde principios del siglo XX: en el este y sur americanos apareció de 1910 a 1915 una serie de escritos titulados “The Fundaments” con el subtítulo “A testimony to the truth”. Sus editores se unieron posteriormente (1919) en la “Worlds Christian Fundamentals Association”. La protesta de estos protestantes se dirigía en suma contra la modernización de la religión y de la sociedad. El punto de partida era la infalibilidad de las Sagradas Escrituras, los adversarios, la ciencia bíblica crítica, en conjunto la imagen científico-técnica del mundo.¹³ Directamente relevante para los juristas fue el proceso Scopes (“el proceso de los monos”) que tuvo lugar en Tennessee en 1925. En él solicitó el movimiento fundamentalista protestante, la eliminación de la teoría darwiniana de la evolución (por “blasfemia divina”) de la clase de biología de las escuelas públicas. Si la Corte Suprema de los Estados Unidos había de ocuparse posteriormente de la oración en las escuelas y de la admisibilidad de la lectura de la Biblia en las escuelas públicas¹⁴ y en la última década aumentan las escuelas privadas orientadas al fundamentalismo, se pone de manifiesto cómo el fundamentalismo cristiano ha desafiado a los Estados Unidos de América como ejemplo representativo del tipo Estado constitucional —cómo éste, representante de la modernidad, suscita a su vez una variante de fundamentalismo. Después de que el fundamentalismo protestante haya nacido en el foro de una sociedad abierta como la de los Estados Unidos de América (también nominalmente), el

¹³ De entre la literatura: Th. Meyer, *Fundamentalismus. Aufstand gegen die Moderne*, 1989; W. Künneth, A. Schwarz y A. Köberlein, *Fundamentalismus?*, 1990; St. Pfürtner, *Fundamentalismus*, 1991.

¹⁴ La Corte Suprema estadounidense falló en 1962 y 1963 dos sentencias, en virtud de las cuales se eliminó la oración en las escuelas públicas (a los ojos de los fundamentalistas una ofensa a la “cristiana América”). El fundamentalismo creció igualmente en relación con una sentencia de 1973 que admitió el aborto hasta un determinado mes de embarazo. Al respecto véase de entre la literatura: K. Cartens, *Grundgedanken der amerikanischen Verfassung und ihre Verwirklichung*, 1954, pp. 220 y ss. (casos de los testigos de Jehová); G. R. Stone *et al.*, *Constitutional Law*, 2a. ed., 1991, pp. 1455 y ss. (“The Constitution and Religion”); *ibid.*, pp. 929 y ss. (*Roe v. Wade*); W. Haller, *Supreme Court und Politik in den USA*, 1972, p. 52 (caso saludo a la bandera).

fundamentalismo debe de depender también de los problemas del Estado constitucional y no venir solamente “de fuera”.

Mientras que el marxismo-leninismo ha de quedar como una advertencia —era una “doctrina de salvación totalitaria” excluyente de las demás y con pretensión de abarcar todo el mundo— y es —esperemos que no sólo temporalmente— inferior frente a los valores fundamentales del Estado constitucional, derechos humanos, democracia, economía social de mercado (aunque también tiene que agradecer precisamente a su crítica), ahora unas palabras sobre el fundamentalismo islámico.¹⁵ Esta “variante” de fundamentalismo domina —como concepto de lucha— la prensa diaria; conviene proceder de forma más diferenciada. Ante todo no deben perderse de vista las formas históricamente más antiguas de la historia de la civilización cristiana: existe, desde luego, por ejemplo, un “fundamentalismo católico”,¹⁶ quizás presente en el Opus Dei o en el caso del obispo Haas en Chur/Zurich así como en la protesta del obispo francés Lefebvre contra el concilio Vaticano II; recuérdese la antigua disputa de los “modernistas”.¹⁷ Como expresión política del fundamentalismo islámico son considerados la revolución iraní (1978), el asesinato de Sadat (1981), pero también la lucha de resistencia con éxito contra la URSS en Afganistán (hasta 1989). No obstante, no nos debemos dejar llevar por estos acontecimientos a una “condena” global del fundamentalismo islámico.¹⁸

¹⁵ De entre la literatura A. Hottinger, *Islamischer Fundamentalismus*, 1993; Bassam Tibi, *Islamischer Fundamentalismus, moderne Wissenschaft und Technologie*, 1992; *id.*, *Die fundamentalistische Herausforderung*, 1992; *idem*, *Die Verschwörung. Das Trauma arabischer Politik*, 1993; B. Dörler, “Unser Marsch hat begonnen”, *Der Islamische Fundamentalismus, Especial Spiegel* 4/1993, pp. 34 y ss., *Die Erde 2000, Wohin sich die Menschheit entwickelt*. En opinión del filósofo sirio Sadik al-Azm en las sociedades del Islam la tendencia va también desde luego en dirección, privatización, individualización e interiorización de la religión: “Seremos una sociedad post-islámica”, *FR* del 7 de febrero de 1994, p. 10.

¹⁶ A este respecto, W. Beinert, ed., “*Katholischer Fundamentalismus. Häretische Gruppen in der Kirche?*”, 1991.

¹⁷ Desde 1904 en los documentos eclesiásticos se hablaba del “modernismo” que había de ser combatido. El papa Pío X lo condenó como herético. En 1910 se impuso a todo sacerdote el “juramento antimodernista”. Al respecto, N. Trippen, *Antimodernisteneid*, en *Lexikon für Theologie und Kirche*, 3a. ed., vol. 1 (1993), p. 761.

¹⁸ De la literatura sobre el Islam. E. Gellner, *Der Islam als Gesellschaftsordnung*, 1992; W. Ende y U. Steinbach, eds., *Der Islam der Gegenwart*, 1984; *Weltmacht Islam*, editado por la Landeszentrale für politische Bildung, 1988; A. Th. Khoury, *Begegnung mit dem Islam*, 1992.

La *historia* de la difícil relación entre la Europa cristiana y el Islam no puede ser evocada aquí ni siquiera a grandes trazos. Incluso las personas cultas apenas saben ya que la transmisión de la filosofía clásica de la antigua Grecia se debe en la Edad Media europea a sabios de la religión musulmana, como M. Maimónides era en la Edad Media el vínculo entre árabes y judíos. Otros puntos culminantes constituyen la aparición de las “Mil y una noches” (1717) y del “Diwán oriental” de Goethe (1819). Como temprano investigador del Oriente es meritorio F. Rückert. Hoy la investigación del Islam se promueve en Europa especialmente. Sin embargo, deben captarse las muy diferentes corrientes en el Islam, también las diferencias en cada país; los caminos de “regreso al ‘verdadero Islam’” y su tratamiento del progreso científico y del subdesarrollo no son en absoluto totalmente uniformes. Además, los problemas nacionales y sociales de los distintos países son muy diferentes: piénsese en los gobernantes árabes y musulmanes de Arabia Saudí y Kuwait y en las tensiones sociales y la brecha entre pobres y ricos (la mayoría situada al margen del mundo moderno, la minoría hoy europeizada, es decir, privilegiada), piénsese también en los países en los que el Islam es ya todavía “ideología del Estado” (Arabia Saudí, Pakistán, Irán, Sudán) o donde representa (todavía) una ideología contraria opositora (por ejemplo, Argelia, Egipto, Jordania y Malasia) y el diferente grado de islamización de la ciencia y de la economía ante la dinamización del mundo, convertido en uno solo en los siglos XIX y XX. Así en la teocracia de Irán solamente un consejo de guardianes compuesto de sacerdotes tiene acceso exclusivo al “saber secreto” y a la interpretación del Corán (V. Nienhaus). Una teoría constitucional comparativa del Islam, inexistente hasta ahora, tendría que investigar de qué manera la amplitud de variación del Islam se refleja también en los textos constitucionales y en su realidad, y qué influencia tiene la doctrina social del Islam (solidaridad de los ricos con los pobres, prohibición de prácticas antisociales como negocios de interés y juegos de azar). Una prueba de naturaleza especial representa ahora la lucha por Bosnia.

En lugar de todas las tendencias de convertir el Islam en una “imagen enemiga” hay que poner otra cosa: el *diálogo* entre las religiones y las culturas, como se promueve ahora por un círculo formado en París,¹⁹ para

¹⁹ Véase FAZ del 26 de enero de 1994, p. 27: “Islam fraternal”, en el que los reproches contra el Occidente liberal como “adversario” por parte del filósofo R. Garaudy (compárese, sin embargo, también su libro “Promesa Islam”, 1992) sirven apenas de ayuda.

que no se llegue a la lucha entre las culturas profetizada por S. Huntington, y —con B.-H. Lévy— el entendimiento²⁰ de que más que nunca es necesario “incorporar los componentes islámicos en la cultura europea —también en Francia, donde no se quiere reconocer que el Islam se ha convertido en la segunda religión”.²¹ Esto no supone borrar las diferencias, más o menos el entendimiento de B. Tibi:²² “En Europa hubo Reforma, Ilustración y la gran Revolución francesa, es decir, acontecimientos históricos en los que se basan el proyecto cultural europeo de la modernidad y su imagen racionalista del mundo”. Todo esto falta en el Islam. (También por eso existe un sentimiento de inferioridad frente al mundo de impronta europea.) Entre tanto debe crearse una *base de diálogo*, que haga imposible en el futuro que una casa de modas occidental, como ocurrió en enero de 1994, utilice sacrílegamente trazos árabes del Corán como ornamento en el vestido de una modelo, lo que inmediatamente provocó que el autócrata libio Gaddafi hablara del “inicio de una nueva Cruzada”.²³

2. *Inventario según ámbitos específicos*

En este punto pueden bastar algunas palabras claves.²⁴ Pueden distinguirse:

—El fundamentalismo *religioso*, ejemplos se encuentran en casi todas las religiones (mundiales), también en el judaísmo, (¿excepto en el budismo?²⁵ ¿Quizás incluso en todas las religiones se encuentra un “potencial fundamentalista” (M. E. Marty)?

²⁰ Citado según la entrevista del SZ, SZ del 8/9 de mayo de 1993, p. 13: “Guerra por el alma de Europa”.

²¹ Acertado W. Lepenes. Mit dem Fernrohr gegen den Koran, mit der Wissenschaft gegen fremde Kulturem, Die Zeit del 5 de noviembre de 1993, p. 46: “¿Saben nuestros estudiantes de selectividad algo de la gran contribución del Islam a la civilización europea?”, *ibid.*, también en favor de mi “Programa Averroes” como paralelo al programa de intercambio “Erasmus”.

²² Bassam Tibi, Die Verschwörung. Das Trauma arabischer Politik, 1993.

²³ Al respecto W. G. Lerch, Was die Muslime an einem Kleid von Chanel Erregt, FAZ del 25 de enero de 1994, p. 7.

²⁴ Algunas acertadas clasificaciones en F. Hufen, Fundamentalismus als Herausforderung des Verfassungsrechts und der Rechtsphilosophie, en Staatswissenschaften und Staatspraxis, 1992, p. 455 (459 y ss.).

²⁵ Según M. Spieker, Waren Petrus und Paulus, Maria und Josef Fundamentalisten?, FAZ del 12 de mayo de 1993, p. 12, existe también en el judaísmo y en el hinduismo un “fundamen-

- El fundamentalismo *político*, por ejemplo, en forma de un nacionalismo extremo que lucha por “limpiezas étnicas” en los Balcanes.
- El fundamentalismo *económico*, más o menos los “fundamentalistas” de la economía pura de mercado que critican los modelos de “constitución económica mixta” (E. R. Huber) o la “economía social de mercado” ecológicamente orientada, como los que recogen algunas Constituciones de los Länder del este de Alemania.
- El fundamentalismo *científico*, en el sentido de una absolutización de las ciencias como en el marxismo o en paradigmas, teorías y “escuelas” científicas concretas. Conforme al entendimiento moderno de la ciencia, fundamentalismo y ciencia se excluyen en virtud del mandato de examen constante de los fundamentos sustentadores (esto rige también para el derecho).
- Por último, el fundamentalismo *ecológico* —la disputa entre “fundamentalistas” (“Fundis”) y “realistas” (“Realos”) es conocida, pero se trata además de la prohibición absoluta de ensayos con animales, la prohibición de cualquier tecnología genética.

Estas son solamente clasificaciones aproximativas. Los distintos ámbitos dependen a menudo unos de otros. Así, por ejemplo, el fundamentalismo religioso se orienta en parte también políticamente (los ortodoxos y serbios o los protestantes norirlandeses); el fundamentalismo económico se alimenta también de modelos políticos tenidos por absolutos. El siguiente inventario proporciona más material ilustrativo.

3. Conflictos actuales en el Estado constitucional de la República Federal de Alemania

El inventario debe ser aquí igualmente selectivo. Aunque sería adecuado ampliar los conflictos entre las corrientes fundamentalistas y el Estado constitucional a varios países de este tipo —junto a Estados Unidos habría que

talismo políticamente relevante”. Refiriéndose al concepto de “totalitarismo religioso” de O. von Nell-Breuning interpreta también la “teología de la liberación” como un tipo de fundamentalismo que querría deducir exclusivamente de la fe una respuesta a todas las cuestiones de la vida privada y pública.

analizar Francia y sus problemas con los fundamentalistas islámicos en la escuela y en la vida pública, también Israel—, en este lugar se puede enumerar sólo algunos materiales de Alemania. Debe tenerse en cuenta que el Estado constitucional está desafiado por el fundamentalismo en muchas de sus singularidades nacionales y que debemos pensar siempre en el plano de abstracción más elevado del Estado constitucional como *tipo*, no solamente como ejemplo nacional concreto.

El material alemán de casos de conflicto entre el ordenamiento jurídico de la Ley Fundamental y las corrientes fundamentalistas es ya variado y ocupa sobre todo a los tribunales. Una pequeña selección al respecto: el Tribunal administrativo de Münster y el de Lüneburg se han enfrentado recientemente con la importancia de las disposiciones de vestimenta del Corán en la *enseñanza escolar*.²⁶ Ambos tribunales afirmaron que las estudiantes musulmanas pueden deducir del artículo 4,2 de la Ley Fundamental un derecho a dispensa de la clase colectiva de natación —el paralelismo con el caso francés del “velo islámico en la escuela”, decidido por un dictamen del Conseil d’Etat en 1989,²⁷ es patente. En el ámbito escolar se desarrollaron también los casos de los “profesores Bhagwan”.²⁸ De forma clara y correcta se ha decidido que las posiciones fundamentalistas de los *padres* no protegen de la escolarización obligatoria.²⁹ Otros conflictos se encuentran en el *derecho administrativo de los bienes del dominio público*³⁰ (por ejemplo: ¿cubre la finalidad a la que se dedican las salas municipales la actividad misionera de los grupos fundamentalistas?³¹ o: ¿tiene el Estado deber de protección de un miembro de una secta *que quiere abandonarla* y que es amenazado con sanciones?). Casi dramático es el problema de la punibilidad de la *repatriación de niños* a un país islámico.³² E igualmente

²⁶ OVG Münster, NVwZ 1992, p. 77; OVG Lüneburg, *ibid.*, p. 79; al respecto, en la literatura: F. Hufen, *loc. cit.*, p. 462; A. Spies, *Verschleierte Schülerinnen in Frankreich*, NVwZ 1993, p. 637 (638).

²⁷ Al respecto, A. Spies, *op. cit.*, pp. 637 y ss.

²⁸ BVerwG, DVBI, 1988, p. 695.

²⁹ Véase BVerwG, NVwZ 1992, p. 371.

³⁰ El Tribunal Federal suizo afirmó que el deber de los motoristas de llevar casco también rige para los miembros de la comunidad religiosa de los sijs: EuGRZ 1993, pp. 595 y ss.

³¹ Al respecto. F. Hufen, *op. cit.*, p. 462.

³² BGH, NJW 1990, p. 1489.

actual y controvertida es la cuestión de en qué condiciones puede el Estado prevenir contra “*sectas juveniles*” (¿adolescentes o también adultos?).³³ En todas estas cuestiones se reconoce la fuerte dependencia del derecho³⁴ de su ámbito cultural y la intensidad todavía hoy de la impronta cristiana de nuestra cultura jurídica.

4. Primer intento de delimitación: características de los movimientos fundamentalistas

El inventario desarrollado en diversas direcciones —histórica, por ámbitos específicos, actual de la República Federal— permite un primer intento de delimitación de las características de los movimientos fundamentalistas. Debe evitar que el “fundamentalismo” degenera en un concepto de todo el mundo, sin consecuencias en última instancia o polémico, o se instrumentalice aisladamente como concepto de lucha sólo en contra del Islam. Debe ser adecuado para designar rasgos típicos, a pesar de toda la variedad y diversidad del fundamentalismo en el tiempo y en el espacio, a fin de que el jurista constitucional que opera desde la ciencia de la cultura se pueda ocupar de él.³⁵

1) Los “fundamentalismos” han de tomarse en primer lugar literalmente: quieren llegar, a menudo regresar, a los “fundamentos” (a las “roots”). Y quieren tomar éstos como “una” “verdad” válida para todos los tiempos de su imagen del mundo, de los hombres y de Dios (con referencia a una

³³ Al respecto, F. Hufen, *op. cit.*, p. 463; BVerwGE 82, 76; de la creciente literatura general: P. Badura, *Der Schutz von Religion und Weltanschauung durch das GG*, 1989; A. von Campenhausen, *Aktuelle Aspekte der Religionsfreiheit*, ZevKR 37 (1992), pp. 405 y ss.; Rainer Scholz, “*Neue Jugendreligionen*” und *Grundrechtsschutz nach Art. 4 GG*, NVwZ 1992, pp. 1152 y ss.; W. Heintschel von Heinegg y O. Schäfer, *Der Grundrechtsschutz (neuer) Religionsgemeinschaften und die Grenzen staatlichen Handelns*, DVBI. 1991, pp. 1341 y ss.; W. Shatzschneider, *Rechtsordnung und “destruktive Kulte”*, BayVBI. 1985, pp. 321 y ss. —Sobre el problema de la subvención de una asociación que lucha contra las religiones juveniles: BVerwGE 90, 112.

³⁴ Al respecto, por ejemplo, R. Zippelius, *Die Bedeutung spezifischer Leitideen für die Staats- und Rechtsgestaltung*, 1987; *id.*, *Weltanschauung und Rechtsgestaltung*, JuS 1993, pp. 889 y ss.

³⁵ Respecto a lo siguiente parcialmente de forma análoga ya F. Hufen, *loc. cit.*, pp. 465 y s.

Sagrada Escritura, la Tradición o la Revelación). Proyectan “imágenes enemigas” sobre el plano de una amplia “concepción del mundo”.

2) Con ello se inscriben en el “simple” monismo —en oposición al “complejo” pluralismo. La *pretensión de verdad* es monopolizada y defendida, no discutida, como “certeza de salvación”.

3) El fundamentalismo rehúsa el discurso; rechaza la relación de diálogo característica de la modernidad en la ciencia, la política y la sociedad, también el compromiso, el conciliador tanto-esto-como, el querer convivir pacíficamente, brevemente: la tolerancia y la franqueza.

4) El fundamentalismo es re-acción a los cambios y las transformaciones. Reacciona a fenómenos de *crisis* de lo nuevo en cada momento. En esta medida puede diagnosticar lo problemático, por ejemplo, los síntomas de disolución y los déficit éticos de la sociedad occidental (consecuencia: creciente criminalidad juvenil, decadencia del matrimonio y de la familia, *sex and crime* en la televisión, decadencia de los cascos urbanos y el fracaso de las iglesias oficiales).

5) El fundamentalismo es un intento tendencialmente comprensible de lograr *identidad*, seguridad, solidez para el individuo y el grupo, donde (como en algunos signos de la sociedad moderna) todo es “a discreción”, intercambiable, “negociable” y los modelos vinculantes de sentido y orientación van perdiéndose. Pero corre el peligro de anular la liberación del *individuo* documentada en los derechos humanos. Puede ir acompañado de inhumana sumisión hacia dentro, de violenta afirmación hacia fuera y de pretensiones de universalidad.

6) Es común a todos los fundamentalistas que en un momento determinado entran en conflicto con las conquistas culturales del Estado constitucional y de su *sociedad abierta*.

7) Los fundamentalismos de todo tipo, aunque operen sectorialmente, expresan problemas *culturales*. La modernidad debe abordarlos en todas sus disciplinas particulares operando en correspondencia de forma amplia, esto es, desde la ciencia de la cultura. La ciencia del derecho no puede responderles con el positivismo o *exclusivamente* con el racionalismo crítico de un sir Popper. Solamente un “debate cultural” más profundo promete una mayor comprensión y ayuda práctica. Y solamente el enfoque *diferenciado* es la respuesta adecuada. Este enfoque se dirige también contra el “antifundamentalismo fundamentalista” (M. Spieker).

8) M. Riesebrodt³⁶ merece asentimiento, cuando señala que en el movimiento fundamentalista no se manejan cuestiones engañosas de siglos anteriores, sino *cuestiones centrales de la sociedad actual*. En otras palabras: los fundamentalismos ponen nombre a crisis internas del “proyecto de la modernidad”. Éste es su lado positivo.

9) La doctrina del *Estado constitucional*, que da lugar a la aparición de fundamentalismos y hoy día de alguna forma incluso en sus aspectos de *crisis* los “provoca”, debe hallar medios y vías, para por un lado organizar pragmáticamente la convivencia de los muchos fundamentalismos de nuestro tiempo, quizás incluso integrarlos en parte, por ejemplo, mediante la prohibición de la violencia y el monopolio estatal de la violencia, la protección de la dignidad humana de todos también en el ámbito social; por otro lado, precisamente también en virtud de esta misión debe, mediante sus propios principios que lo fundamentan, trazar e imponer límites en el ámbito interno y en convivencia con los pueblos. El objetivo educativo “tolerancia” podría posibilitar que el Estado constitucional recuperase conscientemente la “historia de conciliación y diálogo” entre las tres religiones mundiales que duró hasta 1492 (en España).³⁷ Finalmente en algunos lugares puede incluso, gracias a los “diagnósticos” de los fundamentalistas, encontrar “terapias” para las propias crisis mediante la reforma de sí mismo, sin abandonar su “raison d’être”; dignidad humana, democracia, pluralismo, protección de la privacidad, tolerancia y neutralidad y justicia social. El modelo pluralista con sus muchas “identidades y verdades” *competidoras* necesita como ordenamiento marco la Constitución y el patriotismo constitucional a ella referido de todos los ciudadanos; de otra forma se disolvería en arbitrariedades y en guerras civiles; sin embargo, necesita también elementos de una “ética mundial”, como se manifiestan en la “Declaración para una ética mundial” aprobada en 1993.³⁸

³⁶ M. Riesebrodt, Fundamentalismus als patriarchalische Protestbewegung, 1990; *id.*, Islamischer Fundamentalismus aus soziologischer Sicht, en *Aus Politik und Zeitgeschichte B* 33/93, del 13 de agosto de 1993, pp. 12 y ss.

³⁷ Compárese F. Kamphaus, Aufbruch zu neuen Ukern, hoffentlich ohne Eroberungsabsicht, *FAZ* del 4 de mayo de 1993, p. 13.

³⁸ Al respecto, Hans Küng, Konstruktive Provokation, Eine Erklärung für ein Weltethos muB Konsensfähig, selbstkritisch und wirklichkeitsbezogen sein, en *Deutsches Allgemeines Sonntagsblatt* del 8 de octubre de 1993, p. 20, con frases como: “Cada hombre debe ser tratado

II. TEORÍA Y REALIDAD DEL TIPO ESTADO CONSTITUCIONAL. CARACTERIZACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA Y CIENTÍFICO-CULTURAL

Antes de que el Estado constitucional pueda colocarse en la Tercera Parte en la prueba de confirmación frente a todos los fundamentalismos, debe ser caracterizado como tal de una forma accesible también a otras ciencias. Esto sólo es posible a modo de esbozo y simplificando. Se han puesto de relieve los elementos del Estado constitucional del nivel de desarrollo actual, que convierten el fundamentalismo en un problema para aquél y que lo sitúan en oposición en amplios ámbitos.

1. La dignidad humana como premisa antropológico-cultural. Las libertades culturales, la democracia pluralista como “consecuencia organizativa”

El Estado constitucional es la obra, que no cesa de escribirse, de muchas épocas y generaciones. Textos clásicos de Aristóteles a Montesquieu, Rousseau y Kant lo expresan en un diálogo en la cumbre de los “titanes”, sobre cuyos hombros grandes tribunales constitucionales como el Supreme Court norteamericano y el Tribunal Constitucional Federal alemán, también el Tribunal Federal suizo y los tribunales constitucionales europeos como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo operan, de igual forma que el juez de primera instancia que, día a día, en el frente, intenta realizar justicia en diminuto, o el jurista que ejerce una “política de acopio científico”. El contrato cultural de generaciones de muchas épocas y lugares ha encontrado su expresión en las grandes aportaciones de los fundadores, como la declaración de independencia americana y la Virginia Bill of Rights de 1776 o en elementos de la Revolución francesa (1789) y recientemente

humanamente”, con la “regla de oro”, las cuatro máximas: “no matar, no robar, no mentir, no practicar la lujuria” así como el apuntalamiento ético de la Declaración de derechos humanos de las Naciones Unidas. 1993 fue también el año de un debate sobre “Pluralismo e identidad” en el octavo congreso europeo de teólogos en Viena, al respecto FAZ del 20 de septiembre de 1993, p. 6.

en las revoluciones pacíficas en Europa oriental (1989). Como tal está de nuevo en peligro —como se muestra hoy demasiado claramente en las guerras civiles. Los mismos literatos y músicos participan en el Estado constitucional como foro del desarrollo de la humanidad en naciones: la *Iphigenia* de Goethe como “manifiesto de la humanidad”, el “Guillermo Tell” de F. Schiller y la pregunta provocadora de Bert Brecht “todo el poder del Estado proviene del pueblo, pero, ¿a dónde va?” cofundamentan el Estado constitucional, y la eliminación por Beethoven de la dedicatoria a Napoleón de su “Eroica”, cuando éste se coronó emperador, ha contribuido históricamente más a la difusión de las ideas republicanas que algunos tratados jurídicos. El principio de la dignidad humana de I. Kant es a la vez texto clásico de la filosofía del derecho y texto constitucional positivo, si se amplía con la horizontal del “imperativo categórico” y se concibe en la dimensión temporal como contrato generacional: el ser humano no debe ser convertido en objeto de la acción estatal y social, él es —en el espacio— sujeto de un contrato social fingido y es en el tiempo —en el contrato generacional— responsable frente a la posterioridad —actualmente, por ejemplo, en la protección del medio ambiente (depósito definitivo de los desechos nucleares) y en el endeudamiento público. De esta garantía de la dignidad humana emanan las muchas libertades culturales como las de religión y de conciencia, también la libertad científica y artística, y tienen como consecuencia esa “cultura de la libertad”, también esa “libertad de cultura” que es extraña, cuando no imposible, en el fundamentalismo.

La *democracia pluralista* forma una consecuencia organizatoria de la dignidad humana³⁹ —lo que aparece como simple “forma estatal”, es una correspondencia más profunda. El ser humano dotado de dignidad *propia* desde el nacimiento crece gracias a procesos culturales de socialización en un status de libertad, que le atribuye la participación democrática, el status de “*homo politicus*” como “natural”. Dignidad humana y democracia forman las dos caras de la misma *res publica*, que acuñan el Estado constitucional del actual estadio de evolución. La Ilustración y el entendimiento occidental de la democracia actúan profundamente. La dignidad y el valor propio de la persona tuvieron que ser concebidos por filósofos antes de que

³⁹ Al respecto, P. Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, HdBStR, vol. 1 (1987), p. 815 (845 y ss).

“cuajaran” en principios jurídicos. La democracia hubo de ganarse luchando bastante duramente —partiendo de Inglaterra—, hasta que maduró en ese conjunto de procedimientos e instituciones múltiples que hoy le caracteriza. Competencia y diversidad, alternativas y oposición, la alternancia de mayoría y minoría, el desarrollo abierto —todo esto son consecuencias de la dignidad humana como premisa antropológico-cultural del Estado constitucional. El contraste de estos elementos del Estado constitucional con el fundamentalismo salta a la vista.

En particular: la libertad científica y artística no puede ser limitada en el Estado constitucional en interés de verdades pretendidas o reveladas; la dignidad del ser humano permanece indisponible, los niños no deben ser enajenados a su padres ni sustraídos a su “natural” misión educativa, el asesinato con motivaciones fundamentalistas sigue siendo también asesinato.⁴⁰ Con otras palabras: ante todo, los conflictos y *problemas de derechos fundamentales* son campos en los que el Estado constitucional tiene que afirmarse frente al fundamentalismo. El otro campo lo forman las *cuestiones democráticas*. Las orientaciones fundamentalistas pueden articularse en partidos y asociaciones, pero están sujetos a los límites del ordenamiento jurídico general; los artículos 21.2, 9.2 y 18 de la Ley Fundamental rigen también y justamente frente a ellos.

2. La fundamentación cultural de la sociedad abierta —los valores básicos occidentales como “aglutinante” y “límite”— frente a las exageradas exigencias y pretensiones fundamentalistas

La “sociedad abierta” de K. R. Popper proporciona la palabra clave para la caracterización “metajurídica” del Estado constitucional, y fue desarrollada en contraste con los sistemas cerrados de Platón, Hegel y Marx.⁴¹ Claro que esto no debe conducir a ignorar la fundamentación cultural de cada sociedad todavía tan abierta, de otro modo quedaría, literalmente, sin fondo, no podría

⁴⁰ Otros ejemplos en F. Hufen, *Fundamentalismus als Herausforderung des Verfassungsrechts und der Rechtsphilosophie*, en *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, vol. 3 (1992), p. 455 (469 y s.)

⁴¹ Véase K. Popper, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, vols. I y II, 7a. ed., 1992.

crear una identidad nacional ni mantener unido ningún pueblo. Cada singular Estado constitucional vive de consenso fundamental y pluralidad, de identidad alcanzada en un desarrollo histórico, por ejemplo, a través de la “memoria colectiva” y diversidad, de valores básicos y alternativas variables. Tales valores básicos del Estado constitucional son perceptibles según cada nación en los artículos de la lengua oficial, en las banderas, escudos e himnos, en los días de fiesta nacional y en las normas sobre la confesión, en las cláusulas de herencia cultural, etcétera.⁴² El desarrollo de la neutralidad ideológico-confesional del Estado, invocada repetidamente por el Tribunal Constitucional Federal y la doctrina,⁴³ comporta una gran contribución —cultural— del Estado constitucional, expresión de la disposición occidental del mundo; no debe, sin embargo, hacer olvidar que es a su vez una *cultura* determinada, a saber, la del cristianismo, la que forma el contexto y el límite de este principio. Precisamente en cuestiones límite, a las que el fundamentalismo provoca, es imprescindible el recurso al “cristianismo como factor cultural” (Tribunal Constitucional Federal). En otras palabras: el famoso “principio de la no identificación” de Herb Krüger, esto es, la idea de que el Estado no debe identificarse con determinadas religiones, confesiones, ideologías, tiene a su vez ciertas premisas. No rige de forma absoluta. Existen, “*horribile dictu*”, *valores básicos fundamentadores del Estado constitucional*, que éste necesita precisamente en el conflicto con el fundamentalismo; esto, sin embargo, no convierte a su vez el Estado constitucional en un sistema fundamentalista. Justamente en su victoriosa lucha contra los sistemas totalitarios, por ejemplo, la ideología nacional-socialista y el marxismo-leninismo, el Estado constitucional ha vivido, también decidido, que él puede hacer este difícil acto de equilibrio: ser y convertirse, una y otra vez, en sociedad abierta por un lado, invocando sus valores básicos como dignidad humana, libertades culturales, democracia, así como división estatal y social de poderes, afirmándose en su propio pluralismo contra las sociedades cerradas y su monismo por otro. No modifican nada este juicio las nuevas cláusula antiideología estatal con las que se dotan tantos

⁴² Pruebas en P. Häberle, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, especialmente pp. 238 y ss., 836 y ss.

⁴³ De la literatura: K. Schlaich, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, 1972. De la jurisprudencia: BVerfGE 19, 206 (216); 24,236 (246); 33, 23 (28).

proyectos constitucionales de Estados poscomunistas como Rusia o Ucrania —precisamente debido a sus malas experiencias con la identificación absoluta del Estado con una determinada ideología.⁴⁴

Desde luego, en la forma del derecho, es decir, *jurídicamente*, solamente puede alcanzarse una parte de la autoafirmación. En amplias parcelas se trata de un conflicto de las *culturas*. Comienza con objetivos educativos enriquecidos con la tolerancia, vividos en la escuela, y finaliza en el respeto de la dignidad humana del otro en la vida cotidiana. Del *derecho* no puede esperarse demasiado en el desafío por parte de los fundamentalistas; en sus límites, sin embargo, tiene muy probablemente su misión. El monopolio estatal de la violencia, practicada como *ultima ratio*, conserva su justificación. En cualquier caso, siempre hay que recordar que el Estado y el derecho sólo tienen importancia instrumental, que no son un fin en sí mismo como en los “Estados teocráticos”. A pesar de todas las fundamentaciones sin las que la sociedad abierta no puede pasar: su signo sigue siendo la eterna *búsqueda* de la verdad en política, ciencia y arte, el conocimiento del posible fracaso en lugar de la certeza de salvación.

III. EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN LA (PRUEBA DE) CONFIRMACIÓN FRENTE A LOS FUNDAMENTALISMOS DE NUESTRO TIEMPO

1. *Peligros*

Los peligros que amenazan al Estado constitucional y a los Pactos internacionales de derechos humanos llevados por él al interior y al exterior, es decir al derecho internacional, son evidentes. El fundamentalismo religioso, por ejemplo, islámico puede conducir a guerras y actos de terror (ejem-

⁴⁴ Ejemplos: la Carta de derechos fundamentales de la República Federativa Checa y Eslovaca de 1991 (art. 2,1): “The state is founded on democratic values and must not be bound either by an exclusive ideology or by a particular religion” (véase mi contribución: *Verfassungsentwicklungen in Osteuropa...*, AÖR 117 (1992), p. 169 (191); la Constitución de la Federación Rusa (1993), art. 13,2: “No ideology may be established as the state ideology or as compulsory ideology”; el proyecto de Constitución de Ucrania (1993), art. 9,4: “No ideology shall limit the freedom of convictions, opinions, and thoughts or be recognized as the official state ideology”.

plo: Irán, Egipto y Sudán), el nacional a guerras civiles (ejemplo: los Balcanes); el fundamentalismo económico, que estiliza el mercado como medida de todas las cosas, puede tener como consecuencia explotación y perjuicios al medio ambiente que amenazan a la humanidad, el fundamentalismo ecológico puede provocar en la equiparación entre ser humano y animal (por ejemplo, prohibición absoluta de experimentación con animales) un retroceso en la premodernidad. En general la cultura de la humanidad está en juego. La amenazadora pérdida de universalidad de los derechos humanos —perceptible en la reunión de la ONU de Viena de 1993 (palabra clave negativa: “imperialismo occidental de los derechos humanos”) se corresponde con el peligro de vaciamiento de los principios del derecho internacional— los dos van juntos. En última instancia está en peligro la ONU como elemento de la “Constitución de la comunidad de naciones”, ya que se basa en la idea de coexistencia y cooperación. Si se recorre los textos de la ONU, se ve que no hablan precisamente en favor del monismo global y fundamentalismo, sino del *pluralismo universal*. Esto se ve en las declaraciones y pactos de derechos humanos. Ejemplos: Preámbulo de la Declaración General de los Derechos Humanos de la ONU de 1948: “pueblos”, “naciones”, “Estados miembros”, artículo 27 *ibidem*: libre participación en la “vida cultural de la comunidad”. Y se desprende de la Carta de la ONU, por ejemplo, el artículo 1, 2: “relaciones de amistad entre las naciones basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos”.

Ya que la humanidad está hoy inmersa en crisis de sentido, frente a las cuales los fundamentalismos prometen pronto remedio, son principios *jurídicos* los que primero ofrecen apoyo. Ellos se deben históricamente a la superación de muchos fundamentalismos, y han dado buen resultado en el largo proceso de secularización: piénsese en la configuración gradual de la tolerancia y de la libertad religiosa, después de la coacción religiosa y la Inquisición, las guerras de religión y la expulsión por motivos religiosos. La “*Constitución de la humanidad*”, si se permite esta ampulosa palabra, es el resultado de la relativización de muchos fundamentalismos. Si de nuevo regresan, está amenazada la familia *humana* como tal y como parte de ella los derechos indisponibles del individuo.

Puede objetarse que aquí se sitúa absolutamente y se priva de su relatividad histórica una fase evolutiva de la humanidad, aprehensible en

el tipo Estado constitucional y en la constituida comunidad internacional. Sin embargo, a mi juicio, la seria dignidad del hombre, familia internacional, humanidad, derechos humanos —todos conceptos de los textos de la ONU— marca un estado *cultural del status civilis mundialis*, que no se puede volver atrás y que debería ser irreversible. Todo estado natural es un “*bellum omnium contra omnes*” (T. Hobbes), y el fundamentalismo conduce de vuelta a tales estados naturales así como a la anulación de la libertad del individuo. Tan imposibles de ignorar, las crisis son también “costes” de la modernidad: detrás de la comunidad internacional de coexistencia pacífica, representada por la ONU, y detrás de las ideas de I. Kant sobre la dignidad humana que conllevan los derechos humanos no hay regreso posible —ni a través de la vía de un nuevo “fisiocentrismo”, ni de los “Estados teocráticos”, ni de los Estados nacionales que se disponen absolutamente, ni de militantes doctrinas de salvación.

Ya que en la sociedad abierta a menudo faltan instancias creadoras de sentido, el peligro de que los seres humanos se aferren a doctrinas de salvación de todo tipo y con ello inconscientemente pongan en peligro la propia humanidad es desde luego grande. El Estado constitucional tiene que generar por tanto mucha fuerza atractiva y disponer de medios pedagógicos, para erigir diques contra el fundamentalismo, para contrarrestarlo como moderno problema *también*.

Incurso: *Zonas de conflicto de los principios estructurales del Estado constitucional y de las posiciones del “derecho divino” y del “Estado divino islámicos —la cuestión de los derechos humanos.*

En forma de incuso se han acotado las zonas en las que se oponen “críticamente” principios y funciones jurídicos concretos del Estado constitucional por una parte y el entendimiento islámico del derecho y del Estado por otra, aunque el fundamentalismo islámico por supuesto es hoy *sólo* una forma de aparición del fundamentalismo. En la medida en que se consiga lograr de nuevo una *cultura del diálogo* entre la ciencia jurídica occidental y el Islam, y el Estado constitucional proporciona gracias a su apertura el mejor marco para ello, “el” Islam, hasta sus corrientes más extremas, podría ser integrado en bastantes aspectos —sin nivelar las diferen-

cias— en este foro pluralista. Aunque el fundamentalismo islámico no se deja apenas conducir al discurso científico, la ciencia del Estado constitucional tiene que abrir, luchando, *vías de diálogo*. Ahí reside su fortaleza. Puede demostrar así hasta qué punto deja espacio a los fundamentalismos y dónde tiene que insistir en sus fundamentos y valores básicos como “*bloc des idées incontestables*” (M. Hauriou). Se han escogido los siguientes temas:

1) Empecemos con el problema “*derechos humanos universales e Islam*”. La Declaración de los Derechos Humanos en el Islam de El Cairo (1990)⁴⁵ sirve a continuación como fundamento (no la “Declaración General Islámica de los Derechos Humanos” de 1981⁴⁶ de la pluma del “Consejo Islámico para Europa” de influencia árabe-saudí, ya que se caracteriza por una “acumulación acrítica” de los derechos humanos.⁴⁷ En el preámbulo mismo se dice que los miembros de la Organización de la Conferencia Islámica “creen que los derechos y libertades fundamentales en el Islam son un componente integrante de la religión islámica”. Leemos en el artículo 1 A: “Todos los seres humanos son iguales en dignidad, deberes y respon-

⁴⁵ Citada según *Gewissen und Freiheit* 19 (1991), pp. 93 y ss.

⁴⁶ Citado según *Christlich-Islamischer Begegnung*, Dokumentationsleitstelle (CIBEDO), núm. 15/16, Juni/Sept. 1982, pp. 53 y ss. En su preámbulo se dice entre otras cosas: “los derechos humanos que emanen de la ley divina tienen como objetivo atribuir al género humano dignidad y honor”. La Declaración contiene un catálogo amplio de derechos fundamentales, por ejemplo, también derechos de las minorías (art. X), libertad religiosa, de pensamiento y de palabra (art. XII), derechos a la seguridad social (art. XVIII), derechos a la esfera privada e inmigración y emigración (art. XXII y ss.); sin embargo la reserva de limitaciones y legal añadida a menudo no debe llamar a engaño. “Ley” es conforme a una “indicación explicativa” (número 1b) la sharia, es decir, “el conjunto de las disposiciones del Corán y de la Sunna y todas las demás leyes, que provienen de estas dos fuentes por una vía considerada como válida por la ciencia jurídica islámica”.

⁴⁷ H. Bielefeldt, *Menschenrechte und Menschenrechtsverständnis im Islam*, EuGRZ 1990, p. 489 (496). Sobre el “discurso islámico de los derechos humanos” H. Bielefeldt, *Der islamische Menschenrechtsdiskurs*, ZRP 1992, pp. 146 y ss., que distingue tres contradicciones entre la sharia y los derechos humanos: castigos corporales, discriminación de la mujer y limitaciones de la libertad religiosa y que habla de la “ambigüedad” de los documentos islámicos de derechos humanos. Terminante M. Tworuschka, *Die Rolle des Islam in den arabischen Staatsverfassungen*, 1976, p. 43: “Los derechos humanos en el sentido hoy habitual no han existido nunca en el Islam”. No existe un nuestro conocimiento trabajo alguno que desarrolle comparativa e históricamente las cuestiones constitucionales y de derechos humanos en los Estados islámicos con el alto nivel de J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, 1964.

sabilidad, sin distinción de raza, color de la piel, lengua, sexo, religión, ideas políticas”, etcétera; pero también el añadido: “La fe verdadera es la garantía para la obtención de tal dignidad en el sendero hacia la perfección humana”. A modo de catálogo se encuentran derechos fundamentales que recuerdan según su tenor literal las declaraciones occidentales, por ejemplo: “la familia es la célula nuclear de la sociedad” (art. 5 A), “la mujer es igual en dignidad al hombre” (art. 6 A) o incluso artículo 11 A: “el ser humano nace libre”. También el derecho de todo ser humano a “seguridad personal” (art. 18 A), la igualdad jurídica (art. 19 A: “todos los seres humanos son iguales ante la ley”) y la presunción de inocencia en el artículo 19 C indican en principio la existencia de una cultura común en relación con los derechos humanos. Entonces, sin embargo, aparecen dudas. Varios derechos fundamentales son puestos expresamente bajo la reserva de la sharia, es decir, la ley divina deducida del Corán: así la libertad de movimiento (art. 12), el derecho de propiedad intelectual (art. 16), el derecho a la libre expresión de la opinión (art. 22 A). El punto final y el marco lo ponen sin embargo los artículos 24 y 25: “Todos los derechos y libertades designados en esta declaración están subordinados a la sharia islámica”, así como la “sharia islámica es la única fuente competente para la interpretación o aclaración de cada artículo de esta declaración”.⁴⁸ Desde la perspectiva occidental, con ello se abren de par en par las puertas a una relativización de los derechos humanos, lo que dificulta que se puedan tender puentes a las declaraciones universales, desde la de 1789 hasta las de la ONU (1948 y 1966). Porque los derechos humanos dependen, en cuanto a su contenido y en sus límites, de los *intérpretes* competentes de la sharia, y éstos van desde el entendimiento moderado en Túnez⁴⁹ hasta la teocracia totalitaria

⁴⁸ En el Parlamento de Kuwait existen actualmente intentos para “islamizar” este país. El parágrafo 2 de la Constitución debe ser modificado: la ley islámica (sharia) no debe ser en adelante “una” fuente principal, sino “la” fuente principal de la legislación. Algunos querían declarar la sharia incluso fuente “única”. Uno de sus partidarios quería evitar con esta modificación constitucional nuevas leyes “no islámicas” y unificar progresivamente las existentes que no son “totalmente islámicas” (al respecto W. Köhler, Auf Korrekter religiöser Grundlage, FAZ del 27 de enero de 1994, p. 10). Una voz profesional de Kuwait teme una posible interpretación “estrecha de miras” que haría de Kuwait una “sociedad cerrada”; habría de temerse efecto perjudiciales para la libertad personal, los derechos de la mujer, la praxis de la economía y los extranjeros residentes en el emirato.

⁴⁹ Al respecto, H. Bielefeldt, EuGRZ, *loc. cit.*, p. 495.

en el irán del ayatollah Jomeini. Ciertamente, también Occidente se distingue en los contenidos y límites de los derechos humanos de nación a nación, según cada Constitución, pero un determinado estándar mínimo, junto a la independencia del juez, está fijado sin embargo con carácter trasnacional. Por el contrario, en el mundo árabe son posibles castigos corporales de acuerdo con la sharia o la subordinación de la mujer (también, por ejemplo, en forma de la poligamia permitida).⁵⁰ Y el derecho penal de los Estados islámicos se presenta, medido según el estándar universal de los derechos humanos, muy cuestionable en diversos aspectos (por ejemplo, en relación con la pena de muerte). No se objete que también los derechos humanos occidentales estarían relativizados mediante cláusulas de orden público y reservas legales. Porque, por una parte, la última palabra de la interpretación corresponde a jueces *independientes* estatales y supranacionales, por otra, el alcance de las injerencias en los contenidos de las libertades es, a su vez, limitado, piénsese, por ejemplo, en los sólidos estándares de la interpretación de los bienes jurídicos restrictivos, necesarios en una “sociedad democrática” en el sentido de los artículos 10,2 y 11,2 CEDH.⁵¹

2) En el presente trabajo no puede realizarse un inventario comparativo de las formas de aparición de los derechos humanos en *las* Constituciones islámicas. Solamente se ha escogido un ejemplo: la Constitución de la República Islámica de Irán de octubre de 1979.⁵² Es la más próxima en el texto y en la realidad al fundamentalismo islámico. Esto se ve en entendimiento constitucional (compárese el Preámbulo: creación de una “única comunidad de fe mundial”) y en el concepto de derecho (Preámbulo: “sistema jurídico sobre la base de la justicia islámica con recurso a justas reglas jurídicas y a las reglas jurídicas islámicas de jueces experimentados”). Aunque ciertamente se encuentran fórmulas tan abundantes como: “La justicia de Dios en la creación y legislación” (art. 1,4) o “nobleza y digni-

⁵⁰ Sobre este problema de forma diferenciada H. Bielefeldt, *loc. cit.*, p. 495.

⁵¹ Al respecto, de la literatura: K. Weidmann, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Verfassungsgericht*, 1985, pp. 267 y ss.; J. A. Frowein/Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar*, 1985, pp. 233 y ss.; P. Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 3a. ed., 1983, pp. 271 y ss.

⁵² Citada según A. P. Blaustein y G. H. Flanz, ed., *Constitutions of the countries of the world*, edición de 1992; traducción alemana de la Embajada de la República Islámica de Irán, Bonn, 1980.

dad del hombre y su libertad responsable frente a Dios” (art. 2,6), sin embargo, el artículo 4 hace del Islam hilo conductor de todos los principios de la Constitución y de todas las leyes con la añadidura: “sobre ello velan los sabios del derecho islámico del Consejo de Guardianes”. Aunque el Gobierno está obligado en virtud del artículo 14 “a actuar en relación con los no musulmanes según la mejor costumbre, con buenos modales y observando la justicia islámica y a respetar sus derechos humanos”,⁵³ el catálogo de los “derechos del pueblo”, sin embargo, pone literalmente todos los derechos humanos, políticos, económicos, sociales y culturales bajo la reserva de los “principios islámicos” (cfr. art. 20,21), también la libertad de opinión y de prensa (art. 24), la libertad de partidos y de asociación (art. 26), la libertad de reunión y de manifestación (art. 27). La justicia está en general vinculada a los principios islámicos (art. 61, 167). El artículo 177,9 regula la cláusula de eternidad frente a revisiones constitucionales y protege absolutamente el “carácter islámico del sistema político”, los principios islámicos como “fundamento de todas las reglas” y el Islam como “religión del Estado”.⁵⁴

Así toda posibilidad de acuerdo entre occidente y oriente en relación con los derechos humanos depende, por tanto, en última instancia de los “principios islámicos”, de su interpretación y praxis moderada o agresivamente intolerante.⁵⁵ El artículo 26 del Decreto árabe-saudí sobre los fundamen-

⁵³ En Irán se pronuncian frecuentemente *condenas de muerte* contra miembros de la comunidad religiosa de los bahai. Recientemente con la fundamentación (citado según FAZ del 27 de enero de 1994, p. 6): “En virtud de leyes religiosas y normas teológicas los acusados no pueden ser incluidos entre los privilegiados y protegidos infieles... y por ello los condena el Tribunal a muerte como infieles no protegidos que se encuentran en guerra con la nación musulmana”. En diciembre de 1993 un bahai fue condenado a muerte por apostasía. El abandono del islam es punible en Irán; la fe bahai es considerada como “herejía” por los doctores de la ley iraníes (FAZ, *loc. cit.*).

⁵⁴ Sobre el Islam como religión de Estado, con distintas configuraciones en las constituciones árabes: M. Tworuschka, *Die Rolle des Islam in den arabischen Staatsverfassungen*, 1978, pp. 32 y ss.

⁵⁵ En los países islámicos existen interpretaciones muy diferentes sobre la “sharia como fuente legislativa”, al respecto M. Tworuschka, *Die Rolle des Islam in den arabischen Staatsverfassungen*, 1976, pp. 37 y s. Sobre los “problemas constitucionales de los Estados islámicos modernos” y los pensadores conservadores y los más bien progresistas: R. Dreyer, *Die Arabische Republik Jemen*, 1983, pp. 40 y ss.

tos de la sharia del 2 de marzo de 1992⁵⁶ dice muy escuetamente: “El Estado protege los derechos humanos conforme a la sharia”. Y el proyecto de constitución modelo de la Universidad Azhar de 1979⁵⁷ concluyó su impresionante catálogo de derechos fundamentales con la inequívoca frase (art. 43): “Rights are enjoyed according to the objectives of the sharia”. Esto significa “Estado religioso”, en lugar de “Estado de los derechos fundamentales”.

3) La oposición entre las declaraciones *islámicas* de derechos humanos, que están bajo la reserva del “derecho divino”, y las declaraciones *generales* de derechos humanos de 1948/66,⁵⁸ se pone de nuevo de manifiesto, si se acude conjuntamente a la concepción sobre el Estado, el derecho y la democracia como “texto y contexto”. Frases como: “El Corán es nuestra Constitución”,⁵⁹ lo prueban. Porque cualquier tipo de “concepción estatal-divino” afecta a la idea universal de los derechos humanos en su esencia. Así es sintomático que un portavoz de los fundamentalistas del FIS de Argelia⁶⁰ formule la frase: “En este país habrá un amplio espectro de opiniones, también un sistema pluralista de partidos. Pero quien niegue la sharia, el derecho islámico y el Corán como pauta de conducta, vinculante moral y políticamente, no cabe en un Estado islámico”.⁶¹ Todos las conqui-

⁵⁶ Boletín Oficial árabe-saudí, año 69, núm. 3397.

⁵⁷ Al-Azhar Magazine, English Section April 1979.

⁵⁸ Cf. también W. Graf Vitzthum, Die überstaatliche Bedingtheit des Staates, EuR, suplemento 1/1993, p. 19 (24 y ss.).

⁵⁹ Cf. G. Kepel, Der Koran ist unsere Verfassung, Vom Indus bis zum Atlas predigen Islamisten einen Gottesstaat, en Der Islam-Feind des Westens?, Zeitmagazin 1993, pp. 19 y ss; *id.*, en Die Zeit, núm. 47, del 13 de noviembre de 1992, p. 13 y s. Cf. también W. Köhler, “Dem Buche Gottes folgen”, Die Schura in Saudi-Arabien kann den König allenfalls beraten, FAZ del 16 de febrero de 1994, p. 10.

⁶⁰ Abdullah Anas, “Militärische Lösungen erzwingen”, en Der Spiegel, núm. 1, del 3 de enero de 1994, p. 105.

⁶¹ Véase el informe sobre el “terror de los fundamentalistas” en Sudán (FAZ del 28 de enero de 1994, p. 6), según el cual ya se ha empezado con la castración de los adultos que no quieren convertirse al islam, y donde, por ejemplo, la Iglesia Evangélica de Alemania, con motivo de una visita de su representante, tiene que preguntar qué será de la diversidad religiosa y cultural del país si el Corán ha de ser la ley fundamental del Estado y la sharia el único derecho. Véase también el artículo H. Mosbahi, Die verratene Tradition, Die Zeit, núm. 7, del 11 de febrero de 1994, p. 47 s., según el cual junto a Rushdie otros muchos intelectuales islámicos han sido ya víctimas del terror fundamentalista. Véase también el informe sobre la “muerte en la

tas de la cultura jurídica occidental, como la distinción entre lo profano y lo religioso-espiritual, entre derecho y moral, entre Estado y sociedad, la neutralidad del Estado en asuntos religiosos y la imparcialidad del derecho y de la jurisprudencia —¡habiéndolo luchado penosamente por ellas durante siglos! (después de cismas religiosos y guerras de religión)— estarían arrinconadas con tales declaraciones. Las conquistas de la cultura jurídica occidental comienzan en la sociedad abierta, así como en la democracia pluralista,⁶² pasan por la vinculación, extraña al Islam, del juez (estatal) independiente⁶³ exclusivamente a la ley (occidental) y a los métodos de interpretación controlables racionalmente y terminan en el derecho internacional: solamente la “umma”, la unidad política de los musulmanes, es reconocida por el Islam, no la comunidad de derecho internacional, constituida fundamentalmente por Estados y el derecho internacional de impronta europea occidental y norteamericana,⁶⁴ que no pregunta por “fieles” e “infieles” y que conserva precisamente así la unidad de la comunidad de derecho internacional y la universalidad de este derecho (incluso en la época álgida del marxismo-leninismo). ¿Se podrán desmontar algún día, conjuntamente con representantes del Islam, libres de prejuicios, tales “ámbitos de tensión” en el pensamiento sobre el Estado, la Constitución, el derecho y el derecho internacional? ¿también con representantes de las cinco escuelas jurídicas del Islam?

2. *Posibilidades de confirmación del Estado constitucional*

A la vista de los desafíos fundamentalistas el Estado constitucional no sólo debe ser preservado, también tiene que *confirmarse*, es decir, tiene que se-

hoguera de Sivas” (FAZ del 4 de febrero de 1994, p. 35) y la acusación contra “fundamentalistas sospechosos” en Ankara.

⁶² Al respecto, Bassam Tibi, *Das Königs-Dilemma, Mit der Gründung einer Schura in Riad hat nicht die Demokratie begonnen*, FAZ del 17 de diciembre de 1993, p. 14, con referencia a los “fundamentalistas islámicos” como el egipcio Mustafa Abu Zaid-Fahni, que interpretan la “shura” como una forma auténticamente islámica de democracia (el islam habría sido “la primera democracia de la tierra”).

⁶³ Primeros materiales proporcionan desde la ciencia islámica y literaria: I. Schneider, *Das Bild des Richters in der adab-quadl-Literatur*, 1990.

⁶⁴ Al respecto W. Graf Vitzhum, *loc. cit.*, pp. 25 y ss.

uir evolucionando. Ha de ser reformado constantemente en el sentido de la técnica de obra imperfecta del racionalismo crítico. No solamente hay que lamentar el fundamentalismo como peligro, sino que debería dar ocasión para preguntarse por los déficit y carencias del Estado constitucional. En el fondo se trata de una marcha por la arista. Por un lado, ha de trabajarse en una fundamentación profundizada y profundizadora de valores —esto va desde la transposición práctica de los objetivos educativos como tolerancia, respeto de los derechos humanos, responsabilidad por el medio ambiente, etcétera, hasta la recuperación de la dimensión de los deberes y cargos honoríficos al servicio del bien común (el comunitarismo americano⁶⁵ indica aquí un déficit). Por otro lado, debe conservarse, a pesar de toda diferencia de las culturas, la apertura del Estado constitucional y su universalidad.

Algunos *ejemplos* aquí: ante los daños al medio ambiente hay que desarrollar la economía “social” de mercado hacia una *economía “ecológica” de mercado* también, como hacen ahora algunas Constituciones de los Länder alemanes orientales (por ejemplo, Brandeburgo: art. 42, art. 2, art. 38, Turingia). O: en Europa oriental los Estados ante el vacío dejado por el fracaso del marxismo-leninismo pueden recordar de forma acentuada su fondo nacional, pero esta renacionalización sólo es tolerable en conexión con una *protección efectiva de las minorías*; en Europa occidental la crisis de la comunitarización europea sólo puede ser superada mediante la reflexión sobre la “Alemania europea” (Thomas Mann). Estados unitarios como Francia e Italia tienen que pluralizarse a través de una *regionalización* interna. La estatalidad de *partidos* ha de ser disciplinada mediante nuevas formas y procedimientos (por ejemplo, incompatibilidades), para que el Estado constitucional no se convierta en “botín de los partidos”. En su conjunto los fundamentalismos de todo tipo intensifican la presión para que el Estado constitucional se reforme. Contemplamos, por ejemplo, las dificultades y capacidad parcial de reforma de Italia, donde la justicia se acostumbra a una (demasiado) gran responsabilidad. La política, pero también las ciencias y las artes cuyo trabajo le anteceden, están llamadas a crear tantos valores orientadores⁶⁶ que el Estado constitucional sea capaz de afir-

⁶⁵ Al respecto, por ejemplo: M. Brumlik y H. Brunkhorst, eds., *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*, 1993; A. Honneth, ed., *Kommunitarismus*, 1993; C. Zahlmann, ed., *Kommunitarismus...*, 1992.

⁶⁶ Sobre el fondo: P. Häberle, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981.

marse en la “lucha cultural” contra los fundamentalismos que ponen en peligro la libertad del individuo y la sociedad abierta. La idea de la dignidad humana de I. Kant y de F. Schiller, la idea de tolerancia de Lessing y el ideal de humanidad de la ONU, por ejemplo, respecto a la paz mundial, pueden marcar la pauta. Esto, teniendo en cuenta la “oposición fundamental” de los fundamentalismos, no es demasiado exagerado. La ciencia jurídica —comparativa— tiene que cumplir su misión más intensamente.

PERSPECTIVA Y CONCLUSIÓN

La humanidad en general, los ciudadanos de los Estados constitucionales en particular, pudieron respirar, una vez que el fundamentalismo político agresivo del marxismo-leninismo fracasara en 1989. Los otros fundamentalismos, actuales hoy, no son quizás menos peligrosos, pero deberían ser dominados según los valores básicos del Estado constitucional, que sigue desarrollándose en el tiempo y desde su cultura de la libertad y de la tolerancia así como de su horizonte fijo en la humanidad. El “principio esperanza”, así como la “marcha erecta” (E. Bloch) ganada para el hombre y la humanidad y el “principio responsabilidad” (H. Jonas) tendrían que abordar una asociación que proporcione confianza en la condición abierta de la historia universal y de la posibilidad de que los hombres la doten de sentido. El Estado constitucional y la comunidad internacional pueden contrarrestar los fundamentalismos de nuestro tiempo, si el mismo jurista recuerda la frase de Goethe: “Quien posee arte y ciencia, tiene religión, el que no posee esos dos, probablemente tiene religión”. Porque la protección y el “cumplimiento” de estos tres campos de la antropología cultural: a saber, libertad de religión, arte y ciencia, crean las mejores precauciones frente a todos los fundamentalismos. La sociedad abierta no es aquí una palabra hueca, sino cifra para nuestra cultura de libertad, que sigue amenazada, pero que puede también dar buen resultado en general y en particular.

Trad. de Xabier Arzoz

TERCERA PARTE PERSPECTIVAS CRÍTICAS

¿POR QUÉ EL ESTADO?

Owen Fiss,
Universidad de Yale

Hemos regresado al comienzo. Hace cien años, el tema del día era el alcance del poder estatal. Estados Unidos se estaba volviendo cada día más urbanizado e industrializado, y para limitar los excesos del capitalismo industrial, diversas fuerzas políticas recurrieron al Estado.¹ La Comisión de Comercio Interestatal —Interstate Commerce Comisión— fue creada en 1887, como parte de un programa más amplio para regular el ferrocarril que, más tarde, incluyó la ley Elkins de 1903, la ley Hepburn de 1906 y muchas leyes estatales; la ley Sherman fue dictada en 1890, y la primera ley de impuestos en tiempos de paz, en 1894; también fueron dictadas leyes que regulaban la venta y la distribución de licores y loterías; y se dictaron una amplia variedad de leyes estatales y federales para controlar diversos aspectos de las relaciones laborales, incluyendo el número máximo de horas laborales, la seguridad laboral, el trabajo de niños y la pertenencia a sindicatos.

Estos avances en el uso del poder del Estado no fueron fáciles. Fueron combatidos en casi todas las ocasiones, y las fuerzas de la resistencia encontraron una audiencia receptiva en la Suprema Corte. Muchas de las medidas fueron invalidadas, mientras otras fueron encerradas en construcciones estrechas. La libertad se redujo a un gobierno limitado. Durante la primera parte del siglo veinte, sin embargo, el equilibrio del poder empezó a cambiar, y, durante la época del *New Deal* y de la Segunda Guerra Mundial, la intervención del Estado en cuestiones económicas y sociales se transformó

¹ Véase Rabin, “Federal Regulation in Historical Perspective”, en 38 *Stan L. Rev.* 1189, 1192 (1986).

en una característica permanente de la vida nacional. En nuestros propios días, la victoria del Estado activista tuvo una expresión dramática en el movimiento de derechos civiles de comienzos de la década de los sesentas —la así llamada Segunda Reconstrucción— y en la Gran Sociedad de Lyndon Johnson. El poder del Estado llegó a ser, entonces, el principal instrumento para alcanzar una igualdad verdadera y sustantiva.

A finales de los sesentas, cuando nuestra atención se dirigió a la guerra del Vietnam y comenzamos a sentir la presión de una espiral inflacionaria, las cosas cambiaron. El ataque al “gran gobierno” se convirtió en la cuestión organizadora de nuestra política. Fue proclamada tanto por los demócratas como por los republicanos, y en los veinte años siguientes, se propusieron, y en ocasiones se realizaron, una miríada de programas para limitar las actividades gubernamentales de política interior, sobre todo las del gobierno federal. Estos programas se llamaron “el nuevo federalismo”, “compartir impuestos”, “desregulación”, “privatización”, “equilibrar el presupuesto” y “resolución alternativa de disputas”. Prácticamente todos los líderes políticos de ese periodo participaron en este asalto contra el Estado activista, pero nadie con más éxito que el Presidente Reagan. Prezionó para volver a penalizar el aborto; pero dejando esa cuestión a un lado, logró poner al Estado activista a la defensiva y puso en tela de juicio los principios que se habían considerado axiomáticos durante más de una generación. Hoy, nos encontramos repitiendo las mismas discusiones que dominaron el derecho y la política hace un siglo, sólo que la carga del reexamen ha cambiado. La cuestión sigue siendo el alcance del poder estatal, pero ahora el debate tiene lugar en un contexto social en el cual el Estado activista es parte del *status quo*.

En este debate, como en todas las grandes batallas de la política estadounidense, la Constitución ha jugado un papel importante. Los críticos del Estado activista invocan la cláusula del debido proceso y su protección de la libertad, pero con éxito limitado. Dio lugar a un “derecho a la privacidad” y ha sido usado para proteger el derecho al aborto, pero sólo por un margen muy estrecho. *Lochner v. New York*,² la decisión de 1905 que invalidó una ley estatal que establecía un máximo de horas laborales por semana, opera todavía como un ejemplo negativo, como un recordatorio de todos

² 198 U. S. 45 (1905).

los peligros del debido proceso sustantivo. Hay, sin embargo, otra rama del derecho constitucional sobre la que no pesa esta carga histórica y que ha servido durante mucho tiempo como el caldo de cultivo del sentimiento libertario. Es la Primera Enmienda.

Como una protección de la expresión de opiniones y de otras formas de actividad política, la Primera Enmienda es más limitada en su alcance que el debido proceso sustantivo, que puede ser usado como un obstáculo para cualquier forma de reglamentación estatal. Pero aquellos que pretenden atacar la intervención del Estado aprendieron cómo acarrear más y más actividades dentro de la protección de la Primera Enmienda; hoy, hasta se usa para limitar la reglamentación estatal de la publicidad comercial. La Primera Enmienda disfruta también de algo que la cláusula del debido proceso sustantivo nunca fue capaz de obtener: un consenso, es decir, el apoyo de todo el espectro político. Aun cuando, en la primera parte de este siglo, aumentó la presión para incrementar la intervención estatal, siempre se reservó un lugar especial o una excepción para la libertad de expresión. Los progresistas aplaudieron el voto disidente de Holmes en *Abrams v. United States*³ y su demanda en favor del “libre intercambio de ideas”⁴ con el mismo ardor como su disenso en *Lochner*. En efecto, la libertad de expresión alcanzó sus primeras victorias en la Suprema Corte justamente cuando la corte comenzó el proceso de invalidar *Lochner* y de legitimar el *New Deal*.

Este estatus peculiar de la libertad de expresión en nuestro esquema constitucional, como la única demanda en favor de un gobierno limitado que todos parecen compartir, no ha pasado desapercibido por los teóricos del libre mercado. Como parte del asalto contemporáneo al Estado activista que tanto domina nuestra política, Ronald Coase y Aaron Director han enfrentado a los liberales del *New Deal* con la tradición de la libertad de expresión, para recordarles las virtudes del *laissez faire* y para construir un argumento en contra de la intervención del Estado en cuestiones económicas.⁵ Mi opinión es, por supuesto, justamente la contraria. Se me ocurrió que, si

³ 250 U. S. 616, 624 (1919) (Holmes, J., voto disidente).

⁴ *Ibid.*, en 630.

⁵ Véase Coase, “The Market for Goods and the Market for Ideas”, 64 *Am. Econ. Rev. Proc.* 384 (1974); Director, “The Parity of the Economic Market Place”, 7 *J. L. & Econ.* 1 (1964).

Coase y Director pueden celebrar el elemento libertario en la tradición de la libertad de expresión como una manera de argumentar contra la intervención del Estado en la esfera económica, debería ser posible comenzar desde el otro extremo: comenzar con el hecho de la intervención del Estado en cuestiones económicas y luego usar esta experiencia histórica para entender por qué el Estado puede tener un papel que jugar en la promoción de los valores de la libertad de expresión. Esta perspectiva no sólo puede clarificar y enriquecer nuestra compresión de la Primera Enmienda, sino que puede llevar también a un conocimiento más general y quizás más importante. Puede socavar el asalto más amplio contra el Estado. Dado que la libertad de expresión ha sido usada como una palanca para el *laissez faire*, bajo la tesis de que identifica un área donde la demanda en favor de un gobierno limitado es la más fuerte y la más convincente, la conclusión de que la regulación estatal de la expresión de opiniones es consistente con, y puede incluso ser requerida por la Primera Enmienda podría poner en cuestión toda la crítica al Estado activista.

Este ensayo se centra en la Primera Enmienda y en el papel del Estado en la promoción de los valores de la libertad de expresión, pero se sitúa dentro de un debate más amplio —tan apasionado en 1987 como lo fue en 1887— acerca del papel del Estado en general, y tiene por objeto iluminar también esta cuestión más general. Lejos de lo que suponen Director y Coase, la Primera Enmienda no ofrece argumentos en favor del *laissez faire*, sino que apunta hacia la necesidad de un Estado activista.⁶

I

La Constitución no es un documento testamentario que distribuye a las generaciones futuras trozos de propiedad en forma de derechos. Más bien, es una carta de buen gobierno que establece las instituciones de gobierno y las normas, estándares y principios que deben controlar tales instituciones. *El*

⁶ El texto de la Primera Enmienda, que fue incorporado en 1791, es el siguiente: “El Congreso no hará ley ninguna que adopte el establecimiento de religión del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios” (nota del compilador).

Bill of Rights supone que las instituciones de gobierno ya han sido establecidas y procede a fijar como autoritativo un conjunto de valores o ideales sociales. La adjudicación es uno de los procedimientos por los cuales estos ideales abstractos reciben significado y expresión concretos y son, de ese modo, traducidos en derechos.

En el caso de la cláusula de igual protección, la raíz central del derecho moderno, este cuadro general de la adjudicación constitucional está ahora bien arraigado, aunque también hemos llegado a reconocer que los ideales constitucionales son susceptibles de varias interpretaciones. Parece haber acuerdo sobre el propósito de la Enmienda Decimocuarta: fue pensada para asegurar la igualdad de los esclavos recién liberados y para otorgar estatus constitucional al ideal de igualdad racial. Ha habido desacuerdo, sin embargo, sobre las reglas o principios particulares que deben aplicarse para llevar a cabo este ideal. Originalmente, parecía que un principio que prohibiera la discriminación y ordenara no tomar en cuenta el color sería apropiado. Pero durante la Segunda Reconstrucción, cuando nos alejamos de los problemas de Jim Crow y comenzamos a enfrentarnos con formas de racismo más profundamente atrincheradas, tuvimos que pensarlo mejor. Pareció necesario un nuevo principio, uno que pudiera proteger de forma directa e inmediata contra la perpetuación o agravación de la estructura de casta. Este nuevo principio, que he llamado “el principio de poner en desventaja a grupos”,⁷ pero que ha llegado a ser reconocido bajo muchos nombres diferentes, busca promover la igualdad racial, tal como lo hace el principio de antidiscriminación, pero entiende la igualdad racial en términos sustantivos antes que procedimentales. El principio de poner en desventaja a grupos no persigue garantizar que el color no se tenga en cuenta, sino que busca terminar con la subordinación social.

En los tiempos modernos, el litigio sobre la igual protección puede ser visto como una batalla entre estos dos principios mediadores, es decir, entre dos visiones en conflicto acerca de cómo debe entenderse el compromiso con la igualdad racial y cómo ese ideal puede ser llevado a cabo de un modo más efectivo. En cierto número de casos, los dos principios han divergido, más notoriamente cuando los tribunales son consultados para evaluar cri-

⁷ Véase O. Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107, 147 (1976).

terios de selección (tales como las pruebas laborales) que parecen neutrales en su superficie, pero que tienen un impacto adverso en algún grupo desventajado. La antidiscriminación permite esos criterios, mientras que el principio de no poner en desventaja a grupos tiende a prohibirlos. Además, en algunas ocasiones surgió un conflicto entre los dos principios, como cuando los negros fueron empleados con preferencia, con el objeto de mejorar su posición social. El principio de no poner en desventaja a grupos permite, y puede incluso exigir, ese tratamiento para los negros. El principio de antidiscriminación, con su compromiso para que el color no se tenga en cuenta, tiende a hacer ese tratamiento ilegal.

Estas batallas sobre el significado de la igual protección han conferido a nuestra época constitucional su carácter especial, y después de haber estado absortos en ellas durante una o dos décadas, no es del todo sorprendente que se observe dentro de la Primera Enmienda un proceso intelectual similar. La mayoría coincide en que la Primera Enmienda busca promover la democracia protegiendo la autodeterminación colectiva, de manera muy similar a cómo la igualdad racial es vista como el propósito de la Enmienda Decimocuarta; pero estamos, una vez más, divididos por lo que respecta al principio mediador que otorga la expresión más completa a ese ideal. Aquí, la división no es entre antidiscriminación y grupos en desventaja, como sucede en la igual protección, sino más bien entre autonomía y debate público. Estos dos principios representan dos maneras diferentes de entender y promover los propósitos democráticos de la Primera Enmienda. La distinción entre el principio de autonomía y el principio de debate público es, además, crucial para explicar por qué el Estado tiene un papel a jugar en la promoción de los valores de la libertad de expresión.

Quienes reducen la Primera Enmienda a una limitación de la acción del Estado tienden a considerarla como una protección de la autonomía. Al individuo se le permite decir lo que quiera, libre de la interferencia del Estado. Es como si se ubicara alrededor de cada individuo una zona de no interferencia, y si al Estado (y sólo al Estado) le estuviera prohibido cruzar el límite. Sin embargo, aun desde esta perspectiva, la autonomía no es protegida como un bien en sí mismo, ni como un medio de autorrealización individual. Se le considera más bien como una manera de promover los fines políticos más amplios atribuidos a la Primera Enmienda. Se supone que

la protección de la autonomía producirá un debate sobre asuntos de importancia pública que será, para usar ahora la fórmula clásica del Juez Brennan, “desinhibido, vigoroso y completamente abierto”.⁸ Por supuesto, un debate público rico no asegurará por sí mismo el autogobierno, porque el electorado todavía debe escuchar lo que se dice y actuar sobre la base de lo que aprende, pero el debate libre sigue siendo una precondición esencial para el gobierno democrático, y la autonomía es considerada como el método para producir ese debate.

Alguien puede discutir esta visión instrumental de la autonomía, pero es sostenida por personas con posiciones tan diferentes en el espectro político como Harry Kalven y Robert Bork, y actualmente domina nuestras opiniones acerca de la Primera Enmienda. Se basa en el hecho de que la garantía de la libertad de expresión nace como parte de un instrumento jurídico, la Constitución,⁹ que tiene por objeto establecer fundamentalmente la estructura del gobierno. La teoría instrumental también explica por qué la expresión de opiniones, entre las muchas formas de autorrealización, es destacada por la Constitución, por qué la autonomía protegida bajo la Primera Enmienda podría pertenecer tanto a instituciones (la CBS o la NAACP) como a individuos, y por qué la expresión de opiniones podría ser preferida aun cuando dañe a otro y, por lo tanto, infrinja los esfuerzos de autorrealización de esta persona.¹⁰ La vinculación de autonomía y democracia explica también la posición favorecida, en la jurisprudencia de la Primera Enmienda, de la regla contra la reglamentación del contenido. La esperanza es que una regla que niegue al Estado el poder de silenciar la expresión de opiniones en virtud de su contenido producirá el más amplio debate posible.

En algunos ámbitos sociales, el supuesto instrumental que subyace a la protección de la autonomía puede estar bien fundado. En una democracia Jeffersoniana, por ejemplo, donde la unidad social dominante es el individuo y el poder es distribuido igualitariamente, la autonomía puede incrementar el debate público y promover, por lo tanto, la autodeterminación

⁸ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 270 (1964).

⁹ Véase Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, 47 *Ind. L. J.* 1, 26 (1971).

¹⁰ Véase F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, 11-12 (1982).

colectiva. Pero en la sociedad moderna, caracterizada por distribuciones de poder fuertemente desiguales y por una limitada capacidad de las personas para aprender todo lo que sería necesario para que puedan funcionar efectivamente como ciudadanos, esta suposición parece más problemática. Proteger la autonomía colocando una zona de no interferencia alrededor del individuo o de ciertas instituciones producirá probablemente un debate público que estará dominado y, por lo tanto, constreñido por las mismas fuerzas que dominan la estructura social, no un debate que es “desinhibido, vigoroso y completamente abierto”.

El principio del debate público, por el contrario, reconoce el carácter problemático del supuesto instrumental que subyace a la protección de la autonomía y busca ofrecer un fundamento para la necesaria acción correctora. El propósito de la Primer Enmienda sigue siendo el mismo que bajo la autonomía, es decir, proteger la capacidad de las personas, como un colectivo, para decidir su propio destino. El debate público rico sigue presentándose como una precondition esencial para el ejercicio de esta prerrogativa soberana. Pero la acción es juzgada ahora por su impacto en el debate público, es decir, en un estado de cosas social, en vez de considerar si construye o interfiere de otra manera con la autonomía de algún individuo o institución. El tema no es la frustración del orador potencial, sino la calidad del discurso público. La autonomía puede ser protegida, pero sólo cuando enriquece el debate público. Podría tener que ser sacrificada, por ejemplo, cuando la expresión de opiniones de algunos ahoga las voces de otros o distorsiona sistemáticamente la agenda pública.

Desaprobar la acción del Estado no es lo mismo que impedirla por completo. Quienes interpretan la Primera Enmienda como una protección de la autonomía no están necesariamente comprometidos con la posición absolutista identificada con el Juez Black (quien insistió en que “ninguna ley” significa “ninguna ley”).¹¹ A veces permiten que el Estado traspase el límite e interfiera con la autonomía para servir a otros intereses sociales; los oradores, por ejemplo, pueden ser silenciados para preservar el orden público o para proteger intereses de reputación. Lo que hace el principio de

¹¹ Véase, por ejemplo, *New York Times Co. v. United States*, 403 U. S. 713, 717-18 (1971) (Black, J., voto concorrente).

autonomía, sin embargo es crear una presunción muy fuerte contra la interferencia del Estado en la expresión de opiniones. Pero, bajo el principio del debate público, no existe tal presunción contra el Estado. El Estado se sitúa en pie de igualdad con otras instituciones y le está permitido, es alentado, y en ocasiones se le exige que tome medidas o dicte decretos que enriquezcan el debate público, incluso si esa acción supone una interferencia con la expresión de opiniones de algunos y, por lo tanto, una negación de la autonomía.

Por supuesto, el Estado puede actuar equivocadamente y, de ese modo, restringir o empobrecer el debate público en lugar de incrementarlo. Siempre debemos estar en guardia contra ese peligro, pero debemos hacerlo conscientes del hecho de que ese mismo peligro está presente en todas las instituciones sociales, privadas o públicas, y que no hay razón alguna para *presumir* que es más probable que el Estado ejercerá su poder para distorsionar el debate público que cualquier otra institución. No tiene ningún incentivo especial para hacerlo; los funcionarios públicos quieren preservar sus posiciones y el sistema que les da poder, pero lo mismo puede decirse de los propietarios y administradores de las así llamadas empresas privadas que pueden utilizar el poder para protegerse a sí mismos y a aquellos funcionarios públicos que sirven sus intereses. Es verdad que el Estado dispone de algunos recursos exclusivos a su disposición, incluyendo un monopolio sobre los medios legítimos de violencia, pero una vez que dejamos de pensar en el Estado como un monolito (el Leviatán) y nos damos cuenta que es una red de organismos que compiten entre sí y se superponen, controlándose mutuamente, y todos siendo controlados por instituciones privadas, este poder parecerá menos extraordinario y menos temible. Veremos que el monopolio del Estado sobre la inflicción legítima de la violencia no es una verdadera medida de su poder, y que el poder de un organismo como la FCC no es mayor que el de la CBS. El terror tiene muchas formas. Los poderes de la FCC y de la CBS difieren, una reglamenta mientras la otra edita, pero no hay razón para creer que un tipo de poder será más inhibidor o limitador del debate público que el otro. El Estado, como cualquier otra institución, puede actuar como un amigo o como un enemigo de la expresión de opiniones y, sin recaer en el presupuesto libertario, debemos aprender a reconocer cuándo está actuando en un sentido o en el otro.

II

Hoy, el debate público está dominado por las redes informativas de la televisión y por un cierto número de grandes periódicos y revistas. La competencia entre estas instituciones está lejos de ser perfecta, y algunos podrían argüir en favor de la intervención del Estado basándose en una teoría de los fallos del mercado. Estos argumentos tienen mucha fuerza, pero obscurecen una verdad más profunda: el mercado, incluso el que funcione perfectamente, es en sí mismo una estructura restrictiva. Un mercado perfectamente competitivo podría producir una diversidad de programas, formatos y reportajes, pero, para tomar prestada una imagen de Renata Adler, será la diversidad de “una pandilla que esencialmente va en una única dirección”.¹²

El mercado restringe la presentación de cuestiones de interés e importancia públicas de dos maneras. Primero, el mercado privilegia grupos selectos, por medio de programas, periódicos y revistas especialmente receptivos a su necesidades y deseos. Uno de esos grupos está constituido por quienes tienen el capital para adquirir o poseer una cadena de televisión, un periódico o una revista; otro por quienes controlan los presupuestos publicitarios de varias empresas; y otro más por quienes son más capaces y tienen más probabilidad de responder entusiastamente a la publicidad. El número de los miembros en este último grupo, sin duda, es bastante grande (incluye probablemente a todos los niños de nueve años que saben forzar a sus padres a comprarles una u otra cosa), pero no es coextensivo con el electorado. Ser un consumidor, incluso uno soberano, no es ser un ciudadano.

Segundo, el mercado introduce, en la toma de decisiones editoriales y de programación, factores que pueden estar relacionados con la rentabilidad o la eficiencia que se le asigna (para ver las cosas desde un punto de vista de la sociedad) pero que tienen poco que ver con las necesidades democráticas del electorado. Para un hombre de negocios, los costes de producción y los ingresos que probablemente se generen son factores altamente pertinentes para la determinación de qué programas y cuándo se representan o qué se publica en un periódico; un mercado perfectamente competitivo

¹² Véase, R. Adler, *Reckless Disregard* 17 (1986).

producirá programas o publicaciones cuyo coste marginal iguala el beneficio marginal. Las retransmisiones de *I love Lucy* son rentables y constituyen un uso eficiente de recursos. Lo mismo vale para MTV. Pero no hay una relación necesaria, ni siquiera probabilística, entre crear un beneficio (o asignar los recursos eficientemente) y ofrecer a los electores la información que necesitan para hacer una elección libre e inteligente acerca de los programas de gobierno, la estructura de gobierno o la naturaleza de la sociedad. Este punto fue bien comprendido cuando liberamos nuestros sistemas educativos y nuestras universidades del control del mercado y vale con igual fuerza para los medios de comunicación.

Nada de esto está dirigido a denigrar el mercado. Es sólo reconocer sus limitaciones. La cuestión no es el fallo del mercado, sino el alcance del mercado. El mercado puede ser espléndido para algunas cosas, pero no para otras. Puede ser una institución efectiva para producir bienes de consumo baratos y variados y para suministrar servicios esenciales (incluidos los entretenimientos), pero no para producir el tipo de debate que renueva constantemente la capacidad de un pueblo para autodeterminarse. El Estado tiene que actuar como el poder de contrapeso (*countervailing power*) necesario, para compensar la distorsión del debate público atribuible al mercado y preservar así las condiciones esenciales de la democracia. El propósito del Estado no es suplantar al mercado (como lo haría en el contexto de una teoría socialista), ni perfeccionar el mercado (como lo haría en el contexto de una teoría de los fallos del mercado), sino más bien complementarlo. El Estado tiene que actuar como el corrector *del* mercado. El Estado debe introducir en la agenda los temas que son sistemáticamente ignorados y subestimados, y permitirnos oír las voces y opiniones que de otra manera serían silenciadas o apagadas.

Recurrir al Estado por estas razones no presupone que las personas que forman parte de un organismo gubernamental son diferentes en su calidad moral o en su personalidad de quienes controlan o administran los así llamados medios de comunicación privados. El Estado no tiene el monopolio sobre la virtud. Lo que la teoría del poder de contrapeso sí supone, sin embargo, es simplemente que en virtud de su posición los empleados del gobierno están sujetos a un conjunto de restricciones diferente de los que dirigen los medios de comunicación. Son funcionarios públicos. Sabemos que a veces la palabra “público” llega a ser hueca y vacía, un mero pretexto

to para la persecución de intereses privados, y que los sistemas de responsabilidad pública no son perfectos. Pero esto no significa negar totalmente la fuerza de estos sistemas de responsabilidad. Pueden ser imperfectos y, sin embargo, tener algún efecto. Existe también una diferencia importante de aspiración. Una cosa es darle poder a alguien llamado funcionario público y preocuparse de si el poder otorgado está siendo utilizado para fines públicos; y otra cosa es simplemente dejar el poder en las manos de quienes abierta y descaradamente sirven a instituciones que se fundan en el capital privado y que están sujetas a las presiones del mercado.

En los últimos años, los periodistas han hablado cada vez más de profesionalismo, y se ha sugerido que en la actualidad existe un nuevo ethos profesional que atemperará la influencia del mercado sobre los periodistas, editores y directores de programas y reforzará su objetivo democrático. Un tal desarrollo es, por supuesto, saludable, pero no vuelve innecesaria la intervención del Estado. En efecto, el desarrollo de normas profesionales que subrayen la misión democrática de los medios de comunicación en vez de la económica puede remontarse en parte a varias intervenciones del Estado, tal como la doctrina de la equidad. Y cualquiera que sea su causa, el hecho que permanece es que estas normas tienen que ser continuamente reforzadas mediante la intervención del Estado o de otras formas de poder institucionalizado si tienen que ser capaces de resistir las presiones del mercado. Como sabemos desde *Brown v. Board of Education*¹³ y el movimiento de derechos civiles de los años sesenta, comportamientos ejemplares de “la gente” pueden a veces ser alimentados y quizás incluso creados o legitimados por vigorosos ejercicios del poder del Estado.

Aprovechando su poder para imponer impuestos y sus ventajas organizativas, el Estado puede desempeñar su función correctiva a través de la concesión de subsidios. Ejemplos de esta forma de intervención del Estado incluyen ayudas a bibliotecas públicas, a escuelas públicas, a universidades públicas y privadas, a emisoras públicas y a candidatos presidenciales. Estos subsidios prestan una enorme contribución al discurso público y promueven los valores de la Primera Enmienda, aunque nunca lo podríamos saber desde una lectura de la Primera Enmienda que subraya la protección de la autonomía. La autonomía no es un obstáculo para esas actividades

¹³ 347 U. S. 483 (1954); 349 U. S. 294 (1955).

del Estado, pero produce una indiferencia constitucional que permite que estas actividades sufran las vicisitudes de una política dominada por el mercado. Bajo el principio del debate público, una tal acción es favorecida; y, cuando la inacción se transforma en una forma de acción, hasta puede ser exigida, si bien los problemas secundarios de la implementación de un tal deber afirmativo son agudos y bien conocidos.¹⁴ Con respecto a la otra forma de la intervención del Estado —la acción del Estado de naturaleza reglamentista o prohibitiva— el principio de autonomía tiene fuertes implicaciones legales, algunas de las cuales son muy desafortunadas. La fuerte presunción contra el Estado enraizada en el principio de autonomía, por ejemplo, llevó a la invalidación de leyes que imponían topes a los gastos políticos. También lanzó una sospecha constitucional sobre la doctrina de la equidad, negando la extensión de esa doctrina a los medios de comunicación impresos, debilitando su imposición y poniendo en cuestión su propia existencia. La autonomía ofrece a quienes proponen la desregulación una plataforma constitucional que es inmerecida.

III

Actualmente, la derecha domina la política estadounidense, y es la derecha la que ha dirigido el asalto contra el Estado activista. Por “la derecha” entiendo a aquellos que están dispuestos a aceptar como justa, o incluso como natural, la distribución de la riqueza y del poder producida por el mercado, y que buscan restringir al Estado debido a su capacidad y propensión reconstructiva. Hay otros, sin embargo, que critican la distribución actual de la riqueza y del poder, pero que también recelan del Estado, especialmente del que tiene su cuartel general en Washington. También ellos han denunciado al Estado activista, y en su lugar proponen no un retorno al mercado, sino un programa de “descentralización de izquierda”.

Hace un siglo, ese programa fue propuesto por los populistas, al menos hasta que fueron absorbidos por la corriente principal y sucumbieron a los imperativos organizativos del Partido Demócrata.¹⁵ En la década de 1960,

¹⁴ Véase, por ejemplo, Kreimer, “Allocational Sanctions: The Problem of Negative Rights in a Positive State”, 132 *U. Pa. L. Rev.* 1293, 1297 (1984).

¹⁵ Véase L. Goodwyn, *Democratic Promise: The Populist Moment in America* (1976).

el programa de descentralización de izquierda jugó un papel importante en la vida de la SNCC y de la SDS. Hoy, es promovido por un grupo de universitarios localizados en (aunque parezca increíble) las facultades de derecho: el movimiento de los *Critical Legal Studies*. Su crítica del Estado activista no está apoyada ni siquiera por un mínimo de poder político (para decirlo de una manera muy generosa), pero me siento, sin embargo, obligado a responder, porque ha captado la admiración de tantas personas que respeto y admiro, especialmente de mis estudiantes, y porque se construye sobre las premisas que en principio justifican la intervención del Estado, es decir: el rechazo de la autonomía, la aceptación del principio del debate público y el reconocimiento de la influencia distorsionante del mercado sobre la política democrática.

Comenzamos, se recordará, con la tesis de que, librado a sí mismo, el debate público no será “desinhibido, vigoroso y completamente abierto”, sino distorsionado por las fuerzas que dominan la sociedad. He argüido que al Estado le debe estar permitido intervenir, y en ocasiones le debe ser exigido que lo haga, con el fin de corregir el mercado. Al decir esto, supuse que el Estado actuaría como un poder de contrapeso; pero hay un peligro, el crítico izquierdista insiste, de que no actuará de este modo sino que se transformará en la víctima de las mismas fuerzas que dominan el debate público. Existe el riesgo de que el Estado refuerce, en vez de contrarrestar, las distorsiones del mercado, porque es tanto un objetivo de las fuerzas sociales como un agente de cambio. El Estado puede hacer algo bueno, pero la probabilidad de que lo haga es tan reducida, y los peligros de que haga precisamente lo contrario es tan grande, que sería mejor, concluye el crítico izquierdista, prohibir toda intervención del Estado o, al menos, crear una fuerte presunción en su contra; y ello, no para asegurar la autonomía, sino para garantizar la riqueza del debate público.

A finales de la década de 1970, Charles Lindblom publicó un libro importante, *Politics and Markets*, que describía con gran fuerza y claridad el así llamado peligro de “circularidad”.¹⁶ Se suponía que el Estado debe gobernar los negocios pero había buenas razones para creer que el sistema de control funcionaba en gran parte en sentido inverso. El cuadro que

¹⁶ Véase C. E. Lindblom, *Politics and Markets: The World's Political-Economic Systems*, 201-21 (1977).

Lindblom pintó era desilusionante —el peligro de circularidad es ciertamente real—, pero mi propia visión de los hechos y, de una manera especial, de nuestra experiencia histórica con el Estado activista en la década de los sesenta me lleva a creer que los elementos de independencia poseídos por el Estado son reales y sustanciales. Esta independencia no es completa, pero es no obstante suficiente para hacer viable la teoría del poder de contrapeso. Creo también que podemos hacer frente al peligro de circularidad de una manera diferente a la creación de una fuerte presunción contra la acción del Estado tal como reclaman los críticos izquierdistas. En primer lugar, debemos reconocer que algunos organismos estatales son más independientes de las fuerzas del mercado que otros y, por consiguiente, debemos asignarles más poder a los primeros.

En el pasado, la jurisprudencia de la Primera Enmienda permitió a los tribunales jugar un papel importante al evaluar la actuación de diversos organismos políticos, para evitar la tiranía de la mayoría. Yo continuaría esa tradición, pero ahora, como una manera de obtener medidas de protección contra la circularidad. Los tribunales son partes del Estado y obviamente no son totalmente independientes de las mismas fuerzas que dominan la estructura social, pero probablemente alcanzan mayores grados de independencia que la legislatura o los organismos administrativos. Como vimos al comienzo del *New Deal*, a veces los tribunales logran demasiada independencia de las presiones sociales. Esta independencia resulta del hecho de que los jueces son designados por largos períodos o incluso de por vida, y están sujetos a normas profesionales muy consolidadas que les exigen responder a quejas que preferirían ignorar, y deben justificar sus decisiones públicamente sobre la base de principios.

El peligro de circularidad también puede ser reducido cambiando el diseño de instituciones particulares. El objetivo no es liberar los diversos organismos del Estado de las fuerzas que dominan la estructura social (seguramente, una tarea imposible), sino tan sólo hacer más probable que ejercerán una fuerza de contrapeso. Este objetivo puede ser alcanzado creando, dentro de los organismos estatales, ciertos procesos o mecanismos que aumenten el poder de los elementos más débiles en la sociedad (por ejemplo, creando en los organismos administrativos oficinas de asesoramiento público) y que disminuyan el poder de aquellos que ya dominan la estructura social (por ejemplo, estableciendo el requisito de audiencias públicas). De esta

manera, el movimiento de protección al consumidor (*Naderism*) podría tener un fundamento en la Primera Enmienda, porque al reducir la “captura de organismos”, podríamos aumentar la independencia del Estado frente al mercado y, por lo tanto, reforzar su capacidad para corregir las restricciones que la estructura social impone sobre el debate público. Tales medidas reformadoras, por supuesto, no tienen por qué limitarse a los organismos administrativos, pueden extenderse a todos los organismos del Estado, incluyendo a los tribunales.

Ninguna de estas medidas de mejoras eliminará totalmente el peligro de circularidad. Deberíamos reconocer su incompletitud y ser cautos. Pero ir más allá, como insisten los críticos izquierdistas y unirnos al ataque contra el Estado activista, actualmente tan de moda, nos expondría a un peligro aún mayor: la política dominada por el mercado. No hay remedio. La circularidad típicamente se usa como una objeción contra la acción reglamentista del Estado, por ejemplo, cuando una prohibición, respaldada por sanciones penales, se impone a un orador individual o institucional. Resulta difícil entender, sin embargo, por qué la misma objeción no se extiende a los programas de subsidios del Estado. Algunos pueden preferir esos programas a las medidas reglamentistas con el argumento de que no violan la autonomía; pero dado que para mí y para los críticos izquierdistas el debate público rico, y no la autonomía, es el valor central de la Primera Enmienda, resulta difícil transformar esa preferencia en una regla constitucional. Bajo el principio del debate público, la doctrina de la equidad y la televisión pública se sitúan en el mismo plano constitucional: si uno fracasa por circularidad, fracasa también el otro.

Abrumados por el miedo a la circularidad, se tendrían que abandonar todas las formas de intervención estatal; pero la izquierda no ha perdido toda la esperanza. Tiene un remedio de un tipo diferente. Pueden volver sus espaldas a las medidas reglamentistas del Estado activista y denunciar incluso los subsidios estatales; pero también ellos están decididos a liberar la democracia de las garras de las fuerzas del mercado y, en ese sentido, celebran la autoorganización y los modos de expresión tales como los piquetes de huelgas y las marchas callejeras. Esas actividades, por supuesto, tienen un papel importante en cualquier descripción de la Primera Enmienda, y ciertamente son esenciales para una verdadera y efectiva democracia. Las marchas por los derechos civiles de los años sesenta, las protestas contra la guerra del Vietnam, las shanties que han aparecido recientemente en nuestros campus universitarios, y el histórico movimiento en Polonia co-

nocido como Solidaridad dan testimonios amplios y gloriosos de este hecho. Sin embargo, la cuestión no es si la autoorganización y las manifestaciones son necesarias, sino si son suficientes, al menos hasta el punto de justificar el ataque contra el Estado activista. Seguramente, no lo son. Estas actividades son una parte importante de cualquier teoría de la Primera Enmienda, pero no son un sustituto adecuado de la doctrina de la equidad, de la televisión pública, de las restricciones sobre los gastos políticos y de otras formas de reglamentación estatal o de subsidios estatales dirigidos a aumentar la calidad del discurso público.

Al evaluar el programa afirmativo de la izquierda, se debería comenzar con la simple observación de que las actividades expresivas que propician no eliminan el problema de la circularidad en su conjunto. A menudo, se necesita el Estado para legitimar y proteger esas actividades, y no hay razón para ser más receloso del Estado cuando, por ejemplo, concede subsidios o regula los medios de comunicación que cuando regula el acceso a los centros comerciales, silencia a los reventadores de mítines o legitima y protege la actividad de los sindicatos.¹⁷ Además, confiar exclusivamente, o incluso primariamente, en las marchas callejeras o en los piquetes de huelgas (a los que uno de mis colegas, que no es radical, se refiere como “expresión de opinión barata”) dejaría a los elementos menos poderosos de la sociedad sólo los modos de expresión menos efectivos. Compárese el trabajo de un día de distribución de panfletos en un centro comercial local con treinta segundos de un anuncio publicitario del tipo reclamado en *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee*.¹⁸ La expresión de opinión efectiva en la edad moderna no es barata.

Las cosas no necesitan ser así. Puedo imaginar un contexto social en el cual las actividades expresivas celebradas por la izquierda serían suficientes. Podrían funcionar en la *polis* de la antigua Grecia o en unos Estados Unidos divididos, como propuso Jefferson, en una multitud de pequeños distritos electorales.¹⁹ Tendríamos entonces una descentralización social y un contexto en el que las marchas callejeras o los piquetes de huelgas podrían hacer una contribución efectiva tanto a la educación como a la información del público, y a desarrollar los talentos y fijar el carácter y la identidad de

¹⁷ Véase Klare, “Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness”, 1937-1941, 62 *Minn. L. Rev.* 265 (1978).

¹⁸ 412 U. S. 94 (1973).

¹⁹ Véase “Letter to Samuel Kercheval (sept. 5, 1816)”, reimpresso en *The Political Writings of Thomas Jefferson* 97-98 (E. Dumbauld, ed., 1955).

aquellos individuos que toman parte en estas actividades. El ataque contra el Estado activista y el acento sobre la expresión de opiniones barata entonces no se basarían meramente en un miedo, es decir, el peligro de circularidad, sino que también podrían invocar plausiblemente una teoría de la democracia participativa. Una teoría tal daría el mayor atractivo al programa propuesto por la izquierda respecto a la Primera Enmienda, pero lamentablemente descansa en un sueño imposible. Implica una división y reorganización de la sociedad estadounidense que muy probablemente no se materializará jamás. Presupone un localismo que apenas es imaginable.

La izquierda recela del Estado activista y puede tener buenas razones para ello, pero al resucitar la presunción contra el Estado, no ofrece ninguna alternativa plausible a la política dominada por el mercado. Poner el acento en la autoorganización y en la acción directa, como las marchas callejeras y los piquetes de huelgas, en oposición a los reglamentos o subsidios del Estado, pero bajo las formas de la vida social que conocemos, y que probablemente llegaremos a conocer, estas formas de expresión serán insuficientes. Algo faltaría. El ciudadano no sería un consumidor, es verdad, pero temo que sería poco más que un atleta (o, para usar la metáfora de Arendt, un flautista).²⁰ La política se transformaría en una especie de actuación. Quienes tomaran parte en la demostración serían ennoblecidos y sentirían los placeres especiales de luchar y competir, pero en su mayoría, el público —el electorado— se cruzaría de brazos, sin participar, sin comprometerse con el espectáculo, ansioso por volver a sus ocupaciones habituales.

En otro mundo, las cosas pueden ser diferentes; pero en éste, necesitaremos el Estado. Al evitar la vieja y conocida presunción contra el Estado, nos arriesgamos a la circularidad y a un cierto número de otros peligros, pero sólo para salvar nuestra democracia. Recurrimos al Estado porque es la más pública de nuestras instituciones y porque es la única que tiene el poder que necesitamos para resistir las presiones del mercado y así ampliar y vigorizar nuestra política.

Trad. de Jorge Malem Seña

²⁰ Véase H. Arendt, “What is freedom?”, en *Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought* 143, 153 (edición ampliada de 1968). En general, véase H. Arendt, *The Human Condition* (1959), *On Revolution* (1963).

LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES: UNA VISITA A LA REGLA THAYER*

Pablo de Lora,
Universidad Autónoma de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

Hace ya más de veinte años que Dworkin diagnosticaba que el derecho constitucional no haría progreso genuino alguno hasta tanto no aislara el problema de los derechos frente al Estado, haciéndolo formar parte de su agenda teórica. Tal cosa, decía, aboga por la fusión del derecho constitucional y la teoría moral, una alianza que increíblemente, nos dijo entonces, estaba por llegar.¹

Yo no estoy muy seguro de que los constitucionalistas (salvo honrosas excepciones) hayan hecho mucho por aproximarse a la teoría moral para así abordar mejor la espinosa cuestión de los derechos frente al Estado.² Sí

* Con muy ligeras modificaciones, este texto corresponde a la ponencia presentada en el V Congreso Hispano-Italiano de Teoría del derecho, celebrado en Alicante los días 21-23 de octubre de 1999. Agradezco a los participantes en el mismo, así como a los miembros del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, con los que discutí el trabajo, sus valiosos comentarios y críticas. Quiero agradecer en particular las sugerencias que me formuló Víctor Ferreres, quien en los días previos a la presentación tuvo la amabilidad de leerlo y señalarme algunas incorrecciones vertidas en el original. Este trabajo forma parte del proyecto de investigación PB97-1434 de la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica.

¹ Dworkin, 1977, p. 149.

² No me resisto a dar el siguiente botón de muestra. Comentando la superioridad del principio de proporcionalidad como canon de enjuiciamiento de la posible invasión de los derechos fundamentales por parte del legislador (frente a la invocación del contenido esencial de los mismos), Medina Guerrero y Huelin Martínez de Velasco hacen suyas las palabras de Forsthoff para afirmar que esta segunda vía, aunque el propio texto constitucional español la acoja (art.

me parece, sin embargo, que estos últimos años han evidenciado una creciente preocupación e interés de los filósofos jurídico-políticos (y asumimos que éstos son los teóricos morales a los que Dworkin alude) por algunos de los temas centrales del derecho constitucional.

Y es que el debate sobre los derechos ha figurado siempre entre las prioridades de la reflexión iusfilosófica, pero no tanto, en cambio, la discusión acerca de cuál es el diseño institucional concreto que, una vez asumida una posición moral que atribuye a los individuos ciertos derechos básicos,³ resulta más legítimo articular. Éste ha sido el asunto, creo, que cabría considerar el mayor exponente del acercamiento al que antes me refería y al que yo también pretendo aproximarme en esta ocasión.

Mi objetivo es tratar de mostrar qué sigue de abrazar una forma débil de constitucionalismo en un contexto en el cual las piezas están pulidas para componer un modelo de constitucionalismo fuerte. Mi tesis es que ello nos obliga a asumir una versión asimismo estricta del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes que la conocida regla Thayer encierra. Ello quiere decir que los Tribunales Constitucionales sólo deberían proceder a la declaración de inconstitucionalidad cuando todos sus miembros estuvieran de acuerdo en ello.

Me imagino el aire de paradoja que para la gran mayoría tendrá este planteamiento. Como veremos, el constitucionalismo débil se apoya en un compromiso firme con el ideal de la regla de la mayoría, así que no dejará de resultar chocante que finalmente recomiende traicionar ese principio democrático en el seno de los órganos encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes. Mi misión consistirá, en buena medida, en hacer

53.1), “obligaría al jurista a incurrir en un dilettantismo filosófico del que poco provecho redundaría para la Ciencia Jurídica...”; *vid.* 1997, p. 318 n. 14.

³ De esa forma, y siguiendo la caracterización de Hart, se pone en práctica una técnica de distribución que precluye que ese derecho se tenga en cuenta en el cómputo para maximizar algún ideal de manera agregativa; *vid.* Hart, 1983, pp. 182, 188, 200. A la misma noción responden las ideas de “coto vedado” y “triumfo” que han empleado respectivamente Ernesto Garzón Valdés (1993, pp. 644, 649, y 1989, pp. 209-213) y Ronald Dworkin (1977, p. xi), en su descripción de los derechos, o la afirmación apodíctica de Francisco Rubio Llorente en su voto discrepante a la STC 12/82 del 31 de marzo de 1982: “Las decisiones acerca de la existencia o inexistencia de una libertad no pueden ser consideradas nunca como cuestiones políticas” (la sentencia resolvía el recurso de amparo que interpuso Antena 3 S.A. contra la negativa de la Administración de autorizar el establecimiento de una emisora de televisión privada).

ver que no hay traición alguna al traducir la regla Thayer en la exigencia de consenso para anular las leyes por ser contrarias a la Constitución.

En el artículo de Amartya Sen al que el título de este trabajo pretende hacer un guiño,⁴ la conclusión que emergía de la ordenación de preferencias de “Lascivo” y “Gazmoño”, con respecto a la lectura de *El amante de Lady Chatterley*, era que el liberalismo había de renunciar bien a la que Sen llama su condición mínima,⁵ bien al criterio paretiano en la construcción de una función de elección colectiva.⁶ Mi pretensión es, como decía, resistirme al corolario de imposibilidad al que el experimento de Sen, en ese otro ámbito, conducía, para lo cual he de empezar recordando los mimbres con los que se ha urdido el constitucionalismo débil.

2. EL CONSTITUCIONALISMO DÉBIL

Para el derecho constitucional ha sido tradicional suponer que el mecanismo de protección de los derechos individuales habría de consistir, necesariamente, en el establecimiento de un catálogo de derechos fundamentales como parte de un texto constitucional rígido (de difícil o prácticamente imposible reforma) y de una jurisdicción que de manera concentrada (o difusa) tuviera la potestad final de decidir sobre el alcance y contenido de tales derechos.⁷ Que esa conexión entre el ideal de los derechos fundamentales y el diseño institucional descrito sea *necesaria*, es, precisamente, lo que en los últimos tiempos se ha revelado como algo que dista mucho de estar claro.

⁴ “The impossibility of a Paretian Liberal”, en *Journal of Political Economy*, vol. 78, 1970, pp. 152-157.

⁵ Según la cual un individuo que tiene que decidir entre dos alternativas, siendo una de ellas hacer o no hacer algo que sólo a él atañe (por ejemplo leer *El amante de Lady Chatterley*), es “socialmente decisivo” (dicho de otro modo, la elección colectiva habrá de coincidir con la que él haga).

⁶ De acuerdo con el cual, como es sabido, se ha de procurar la obtención del estado de cosas en el que nadie puede mejorar si no es a costa de los demás.

⁷ De la teoría de la racionalidad imperfecta de Jon Elster (1979, pp. 37, 93-96) se ha importado la noción de precompromiso para justificar el carácter necesario de esta vinculación; *vid.*, entre otros: Freeman, 1990-1991, p. 353; Holmes, 1988, pp. 216-226, y Moreso, 1997, pp. 165-167.

Ha sido en concreto Jeremy Waldron quien de manera más persuasiva ha puesto de manifiesto las razones por las cuales una posición moral atenta al “coto vedado” nos aboca a lo contrario: a un modelo en el que las decisiones del legislador no son en ningún caso revisables por un órgano no representativo, ni limitadas o impeditidas por un catálogo de derechos de difícil reforma.

Dicho de manera muy comprimida, la idea de Waldron es que el constitucionalismo (fuerte) que se configura con las piezas anteriormente indicadas vulnera el derecho de todos a participar en la adopción de decisiones que nos afectan. Entre ellas está la propia de determinar *qué derechos tenemos y cuál es su contenido*, cosa que hacemos en el momento constituyente, pero de un modo que a Waldron le resulta contrario al ideal de los derechos: no permitiéndonos reconsiderar tal decisión en el futuro (salvo en condiciones procedimentales muy costosas y por ello desigualitarias), aunque sí acordando que sea un órgano no configurado democráticamente el que lo haga, de cuando en cuando, frente a nuestros representantes.⁸ Como consecuencia, y de acuerdo con la tesis de Waldron, una teoría moral basada en los derechos debería asumir el llamado modelo de Westminster o una versión “abierta al cambio” de la regla de la mayoría.⁹ Es decir, un procedimiento que no restringe nada del conjunto de decisiones adoptable; ni siquiera la posibilidad de decidir no volver a usar ese procedimiento que, dadas las condiciones de la política a las que nos enfrentamos (las del desacuerdo razonable sobre el paisaje del “coto vedado”), Waldron considera más legítimo (la pura regla de la mayoría).

Pues bien, es en esta consecuencia, que nos llevaría a admitir la legitimidad del “suicidio democrático”, donde Juan Carlos Bayón ha encontrado la fisura con la que limitar la objeción waldronianas al constitucionalismo fuerte, y a partir de dicha crítica a la tesis de Waldron, formular su modelo de constitucionalismo débil.

En efecto, si Waldron favorece el procedimiento basado en la regla de la mayoría porque, como no podría justificar de otra forma, encarna mejor que ningún otro un principio moral reputado valioso, habría de decantarse por una versión “cerrada al cambio” de dicha regla, esto es, que expulsa de

⁸ Waldron, 1993, pp. 18-20, 28, y Waldron, 1999b, pp. 282, 286-287, 292-297, 303.

⁹ Bayón, 1998, pp. 51-52.

la agenda la decisión de utilizar en lo sucesivo un procedimiento distinto. ¿Por qué? Pues porque sino no tendría argumento alguno que esgrimir frente al que nos dice que el constitucionalismo fuerte (que Waldron objeta) está justificado desde el mismo momento en que fue adoptado democráticamente.¹⁰

La siguiente enmienda de Bayón al planteamiento de Waldron se refiere al alcance de la clausura de la regla de la mayoría: además de prohibirse el suicidio democrático, han de ponerse a resguardo las condiciones mínimas que hacen posible el ejercicio de la democracia.¹¹ ¿Y cuáles son éstas? De nuevo aquí Waldron aduce la circunstancia del desacuerdo para oponerse a ese atrincheramiento: cuales sean los derechos que operan como condición de posibilidad de un procedimiento democrático es algo que está en discusión con lo cual, nuevamente, el respeto al derecho a tomar parte en las decisiones sobre los derechos exigiría que, al decir del filósofo neozelandés, “todo siga estando en el aire”,

[...] pues decir de alguna cuestión, que era objeto del desacuerdo basado en la buena fe, que sin embargo no estaba en el aire, sería imaginarnos, como comunidad, en una posición que nos permite tomar partido en tal desacuerdo, sin que nunca pareciera que lo hubiéramos hecho. Supongamos nuevamente que los miembros de una comunidad discuten sobre si la gente ha de tener el derecho a X. Decir, por contra, que el derecho a X no debe estar en el aire en esta comunidad, es afirmar que la comunidad ya ha adoptado una posición en el desacuerdo. Y a uno le cabe legítimamente indagar cómo exactamente llegó a producirse tal cosa (dado el desacuerdo), sin que en un estadio anterior el derecho a X haya estado sin duda en el aire en un proce-

¹⁰ *Ibid.*, p. 52, y en la misma línea Christiano, 1993, pp. 191-192, y De Otto, 1987, p. 61. Waldron se ha resistido expresamente al callejón sin salida al que Bayón considera que se ve abocado. Así, en su opinión, sí sería censurable que la Reina de Inglaterra decidiera “correctamente” un cambio en el sistema de representación de Nueva Zelanda, ejemplo imaginario con el que pretende ilustrar su tesis de que *siempre hay algo que decir sobre los medios utilizados para decidir*; cosa que resultaría incompatible con su asunción de la versión omnicomprensiva (abierta al cambio) de la regla de la mayoría; Waldron, 1999b, pp. 292-293.

¹¹ La defensa de ese modo mínimo de jurisdicción constitucional (como mera custodia del proceso democrático) ha recibido su mejor expresión, como se sabe, del constitucionalista estadounidense John Hart Ely; *vid.* 1980, p. 87.

dimiento en el que se planteara la cuestión de si el derecho era algo con lo que la comunidad debía comprometerse.¹²

Ahora bien, y como ha resaltado Bayón, por encima de las diferencias que existan entre los distintos mecanismos que pudieran formar parte del concepto matriz “procedimiento democrático” (esto es, más allá de las divergencias sobre los derechos constitutivos de la democracia y su contenido y alcance), debe haber algún núcleo compartido so pena de que ésta sea una denominación vacía. Siendo ello así, o bien el mínimo común denominador queda a resguardo del procedimiento de toma de decisiones, y en ese caso Waldron ha de reconsiderar su posición, o no queda protegido, pero entonces, nuevamente, el diseño institucional propio del constitucionalismo fuerte que denuncia, quedaría justificado desde el mismo momento en que fuera establecido mediante una decisión mayoritaria.¹³

En resumen, las críticas que ha formulado Bayón a la posición de Waldron ponen de manifiesto dos cosas. En primer lugar que, en realidad, Waldron debería asumir la primera de las piezas del diseño institucional: el resguardo de un “coto vedado” mínimo que es condición de posibilidad de la democracia, frente a ésta misma. En segundo término, y esta sería la parte de razón que le asistiría, que hay un problema de compatibilidad entre ese ideal democrático y el segundo de los engranajes: el control jurisdiccional de constitucionalidad. Dicho más rigurosamente, hay una dificultad de ajuste cuando el “coto vedado” se plasma de forma tal que su determinación (la delimitación de su contenido y alcance) queda abierta para el futuro. Como ha resaltado Bayón, si nos tomamos en serio la clausura de la regla de la mayoría a la que nos conduce la asunción del ideal de los derechos, dicho cierre habría de ser total; serían inadmisibles tanto la institución del control jurisdiccional de constitucionalidad como la previsión de un mecanismo de reforma de ese núcleo, por muy costoso que fuera el procedimiento de modificación. Así, los derechos como triunfos habrían de ser irreformables al modo en que establece la Constitución alemana.¹⁴ Con

¹² Waldron, 1999b, p. 303 (traduzco en este contexto por “estar en el aire”, la expresión “being up for grabs” que utiliza Waldron y que literalmente se vierte en castellano como algo que “está a disposición de cualquiera”).

¹³ Bayón, 1998, pp. 56-57.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 58-60. Para Víctor Ferreres la dificultad que surge entonces es la que se conoce como “objeción de la tiranía del pasado”. La solución consiste, en su opinión, en establecer una

respecto a lo que, por decirlo así, quedara situado más bien en la periferia del “coto vedado”, su determinación o reforma sí debería corresponder al órgano representativo o, mejor aún, a la ciudadanía en su conjunto, si somos respetuosos con los presupuestos del ideal moral de los derechos,¹⁵ aunque cabe imaginar formas mixtas en las que un órgano de naturaleza jurisdiccional no tiene la última palabra, pero en alguna medida puede obligar al legislador a reconsiderar la decisión que hubiera adoptado.¹⁶

suerte de “reserva de ley parlamentaria” que haría que ciertas materias quedaran excluidas de la posibilidad de ser constitucionalizadas para permitir la adaptación y el cambio necesario en el futuro; “el poder constituyente —nos dice Ferreres— debe aceptar que sólo puede tomar cierto tipo de decisiones en materia de derechos y libertades —las decisiones de contenido más abstracto—, siendo ‘incompetente’ para tomar decisiones de contenido más detallado”; *vid.* 1997, p. 111. Pero, como hemos visto, el respeto a los derechos individuales, entendidos como “triumfo frente a cualquier procedimiento”, recomendaría precisamente lo contrario: el adoptar decisiones concretas sobre su contenido y alcance que no necesiten en el futuro de mecanismo alguno de determinación. Cuestión distinta es que eso efectivamente se pueda hacer.

¹⁵ En todo caso, la reforma que sí es admisible lo es siempre que no sea al precio de adoptar un procedimiento que exija mayorías reforzadas. En relación con la “determinación”, que sea el Parlamento, y no un Tribunal Constitucional o los jueces, el encargado de custodiar los derechos individuales es algo que quiebra lo que Nino llamó en su momento la “lógica de Marshall”, es decir, el razonamiento (falaz) empleado por este juez en la sentencia *Marbury v. Madison*, o el que despliega Alexander Hamilton en *El Federalista*, núm. 78; *vid.* Nino, 1992, pp. 97-100. También Dworkin ha admitido no sólo que la lógica del razonamiento de Marshall no es de hierro (*vid.* 1986, p. 335), sino que últimamente reconoce que “muchos engranajes institucionales son compatibles con la lectura moral —de la Constitución, que él prefiere— incluyendo algunos que no dan a los jueces el poder que tienen en la estructura estadounidense” (1996, p. 7), e incluso que: “Es perfectamente posible que una nación, cuya Constitución escrita limita el poder del legislador, asigne la responsabilidad final de interpretarla a alguna institución —incluyendo el Parlamento— distinta a un Tribunal” (1997a, p. 1251). En una línea similar se han manifestado, entre otros, Michelman, 1996, pp. 148-150; Paulsen, 1994, p. 243; Rawls, 1993, pp. 234-235, y Bickel, 1986, pp. 3-4. Entre los que sí asumen la lógica de Marshall, García de Enterría (“El carácter normativo de la Constitución sólo se asegura si el juez constitucional es capaz de controlar al Legislativo”, 1995, p. 132) y Cappelletti, que la describe como “poderosa y simple”; *vid.* 1980, pp. 409-410.

¹⁶ Se abrazaría así una forma de constitucionalismo “débil” (en expresión de Bayón, 1998, pp. 45-46, 63) que tiene en el modelo canadiense su expresión más atractiva y que ha llegado a ser propuesto por Michael J. Perry como sistema susceptible de ser adoptado en Estados Unidos; *vid.* Perry, 1993, pp. 156-160. La propuesta de Michelman de crear un órgano representativo que pueda anular las decisiones de la Corte Suprema, va en la misma dirección; *vid.* 1996, p. 146. Ante este panorama no se entiende muy bien la rotundidad de la siguiente afirmación de Aja y González Beilfuss: “La marcha atrás parece imposible. Un Tribunal Constitucional

Como ha resumido el propio Bayón, el constitucionalismo fuerte es fuerte en lo que no tiene que serlo (en la institución de un órgano de custodia no representativo) y débil cuando debería ser fuerte (en el establecimiento de un coto vedado reformable, cuando habría de ser inmodificable). El ideal de los derechos bien entendido, marcaría por tanto un orden inverso en la fortaleza de las piezas institucionales que otorgan sus señas de identidad al constitucionalismo democrático.

3. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

No siendo así las cosas, es decir, estando situados en un escenario en el que la Constitución establece de forma abierta el “coto vedado” y configura un órgano jurisdiccional encargado de velarlo mediante decisiones no revisables por el legislador, parecen ser dos las posibilidades que tenemos a la vista para que nuestro compromiso con el ideal de los derechos sea compatible con la existencia de dicho órgano.¹⁷ Dos estrategias que, tratando de situarse en las coordenadas del constitucionalismo débil que he descrito en el apartado anterior, persiguen que el juez constitucional se autorrestrinja o, como la otra cara de la moneda, que sea deferente hacia el parlamento: o bien que no atienda al carácter abierto del lenguaje en que se ha delimitado el “coto vedado”, tratando, por contra, de enjuiciar la constitucionalidad de la legislación con el patrón de las intenciones específicas que tuvieron los constituyentes (apostaríamos así por el originalismo como teoría interpretativa); o bien que entienda que la legislación es conforme con la Constitución y que al Tribunal constitucional le corresponde llevar hasta sus últimas consecuencias su papel de intérprete definitivo sólo en casos extremos: cuando la vulneración de la Constitución ha sido demostrada de manera indubitada.¹⁸

encerrado en su torre de marfil y que sólo de tarde en tarde anula una ley resulta inimaginable en el futuro”; *vid. 1998, p. 288.*

¹⁷ Kelsen ya predijo, como se sabe, que los Tribunales constitucionales se convertirían en órganos con un poder “insoportable” si en las Constituciones no se dejaba de utilizar toda esa “terminología difusa como libertad, igualdad, justicia, etcétera”; *vid. Kelsen, 1983, pp. 33-34, 36 n. 11.* De hecho, como nos recuerda Eliseo Aja, los Tribunales Constitucionales nacen en Europa con la función prioritaria de resolver conflictos de competencias entre órganos constitucionales; *vid. 1998, pp. XXVIII-XXIX.*

¹⁸ Existe una tercera posibilidad que no voy a considerar y que es el casuismo o minimalismo que propugna el constitucionalista Cass R. Sunstein. Su posición trata de articular una jurisdic-

A esta segunda variante, que es de la que me ocuparé en lo que sigue, la denomino *thayerianismo* porque es en el artículo de James Bradley Thayer donde se encuentra la expresión canónica de esa forma de deferencia hacia el legislador. Según este autor, los jueces constitucionales procederán a declarar la inconstitucionalidad de la ley si los legisladores

[...] no han cometido un mero error sino un error muy claro —tan claro que no está sujeto a la inquisición racional... Esta regla reconoce que, tomando en consideración las grandes, complejas y nunca del todo claras exigencias del gobierno, mucho de lo que sería inconstitucional para un hombre, o colectivo, puede razonablemente no serlo para otros; que la Constitución frecuentemente admite distintas interpretaciones; que hay frecuentemente un margen de elección y juicio; que en tales casos la Constitución no impone sobre el legislador una opinión específica, pero deja abierto ese margen de opción; que cualquier alternativa racional es por tanto constitucional.¹⁹

Así pues, en opinión de Thayer, “la cuestión definitiva no es cuál es el verdadero significado de la Constitución, sino la sostenibilidad de la legislación”.²⁰

3.1. *Un ejemplo de deferencia en la jurisprudencia constitucional española: la sentencia de las Cámaras de Comercio (II)*

En la jurisprudencia constitucional española la expresión más reciente del thayerianismo que yo voy a defender quizás sea la STC 107/96, del 12 de

ción constitucional modesta: que favorece las analogías, los acuerdos incompletamente teorizados (para Sunstein en muchas cuestiones jurídico-políticas es más fácil ponerse de acuerdo sobre los aspectos más específicos que sobre las grandes principios abstractos que pudieran informar esas soluciones minimalistas, *vid.*, sobre ello, 1999, pp. 11-13, 1997, pp. 392-404 y 1996, pp. 35-53) y la solución del caso concreto. Por esa razón no me voy a ocupar de la propuesta de Sunstein aquí, ya que el thayerianismo que analizo como alternativa se circunscribe al ejercicio de la legislación negativa, es decir, al juicio de constitucionalidad de una norma, y no tanto a la posible invalidación de una ley en el proceso de resolver un caso individual, que es lo que motiva la teoría de Sunstein. Sobre la misma puede verse: 1999, pp. 3-4, 9-11, 39, y las críticas formuladas por Dworkin en 1997d, pp. 371-373 y 1997e, pp. 432-453.

¹⁹ *Vid.* 1893, p. 144.

²⁰ *Ibid.*, p. 150 (cursivas del autor).

junio, en la que se cuestionaba la constitucionalidad de la Ley 3/1993, del 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, por su presunta vulneración del artículo 22.1 de la Constitución española (que establece el derecho de asociación), al imponer la adscripción obligatoria a dichas corporaciones de todos los comerciantes, industriales y nautas. La mayoría del Tribunal entendió que, puesto que resulta difícil determinar si efectivamente es necesaria la afiliación forzosa para que así las Cámaras puedan desempeñar las funciones públicas que la Ley les confiere (razón única por la cual podría sacrificarse la vertiente negativa del derecho de asociación), el juez constitucional ha de deferir a la apreciación hecha por el legislador.²¹ En palabras de la mayoría:

[...] siendo la dificultad para la obtención de ciertos fines un concepto jurídico indeterminado, la intensidad de este control ha de quedar matizada separando aquellos casos en los que de forma patente y manifiesta no se aprecie dificultad para conseguir unos efectos sin necesidad de la afiliación obligatoria —zona de certeza negativa del concepto jurídico indeterminado— y aquellos otros en los que tal dificultad pueda ofrecer duda —zona de incertidumbre o penumbra del concepto—: mientras que en aquéllos este Tribunal está plenamente habilitado para la destrucción de la presunción de constitucionalidad propia de la ley, en éstos, en cambio, ha de recordarse que el “Tribunal Constitucional no puede erigirse en Juez absoluto de dicha ‘dificultad’, en cuya apreciación, por la propia naturaleza de la cosa, ha de corresponder al legislador un amplio margen de apreciación” (SSTC 113/1994 y 179/1994).²²

²¹ STC 107/96 (FJ 4, 8, 10). Otra expresión de flagrante thayerianismo se encuentra en el voto que formula el Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga a la STC 55/96, en la que el Tribunal Constitucional afirma la constitucionalidad de la pena privativa de libertad que establecía el Código Penal para el delito de negarse a realizar la prestación social sustitutoria (*vid. infra* nota 27). Coinciendo con el resultado final alcanzado por la mayoría, Jiménez de Parga indica: “Yo hubiera querido que la Sentencia del Pleno arrancase de este postulado básico. La solución de las cuestiones planteadas se habría reforzado con una afirmación rotunda de la presunción de constitucionalidad de las leyes. A mi entender, *sólo son inconstitucionales los preceptos legales que de forma clara, evidente, de un modo tan manifiesto que no admite duda, infringen la Constitución*” (énfasis mío). En el mismo espíritu thayeriano añade: “Una norma irracional no puede ser constitucional. Discutible, en cambio, es que toda ley racional sea constitucional”.

²² STC 107/96 (FJ 9). En una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional, sin embargo, este órgano no percibió dificultad alguna que le condujera a deferir al juicio del le-

Para la minoría, en cambio, no entrar a valorar la necesidad de tal adscripción a los efectos de sacrificar un derecho fundamental y deferir al juicio hecho por el legislador, supone lisa y llanamente una abdicación del Tribunal Constitucional en su papel de garante de la Constitución (y especialmente de los derechos fundamentales de los ciudadanos); “una suerte de *non liquet* por parte del Tribunal”.²³ En su opinión, el enjuiciamiento que corresponde al Tribunal no es el de si la obligatoriedad de la afiliación a las Cámaras aumenta o facilita la consecución de sus funciones, sino si es necesaria para ello o, al menos, si en caso contrario (permitiendo no afiliarse) resulta especialmente difícil el cumplimiento de esos objetivos. Lo primero, se nos dice, pertenece al ámbito de la oportunidad política o de los propósitos legislativos, coto vedado para el Tribunal Constitucional, cuya tarea resulta ser más bien la “del contraste abstracto y objetivo de las normas legales impugnadas con aquellas que sirven de canon de su constitucionalidad”.²⁴

Con la reproducción del razonamiento de la mayoría, quiero resaltar que el thayerianismo no ha de presuponer necesariamente que el legislador interpreta la Constitución de manera prioritaria (siquiera sea implícitamente). El ejercicio de legislar *puede* llevar aparejada una función de determinación

gislador que había establecido en la Ley Orgánica del Estatuto de los Centros Escolares la afiliación obligatoria a las asociaciones de padres de los centros, como única vía de participación en el control y gestión de los mismos. En aquella ocasión afirmaba: “Es cierto, además, que el derecho de participación reconocido por la Constitución en el artículo 27.7 está formulado sin restricciones ni condicionamientos y que la remisión a la Ley que haya de desarrollarlo (que es la presente Ley Orgánica) no puede en modo alguno entenderse como una autorización para que ésta pueda restringirlo o limitarlo innecesariamente, y como esto es lo que indebidamente hace el artículo 18.1 de la LOECE al exigir el cauce asociativo, hay que declarar que tal precepto es inconstitucional, y que los padres podrán elegir sus representantes y ser ellos mismos elegidos en los órganos colegiados de gobierno del centro por medio de elecciones directas sin que tal elección haya de realizarse a través del cauce asociativo...” (STC 5/81, del 13 de febrero, FJ 19).

²³ Véase el voto particular que firma el Presidente D. Álvaro Rodríguez Bereijo y al que se adhieren los magistrados, D. Julio Diego González Campos, D. Carles Viver Pi-Sunyer y D. Tomás Vives Antón. En él resuenan los ecos del voto particular del magistrado D. Francisco Rubio Llorente a la STC 12/82 (*vid. supra* nota 3), donde se reprochaba esa actitud de deferencia porque: “En lo que toca a la libertad, la Constitución no es el simple encabezamiento de una hoja en blanco en la que el legislador pueda, a su arbitrio, escribir indistintamente la afirmación o la negación”.

²⁴ *Ibid.*

deliberada del significado de la Constitución, como me parece que ocurre en España cuando, por imperativo del artículo 53.1, el legislador desarrolla los derechos fundamentales. En esos supuestos sí cabría afirmar que el legislador se ha propuesto una interpretación constitucional, pero esto es contingente.

La idea que yo entiendo informa al thayerianismo no es tanto la de una apuesta por otro sentido del término “interpretar”²⁵ que podría ser aplicado a la función legislativa, sino la de que ésta es por lo general desarrollada de manera conforme con la Constitución pues la norma fundamental acoge un rango de opciones muy amplio. Adaptando un tanto la terminología que ha empleado José Juan Moreso para analizar el concepto de primacía de la Constitución,²⁶ se podría decir que el thayerianismo supone que el universo constitucional *es infinito* (por serlo el número de sistemas constitucionalmente posibles) para el legislador, pero *limitado* (porque no deja de haber un umbral cuyo traspaso supone la ruptura constitucional). Ello hace que el thayerianismo esté comprometido con la tesis de que en muchas zonas de la Constitución no se ofrece una única respuesta correcta, sino que, como se afirmaba en una sentencia muy temprana del Tribunal Constitucional español, aquella “es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas”²⁷

²⁵ Con lo cual decaen, sin que hayamos de detenernos mucho en ellas, las objeciones al thayerianismo basadas, como en el caso de Tushnet (*vid.* 1993, p. 21), en un argumento apoyado en la estipulación sobre el término “interpretar”.

²⁶ 1997, pp. 168-169.

²⁷ *Vid.* STC 11/81, del 8 de abril (FJ 7). A esta idea responde el principio de “libertad de configuración del legislador” que, como ha señalado Jiménez Campo, recorre toda la jurisprudencia constitucional española (1998, p. 179). Este principio ha sido especialmente invocado en los supuestos relativos al principio de proporcionalidad de la sanción penal. Así, en la STC 55/96, del 28 de marzo, sobre la constitucionalidad de la pena impuesta por el delito de negarse a realizar la prestación social sustitutoria, el Tribunal afirmaba: “La respuesta a esta cuestión debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. Así lo hemos afirmado ya en otras ocasiones... sin que parezca necesario ahora ahondar en su justificación a la vista de nuestro Texto constitucional”.

3.2. *El thayerianismo y el “aguijón semántico”*

A primera vista parecería que el thayerianismo juega sus bazas empleando, como denunciaba el Dworkin de 1986, un argumento meramente semántico: “Debemos entender que la pasividad declara que como cuestión

nal y de los postulados básicos de un criterio democrático de legitimidad en la organización del Estado” y más adelante “el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanen del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución precisa y unívoca” (FJ 6). En igual sentido se manifiesta la STC 161/97, del 2 de octubre (sobre la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, FJ 9, 11 y 12), la STC 5/81, del 13 de febrero (sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica reguladora del Estatuto de Centros Escolares, FJ 12, 15), y la STC 115/87, del 7 de julio (sobre la constitucionalidad de ciertos preceptos de la Ley de Extranjería, FJ 1). En otros casos el Tribunal Constitucional no ha sido en cambio renuente a la hora de desplazar la ponderación hecha por el legislador. Además de la reciente STC136/99, del 20 de julio, que resolvía el recurso de amparo de los miembros de la mesa nacional de HB, cabe mencionar la STC 116/87, del 7 de julio, que juzgó como contrario al principio de igualdad el tomar la fecha de comienzo de la guerra civil como criterio diferenciador entre los militares republicanos con derecho al cobro de ciertos haberes pasivos (*vid.* FJ 8 y 9 y el voto particular formulado por los magistrados D. Francisco Rubio Llorente y D. Luis Díez-Picazo donde por esa razón se reprocha a la mayoría haber invadido el terreno de juego del legislador), y la STC 199/87, del 16 de febrero, en la que el Tribunal Constitucional entiende que el artículo 13 de la Ley Orgánica 9/1984, del 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas que, en aplicación del artículo 55.2 CE, amplía el plazo de detención preventiva a una semana más allá de lo previsto en el artículo 17.2 CE, es inconstitucional pues dicha prolongación resulta excesiva y no se han dado razones por las cuales la misma se revela estrictamente necesaria (FJ 8). También la llamada “doctrina” acoge el thayerianismo en el sentido indicado por el principio de libertad de configuración del legislador; *vid.* Pérez Royo, 1998, pp. 132-133, y Aragón, 1988, pp. 38-40, entre otros. En su clásico manual, Ignacio De Otto lo formula del modo siguiente: “La Constitución se compone así de normas fragmentarias en el sentido de que los preceptos que contienen son compatibles con diversas regulaciones legislativas que no están regidas por la necesidad de complementar o desarrollar la norma constitucional, sino por el *imperativo de no contradecirla*. Ley constitucionalmente correcta no es ley conforme con la Constitución —por eso no cabe hablar de mayor o menor conformidad— sino que es ley *no contraria*, como lo pone de manifiesto el Tribunal Constitucional cuando desestima un recurso de inconstitucionalidad”; *vid.* 1987, pp. 47-48 (cursivas del autor).

jurídica las cláusulas abstractas de la Constitución no garantizan derecho alguno a los ciudadanos, excepción hecha de los derechos específicos que emergen de manera incontrovertible meramente del lenguaje de dichas cláusulas”.²⁸ Me atrevo a sostener que esto no es así, y que esa pasividad se basa en una reconstrucción que, como opina el Dworkin de 1997, otorga importancia a las intenciones semánticas de los constituyentes²⁹ y aco-ge una mejor interpretación del ideal de los derechos bajo la luz arrojada por los críticos de la versión fuerte del constitucionalismo.

²⁸ 1986, p. 371.

²⁹ Precisamente en este elemento se apoya una de las últimas críticas de Dworkin al originalismo. La idea es, sumariamente descrita, que los originalistas, por no distinguir entre lo que el constituyente “quiso decir” y las expectativas que hubiera podido albergar sobre las consecuencias que se producirían por decir lo que dijo, cometerían un acto de infidelidad con respecto al constituyente. Cuando la dueña de una empresa le dice a su jefe de personal: “Escoge al mejor candidato. Por cierto, mi hija está entre ellas”, no cabe afirmar que el jefe de personal fuera infiel a las instrucciones si no escoge a la hija de la propietaria sino al mejor (ha sido fiel a las intenciones semánticas aunque haya frustrado los propósitos que hubiera podido albergar la dueña sobre los efectos de su preferencia; *vid.* Dworkin, 1997c, pp. 116-118, 120-121 y 1997a, pp. 1255-1256). Con esta insistencia en la intención semántica, Dworkin nos re-cuerda que lo que alguien dice no porta consigo la etiqueta de su nivel de abstracción (para que entonces éste sirva como criterio de determinación de la mayor o menor exactitud de la descripción de lo dicho), aunque respecto a lo dicho sí hay descripciones sobre el nivel de generalidad mejores y peores (1997b, p. 1808 y 1985, pp. 49, 52-53). La adecuación, nos dice en el prólogo a *Freedom's Law* y en 1997a, p. 1270, es dependiente de las circunstancias de la emisión y del medio utilizado. En el ejemplo anterior, son ciertas convenciones semánticas, en definitiva, lo que permiten al jefe de personal reconocer, por esa emisión, la pretensión de la dueña de inducirle la acción de escoger al mejor candidato (al respecto *vid.* Grice, 1969, p. 153). Esta explicación ha llamado la atención de Schauer porque no da buena cuenta de la práctica constitucional en Estados Unidos (la “lectura moral” de la Constitución no parece depender de las intenciones semánticas, pues una cláusula como la novena enmienda nunca ha sido utilizada, y sin embargo otras menos abstractas sí han incitado tal lectura; *vid.*, en el mismo sentido Sunstein, 1996, pp. 20, 27, 33-34), y además socava uno de los cimientos de la concepción antipositivista del derecho de Dworkin (Schauer nos recuerda que aquella emerge de una reconstrucción del caso Elmer en la que se defiende la tesis de que la claridad del derecho no es una cuestión se-mántica sino relativa a argumentos mejores o peores en favor de las interpretaciones rivales; *vid.*, Schauer, 1997, 1302-1304, 1309). En su respuesta a Schauer, Dworkin ha recuperado los ingre-dientes clásicos de su teoría interpretativa para afirmar que la concepción del derecho como integridad exige que no sólo sea relevante la intención semántica sino que su fuerza relativa a otros factores es en sí un asunto interpretativo, dependiente de la naturaleza de la cuestión ju-rídica en juego. El objetivo sigue siendo dar al acto lingüístico del constituyente el mejor sen-tido que se pueda a lo que hicieron cuando lo hicieron (Dworkin, 1997b, p. 1815).

Con todo, al incorporar ambas dimensiones y decir que el lenguaje no marca *toda* la diferencia, no se asume la tesis de que *no marca ninguna*. De hecho, recuérdese que las objeciones de Bayón que nos obligan a reconsiderar el diseño del constitucionalismo fuerte, se apoyan en la idea de que el *constituyente pudo haberlo hecho mejor mediante ciertas acciones* (declarando inmodificable el “coto vedado”); que el constituyente, como cualquier emisor, o agente, puede procurar ciertos cambios en el mundo que serán tenidos en cuenta. Es evidente que no puede controlar *completamente cómo*,³⁰ pero sea como fuere, nuestra forma más primaria de ver las cosas es que cuenta con instrumentos (en nuestro caso el lenguaje) para que nosotros podamos decir, por ejemplo, que en Canadá la Corte Suprema no tiene la última palabra sobre el alcance y contenido del “coto vedado” *porque el artículo 33 de la Constitución canadiense dice tal cosa*, e inversamente, que en la gran mayoría de los sistemas que conocemos no es ese el diseño que nos hemos dado sino que, como en el caso español, existe un Tribunal Constitucional con poder decisorio último sobre la constitucionalidad de las leyes *por lo que dice el artículo 164.1 de la Constitución española* o, como afirma Dworkin, que en los Estados Unidos la cuestión de quién tiene aquel poder quedó zanjada en la opinión del juez Marshall en la sentencia *Marbury v. Madison*.³¹

Reparemos en esto último porque es interesante. ¿Qué le permite al autor de *Los derechos en serio* afirmar la claridad de esta regla de competencia? Cómo ha sido apuntado por notables comentaristas de Dworkin, y por él mismo, la concepción interpretativa del derecho que defiende se apoya en buena medida en el principio de caridad: en ese axioma que ha transitado desde la filosofía de la ciencia a la filosofía del lenguaje y ahora a la teoría del derecho, y que nos recomienda, dicho muy simplificadamente, atribuir a nuestros interlocutores el mayor número posible de creencias y proposi-

³⁰ Como ha resaltado Raz (1996, p. 271) la autoridad actúa sobre la base de convenciones lingüísticas y también con el conocimiento de las convenciones sobre cómo se va a interpretar lo que dice (convenciones interpretativas). Pero eso, obviamente, no le procura un control absoluto sobre las lecturas futuras de sus emisiones, pues si el intérprete acude a las convenciones interpretativas reinantes en el momento en que la autoridad actúa, ello es también fruto de una convención que ésta ya no puede controlar; *vid.*, al respecto, Dworkin, 1986, pp. 324, 447 n. 4.

³¹ 1986, p. 370.

ciones verdaderas. Para el dominio del derecho esto significa, como es bien sabido, verlo en su mejor perspectiva como guía para la solución de los casos, de acuerdo con la propuesta dworkiniana, y para el ámbito de la discusión teórica y científica, tratar de ver los argumentos y razones ajenas en su mejor aspecto. Aplicar esta máxima a la afirmación de Dworkin de que la cuestión de quién tiene la última palabra sobre los derechos fundamentales está zanjada desde la sentencia del juez Marshall supone, como poco, que no habremos de atribuir a Dworkin una comprensión del fenómeno jurídico en términos de “actos brutos de los jueces” a partir de una semántica ingenua según la cual lo que dijera Marshall porta su significado operando como una especie de contador “geiger”.³² Es decir, no debemos pensar que a Dworkin le picó el “aguijón semántico” al atribuir esos efectos meramente a las palabras vertidas en una resolución judicial. Otra cosa sería traicionar el dicho principio de caridad; una traición equivalente a la que él practica cuando niega sin más que el thayerianismo pueda ser una posición que se apoya en una mejor caracterización de la práctica constitucional. Y puede ser una reconstrucción más atractiva aunque para ello, y separándose en esto del planteamiento dworkiniano, el thayerianismo *si considere que lo que hagan los constituyentes o los legisladores cuenta como un ingrediente muy importante*:³³ tanto para respetar la dimensión de encaje (el thayerianismo no es posible con respecto a la Constitución *tout court* y sí puede dar cuenta de lo que ha sido la práctica del control judicial de constitucionalidad, por ejemplo, en Estados Unidos³⁴) como para ofrecer la mejor justificación de la misma (es más compatible con el ideal de los derechos).

³² El iluminador parangón se debe a Jeremy Waldron; *vid. 1994*, p. 510.

³³ En ese sentido, *vid. McConnell*, 1997, p. 1274.

³⁴ De acuerdo con el estudio de Clinton (1989, pp. 100-123) si hubiéramos tenido que hacer la “novela en cadena” de la institución del control judicial de constitucionalidad en 1957 (154 años después de *Marbury v. Madison*), habríamos encontrado tan sólo 38 menciones de esta sentencia y no siempre en el sentido de cimentar el papel activo de los jueces como intérpretes constitucionales. Es verdad que a partir de ese momento, y coincidiendo con el período más activo de la Corte, es adoptada como un talismán, aunque, como el propio Dworkin dice de ella (*vid. supra* n. 15), no es una decisión que cuente con una lógica de hierro para justificar la institución.

4. EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO LEGISLATORE*

Cuestión distinta es que el thayerianismo sea practicable y cómo lo pueda ser. La versión que yo defenderé es la variante fuerte, y en un aspecto la más fiel a Thayer, de la presunción de constitucionalidad de las normas.³⁵ Lo que trataré de explorar es bajo qué condiciones y con qué consecuencias ésta puede ser una posición fértil.

Defender el principio *in dubio pro legislatore* implica que al que alega la inconstitucionalidad le corresponde la carga de la prueba y que ante la falta de elementos suficientes para constatarla se utiliza la presunción como forma de salir del *impasse*.³⁶ La presunción de constitucionalidad opera por tanto *ex post*, una vez comprobada que la “prueba de cargo” no es suficiente para destruir la constitucionalidad de la ley.³⁷ Por ello no tendría sentido afirmar, como hace el constitucionalista Steven Calabresi, que “una vez un Tribunal ha presumido que la ley es constitucional, se pone punto final a su obligación de ser deferente. En ese punto, no hay necesidad de encontrar que el legislador ha cometido un claro error para que su decisión pueda invalidarse —es suficiente cualquier error viejo, incluso opaco”.³⁸ Las

³⁵ Y no la versión auténtica del propio Thayer que consistiría en “traducir” constitucionalidad por racionalidad de la legislación (*vid. supra* nn. 19, 20, 21). Este parámetro ha sido utilizado frecuentemente, como se sabe, en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos. En el ámbito socioeconómico, la Corte Suprema exige simplemente que la legislación no sea irracional (*rational basis test* o *minimal rationality review*), lo cual hace que, puesto que un defecto de mera racionalidad instrumental sea rarísimo (o más bien la Corte no se sienta autorizada ni siquiera para indagar su posible comisión) sobre esas materias la deferencia sea total. Sin embargo, cuando hay algún derecho fundamental involucrado (especialmente un derecho de libertad o *liberty interest*), la Corte, en aplicación de una interpretación sustantiva de la enmienda XIV del debido proceso, somete la legislación a un escrutinio más estricto (*strict scrutiny*), exigiendo del legislador que muestre una razón suficientemente poderosa (*compelling*) que justifique el sacrificio. Es obvio que el debate entonces se traslada a la previa decisión de si hay o no un derecho individual en juego, o mejor dicho, si éste se encuentra o no recogido en la Constitución de los Estados Unidos, como muestran las dos decisiones que mejor exemplifican el juego de ambos test: *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965) y *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973).

³⁶ Sunstein, 1999, p. 6; Ferreres, 1997, pp. 141, 160; Perry, 1993, pp. 87, 120; West, 1993, pp. 241-242, y White, 1993, p. 77.

³⁷ Véase en ese sentido, entre otras, la STC 63/1993: “el principio *in dubio pro reo* sólo entra en juego cuando, efectivamente practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia...”

³⁸ Calabresi, 1993, p. 275.

cosas funcionan de otro modo: el Tribunal presume que la ley es constitucional (aunque “de hecho” pueda no serlo) *una vez que* le quedan dudas al respecto; hasta ese momento la ley *es* constitucional al igual que el reo *es* inocente.³⁹

A mi entender, y en esto las analogías con el procedimiento penal siguen siendo iluminadoras, la presunción de inocencia lleva aparejada necesariamente una cierta *actitud* por parte del juzgador. En el caso del procedimiento penal ésta se cifra en la apuesta por el principio acusatorio: el Tribunal penal *está a la espera* de que sea demostrada la culpabilidad y *no tratando de encontrarla*. En el ámbito del juicio de constitucionalidad la prohibición del principio inquisitivo encuentra su paralelo en la disposición deferente o autorrestrictiva por parte del Tribunal Constitucional que ya he mencionado. Por eso la indicación de Calabresi no acierta a dar cuenta de lo que realmente implica el thayerianismo, porque no cualquier error ha de valer para declarar la inconstitucionalidad, y sobre todo, el *Tribunal Constitucional* *está especialmente confiado en que el legislador no lo ha cometido*. Como afirma Ferreres: “el juez constitucional no debe considerar que el principal enemigo de los derechos sea la mayoría parlamentaria. No hay razón, por tanto, para que proyecte una actitud de sospecha sobre las leyes que restringen derechos constitucionales”⁴⁰

Si proseguimos en esta dirección de encontrar paralelismos, bajo la presunción fuerte de constitucionalidad hay un anhelo similar al que da forma a la noción de imperio de la ley. Así, y en aras a que los individuos puedan desarrollar sus planes de vida de manera autónoma, pensamos que el derecho es un instrumento eficaz para ello cuando les dota de amplios

³⁹ Así, los individuos somos inocentes (y no *presuntamente*) hasta que se demuestre lo contrario, si bien es verdad que desde el momento en que somos imputados no somos “tan” inocentes (de hecho somos *presuntos culpables*), pues entre otras cosas cabe adoptar medidas cautelares contra nosotros que llegan hasta la privación de libertad. Pero incluso en ese caso, además de concurrir las circunstancias que establecen los apartados primero y segundo del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tienen que existir “motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión” (apartado 3 del artículo 503 LECrim).

⁴⁰ 1997, p. 269. A Francisco Laporta debo otro argumento que transita en la misma dirección: cuando los magistrados del Tribunal Constitucional son elegidos por el Parlamento, ¿cómo es posible que mantengan posteriormente una actitud de recelo sobre sus decisiones cuando ostentan la competencia de control de la constitucionalidad *gracias a una de esas decisiones*?

márgenes de libertad y además aporta certeza sobre las consecuencias de sus acciones. Ofendería a ese ideal afirmar que los individuos “tienen que arriesgarse” o que sus decisiones “tienen hoy mucho de decisión en la incertidumbre”, que es precisamente lo que un destacado representante del constitucionalismo fuerte como Jiménez Campo predica en relación con la actuación legislativa.⁴¹ Él mismo ha insistido en la necesidad de limitar las sentencias llamadas interpretativas que el Tribunal Constitucional dicta de cuando en cuando, si resulta que hay una jurisprudencia consolidada sobre el significado de la formulación normativa. El Tribunal Constitucional puede tener la tentación de separarse de esa interpretación que se ha decantado haciendo una lectura que permita salvar la constitucionalidad de la norma. Tal construcción podrá ser muy lógica, pero, nos dice Jiménez Campo, la certeza del derecho es un factor que cuenta con mayor peso, y que ha de jugar como freno frente a ese género de sentencias.⁴² En esa misma línea, uno se pregunta a continuación por qué abandonamos la preocupación por la certeza cuando a lo que nos tenemos que enfrentar es a la delimitación del ámbito de actuación posible para el Parlamento. Esa inquietud es la que, como antes comentaba, cimenta la apuesta por el thayerianismo.

Para procurar certeza es obvio que, tanto en el plano de la acción de los individuos como de la función legislativa, no sólo se confía en las actitudes de los juzgadores sino que se fijan ciertas reglas procedimentales que aseguran la operatividad, en el primer caso, del principio acusatorio.⁴³ Tam-

⁴¹ *Vid.* Jiménez Campo, 1998, p. 180 y 1997, p. 19. Aja y González Beilfuss también han llamado la atención sobre la quiebra del imperio de la ley que origina esta tendencia de permanente sospecha sobre el legislador (*vid.* 1998, p. 261) o de interinidad de la ley al modo en que describe Jiménez Campo; *vid.* 1997, p. 20.

⁴² Jiménez Campo, 1998, p. 190.

⁴³ En el procedimiento penal español, esa actitud “pasiva” sólo cede cuando el juez advierte un “manifiesto error” en la calificación jurídica de los hechos (*vid.* artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En ese supuesto, se permite al Presidente del Tribunal el uso de una fórmula que no puede ser más deferente: “Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado... le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de...” En el párrafo tercero de ese mismo artículo se insiste en que el juzgador habrá de hacer uso de la mencionada prerrogativa con “moderación” y sólo con respecto a los delitos perseguibles de oficio (y no incluyéndose los errores sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad ni

bién en el procedimiento de enjuiciamiento constitucional en España uno puede encontrar las huellas de la pasividad, aunque no deja de haber signos de todo lo contrario. Así, con respecto a lo primero, cabe que el proceso termine por desistimiento,⁴⁴ y, no siendo el caso, se propugna que la decisión debe ser incondicionada como manifestación del carácter de legislador negativo que según Kelsen encarnaba un Tribunal Constitucional que juzgara abstractamente las normas.⁴⁵ Pero junto con estas notas, conviven pese a todo, rasgos que denotan un cierto activismo: el sacrificio del prin-

del grado de participación). También es una manifestación de esta pasividad la cierta libertad compositiva que permite el artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (cuando la pena solicitada por la acusación fuese de carácter correccional, y la representación del procesado se conforme con la misma, el Tribunal “dictará sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada”). En el ámbito del derecho privado este principio de congruencia se consagra en los artículos 359 y 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y suele condensarse en la fórmula de que el juez “no puede conceder más de lo pedido ni menos de lo resistido”.

⁴⁴ Artículo 86.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Debo a María Ángeles Ahumada el haberme llamado la atención sobre este punto.

⁴⁵ *Vid.* Jiménez Campo, 1998, pp. 188-189. Es verdad que, como indica este mismo autor, en nuestro sistema no caben las inconstitucionalidades hipotéticas ni las derivadas de la omisión (*vid.* 1997, pp. 67, 72), ni las modulaciones de la declaración de inconstitucionalidad (como en Austria, donde se permite al Tribunal declarar una “vacatio de nulidad”, hasta tanto el legislador recompona la situación, *vid.* 1998, pp. 194-195). Pero como el propio Jiménez Campo se encarga de resaltar, no han sido infrecuentes las decisiones de mera inconstitucionalidad (no acompañadas de la correspondiente nulidad como impone el artículo 39.1 de la LOTC, pues esta última habría supuesto una agravación del vicio que motivó la declaración de inconstitucionalidad; *vid.* Jiménez Campo, 1998, pp. 194-195, 197, y Aja y González Beilfuss, 1998, p. 260), las sentencias intermedias (de carácter interpretativo, especialmente, *vid.* Aja y González Beilfuss, 1998, pp. 259-261, 274-282), cuando no las recomendaciones (así en la STC 3/83, del 31 de enero: “Sería conveniente que el legislador, para superar la excesiva rigidez de la norma, reformara el artículo 170 y conexos, para que evitara la imposibilidad de recurso en supuestos de falta de medios o de simple falta de liquidez, a través, en este último supuesto de medios conocidos y seguros empleados en la práctica económica —aval bancario, depósito de valores, etcétera— de modo similar a como prevé el artículo 183 de la LPL para las empresas concesionarias de servicios públicos” FJ 5 y *vid.* la crítica que a este proceder del Tribunal se contiene en el voto formulado por el magistrado D. Jerónimo Arozamena Sierra) o los juicios de perfectibilidad que convierten al Tribunal en un auténtico legislador positivo (*vid.*, por todas, la STC 53/85, del 11 de abril, en la que se declaró la inconstitucionalidad de la despenalización del aborto, en especial los votos particulares formulados por los magistrados D. Francisco Tomás y Valiente y D. Francisco Rubio Llorente).

cipio de congruencia que encarna el artículo 39.2 LOTC,⁴⁶ el que el Tribunal pueda comunicar la existencia de motivos distintos de los alegados para acordar la admisión o inadmisión o la estimación o desestimación de la pretensión constitucional (artículo 84.1 LOTC) y la posibilidad de acordar de oficio la práctica de la prueba que estime necesaria (artículo 89.1 LOTC).

Pero más que depurar estos últimos elementos procesales o afianzar los primeros, de lo que se trataría es de precisar más rigurosamente el alcance mismo de la regla presuntiva, y a eso me dispongo a continuación.

5. EN DEFENSA DEL THAYERIANISMO FUERTE

En el esfuerzo más sólido que en esa dirección se ha hecho en España (en mi opinión, el de Víctor Ferreres), la apuesta es por relajar el grado de fuerza presuntiva invocado por Thayer,⁴⁷ pues, en su opinión:

[...] si la mayoría parlamentaria sabe que el juez sólo invalidará las leyes que sean manifiesta e inequívocamente inconstitucionales, no tiene ningún incentivo institucional para deliberar en aquellos casos en los que existe controversia moral en la comunidad política. En efecto, en estos casos el legislador sabe que el juez no podrá decir que la interpretación de la Constitución en la que descansa la ley es clara e inequívocamente incorrecta, pues el carácter controvertido del caso impide, por definición, que el juez pueda caracterizar de este modo la interpretación del legislador (siempre que éste adopte alguna de las opciones políticas y morales entre las que se debate la comunidad). Pero resulta que es precisamente en los casos en que existen fuertes discrepancias morales en el seno de la comunidad política cuando es de especial importancia asegurar que las decisiones se tomen con la mayor deliberación posible. Si en esos casos basta que la ley no sea clara e inequí-

⁴⁶ “El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso”. En Alemania el Tribunal cuenta también expresamente con esta prerrogativa y en Italia excepcionalmente; *vid.* Aja y Bielfuss, 1998, p. 266.

⁴⁷ Ferreres, 1997, pp. 139, 162, y Grey, 1993, p. 41. Thayer no hace sino trasladar el *standard* del procedimiento penal norteamericano (la culpabilidad ha de demostrarse más allá de cualquier duda razonable, *beyond any reasonable doubt*) al ámbito del juicio de constitucionalidad.

vocamente inconstitucional, la existencia del control judicial no constituirá entonces un incentivo institucional para que el legislador delibere adecuadamente acerca de las razones a favor y en contra de las distintas propuestas posibles.⁴⁸

Ahora bien, y como antes indicaba en relación con el juego de la presunción y la caracterización errónea de Calabresi, si las circunstancias sociopolíticas en las que el Tribunal Constitucional cumple su función son las del desacuerdo razonable, esto es, si resulta que el legislador no promulga normas groseramente contrarias a la Constitución,⁴⁹ de nuevo cabe que nos preguntemos si el modelo defendido por Ferreres no está basado en el prejuicio.

Pues, ¿qué nos hace pensar que la deliberación no ha sido adecuada?⁵⁰ Ferreres no nos da muchas pistas, pero yo imagino que la inadecuación tiene que ver con la vulneración de ciertas reglas mínimas que confieren iguales oportunidades a todos los parlamentarios para exponer su posición y votar (lo cual puede conllevar el empleo de un buen número, en todo caso finito, de sesiones deliberativas previas a la adopción de la decisión), y no tanto a que no se haya alcanzado *la decisión adecuada* pues en ese caso no se entendería muy bien por qué se delibera. Pero entonces lo que nos falta es el presupuesto de darse las circunstancias que el propio Ferreres llama de “normalidad política”. Parafraseando el mismo argumento que él utiliza para no admitir la presunción fuerte de constitucionalidad, pero en este caso para sí apoyarla, cabría afirmar que “si *no* se reconociera a la ley una presunción muy fuerte de constitucionalidad, nos encon-

⁴⁸ Ferreres, 1997, p. 186 (cursivas mías), y en la misma línea, pp. 139, 180, 187. La construcción de Ferreres, con todo, deja sitio para tres enmiendas; tres circunstancias en las que la actitud del Tribunal sí debe ser recelosa: cuando hay una posible afectación del principio de igualdad en relación con personas que se insertan en grupos vulnerables (*ibid.*, pp. 242-268) o de los derechos de participación política si se puede entender que la mayoría no es imparcial (*id.*, pp. 269-275) y cuando el juicio de constitucionalidad se proyecta sobre leyes que pertenecen al sistema “por inercia” (en este caso la presunción desaparece; *id.*, pp. 218-226).

⁴⁹ “[...] queda derogado el principio de dignidad de la persona” o “queda derogada la democracia...”, exemplifica Ferreres al hilo de los límites de la reforma constitucional, *id.*, p. 238 y pp. 212-213.

⁵⁰ O, *ex ante*, que hay afectación del principio de igualdad o que la mayoría es parcial.

traríamos ante un sistema de justicia constitucional pensado para una democracia en crisis".⁵¹

Ferreres arguye que la presunción no puede ser tan fuerte porque, en otro caso, el Parlamento, dicho ligeramente, “se relaja”. Pero tal vez cupiera ver las cosas de otro modo, y en tal sentido entender que no siendo muy fuerte la presunción, es el Tribunal el que se relaja en su enjuiciamiento constitucional. Si sólo pudiera declarar la inconstitucionalidad de las leyes por unanimidad, y, admitiendo como el propio Ferreres hace, que las magistradas discrepantes (o el magistrado discrepante) no son irrazonables por el mero hecho de dudar,⁵² podríamos pensar que las partidarias de la inconstitucionalidad van a tener que afinar mucho sus argumentos obteniendo así una decisión muy sólida si logran el consenso.

El problema, en definitiva, sobre el que Ferreres también llama la atención, no es tanto que una regla de presunción fuerte desincentive la deliberación adecuada *sino que haga inútil el control de inconstitucionalidad*. Así, si consecuentemente dijéramos que las normas promulgadas por el legislador son constitucionales ante la constatación de la duda de cualquiera, es decir, que sólo cabría la declaración de inconstitucionalidad por decisión unánime, se cerniría la sospecha de que el Tribunal Constitucional es irrelevante; que se convierte en un “convidado de piedra”.⁵³ Defender por tanto el thayerianismo fuerte, es justificar de qué modo no lo sería. Pero antes de hacerlo no puedo dejar de salir al paso de una posible objeción a la aplicación de la regla del consenso.

Exigir mayorías reforzadas (y más aún la unanimidad) para la adopción de decisiones suele ser visto como una flagrante vulneración del principio de igualdad pues la elección en favor de que cambie el *statu quo* resulta más

⁵¹ *Vid.* Ferreres, 1997, p. 212 (la negrita es mía para resaltar que esa negación no figura en el original).

⁵² *Ibid.*, p. 211, y Nagel, 1993, p. 198.

⁵³ En ese sentido *vid.* Perry, 1993, pp. 152-153, rescatando una opinión disidente del que ha sido considerado el juez de la Corte Suprema más thayeriano de la historia: Felix Frankfurter. En la sentencia *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (319 US 624, 1964) la mayoría de la Corte declaró ser contrario a la primera enmienda no eximir a los testigos de Jehová de la obligación de saludar a la bandera en los colegios públicos, y Frankfurter declinó sumarse a dicha tesis porque sobre esa obligación, y su encaje constitucional, la gente podía razonablemente diferir.

costosa que su mantenimiento. Pero, como vimos en el segundo apartado, la regla de la mayoría no cuenta con un dominio universal de aplicación, siendo esta la razón precisamente por la que se justifica la articulación de una forma débil de constitucionalismo. Por recurrir a otros ejemplos, los jurados en España no deciden por mayoría tener por probados los hechos desfavorables para el reo, sino que se precisan siete votos de nueve.⁵⁴ No parece que se vulnere por ello la igualdad de los integrantes del jurado. De manera similar, hemos de recordar que lo que en nuestro ámbito representa el *statu quo* no es sino una decisión democrática ya adoptada, que efectivamente queremos privilegiar.

No se puede negar, con todo, que esta transformación del principio *in dubio pro legislatore*, en la máxima *en desacuerdo pro legislatore*,⁵⁵ pues se otorga el mismo efecto de “absolver” a la disidencia de cualquiera, entraña peligros. Mi propuesta para conjurarlos pasa, en primera instancia, por no confundir *la duda de cualquiera con cualquier duda*. Por eso he venido insistiendo en que nos debemos encontrar ante la expresión de una duda razonable. Y ello quiere decir la *exposición de las razones por las cuales no son concluyentes los argumentos aducidos en favor de la inconstitucionalidad*. Y digo “exposición” deliberadamente, porque al fin de evitar o desincentivar la actuación desleal o arbitraria o meramente caprichosa del disidente, pudiera pensarse en que a él o ella o a la minoría que propugna la constitucionalidad de la norma, les habría de corresponder la redacción de la sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad, para así poner a prueba la razonabilidad de su disidencia y someter a la opinión pública y a la comunidad de los juristas su defensa del Parlamento.⁵⁶

⁵⁴ Artículo 59.1 Ley Orgánica 5/1995, del 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

⁵⁵ En la STC 63/93, del 31 de marzo, el Tribunal Constitucional indica, frente a la alegación del recurrente que afirmaba que se había vulnerado la presunción de inocencia en la sentencia que motiva su recurso (pues aquélla contó con un voto particular en el que se expresaban las dudas sobre su autoría), que lo que eso demuestra es, precisamente, que no hubo vulneración del principio *in dubio pro reo* pues la mayoría no dudó razonablemente (FJ 4). Pero esta respuesta del Tribunal no atiende debidamente a lo que encierra el argumento del recurrente, que no es sino si una comprensión más adecuada del principio no habría de llevar a apostar por la unanimidad como regla de decisión en los órganos colegiados.

⁵⁶ Como ha sugerido Michelman (1996, pp. 153-158), la lectura del Dworkin de “El dominio de la vida” nos lleva a pensar que esa confianza en la sensatez de juicio de los individuos que justifica el que sean tratados con igual consideración y respeto, es lo que edifica una co-

Para ilustrar lo que quiero decir voy a retomar la STC 107/96 sobre las Cámaras de Comercio. Concretamente, y por proseguir en este ejercicio de priorizar a la minoría, los argumentos de los disidentes en el Tribunal que en este caso eran partidarios de declarar la inconstitucionalidad de la Ley 3/1993. En la referida sentencia, la mayoría fundamenta la deferencia en que el juicio de ser *difícil* que se logren ciertos fines sin restringir un derecho, corresponde al legislador. Esa noción “dificultad para el logro de ciertos fines” tiene una zona de indeterminación: en ciertos casos es claro que no es difícil alcanzar los fines que se reputan legítimos sin el sacrificio del derecho fundamental, mientras que en otros no es manifiesto ni patente que para lograrlos haya que procurar esa restricción. En estos supuestos la dificultad es dudosa, y ante la incertidumbre, se defiere al juicio del legislador que considera que sí resulta difícil lograr los propósitos legítimos de las Cámaras en cuestión si no hay afiliación obligatoria.

Para la minoría, en cambio, el legislador habría tenido que demostrar que tal restricción es *necesaria* o, cuando menos, que resulta *especialmente difícil* el cumplimiento de los objetivos sin imponer la adscripción.⁵⁷ De acuerdo con ello, al Tribunal no le bastaría con presuponer que es dudoso que nos hallemos ante un caso claro de dificultad (y entonces *in dubio pro legislatore*), ni al legislador afirmar meramente que la dificultad existe, *sino que a éste le es legítimamente exigible que nos aporte las razones que le llevaron a predicar tal dificultad*.

Lo que parece planear en la argumentación de la minoría es que, continuando con este ejemplo, el juicio gnoseológico de que nos hallamos situados en esa zona en la que resulta difícil la determinación de ser o no necesaria la restricción del derecho, no puede ser arbitrario; que también han de darse razones para predicar la incompetencia epistémica. Que *alguna* cla-

munidad de responsabilidad y no de conformidad. En estas mismas líneas pudiera inscribirse la atribución del derecho de veto a cada uno de los magistrados del Tribunal. Por otro lado, para los que duden de la virtualidad de las opiniones del Tribunal en la arena pública, basta recordar que la institución del control jurisdiccional de constitucionalidad no es el fallo del juez Marshall en *Marbury v. Madison* (que fue, por decirlo sumariamente, favorable al ejecutivo), sino una consideración *obiter dicta* en la sentencia.

⁵⁷ Voto particular a la STC 107/96 que formula el Magistrado D. Álvaro Rodríguez Bereijo, al se adhieren los Magistrados D. Julio Diego González Campos, D. Carles Viver Pi-Sunyer y D. Tomás S. Vives Antón (epígrafes V y XI).

se de conocimiento (aunque sea difuso) e inquisición (siquiera mínima) es necesaria para justificar la afirmación de nuestra ignorancia, o de que una determinada cuestión es difícil, para entonces deferir.

En un debate en el que recientemente han estado involucrados Sunstein y Dworkin, acerca de las tesis del primero, y que tiene muchas resonancias del planteamiento hecho en la STC sobre las Cámaras de Comercio, Dworkin le espeta a Sunstein (con razón) que el principio de competencia epistémica imperfecta que ha esgrimido⁵⁸ para justificar la autorrestricción de la Corte Suprema está mal concebido si significa que con carácter previo podemos determinar, por exclusión, de lo que no somos capaces de dar cuenta, sin asomo, incursión o, por utilizar la propia imagen dworkiniana, ascenso justificatorio alguno, aunque sea para afirmar que, volviendo al caso que nos ocupa, *no se sabe* si la dificultad que justifica la restricción del derecho se da o no.⁵⁹

Con ello quiero decir que, por seguir con las imágenes, ciertamente se precisa conocer un tanto el paisaje circundante, pero no es necesario recorrer todo el camino que nos llevaría a una cierta respuesta,⁶⁰ pues entonces seríamos nosotros los que acabaríamos por determinarla.⁶¹ Eso es lo que acontece en el voto particular a la STC 107/96, cuando la minoría por ella misma practica la ponderación hecha por el legislador para llegar a una conclusión distinta.⁶² Por utilizar el ejemplo que ha usado José Juan Moreso a partir de uno de Quine,⁶³ es como si la mayoría del Tribunal en el asunto de las Cámaras de Comercio hubiera dicho: es difícil saber, como dice el

⁵⁸ 1997, pp. 390, 401, 403-404 y *supra* nota 18. En puridad, el nombre del principio se debe a Kamm; *vid.*, 1997, p. 406.

⁵⁹ 1997d, pp. 357-358.

⁶⁰ Como parece apuntar Dworkin en su polémica con Sunstein; *vid.* 1997d, pp. 371-372. Hay que advertir que, como ha resaltado Marisa Iglesias, nada hay en la tesis de Dworkin que justifique que siempre habrá una única respuesta correcta “al final del camino” (en la conclusión del ejercicio interpretativo que supone resolver un caso): puede haber un “empate entre interpretaciones”, o ser la mejor respuesta la de que “no hay una mejor respuesta”, pero ello ha de ser, y en eso Dworkin seguiría llevando la razón, la conclusión del esfuerzo argumentativo por mostrar la mejor versión de la práctica jurídica, más que una exclusión previa; *vid.* Iglesias, 1999, pp. 243-246.

⁶¹ Sobre esta idea se cimenta la tesis del reemplazo, uno de los ingredientes de la concepción normal de la justificación de la autoridad en Raz; *vid.* 1986, pp. 40-42, 58-60.

⁶² *Vid.* epígrafes V, VI, VII, VIII, IX y X del voto particular a la STC 107/96.

⁶³ Moreso, 1997, pp. 90, 126.

legislador, si había un número impar de briznas de hierba en el Campus de Bellaterra el 25 de septiembre de 1995, por lo tanto había un número impar. Lo que queremos, reclama legítimamente la disidencia en el Tribunal, es que se nos arroje luz sobre esa duda; que se nos den las razones para esa incertidumbre epistémica. Pero ello no implica, y en este aspecto la minoría no tendría razón, ponernos nosotros a intentar determinar cuántas briznas de hierba había ese día, pues en tal caso lisa y llanamente suplantamos al legislador. No hay abdicación alguna, entonces, ni conjunto vacío de casos para el Tribunal Constitucional, si concebimos su función bajo estos parámetros. Habrá restricciones de derechos fundamentales para las que no se han aportado razones, y dudas infundadas de algunos miembros del Tribunal a los que se les habrá de persuadir de ello. Quiero creer, pues, que no será baladí para los ciudadanos disponer de los argumentos esgrimidos sobre el alcance de nuestros derechos, y la lectura hecha de los mismos por el legislador, en uno u otro sentido, aunque sea al precio de sólo muy excepcionalmente ver a éste enmendado.

Parafraseando y matizando un tanto a Waldron, “todo estará siempre *un poco* en el aire”, pues la propia regla Thayer que yo he tratado de defender, no puede *ni debe* dar cuenta *a priori* de todas las deferencias justificadas. Será en todo caso en el seno del Tribunal donde se determine en cada ocasión, como expresión ineludible de su carácter “final”,⁶⁴ aunque para sobreponerse al legislador se deberá contar con el convencimiento de todos sus miembros, pues sólo así se pone en práctica la versión del thayerianismo que mejor responde a los parámetros del constitucionalismo débil. Si este equilibrio que yo he intentado es más bien un ejercicio fútil de funambulismo, habremos de ser conscientes, en todo caso, de que la consecuencia será abrazar sin mayores complejos y vericuetos el modelo institucional que no da al Tribunal Constitucional la última palabra. A salvo, claro, de que se nos convenza de que otorgar el privilegio de determinar el ámbito y contenido de nuestros derechos básicos a un órgano no representativo es compatible con el ideal de los derechos. A los que así lo entiendan corresponde, me parece, la carga de la prueba.

⁶⁴ Tarea ésta, la de fijar sus propios límites, que, como en su momento observó Nagel, hace que esta institución esté irremisiblemente comprometida con una tarea filosófica; *vid.* 1981, p. 523.

Seguramente toda esta articulación es el producto de una gran ingenuidad; quizá también de más de una traición. Yo comenzaba invocando a Dworkin y a la fusión del derecho constitucional y la filosofía del derecho que él propugnaba. Espero no haber sembrado dudas sobre los beneficios de esa *joint venture* por un uso imprudente del constitucionalismo. En todo caso me reconforta haber sabido que mi planteamiento pudiera ser tributario, paradójicamente, del mismísimo juez Marshall. Él fue quién convirtió en regla procesal la expresión pública del disenso judicial en la Corte Suprema, inaugurando con ello la institución del voto particular⁶⁵ que yo en esta ocasión he utilizado para vindicar un juez capaz de acudir en auxilio del legislador justificando públicamente tal disidencia; un magistrado certamente hercúleo aunque traidoramente dworkiniano.

BIBLIOGRAFÍA

- AJA, Eliseo, (1998), “El origen, la expansión y la transformación de los Tribunales Constitucionales en los Estados europeos”, en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Eliseo Aja, ed. Barcelona, Ariel, pp. XI-XXXII.
- AJA, Eliseo y Markus GONZÁLEZ BEILFUSS, (1998), “Conclusiones generales”, en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Eliseo Aja, ed. Barcelona, Ariel, pp. 257-291.
- ARAGÓN REYES, Manuel, (1988), “La eficacia jurídica del principio democrático”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, septiembre-diciembre, pp. 9-45.
- BAYÓN, Juan Carlos, (1998), “Diritti, democrazia, costituzione”, en *Ragion Pratica*, vol. 10, pp. 41-64.
- BICKEL, Alexander, (1986), *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven/Londres, Universidad de Yale (1a. ed. 1962).
- CALABRESI, Steven G., (1993), “Thayer’s Clear Mistake”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 88, otoño, pp. 269-277.

⁶⁵ Ezquiaga, 1990, p. 69.

- CAPPELLETTI, Mauro, (1980), “The ‘Mighty Problem’ of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis”, en *Southern California Law Review*, vol. 53, núm. 2, enero, pp. 409-445.
- CHRISTIANO, Thomas, (1993), “Social Choice and Democracy”, en *The Idea of Democracy*, David Copp, Jean Hampton y John E. Roemer, eds. Cambridge/New York, Universidad de Cambridge, pp. 173-195.
- CLINTON, Robert Lowry, (1989), “*Marbury v. Madison*” and *Judicial Review*. Lawrence Universidad de Kansas.
- DWORKIN, Ronald, (1997a), “The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve”, en *Fordham Law Review*, vol. 65, marzo, pp. 1249-1268.
- DWORKIN, Ronald, (1997b), “Reflections on Fidelity”, en *Fordham Law Review*, vol. 65, marzo, pp. 1799-1818.
- DWORKIN, Ronald, (1997c), “Comment”, en *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law, an Essay by Antonin Scalia*, Amy Gutmann, ed. Princeton, Universidad de Princeton, pp. 115-127.
- DWORKIN, Ronald, (1997d), “In Praise of Theory”, en *Arizona State Law Journal*, vol. 29, verano, pp. 353-376.
- DWORKIN, Ronald, (1997e), “Reply”, en *Arizona State Law Journal*, vol. 29, verano, pp. 431-456.
- DWORKIN, Ronald, (1996), *Freedom’s Law. The Moral Reading of the Constitution*. Cambridge, Universidad de Harvard.
- DWORKIN, Ronald, (1986), *Law’s Empire*. Cambridge, Universidad de Harvard.
- DWORKIN, Ronald, (1985), *A Matter of Principle*. Cambridge Universidad de Harvard.
- DWORKIN, Ronald, (1977), *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Universidad de Harvard (hay traducción española de Marta Guastavino, *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1984).
- ELSTER, Jon, (1979), “Ulysses and the Sirens: A Theory of Imperfect Rationality”, en *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge/Nueva York, Universidad de Cambridge, pp. 36-111 (hay traducción al español de J. J. Utrilla, *Ulises y las sirenas*. México, Fondo de Cultura Económica, 1989).
- ELY, John Hart, (1980), *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Universidad de Harvard.

- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, (1990), *El voto particular*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- FERRERES COMELLA, Víctor, (1997), *Justicia constitucional y democracia*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FREEMAN, Samuel, (1990-1991), “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review”, en *Law and Philosophy*, vol. 9, núm. 4, pp. 327-370.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, (1995), *Democracia, jueces y control de la administración*. Madrid, Civitas.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, (1993), *Derecho, ética y política*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, (1989), “Algo más acerca del ‘coto vedado’”, en *Doxa*, 6, pp. 209-213.
- GREY, Thomas C., (1993), “Thayer’s Doctrine: Notes on its Origin, Scope, and Present Implications”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 88, otoño, pp. 28-41.
- GRICE, Paul, (1969), “Utterer’s Meaning and Intention”, en *The Philosophical Review*, vol. 78, núm. 2, abril, pp. 147-177 (hay traducción al español de J. José Acero, “Las intenciones y el significado del hablante”, en *La búsqueda del significado*, Luis M. Valdés Villanueva, ed. Madrid, Tecnos, 1991, pp. 481-510).
- HART, H. L. A., (1983), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Clarendon Press.
- HOLMES, Stephen, (1988), “Precommitment and the Paradox of Democracy”, en *Constitutionalism and Democracy*, Jon Elster y Rune Slagstad, eds. Cambridge, Universidad de Cambridge, pp. 195-249.
- IGLESIAS VILA, Marisa, (1999), *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, (1998), “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Eliseo Aja, ed. Barcelona, Ariel, pp. 171-205.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, (1997), “Qué hacer con la ley inconstitucional”, en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley (Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*. Cuad-

- dernos y Debates núm. 66. Madrid, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, pp. 15-79.
- KAMM, F. M., (1997), "Theory and Analogy in Law", en *Arizona State Law Journal*, vol. 29, verano, pp. 405-425.
- KELSEN, Hans, (1983), *La defensa de la Constitución*. Trad. de Manuel Sánchez Sarto. Madrid, Tecnos.
- MCCONNELL, Michael W., (1997), "The Importance of Humility in Judicial Review: A Comment on Ronald Dworkin's 'Moral Reading' of the Constitution", en *Fordham Law Review*, vol. 65, marzo, pp. 1269-1293.
- MEDINA GUERRERO, Manuel y Joaquín HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, (1997), "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en procesos de control de constitucionalidad de normas con valor de ley (septiembre 1995-julio 1996)", en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley (Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional). Cuadernos y Debates núm. 66*. Madrid, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, pp. 309-337.
- MICHELMAN, Frank I., (1996), "Judicial Supremacy, the Concept of Law, and the Sanctity of Life", en *Justice and Injustice in Law and Legal Theory*, Austin Sarat y Thomas R. Kearns, eds. Ann Arbor, Universidad de Michigan, pp. 139-164.
- MORESO, José Juan, (1997), *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- NAGEL, Robert F., (1993), "Name-Calling and the Clear Error Rule", en *Northwestern University Law Review*, vol. 88, otoño, pp. 193-211.
- NAGEL, Thomas, (1981), "The Supreme Court and Political Philosophy", en *New York University Law Review*, vol. 56, núm. 2-3, mayo-junio, pp. 519-524.
- NINO, Carlos Santiago, (1992), *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires, Astrea.
- OTTO, Ignacio de, (1987), *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel.
- PAULSEN, Michael Stokes, (1994), "The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is", en *Georgetown Law Journal*, vol. 83, diciembre, pp. 217-345.

- PÉREZ ROYO, Javier, (1998), *Curso de derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons.
- PERRY, Michael J., (1993), “The Constitution, the Courts, and the Question of Minimalism”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 88, otoño, pp. 84-164.
- RAWLS, John, (1993), *Political Liberalism*. Nueva York, Universidad de Columbia (hay traducción al español de Toni Doménech, *El liberalismo político*. Barcelona, Crítica, 1996).
- RAZ, Joseph, (1996), “Intention in Interpretation”, en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Robert P. George, ed. Oxford, Clarendon Press, pp. 249-286.
- RAZ, Joseph, (1986), *The Morality of Freedom*. Oxford, Clarendon Press.
- SCHAUER, Frederick, (1997), “Constitutional Invocations”, en *Fordham Law Review*, vol. 65, marzo, pp. 1295-1312.
- SUNSTEIN, Cass R., (1999), *One Case At A Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass./Londres, Universidad de Harvard.
- SUNSTEIN, Cass R., (1997), “From Theory to Practice”, en *Arizona State Law Journal*, vol. 29, verano, pp. 389-404.
- SUNSTEIN, Cass R., (1996), *Legal Reasoning and Political Conflict*. Nueva York/Oxford, Universidad de Oxford.
- THAYER, James Bradley, (1893), “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, vol. 7, núm. 3, octubre, pp. 129-156.
- TUSHNET, Mark, (1993), “Thayer’s Target: Judicial Review or Democracy?”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 88, otoño, pp. 10-27.
- WALDRON, Jeremy, (1999a), “Disagreement and Precommitment”, en *Law and Disagreement*. Oxford, Clarendon Press, pp. 255-281.
- WALDRON, Jeremy, (1999b), “The Constitutional Conception of Democracy”, en *Law and Disagreement*. Oxford, Clarendon Press, pp. 282-312.
- WALDRON, Jeremy, (1994), “Vagueness in Law and Language. Some Philosophical Issues”, en *California Law Review*, vol. 82, núm. 3, mayo, pp. 509-540.
- WALDRON, Jeremy, (1993), “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, pp. 18-51.

WEST, Robin, (1993), “The Aspirational Constitution”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 88, otoño, pp. 241-268.

WHITE, Edward G., (1993), “Revisiting James Bradley Thayer”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 88, otoño, pp. 48-83.

LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS CONCEPTOS ESENCIALMENTE CONTROVERTIDOS¹

*Marisa Iglesias Vila,
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)*

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional, nuestra máxima autoridad en la interpretación de la Constitución, se enfrenta diariamente a un texto de carácter abstracto y claramente controvertido. Nos parezca objetable o no, así son la mayoría de las constituciones contemporáneas. Este rasgo de nuestro texto más fundamental ha constituido una preocupación constante dentro de la teoría constitucional. Kelsen, por ejemplo, recomendaba no incluir en el texto conceptos como el de justicia, libertad o igualdad. Asimismo, aconsejaba una redacción precisa en todas aquellas cláusulas relativas a derechos fundamentales.² Ely, para poner otro ejemplo, considera que la abstracción y controvertibilidad de las directivas sobre derechos de autonomía individual contribuye a hacer más objetable una constitución de carácter sustantivo.³

Estas reticencias ante el lenguaje de nuestro texto constitucional tienen una relación directa con el problema de la justificación política y moral de

¹ En la preparación de este trabajo me he beneficiado de la beca posdoctoral que me concedió el Ministerio de Educación y Cultura para realizar una estancia de investigación en el Balliol College de la Universidad de Oxford durante el curso 1999/2000. Una versión preliminar de este texto fue presentada en el congreso hispano-italiano de teoría del Derecho celebrado en Alicante en noviembre de 1999 y en los seminarios que tuve la oportunidad de impartir en la Universidad Pompeu Fabra, la Universidad de Palermo (Buenos Aires), la Universidad Nacional de Córdoba y el Brasenose College de la Universidad de Oxford.

² Véase, en este sentido, Kelsen, 1988, pp. 142-143; 1995, pp. 33-34.

³ Ely, 1980, pp. 11-14, 43-48. Sobre este argumento de Ely, véase Ferreres, 1997, pp. 55-56, 65-66.

la justicia constitucional. Ciertamente, una versión de la denominada “objeción democrática” pone en duda que esté justificado que una élite reducida de individuos pueda imponer sus valores subjetivos al resto de los ciudadanos. Lo que se considera impugnable, desde esta perspectiva, es que una democracia constitucional pueda convertirse en el gobierno del juez constitucional. Aunque esta versión de la objeción democrática se desarrolla dentro de un contexto justificatorio, parece fundamentarse, al menos en parte, en consideraciones semánticas. Así, no es necesariamente una objeción a la existencia de un órgano institucional con la función de aplicar la Constitución; puede ser más bien una crítica a la justificación de sus decisiones discretionales cuando el significado del texto está indeterminado. Pero esta versión de la objeción democrática suele ir acompañada de un notorio escepticismo en torno a la existencia de una constitución semántica que nuestro tribunal identifica y aplica. Se tiende a considerar que el lenguaje abstracto en el que se expresan los conceptos constitucionales los convierte en conceptos vacíos o quasi vacíos. De este modo, el Tribunal Constitucional, más que asignar significado a las cláusulas constitucionales estaría expresando sus valores personales e imponiéndolos a la mayoría a través del control de constitucionalidad.

Esta conexión entre el lenguaje abstracto y la justificación de la justicia constitucional ha contribuido a generar diversas propuestas normativas acerca de cómo debemos leer el lenguaje de la Constitución. Estas teorías normativas suelen dirigir un mensaje al juez constitucional indicándole qué actitud debería adoptar tanto ante las cláusulas constitucionales, como ante las leyes aprobadas por el parlamento para que su función fiscalizadora resulte justificada. Para autores como Ely, el tribunal debería leer estas cláusulas como un mero mecanismo para garantizar una forma democrática de gobernar, asegurando el ejercicio del derecho a la participación política que poseen todos los ciudadanos por igual.⁴ Según Bork, el juez constitucional debería buscar en el texto las intenciones originales de los redactores de la Constitución, ya que es el constituyente la única institución con legitimidad democrática para controlar las decisiones mayoritarias que se adoptan en el presente.⁵ Freeman, por su parte, aboga por una democracia

⁴ Ely, 1980, pp. 43-48, 88-104.

⁵ Bork, 1990, pp. 130-132, 251-259.

tización de la interpretación constitucional. Este autor indica que los miembros del tribunal, al no tener una mejor posición que el resto de los ciudadanos para tomar decisiones sobre derechos fundamentales, deben adaptar el texto dirigiendo su atención a las razones comúnmente aceptadas en la comunidad política.⁶

Todas estas teorías parecen asumir alguna asociación entre abstracción, controvertibilidad e indeterminación cuando proponen una interpretación o reformulación de la Constitución que legitime la justicia constitucional.⁷ Ahora bien, cabe preguntarse si esta asociación, que tiene su base en el presupuesto de que existe una relación necesaria entre desacuerdo e indeterminación semántica, es razonable o está justificada. Si es razonable, apenas tiene sentido afirmar que hay una constitución semántica como algo distingible del conjunto de convicciones morales y políticas del Tribunal Constitucional y, entonces, la objeción democrática adquiere todo su peso. Si, en cambio, no es razonable, estas teorías acaban objetando la legitimidad democrática de la mera presencia de una constitución, esto es, la existencia de límites sustantivos a la regla de la mayoría.

En este trabajo pretendo mostrar que este escepticismo no está justificado a pesar de que, ciertamente, la Constitución se expresa en términos abstractos e incluye un gran número de los llamados “Conceptos Esencialmente Controvertidos”. El primer paso para mostrar este punto será sugerir que la vinculación entre acuerdo y significado no es la única opción semántica ni la más adecuada con la que enfrentar el lenguaje constitucional. El segundo paso será proponer que nos acerquemos a este lenguaje desde una semántica interpretativa como la que puede ser encontrada en autores como Dworkin, Hurley o Ebbs. A partir de aquí argumentaré cómo, en muchas ocasiones, cabrá ofrecer una respuesta justificada a la pregunta de qué es lo que exigen las cláusulas constitucionales respecto a un determinado caso. Mantendré que poder dar esta respuesta no requiere necesariamente transformar el lenguaje constitucional en un lenguaje sobre procedimientos, por

⁶ Véase Freeman, 1992, pp. 21-29.

⁷ Estas teorías asumen la noción wittgensteiniana de interpretación como sustitución o reformulación. Aquí, interpretar es una actividad creativa que es requerida cuando, en un contexto de incertidumbre e indeterminación, ya no hay nada más que comprender acerca del significado de un término o expresión. Sobre esta noción de interpretación véanse, por ejemplo, Marmor, 1992, pp. 151-154; Schauer, 1991, pp. 207-208; Prieto Sanchís, 1987, pp. 58-77.

ejemplo, o sobre intenciones originales del constituyente. En definitiva, defenderé que tiene sentido asumir que unas respuestas constitucionales son más correctas que otras, y que esta conclusión depende del significado de las cláusulas constitucionales.

Voy a centrar mi interés en una de las características del lenguaje de nuestro texto constitucional que parece invitarnos de forma clara a asumir el escepticismo semántico. Se trata de lo que Gallie denominó en 1956 “Conceptos Esencialmente Controvertidos”⁸ (en adelante CEC). Algunos conceptos jurídicos y, en especial, muchos de los incorporados en la parte sustantiva de nuestra Constitución, pueden ser reconstruidos como CEC. Gallie los definió como conceptos evaluativos referidos a bienes complejos que pueden ser descritos de diferentes formas, residiendo la utilidad de estos conceptos en la controversia competitiva que generan.⁹

Este tipo de conceptos es peculiar y su presencia en nuestra carta magna tiene importantes consecuencias para el problema de la interpretación constitucional, entendiendo ahora y en adelante “interpretación” como comprensión del significado del texto de la Constitución. Admitir la existencia de estos conceptos puede requerir una revisión de nuestra teoría del significado porque, como trataré de mostrar, van siempre unidos a una forma particular de usar el lenguaje constitucional. No discutiré aquí cuál es el alcance de estos conceptos en el contexto del derecho. Hurley, por ejemplo, sostiene que los conceptos jurídicos son por lo general CEC, y creo que esta misma conclusión podría ser obtenida desde la teoría interpretativa de Dworkin.¹⁰ Pero esta afirmación es demasiado aventurada e innecesaria a los fines de lo que pretendo examinar.¹¹ Así, asumiré meramente que muchos conceptos constitucionales abstractos, e.g., libertad, igualdad, honor, dignidad, trato inhumano, justicia, democracia, autonomía, intimi-

⁸ Gallie, 1956.

⁹ Gallie, 1956, pp. 171-172 y 180. La noción de CEC ha sido utilizada primordialmente en el contexto de la filosofía política para resaltar el modo en que operan los conceptos políticos y el tipo de perspectiva adecuada para el análisis de estos conceptos. Véanse, por ejemplo, Lukes, 1974, pp. 26-27; Gray, 1978, pp. 385-402; Swanton, 1985, pp. 811-826. Véase también un análisis reciente del concepto de minoría como CEC en Torbisco, 2000, cap. 1.

¹⁰ Véanse Hurley, 1989, p. 46; Dworkin, 1986, pp. 68-86.

¹¹ Ciertamente, asumir la presencia de estos conceptos en nuestra Constitución afecta al lenguaje jurídico en general dado el papel justificatorio e interpretativo que desempeñan los estándares constitucionales en relación con el resto del ordenamiento jurídico.

dad, integridad moral, etcétera, pueden ser tratados como CEC. Argumentaré que, a pesar de tener este carácter, no son conceptos vacíos. Pero antes de entrar a desarrollar este último punto trataré de ofrecer una caracterización de estos conceptos, tomando en consideración las aportaciones de Gallie, Waldron y Hurley.¹²

2. LA IDEA DE CONCEPTO ESENCIALMENTE CONTROVERTIDO

Resaltaré cuatro características de los CEC que, a mi juicio, pueden englobar la idea original de Gallie: a) son conceptos evaluativos, b) son complejos, c) tienen un carácter argumentativo, y d) desempeñan una función dialéctica.

a) Los CEC como conceptos evaluativos

Un CEC presenta siempre una dimensión valorativa porque expresa un valor o se refiere a algo que valoramos positiva o negativamente. Aquí nos hallamos ante una categoría de términos o expresiones con un significado evaluativo y que, por tanto, usamos primariamente para asignar un valor a ciertos actos o estados de cosas. Un ejemplo lo podemos encontrar en la noción constitucional de dignidad personal, entendida como el grado mínimo de consideración o respeto que debe recibir toda persona por el mero hecho de serlo. En este sentido, cuando afirmamos que un trato es digno estamos asignando un valor positivo a cierta acción, mientras que cuando indicamos que un trato es indigno, la evaluamos negativamente.

Pongamos en este contexto la discusión constitucional en torno a si la ejecución judicial de bienes de un deudor afecta a la dignidad personal reconocida en el artículo 10 de la Constitución española. Preguntarse por el alcance de la dignidad personal en relación con este caso supone entrar a debatir una cuestión valorativa: cuándo deja de estar justificada la ejecución de bienes a tenor del respeto mínimo que debe recibir la persona del

¹² Gallie, 1956; Waldron, 1994, pp. 526-540; Hurley, 1989, cap. 3. Véanse también Bix, 1993, pp. 53-62; Swanton, 1985.

deudor. En otras palabras, valoramos qué grado de ejecución de bienes puede llegar a ser indignante para el deudor. En este supuesto, como es bien sabido, el Tribunal Constitucional consideró que hay un mínimo vital que es inembargable en atención a la dignidad personal.¹³ Esta conclusión supone una valoración de todo embargo que sobrepase el mínimo vital, valoración que se concreta en el uso del término “indignante” para calificar un embargo ilimitado. Pero es importante resaltar que el componente evaluativo del significado de “indignante” o “dignidad personal” no tiene por qué constituir una puerta abierta a la expresión de meros juicios subjetivos de valor. Tampoco tiene por qué impedir que sea legítimo afirmar que el Tribunal Constitucional acertó o se equivocó al asignar significado. Aunque los términos evaluativos se usan primariamente para elogiar o valorar algo, también pueden ser utilizados de modo informativo, o transmitir información al ser usados. Ello se debe a que su significado retiene un componente cognoscitivo en la medida en que se refieren a estándares pública o socialmente reconocibles.¹⁴ Como ha observado Hampshire en respuesta al escepticismo, los juicios evaluativos presuponen ciertas constancias en los sentimientos, intereses e instituciones humanas, y las razones que se ofrecen en apoyo de estos juicios son efectivas y evaluables como razones, sólo una vez hemos tenido en cuenta esta presuposición de constancia. Pero dada esta presuposición, los juicios evaluativos son tan objetivos como cualquier otro tipo de juicio.¹⁵ Por esta razón, asumir el carác-

¹³ STC 113/1989.

¹⁴ En este sentido, por ejemplo, Gallie (1956, p. 197) indica que valorar positivamente algo puede consistir, simplemente, en afirmar que cumple con ciertos estándares generales reconocidos. De este modo, podemos mejorar nuestra comprensión del valor al que nos referimos. Sobre las múltiples formas en las que podemos usar las palabras evaluativas véase Hare, 1952, pp. 124-126; 1981, pp. 17-18, 124-126.

¹⁵ Ello no implica, para Hampshire (1989, pp. 88-93), que los juicios evaluativos sean meras afirmaciones acerca de los sentimientos humanos o meras expresiones de estas actitudes. Lo que hace verdadera una afirmación como la de que Tolstoy fue un gran novelista no son nuestros sentimientos hacia su obra, sino los rasgos de sus novelas dado un contexto discursivo que presupone una constancia en ciertos intereses humanos. Asimismo, este autor insiste en que suponer una base de constancia en algún aspecto de los intereses y experiencias humanas es un requisito necesario para evaluar la corrección de cualquier tipo de juicio, desde los juicios empíricos a los morales. Y ello porque “si aíslas una afirmación de cualquier tipo presupuesto de discurso, y si suspendes todas las presuposiciones del conocimiento de base apropiado a este tipo de discurso, entonces deviene imposible evaluar la afirmación” (Hampshire, 1989, p. 91).

ter evaluativo de los términos constitucionales abstractos no nos obliga a concluir la imposibilidad de un uso racional del lenguaje constitucional. La cuestión que cabe resolver es, en palabras de Hurley, cómo este uso racional es posible¹⁶ y, en definitiva, de qué depende este componente cognoscitivo.

b) Los CEC como conceptos complejos

Otro rasgo de los CEC es que se refieren a estándares y bienes sociales a los que atribuimos un carácter o una estructura compleja. A pesar de que consideramos y valoramos el bien en su conjunto, éste tiene diferentes aspectos que pueden ser relacionados entre sí de diversas formas.¹⁷ Por esta razón, la caracterización de un CEC requiere elaborar teorías o juicios complejos, que involucran otros conceptos, para poder indicar cuál es la relación de prioridad entre los diferentes rasgos conceptuales. Asimismo, y al no darse algo como una ordenación o articulación natural de cada componente en relación con el estándar en su conjunto, cuál sea la ordenación de los diferentes aspectos dependerá de la teoría que se desarrolle.¹⁸

Esta complejidad abre la posibilidad de que se presenten diversas caracterizaciones que, a pesar de referirse al mismo estándar, ordenen de forma distinta sus diferentes aspectos. En este sentido, como indica Raz, las diferentes explicaciones “subrayan uno u otro rasgo esencial del concepto explicado, y dejan muchos otros sin mencionar o sin detallar”.¹⁹ Siguiendo esta línea, Hurley observa que la ausencia de complejidad en un concepto es lo que impide la disparidad en los criterios de aplicación. Esta autora indica, por ejemplo, que un concepto que tiende a ser simple y sensorial como el de rojo contrasta con un concepto como el de color porque el segundo tiene un mayor grado de complejidad, al ser un concepto de clase que subsume nociones como la de rojo o verde. Entonces, a diferencia de lo que sucede con la idea de rojo, la estructura más compleja del concepto de color

¹⁶ Hurley, 1989, p. 38.

¹⁷ Gallie, 1956, pp. 171-172, 184.

¹⁸ Sobre este punto, véanse Swanton, 1985, p. 820; Morawetz, 1992, pp. 10-11.

¹⁹ Raz, 1998, p. 266.

haría imaginable (aunque no probable porque éste no es un CEC), la presentación de una caracterización alternativa en función de una ordenación diferente de los elementos subsumidos.²⁰ En conclusión, el lema que resume esta idea es que a mayor complejidad conceptual mayor posibilidad de disparidad en la explicación del concepto.

c) Los CEC como conceptos argumentativos

Gallie observó que la peculiaridad de los CEC no consiste meramente en ser evaluativos y complejos. Hay algunos conceptos relativos a instituciones sociales que suelen estar envueltos en una permanente controversia. Pero esta controversia no parece concretarse en un mero conflicto de intereses y actitudes, sino en un debate acerca del uso adecuado de los términos que se utilizan.²¹ Tanto es así que la propia idea de CEC podría ser vista como un modo de recrear, o dar cuenta de, ciertos debates semánticos que se caracterizan, en primer lugar, por el tipo de desacuerdo existente entre los interlocutores y, en segundo lugar, por la actitud de estos interlocutores ante el desacuerdo. En este sentido, un CEC es un concepto argumentativo.

Para clarificar la idea de concepto argumentativo empezaré por distinguir, siguiendo a Hurley y Stavropoulos, los desacuerdos sustantivos de los desacuerdos conceptuales.²² Los primeros son discrepancias en torno a cómo describimos algún sector de la realidad social. Los segundos, en cambio, no son genuinas discrepancias porque se producen cuando utilizamos un mismo lenguaje para hacer referencia a estados de cosas diferentes. Un desacuerdo será sustantivo cuando los interlocutores discuten acerca de la misma institución social pero discrepan en cómo caracterizarla y, por consiguiente, en aquello que es relevante para su descripción. En un debate en torno a si el llamado “conceptualismo” es una genuina forma de arte, los interlocutores discrepantes no tienen por qué estar utilizando la palabra “arte” en diferentes sentidos. Su discusión será sustantiva si se centra en qué es el arte en realidad, es decir, en cuál es la mejor forma de caracterizar el

²⁰ Hurley, 1989, pp. 43-46.

²¹ Gallie, 1956, p. 169. Véanse también Swanton, 1985, p. 813; Waldron, 1994, p. 530.

²² Véase Hurley, 1989, pp. 30-33, 50-54, y Stavropoulos, 1996, pp. 125-128.

arte: la que incluye el conceptualismo o la que lo excluye. En términos de Dworkin, “debatén sobre la adecuación de una palabra o descripción porque están en desacuerdo sobre los tests correctos para usar esa palabra o expresión en cada ocasión”.²³ En un desacuerdo conceptual, en contraste, los participantes están usando una misma palabra o expresión en diferentes sentidos; hablan, pongamos por caso, del derecho a la educación, y mientras unos se refieren al derecho a ser educado otros se refieren al derecho a educar o enseñar. En este contexto, si los que discuten no se percatan de la ambigüedad de su diálogo, su debate carecerá de sentido porque no podrán comprenderse. Pero también podríamos llegar a ver el debate en torno al “conceptualismo” como un desacuerdo conceptual. Percibirlo como un desacuerdo sustantivo o conceptual es una cuestión de grado; en concreto, del grado de intensidad que adquieran nuestras discrepancias respecto a qué es el arte. Si nuestras discrepancias son tan profundas que no compartimos ninguna idea o juicio básico acerca de cómo caracterizar el arte, nuestra discusión acerca del conceptualismo carecerá de sentido. Nuestros discursos serán paralelos y no tendremos genuinas discrepancias porque estaremos utilizando la palabra “arte” en diferentes sentidos. De este modo, mientras que el desacuerdo sustantivo es una forma de comunicación y, por tanto, una divergencia dentro de una misma práctica o forma de vida, el desacuerdo conceptual es un caso de incomunicación y, por ello, una divergencia en la forma de vida.²⁴ En definitiva, como ha insistido con frecuencia Davidson, para que exista un desacuerdo significativo, necesitamos alguna base mínima de acuerdo.²⁵

El debate en torno a los CEC resulta ser, al menos en apariencia, un debate de carácter sustantivo. Pongamos un clásico ejemplo de una discusión sobre el concepto de libertad. Supongamos que alguien argumenta que

²³ Dworkin, 1986, p. 41.

²⁴ Hurley, 1989, p. 31; Baker y Hacker, 1985, p. 243.

²⁵ Davidson, 1984, pp. 196-197. Quiero advertir que me estoy refiriendo aquí a la cuestión de cuándo un desacuerdo puede ser reconocido como tal por los hablantes que discuten (o de cuándo una discusión puede tener sentido), y creo que Davidson se refería también a esta cuestión. Ello no supone, como muy correctamente apunta Raz, que no podamos afirmar, por ejemplo, que Genghis Khan y Jesús estaban, de hecho, en genuino desacuerdo sobre muchas cosas, a pesar de que seguramente no compartían algunos conceptos y, obviamente, nunca discutieron sobre ello. Véase Raz, 1998, p. 262.

respetar la libertad individual reconocida en el artículo 1.1 de la Constitución española requiere que el estado no interfiera en el plan de vida que uno elige como individuo autónomo. Supongamos que su interlocutor considera, por contra, que el respeto a la libertad puede exigir la injerencia estatal en determinadas decisiones autónomas cuando su consecuencia futura puede ser la pérdida de autonomía. Contextos paradigmáticos en los que puede tener sentido esta discusión son la valoración jurídica de decisiones como la de pertenecer a una secta o la de consumir estupefacientes. Esta disputa es relativa al concepto de libertad porque se discute si esta noción incluye aquellas decisiones voluntarias que implican la pérdida de autonomía. Aquí, en tanto que el primer interlocutor toma como relevante la ausencia de impedimentos externos para actuar, el segundo considera más importante la idea de autodominio o control racional de la propia vida. En este contexto, las dos posiciones discrepantes están desarrollando teorías o concepciones que establecen diferentes relaciones de prioridad entre los varios aspectos de un concepto complejo. A pesar de ello, parece que cada uno puede reconocer las razones ofrecidas por el otro porque éstas se apoyan en alguno de estos aspectos.²⁶

La observación de Gallie en el sentido de que un CEC no es un concepto “radicalmente confuso” puede entenderse si se advierte este carácter sustantivo de las discrepancias en torno a los CEC.²⁷ Así, los interlocutores están utilizando el lenguaje para expresar una posición respecto a cuál es el mejor modo de caracterizar un bien que se considera socialmente valioso y discrepan acerca de cuál es concretamente su valor. Sus discusiones no son simples discursos paralelos porque tienen un objeto de discusión; no tratan meramente de explicitar el sentido en el que están usando una palabra, sino debatir acerca de la mejor caracterización del bien social al que asociamos esta palabra. Si, en cambio, estuviéramos ante un desacuerdo

²⁶ En esta línea podemos ubicar el comentario de Hurley (1989, p. 53) de que no podemos otorgar sentido a un esquema de razones para la acción que sea totalmente ajeno al nuestro. Así, indica, “ser una razón para la acción es meramente ser una de nuestras razones”. Ciertamente, el comentario de Hurley no presupone que sólo podemos ver como genuinas razones para la acción aquellas razones que nosotros aceptaríamos. Lo único que quiere significar es que sólo podemos ver como tales razones aquellas que nosotros somos capaces de imaginar y tomar en consideración, con independencia de que nos parezcan las más adecuadas.

²⁷ Gallie, 1956, pp. 175, 180.

conceptual, nos encontraríamos en un contexto de confusión radical en el que no podríamos comunicarnos. Más adelante efectuaré algún comentario adicional sobre las condiciones que deben darse para que puedan existir estos desacuerdos sustantivos, lo que no es más que preguntarse cuál es la base mínima que debe compartirse para tener desacuerdos significativos. Sólo quiero advertir, por el momento, que si es plausible asumir la existencia de este tipo de controversias, podremos distinguir entre la controvertibilidad de un concepto del problema de la ambigüedad o aplicación de diferentes conceptos.

Ahora me importa resaltar el segundo aspecto que justifica la idea de que los CEC tienen un carácter argumentativo, aspecto que está relacionado con la actitud de los interlocutores ante el desacuerdo. Hurley indica que en estos conceptos siempre existe competitividad entre los participantes de la discusión. A pesar de que la complejidad de estos conceptos hace comprensible la disparidad en los criterios, lo que caracteriza a estos conceptos frente a otros también complejos es que las diferentes aplicaciones compiten entre sí para ser la mejor aproximación.²⁸ De este modo, la controversia en torno a su aplicación no se reduce a la mera expresión de desacuerdos, sino a una actitud agresiva o competitiva por parte de los interlocutores.²⁹ Cada opción semántica pretende haber identificado el uso correcto del término y trata de ofrecer argumentos para mostrar que las opciones rivales son incorrectas, esto es, que son una reconstrucción deficiente de aquello que nombramos con esta palabra.

Esta competitividad inherente a los CEC suele trasladar el núcleo de la discusión semántica a los casos centrales de aplicación del término y no meramente a los casos marginales o situados en su zona de penumbra. En palabras de Waldron, “es una disputa que puede generar paradigmas rivales porque es un debate entre diferentes explicaciones de la esencia o significado central del concepto”.³⁰ Si tenemos en cuenta este elemento, la

²⁸ En este sentido, apunta, “los conceptos esencialmente controvertidos difieren de los concebiblemente controvertidos en que, de modo característico, las descripciones correctas de sus rasgos componentes compiten entre sí para influir en su aplicación”. Hurley, 1989, p. 46.

²⁹ Véase Hurley, 1989, pp. 46-47. En términos de Gallie, “usar un concepto esencialmente controvertido significa usarlo frente a otros usos y reconocer que el propio uso tiene que ser mantenido contra esos otros usos”. Gallie, 1956, pp. 172 y 193.

³⁰ Waldron, 1994, p. 529.

controvertibilidad de un concepto debe distinguirse de la vaguedad. La propia idea de controversia competitiva implica que los interlocutores poseen una posición definida en torno a cuál es la mejor caracterización del concepto, y que la defienden frente a otras posiciones. De ahí que todos pretendan haber identificado la respuesta correcta en la aplicación del concepto al caso en cuestión. La existencia de vaguedad, en cambio, presupone un contexto de incertidumbre generalizada acerca de la calificación conceptual de un determinado supuesto.³¹ De este modo, mientras que la controvertibilidad tiende a estar vinculada con la certidumbre, la vaguedad viene determinada por la incertidumbre.³² En definitiva, en las controversias relativas a CEC los interlocutores no basarán habitualmente su argumentación en que se trata de un caso de penumbra. Ello les impediría mantener una posición competitiva acerca de qué alternativa contribuye a una mejor descripción de los estándares a los que se refiere el concepto.

d) Los CEC como conceptos funcionales

Waldron indica que el término “libertad”, por ejemplo, no puede verse como una palabra cuyo significado es claro y fuera de toda discusión porque este término actúa como “una arena verbal en la que resolvemos nuestros desacuerdos sobre la naturaleza de la agencia humana y la autonomía”.³³ Cabría indicar, en este sentido, que la palabra “libertad” contrasta con el término “verde”. Este último término, por lo general, no se utiliza como ninguna arena verbal para discutir cuestiones de trascendencia social. Salvo en algún contexto excepcional, no es socialmente relevante si un determinado

³¹ Sobre esta noción de vaguedad, véanse, por ejemplo, Waldron, 1994, pp. 513 y 521; Moreso, 1997, pp. 108-109; Redondo, 1997, pp. 177-196.

³² Es cierto que alguna de las posiciones que compiten podría defender como respuesta correcta que el caso en cuestión no está excluido de, o incluido en, el concepto que se está dilucidando. Pero ello no nos conduce a un contexto de vaguedad, tal como esta noción ha sido entendida. El ejemplo ofrecido por Dworkin de la calificación de la fotografía como una forma de arte puede ser muy ilustrativo para apreciar la diferencia entre los dos modos de presentar un desacuerdo en la aplicación de un concepto: el de la vaguedad y el de la controversia competitiva. Dworkin, 1986, pp. 41-42.

³³ Waldron, 1994, pp. 529-530.

objeto puede ser calificado como verde o qué gama de verde tiene como color. Por esta razón, no veríamos ninguna dificultad en terminar cualquiera de nuestras disputas acerca del uso de la palabra “verde” mediante una estipulación convencional.³⁴ Ello no sucede con el término “libertad”. Suponer que podemos zanjar nuestra discusión acerca de cómo usar “libertad” mediante una simple estipulación presupone, como apunta Waldron, no comprender como usamos esta palabra.³⁵

Un elemento más para comprender la peculiaridad de términos como “libertad” es advertir que la controversia que caracteriza a los CEC, además de ser habitualmente una controversia en torno a casos centrales de su aplicación, contribuye a la propia utilidad del concepto.³⁶ La existencia de estos conceptos garantiza que se producirán determinados debates porque su función no consiste en generar consenso. Lo que hace que un concepto sea esencialmente controvertido es, precisamente, su dimensión dialéctica: la demanda de justificación de cualquier posición que trate de dar contenido a este concepto.³⁷ Desde esta perspectiva, podríamos presentar los CEC como un tipo específico de conceptos funcionales.³⁸ Así, podrían ser entendidos como conceptos que se refieren a estándares cuya existencia va siempre unida a la función dialéctica que cumplen. Esta consideración, en el caso de ser plausible, permite aportar alguna clave adicional para justificar la idea de que un CEC es distingible de un concepto radicalmente confuso.

Como indica Searle, las funciones nunca son intrínsecas a los objetos, sino asignadas o impuestas por usuarios conscientes y, por tanto, relativas al observador.³⁹ Por esta razón, si tratamos los CEC como conceptos funcionales deberíamos asumir que su comprensión no será completa a no ser que nos ubiquemos dentro de la práctica social en la que estos conceptos

³⁴ Por esta razón, Hurley indica que los usos correctos del término “rojo” no compiten con los usos correctos del término “verde” para decirnos cuál es el color de un objeto. Véase Hurley, 1989, p. 45, y, también, Morawetz, 1992, pp. 10, 13, 17.

³⁵ Waldron, 1994, p. 529.

³⁶ Gallie, 1956, pp. 189-194; Waldron, 1994, pp. 530-532, 540.

³⁷ Véase sobre este punto Waldron, 1994, p. 539.

³⁸ Siguiendo la terminología de Hare, los “términos funcionales” son aquellas palabras en las que una explicación completa de su significado nos exigen explicar para qué sirve el objeto al que se refieren o qué es lo que hace. Hare, 1952, p. 100.

³⁹ Searle, 1995, p. 14. Véase también Hare, 1952, p. 112.

son usados y dilucidados. Estos conceptos adquieren todo su sentido en el contexto interno de una práctica humana, entendida de forma amplia como el propósito que asociamos a un ámbito de regularidades de conducta, y que nos sirve para juzgar la adecuación de cada una de esas regularidades.⁴⁰ Un ejemplo puede ilustrar esta asimetría entre la comprensión externa e interna de un concepto funcional. Imaginemos una práctica simple como la del saludo.⁴¹ Esta práctica consiste en mostrar deferencia a otras personas mediante determinados movimientos corporales. Este propósito lo consideramos valioso, es decir, creemos que debemos mostrar deferencia a las personas conocidas cuando coincidimos con ellas, y también esperamos recibir esta deferencia por su parte. Para cumplir ese propósito solemos realizar movimientos corporales como levantar la mano o hacer un gesto con la cabeza. Y ese propósito general también nos sirve para evaluar si un determinado movimiento es una muestra de deferencia. Seguramente, excluiríamos de la práctica del saludo una acción como la de escupir a la cara. Vistos por un observador externo, los movimientos corporales que realizamos no tienen ningún significado específico: levantar la mano es meramente levantar la mano. Sólo dentro de la práctica del saludo y sólo para los que participamos en la misma, estos movimientos adquieren pleno significado y podemos afirmar, entonces, que levantar la mano ante la presencia de alguien es saludar. Como somos participantes tendremos alguna idea de qué movimientos actúan como saludo y cuáles no. Así, tendremos algún criterio propio para discriminar actos en función de las exigencias de la práctica del saludo. Ello nos permitirá discutir con sentido si, por ejemplo, dar un golpe en la espalda es una muestra de deferencia. Algunos ofrecerían una respuesta afirmativa, en tanto que otros lo negaríamos porque creemos que la idea de deferencia no acoge las actitudes violentas.

Alguien que no sea participante de la práctica del saludo no puede intervenir en esta discusión porque no tiene ningún criterio independiente para ver un significado en el acto de golpear en la espalda o en el de levantar

⁴⁰ Si aplicamos esta idea de práctica a la aplicación de un concepto en particular podemos indicar que alguien tiene una práctica de uso cuando ejerce una técnica de reunir objetos bajo un mismo concepto. Véase Hurley, 1989, p. 200.

⁴¹ Debo la elección de este ejemplo a Maribel Narváez y a sus inspiradores comentarios acerca de la institución del saludo como juego del lenguaje. Sobre esta asimetría véanse también los ejemplos aportados por Ebbs (1997, pp. 247-254) y que extrae de Hare y Burge.

la mano. Desde un punto de vista externo, sólo se podrán observar movimientos corporales y las opiniones que manifiestan los participantes. Por esta razón, el observador no podrá evaluar el error o el acierto de estas opiniones en el caso de que se manifieste un desacuerdo. Lo único que el observador podrá constatar es que hay un desacuerdo, porque su único criterio respecto a qué conductas forman parte de esa práctica del saludo son los movimientos y opiniones que observa. Los participantes, en cambio, en el caso de desacuerdo, pueden discutir frente a otros participantes si sus opiniones son correctas o equivocadas, precisamente, porque poseen un criterio para determinar cuándo se saluda, que no es meramente observar las opiniones y los movimientos corporales de otros participantes.⁴²

Con los conceptos constitucionales sucede lo mismo que con la idea de saludo. Valga como ejemplo el concepto de intimidad personal, entendido como el ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás.⁴³ De este modo, el ámbito de la intimidad personal es aquel donde no está justificada la intromisión ajena. Este concepto es interno a una práctica social compleja, siendo uno de los aspectos de la misma. Los actos que realizamos en nuestra esfera privada y las intromisiones a esos actos adquieren significado constitucional a partir de la idea de intimidad personal. Ser participante de esta práctica y tener una comprensión del valor de la intimidad permite evaluar la adecuación a este estándar de actos como, por ejemplo, el del registro personal de reclusos⁴⁴ o la investigación técnica de la paternidad.⁴⁵ Estos supuestos resultan controvertidos porque hay diferentes posiciones competitivas en torno a qué alternativa supone una mejor descripción de la intimidad como bien protegido. Desde un punto de vista externo a la práctica, un observador sólo podrá percibir un cúmulo de opiniones diferentes, pues carecerá de un criterio como el que poseen

⁴² Es cierto que cada uno de los participantes habrá aprendido el significado de “saludar” a partir de los movimientos corporales que ha observado y de las explicaciones que ha recibido de otros participantes que dominan la técnica de uso. Pero no habrá alcanzado su condición de participante hasta que, a través de su aprendizaje, haya adquirido un criterio propio para discriminar actos en función de la práctica del saludo, esto es, hasta que él mismo no domine la técnica de uso.

⁴³ STC 209/1988.

⁴⁴ STC 57/1994.

⁴⁵ STC 7/1994.

los participantes para juzgar el mérito de esas posiciones a la luz de la idea de intimidad. En suma, mientras que un observador externo sólo verá usos divergentes de la palabra “intimidad”, lo que le conducirá a concluir que este término carece de un significado unívoco, (es decir, que hay un desacuerdo conceptual), el participante estará manteniendo una posición en conflicto sobre cuál es la caracterización correcta de la intimidad personal.

Esta asimetría entre una aproximación externa e interna a conceptos de carácter funcional, nos lleva a preguntarnos qué tipo de práctica social está asociada a la idea de CEC. En otras palabras, la cuestión es en qué tipo de práctica los conceptos que se manejan se refieren a estándares cuya existencia va unida a la función dialéctica que cumplen. Creo que los CEC sólo adquieren pleno sentido dentro de lo que solemos conocer como “prácticas deliberativas”.⁴⁶ La noción de práctica deliberativa ha sido ampliamente discutida en relación con los problemas de la validez de los juicios morales y la vinculación entre justicia y democracia. Pero no es el objeto de este trabajo abundar en esta discusión. Lo único que me interesa apuntar por el momento es que CEC como, por ejemplo, los de libertad, arte, belleza o justicia, son conceptos típicamente ubicables dentro de prácticas de carácter deliberativo. Estas prácticas, siguiendo la aproximación general de Morawetz, incorporan

⁴⁶ Aunque la idea de los CEC como conceptos funcionales pueda parecer coincidente con la anterior consideración de que los CEC son evaluativos, creo que esta redundancia no se produce. En primer lugar, podríamos asumir que un concepto es evaluativo sin admitir que sea funcional y, por tanto, considerar que su caracterización es completamente independiente de la práctica dentro de la que este concepto cobra vida. En segundo lugar, adviértase que las prácticas que involucran conceptos evaluativos sólo serían prácticas deliberativas por definición si asumiéramos una visión del razonamiento práctico como razonamiento deliberativo. Y ello no es ni ha sido nunca pacífico. Así, como observa, por ejemplo, Hurley (1990, p. 226), la posibilidad de una racionalidad deliberativa ha sido frecuentemente cuestionada en favor de una idea del razonamiento práctico como razonamiento meramente instrumental o, para poner otro ejemplo, en favor de perspectivas nihilistas sobre la racionalidad práctica. Por último, una adecuada comprensión de un CEC en particular, dado su carácter funcional, puede exigirnos una concentración todavía más local en el tipo de práctica en la que éste es usado. De este modo, quizá deberíamos tener que distinguir diferentes contextos discursivos (e.g. el jurídico, el estético, el político, el ético) dentro de la categoría más general de las prácticas deliberativas. Pero ello supondría abogar por alguna forma de fraccionamiento del razonamiento práctico, cuestionando la tan defendida tesis de la unidad. Como no estoy en condiciones de explorar aquí esta última cuestión ni entraré en el tema de la relación entre derecho y moral, valga este comentario como una simple posibilidad.

un discurso con el propósito común de formar y defender argumentos.⁴⁷ La participación en este tipo de prácticas se materializa en la elaboración de juicios complejos, discutiendo y defendiendo estrategias argumentativas acerca de la finalidad de la actividad colectiva. Por ello, el discurso se caracteriza por tener una dimensión dialéctica en la que, por una parte, cualquier juicio acerca del contenido de la práctica requiere ser respaldado por razones públicamente reconocibles y, por otra, la corrección de cada juicio se evalúa en función del mérito de las razones que se aportan.⁴⁸

Una vez caracterizados los CEC como conceptos evaluativos, complejos, argumentativos y funcionales, dedicaré el resto de este trabajo a analizar la vinculación entre estos conceptos y el problema de la indeterminación semántica.

3. UNA SEMÁNTICA PARA LOS CEC

Desde un punto de vista semántico, la cuestión que nos sugiere la idea de los CEC es si, en definitiva, tiene sentido predicar que existen tales conceptos. Esta cuestión surge desde el momento en que se ha indicado que un CEC admite genuinos desacuerdos tanto en los criterios como en los casos paradigmáticos de su aplicación. Tomando literalmente el ejemplo de Waldron,

⁴⁷ Morawetz, 1992, pp. 8-11, 19-23.

⁴⁸ También podríamos indicar que la existencia de una práctica deliberativa presupone la creencia compartida de que el diálogo y la discusión, bajo ciertas reglas de juego como la racionalidad, imparcialidad y pretensión de universalidad, tienen alguna utilidad para los fines de mejorar la comprensión del objeto de discusión. Pero creo que también puede existir una práctica deliberativa sin este presupuesto. De esta suerte, con independencia de la confianza que los interlocutores depositen en el valor instrumental del diálogo, el carácter deliberativo de ciertos juegos del lenguaje puede venir forzado por la relevancia que se atribuye a cualquier movimiento dentro del juego; es decir, por la importancia que pueda tener para los interlocutores llegar a una u otra conclusión acerca de si, por ejemplo, la pena de muerte es un supuesto de trato cruel. Ésta es una de las razones por las que creo que asumir el carácter deliberativo de ciertas prácticas sociales no requiere necesariamente adoptar una determinada posición ontológica y epistemológica dentro del debate filosófico entre el elitismo y el constructivismo epistémico. Sobre este debate véanse las recientes aportaciones de De Lora, 1998, pp. 59-92, 258-264, y Ferreres, 1997, pp. 164-187.

[...] “democracia” es esencialmente controvertido porque la gente no está sólo en desacuerdo sobre casos evidentemente marginales como el de Kuwait, sino también sobre si un sistema directo y participativo como el de la Grecia antigua debería ser tomado como paradigma, relegando, digamos, el sistema representativo de los Estados Unidos modernos a una posición de penumbra, o si el paradigma debería ser un sistema representativo como el de Estados Unidos o el de Westminster, con Atenas relegada a una mera peculiaridad histórica.⁴⁹

La pregunta que cabe efectuar es si la discusión exemplificada puede producirse sin que el concepto de democracia se convierta en varios conceptos. Si nuestra respuesta es negativa, estaremos asumiendo que no hay CEC, o bien que son conceptos vacíos. Si nuestra respuesta es positiva, estaremos asumiendo que el significado no depende por completo del acuerdo ni en los criterios ni en los paradigmas.

Centraré mi atención en aquellas respuestas a esta pregunta que vinculan el significado con los usuarios de un lenguaje, sus comportamientos lingüísticos y su contexto discursivo. De este modo, a los efectos de lo que me interesa resaltar, obviaré toda semántica que haga depender el uso correcto de los términos de algo externo a las prácticas humanas en las que estos términos son usados. Hecha esta matización, las diversas respuestas podrían fundamentarse en alguna de las cuatro tesis siguientes:

1. Los criterios explícitos que se comparten dentro de una comunidad lingüística determinan el uso correcto de las palabras. Una controversia generalizada en torno a cómo debe ser usado un término en una ocasión particular manifiesta un desacuerdo en los criterios y, en consecuencia, conlleva la indeterminación semántica.

2. El significado de una palabra se reduce a un conjunto de paradigmas compartidos. Así, al asignar significado, lo único que hacemos es identificar casos paradigmáticos y establecer relaciones de analogía con otros casos en función de su similitud con los paradigmas. Si hay desacuerdo acerca de cuáles son los paradigmas, hay indeterminación semántica.

3. El significado de un término depende de los criterios compartidos, pero estos criterios no son siempre explícitos o transparentes para los usuarios.

⁴⁹ Waldron, 1994, p. 529.

Por esta razón, la controversia en torno a cuáles son los criterios de uso y los supuestos de aplicación puede ser explicada y asumida porque no siempre somos plenamente conscientes de los criterios que compartimos.

4. El significado de un término depende de la mejor teoría o concepción del concepto compartido. El desacuerdo en los criterios y en los casos centrales de aplicación es explicable y asumible porque representa la existencia de caracterizaciones rivales de un mismo concepto.

Como se habrá podido observar, mientras que las dos primeras tesis rechazan la posibilidad de desacuerdos sustantivos sobre el mismo concepto, las dos últimas asumen su viabilidad. Pero las razones que cada una ofrece son diferentes. Exploraremos con más detalle cuáles son estas razones y qué implicaciones tiene cada una.

Tesis 1. La primera tesis rechazaría que tenga sentido hablar de CEC como conceptos que asumen desacuerdos sustantivos. Según esta tesis, el significado de un término se agota en los criterios de aplicación que son explícitamente compartidos dentro de una comunidad lingüística. De este modo, si hay un desacuerdo general en las explicaciones que ofrecemos del significado del término, estamos ante un supuesto de indeterminación semántica. Esta tesis tampoco admitiría que pueda surgir una controversia sustantiva en torno a casos paradigmáticos de aplicación de un concepto. Desde esta posición, un desacuerdo sobre cuáles son los casos paradigmáticos sólo puede surgir cuando hay disparidad en los criterios, y esta disparidad presupone la indeterminación.⁵⁰ Esta conexión entre paradigmas y criterios puede apreciarse de forma clara si se advierte que esta primera tesis asume una noción de caso paradigmático que podríamos denominar, siguiendo a Bix, “paradigma fuerte”.⁵¹ Un paradigma fuerte es un ejemplo claro de aplicación del concepto, pero el concepto no se agota en ese paradigma o en un conjunto de esos paradigmas. Aquí, “lo importante es el criterio que derivamos de, o asociamos al paradigma, más que el paradigma en sí”.⁵²

⁵⁰ Es claro que nuestro desacuerdo podría simplemente residir en cuál es el caso que estamos discutiendo; pero, una vez identificado el caso, si tenemos divergencias respecto a su inclusión dentro del concepto, estamos ante un desacuerdo en los criterios.

⁵¹ Véase Bix, 1993, pp. 56-57.

⁵² Bix, 1993, p. 56.

Esta tesis, conocida como “semántica criteriológica” por sus detractores, tiene importantes desventajas.⁵³ En primer lugar, no admite ninguna flexibilidad en nuestras prácticas lingüísticas, haciendo inviable pensar que nuestra comprensión del significado de un término pueda evolucionar.⁵⁴ No nos permite entender cómo nuestras concepciones acerca de la libertad o la crueldad han ido cambiando fruto de una dinámica dialéctica, a pesar de seguir siendo concepciones acerca de la libertad o la crueldad. Ello impide explicar cómo sobreviven sin permanente cambio en su identidad prácticas que tienen una clara proyección temporal como es el caso de la práctica constitucional. En segundo lugar, nos fuerza a asumir que cualquier disidencia en la aplicación de un concepto involucra un problema de comprensión de cómo usar el lenguaje. Por último, nos ofrece la peor versión de nuestra práctica constitucional en lo que concierne a la asignación de significado a las cláusulas abstractas. Dada la controversia que envuelve la aplicación de los conceptos constitucionales, nuestra práctica no sería más que un discurso aparente.⁵⁵ Ésta es la versión escéptica que nos ofrece Waldron de nuestros debates en torno a los CEC. Este autor observa que los interlocutores, a pesar de discutir con pasión, saben que no hay una

⁵³ Como es bien sabido, una de las principales objeciones de Dworkin (1986, pp. 31-46) a la teoría de Hart es que ésta no puede escapar del famoso “agujón semántico”, precisamente, por basarse en una semántica criteriológica. Esta objeción ha sido muy controvertida y discutida a lo largo de los últimos diez años. Muchos, los que defienden a Hart, han tratado de mostrar o bien que Hart asumió una semántica criteriológica que no cae en el agujón semántico, o bien, que no asumió una semántica criteriológica; otros, los que critican todavía a Hart, consideran que mantiene una semántica criteriológica y que cae en el famoso agujón. Pero, en este contexto, me parece más relevante presentar lo que podría ser una “semántica criteriológica” (o al menos una versión de esta semántica), que asignarla a algún autor o teoría en concreto. Esta versión no tiene por qué coincidir con una semántica basada en condiciones necesarias y suficientes. Una perspectiva criteriológica es claramente compatible con admitir la textura abierta del lenguaje.

⁵⁴ Aunque no analizaré la viabilidad filosófica de esta semántica, la asociación entre significado y criterios compartidos tiene dificultades para superar el problema del seguimiento de reglas. Así, el consenso en los criterios acaba actuando como un intermediario entre las reglas y sus instancias de uso, con lo que sucumbe al desafío escéptico de Kripke. Véase Kripke, 1982, pp. 13-22, 53-54.

⁵⁵ Sobre este punto Dworkin observa que, en aquellos contextos en los que estamos en desacuerdo, una semántica criteriológica acaba convirtiendo nuestra práctica jurídica en una broma grotesca. Dworkin, 1986, p. 44.

respuesta correcta porque ninguna de las posiciones en conflicto es mejor que la otra; y saben también que ninguna va a convencer a la otra sobre el mérito de sus razones.⁵⁶ Pero la cuestión es si puede ser razonable presentar una versión más caritativa de nuestra práctica constitucional.

Tesis 2. Esta tesis podría ser caracterizada a partir de la noción de paradigma absoluto ofrecida por Bix.⁵⁷ Según este autor, el paradigma absoluto, a diferencia del fuerte, define o agota el concepto. De esta forma, sería una contradicción pretender que este paradigma ha dejado de ser un caso de aplicación del concepto. La noción de paradigma absoluto presupone que definimos los términos de manera ostensiva y que relacionamos los diferentes supuestos de aplicación a partir de analogías con los ejemplos señalados. Si nos preguntamos si la fotografía es una forma de arte, lo que realmente nos estaríamos preguntando es si la fotografía es como la pintura o la escultura. El concepto de arte, entonces, se agota en ejemplos como la pintura y la escultura. Lo mismo se suele afirmar del concepto de buena persona en relación con la figura de Jesucristo. Algunos indican que este concepto puede ser definido a partir de nuestra idea de cómo actuaba Jesucristo.⁵⁸ En este sentido, cualquier variación en nuestra percepción de cómo se comportó Jesucristo supondrá un nuevo concepto de buena persona. La explicación del concepto se reduce a una explicación de cómo es el ejemplar.

Si se asume la idea de paradigma absoluto y se asocia el significado a aquello que compartimos, deberemos afirmar que el uso correcto de un término reside en la coincidencia en los ejemplos que señalamos. Por ello, la controversia en torno a casos centrales conduce a la indeterminación. Ésta es la perspectiva de Endicott cuando interpreta la semántica de Hart frente

⁵⁶ Waldron, 1994, p. 531. Por esta razón, aunque Waldron asume que la utilidad de estos conceptos depende de su dimensión dialéctica, también asume que la contestabilidad de un concepto es un supuesto de indeterminación. De este modo, lo que Waldron estaría valorando en los CEC es la utilidad o los beneficios que pueda tener la indeterminación semántica. Ahora bien, tengo mis dudas respecto a la compatibilidad entre mantener el carácter genuinamente dialéctico de un discurso y, al mismo tiempo, asumir que no hay respuestas más correctas que otras. Véase Waldron, 1994, pp. 512, 531-532, 539-540.

⁵⁷ Bix, 1993, pp. 56-57.

⁵⁸ Véanse, por ejemplo, Raz, 1998, pp. 256, 267; Bix, 1993, pp. 56-57; Waldron, 1994, p. 533.

al aguijón dworkiniano.⁵⁹ Endicott trata de contrarrestar la tesis de Dworkin de que cualquier paradigma puede ser descartado.⁶⁰ Su respuesta consiste en asumir que son precisamente los paradigmas aquello a lo que apuntamos y que caracterizamos cuando damos una explicación conceptual. En su opinión, cuando dilucidamos, por ejemplo, el concepto de derecho, lo que en realidad estamos caracterizando es un ejemplar paradigmático de sistema jurídico.⁶¹ Por este motivo, mantiene que un juicio predicando que x no es un F, cuando el concepto de F se define a partir de resaltar los rasgos salientes de x, carece de sentido.⁶² En definitiva, para este autor, cuando hay un desacuerdo en los paradigmas, alguno de los interlocutores tiene que estar hablando de forma irónica o figurativa.⁶³

Creo que la tesis que he esbozado no es más que una forma algo confusa de defender la tesis 1. La idea de paradigma absoluto no parece una explicación adecuada de qué es poseer un concepto, al menos para nociones distintas a la de juego. Más bien, es una forma de explicar cómo aprendemos y llegamos a adquirir una técnica de uso. Ciertamente, los paradigmas son ejemplos a partir de los que aprendemos a usar los términos.⁶⁴ Pero son un medio para conocer algo más que los paradigmas mismos. Por esta razón, cuando hemos adquirido el dominio de la técnica de uso (o poseemos el concepto), sabemos qué tienen en común los distintos paradigmas y cómo reconocer supuestos de aplicación. Así, en relación con el concepto de arte, cualquier similitud que pretendamos establecer entre la pintura y la fotografía requiere poseer el concepto de arte. Sin este concepto no podremos discriminar, de entre los múltiples rasgos salientes de la pintura, aquellos que están relacionados con el arte, (y ello a pesar de haber identificado perfectamente qué es la pintura). Algo parecido sucede con el concepto de buena persona. Como indica Raz, “para saber de qué formas Jesús era buena persona, uno necesita previamente una comprensión del concepto”.⁶⁵

⁵⁹ Véase Endicott, 1998, pp. 283-300.

⁶⁰ Dworkin, 1986, p. 72.

⁶¹ Endicott, 1998, p. 288.

⁶² Endicott, 1998, p. 295.

⁶³ Endicott, 1998, pp. 295-300.

⁶⁴ Véanse Wittgenstein, 1953, sec. 208; Waldron, 1994, p. 520.

⁶⁵ Raz, 1998, p. 256.

Aclarado este punto, me parece razonable sostener que la noción de paradigma absoluto acaba colapsando con la de paradigma fuerte.⁶⁶ De esta forma, la tesis 2 termina asumiendo la tesis 1. Ahora bien, si rechaza la conexión entre desacuerdo en los criterios explícitos e indeterminación, también podría aceptar alguna de las restantes tesis.

Tesis 3. La tercera tesis asocia el significado con los criterios compartidos de uso, pero advierte que estos criterios no son siempre transparentes para cualquiera de sus usuarios. Esta tesis parece ser la que defiende Bayón bajo el rótulo “convencionalismo profundo”, y la que también apoya Raz en réplica al agujón semántico.⁶⁷ La posición de ambos autores puede subdividirse en dos consideraciones. Por una parte, asumen una tesis semántica antiindividualista: “cada persona entiende que su uso de los términos y conceptos está gobernado por los criterios comunes para su uso [...] Los que piensan que comprenden un término o concepto piensan que tienen al menos algún conocimiento de cuáles son los criterios comunes”.⁶⁸ Por otra parte, ambos observan que nuestro conocimiento de aquello que compartimos no tiene por qué ser completo.⁶⁹ Estas dos consideraciones permiten admitir desacuerdos en los supuestos de aplicación, y controversias respecto a cuáles son los criterios de uso, porque podemos estar equivocados respecto a nuestros criterios compartidos.⁷⁰

Esta tercera tesis tiene algunas ventajas importantes respecto a las anteriores. En primer lugar, posibilita asumir cierta flexibilidad en nuestras prácticas lingüísticas. Nuestra comprensión del significado de un término puede evolucionar en la medida en que adquiramos un conocimiento más completo y articulado de nuestros criterios comunes. En segundo lugar, la disidencia de la opinión mayoritaria no supone necesariamente un desliz verbal porque puede ser explicada, precisamente, en términos de una me-

⁶⁶ Véase Bix, 1993, p. 57.

⁶⁷ Bayón, 1999, pp. 21-24; Raz, 1998, pp. 261-273.

⁶⁸ Raz, 1998, p. 263, también Bayón, 1999, p. 23.

⁶⁹ Sobre este punto véase un comentario paralelo de Marmor en torno a la necesidad de distinguir entre la existencia de una convención y el conocimiento de que existe tal convención. Marmor, 1996, pp. 354-355.

⁷⁰ Bayón, 1999, p. 23; Raz, 1998, p.265.

jor comprensión de nuestros criterios compartidos.⁷¹ Por último, permite dar cuenta de la existencia de CEC sin tener que asumir que son conceptos vacíos. Esto conduce a una visión más caritativa de nuestra práctica constitucional en la que tenemos genuinas discusiones y no meramente discursos paralelos.

A pesar de sus ventajas, esta tesis contiene alguna ambigüedad en su postulado antiindividualista que, en mi opinión, pueden hacerla cuestionable. Raz indica que el rechazo al individualismo se justifica en que todos los usuarios se responsabilizan de los criterios comunes, “sean éstos los que sean”.⁷² Por esta razón, todos entienden que un criterio de uso es correcto si es compartido. Esta idea bien puede significar que los usuarios consideran que el criterio para seleccionar entre diferentes criterios de uso reside en su carácter compartido. De esta suerte, sus discusiones sólo se centrarán en qué es lo que, de hecho, compartimos. Si ésta es la afirmación de Raz, nuestra práctica lingüística no es más que un ejercicio de coordinación. Pero el postulado antiindividualista no tiene por qué dirigirnos a aceptar esta última conclusión. A mi modo de ver, la tesis antiindividualista no ofrece ningún criterio para determinar cuándo hemos usado correctamente una palabra. Lo único que trata de resaltar es que nuestros juicios no se producen de forma aislada; esto es, que nuestros comportamientos lingüísticos no pueden separarse de las prácticas en las que participamos, ni explicarse con independencia de nuestro entorno y de lo que compartimos.⁷³ De ahí

⁷¹ Aunque Bayón (1999, p. 23), por ejemplo, parece sostener que el convencionalismo profundo no puede asumir que la mayoría puede estar equivocada respecto a cuáles son sus criterios comunes, nada en su posición impide esa posibilidad. Sobre este punto véase de nuevo Marmor, 1996, pp. 354-355. Cabe advertir que el convencionalismo profundo puede conducirnos a conclusiones inquietantes desde un punto de vista filosófico. Si la existencia de criterios compartidos es un hecho independiente del conocimiento de la existencia de estos criterios, damos pie a la posibilidad de que el significado acabe trascendiendo nuestras capacidades epistémicas, a pesar de estar vinculado a nuestros criterios comunes de uso. Con ello, volvemos a caer en el problema del desafío escéptico.

⁷² Raz, 1998, p. 264.

⁷³ Por esta razón, Haker y Backer (1985, pp. 234, 248) observan que el elemento antiindividualista de la semántica de Wittgenstein puede resumirse en la idea de que el acuerdo en las definiciones y en los juicios es una precondición para la existencia de nuestros juegos del lenguaje. Pero este acuerdo no está necesariamente incluido dentro de sus reglas internas ni determina cuándo hemos efectuado un movimiento correcto dentro del juego. Así, aunque lo que

no se sigue que el antiindividualismo nos obligue a asumir que, dentro de nuestra práctica de uso, una asignación de significado es correcta cuando coincide con los criterios comunes. Pero quiero destacar otra razón para resistir a la idea de que prácticas lingüísticas como la constitucional son un mero ejercicio de coordinación. Como observa Ebbs, las adscripciones de significado a los términos reflejan las creencias sustantivas y los intereses de los usuarios. Por ello, “qué es lo que cuente para ellos como el uso correcto de un término es inseparable de sus creencias sustantivas”.⁷⁴ En el mismo sentido, Postema indica que el análisis conceptual no puede separarse del ejercicio de comprensión de las prácticas en cuyo seno los conceptos cobran vida.⁷⁵ De forma similar, Aarnio insiste en que considerar que la interpretación del significado de los términos es una actividad de mera indagación lingüística supone una mala comprensión del lenguaje. En su opinión, el análisis del lenguaje es el análisis de las cosas (*matters*) y, en definitiva, de nuestra forma de vida.⁷⁶ Atendiendo a estas reflexiones, sería razonable afirmar que el significado de las cláusulas constitucionales no puede ser desvinculado del valor que otorgamos a ciertos bienes sociales, del propósito asignado a la existencia de una constitución y de la relevancia de este juego del lenguaje para nuestras vidas. Y tenemos tanto diferentes formas de especificar cuál es el valor de nuestro ejercicio colectivo, como razones para no ser indiferentes ante los criterios de uso. Esto añade un elemento de controvertibilidad en la asignación de significado y una disponibilidad a discutir cuál es la mejor caracterización de las cláusulas constitucionales.⁷⁷ Por

compartimos permite explicar por qué nos comportamos de una determinada forma, no justifica nuestro comportamiento lingüístico. Sobre el postulado antiindividualista y las tesis de Putnam y Burge, véanse Ebbs, 1997, cap. 7 y 8; Stavropoulos, 1996, pp. 39, 147-155, 159-160. Sobre esta cuestión en general véanse, por ejemplo, Postema, 1987, pp. 287-289, 296-297, 315; Dworkin, 1986, pp. 135-139.

⁷⁴ Ebbs, 1997, p. 253. Por esta razón, advierte que la actividad de asignar significado está completamente interconectada con nuestras actividades epistémicas. En una línea parecida y en relación con la noción de autoridad como CEC, Bayón observa que advertir la interdependencia de los planos conceptual y normativo puede ser una buena guía para enfrentarse a esta noción. Bayón, 1991, p. 621.

⁷⁵ Postema, 1987, pp. 302-306.

⁷⁶ Aarnio, 1987, pp. 218; 1997, pp. 101-102.

⁷⁷ Por ello, la práctica constitucional contrasta con una práctica como la de identificación de colores. En esta última tendría sentido afirmar que aquellos sujetos que no identifican como

esta razón, la cuarta tesis podría ser la mejor opción para dar cuenta de los CEC.

Tesis 4. Esta última tesis asume que una asignación de significado es correcta cuando es el producto de la mejor teoría acerca del “concepto interpretativo”. Esta posición puede ser reconducida a la teoría interpretativa de Dworkin, leída en términos semánticos.⁷⁸ Desde esta perspectiva, la pregunta por el significado es siempre interna a una práctica de uso.⁷⁹ Dentro de esta práctica, cuál sea el uso correcto del término “x” no puede independizarse de qué es para algo ser x. Y esta pregunta no es equivalente a la cuestión de qué es lo que comúnmente se acepta como x. A pesar de ello, el significado del término “x” no trasciende nuestras creencias y capacidades epistémicas. En la línea interpretativa de Dworkin, cuando asignamos significado, estamos desarrollando una concepción del concepto interpretativo. Este concepto es una idea general, abstracta e inarticulada acerca del propósito o valor de nuestro ejercicio colectivo.⁸⁰ Esta idea se expresa en proposiciones muy generales que todo participante debe poder considerar verdaderas para que sus juicios tengan sentido como interpretación de la práctica.⁸¹ Así, para poner un ejemplo, si estamos caracterizando el concepto

verdes aquellos objetos que nosotros calificamos claramente como verdes están usando la palabra “verde” en un sentido diferente. El coste de no llegar a esta última conclusión sería pensar que los que discrepan poseen un esquema de visión diferente al nuestro. Lo que no nos parecería concebible es pensar que tienen el mismo esquema de visión, que utilizan la palabra “verde” en nuestro mismo sentido pero que, en realidad, estamos en desacuerdo sustantivo acerca del mejor modo de caracterizar el color verde. En definitiva, en esta práctica no cabe la posibilidad de concepciones alternativas. Una concepción del color verde que no sea la compartida, no es ninguna concepción. Véanse, Hurley, 1989, pp. 42, 45; Morawetz, 1992, pp. 10, 17.

⁷⁸ Sobre esta lectura semántica de la teoría de Dworkin, véanse, por ejemplo, Raz, 1998, p. 254; Stavropoulos, 1996, pp. 129-139, 160-162; Bayón, 1999, pp. 3-4; Moreso, 1997, pp. 199-200. Una semántica parecida puede encontrarse en Hurley, 1989 y 1990; Ebbs, 1997, y, si obviamos su exceso metafísico, también en Stavropoulos, 1996.

⁷⁹ Véase Dworkin, 1986, p. 13; 1996, pp. 89-99; Ebbs, 1997, pp. 245-254; Hurley, 1989, pp. 51-53.

⁸⁰ Dworkin, 1986, pp. 70-76.

⁸¹ Para Dworkin (1986, pp. 135-139), el acuerdo necesario en este nivel es un acuerdo de convicción y no un consenso convencional. Así, todos deben poseer la convicción de que estas proposiciones generales son verdaderas y no, meramente, tomarlas como verdaderas porque creen que el resto las considera verdaderas.

constitucional de honor, cualquier participante que no asuma que el honor está relacionado con el respeto a la imagen social de un individuo, no es en realidad un participante. Ahora bien, este juicio general no es todavía el significado del término “honor”. El concepto interpretativo sólo es el marco a partir del que construimos nuestros argumentos acerca del significado de “honor”, esto es, el objeto al que asignamos significado o el punto de unión de nuestra práctica de uso. Podríamos afirmar, en este punto, que el concepto interpretativo delimita el conjunto de razones que son inteligibles dentro de un contexto discursivo. Pero esta idea común es demasiado inarticulada para poder justificar, por sí misma, nuestras conclusiones interpretativas. Cualquier caracterización del concepto de honor requerirá desarrollar una teoría o concepción que establezca cuáles son las relaciones de prioridad entre los varios aspectos de esta noción compleja. Es en este punto donde las perspectivas de los participantes tienden a diferir porque cada uno puede adquirir una forma particular de entender, no ya, qué es lo que otros piensan, sino, qué es lo que la idea de honor requiere en cada caso concreto. En este contexto, los interlocutores están dispuestos a admitir el error, a argumentar y a ceder ante los mejores argumentos.⁸² Ello es así porque la propia idea de participación en una práctica social nos exige poder distinguir entre aquello que la práctica requiere y nuestros deseos e intereses particulares. Interpretar esta práctica social es expresar una comprensión del propósito de nuestras actuaciones conjuntas en un ejercicio que tiene una historia y se proyecta hacia el futuro. En esto consiste, según Dworkin, tener una actitud interpretativa.⁸³

Ciertamente, si nuestras controversias son tan profundas que afectan al propio concepto interpretativo, perderemos el punto de unión de nuestra práctica de uso y, en consecuencia, desembocaremos en un desacuerdo conceptual y en la utilización de una misma palabra en diferentes sentidos. Pero insisto en que esta conclusión no deriva de considerar que el concepto interpretativo es el significado del término. Compartir este concepto sólo hace inteligibles nuestras discusiones acerca del significado. Si no coinci-

⁸² Véase, a este respecto, la visión dialéctica del significado de Ebbs (1997, pp. 250-254), en una lectura no metafísica de la teoría de Burge. También Dworkin, 1983, pp. 289-290, y 1986, pp. 78-86.

⁸³ Dworkin, 1986, pp. 46-48, 81.

dimos en el concepto interpretativo ni siquiera podremos afirmar que nuestros interlocutores han entendido mal el significado;⁸⁴ no sabremos qué es lo que están interpretando o a qué se refieren. En cambio, si nuestros desacuerdos residen en las concepciones del concepto, estaremos en disposición de indicar que alguien ha captado erróneamente el significado. En este sentido, hay un espacio entre el uso correcto y el no uso, o entre la participación y la incapacidad para participar.⁸⁵

Sin embargo, para una semántica interpretativa, la controversia en los casos paradigmáticos de aplicación corre diferente suerte que nuestros desacuerdos respecto al concepto interpretativo. En palabras de Dworkin, “los paradigmas sujetan las interpretaciones, pero ningún paradigma está a salvo de ser desafiado por una nueva interpretación que explique mejor otros paradigmas y deje a éste aislado como un error”.⁸⁶ El papel de los paradigmas, en el sentido de paradigmas fuertes, es básico dentro de la epistemología coherentista que subyace a una semántica interpretativa. Así, y dicho de forma muy esquemática, utilizamos lo que en un primer momento parecen ser paradigmas para extraer criterios tentativos de uso. Estos criterios provisionales son cotejados con otros posibles supuestos de aplicación, en un ejercicio holista en el que nuestras hipótesis iniciales pueden verse enriquecidas por la incorporación de nuevos supuestos de uso. Y, como la finalidad de este proceso es la maximización de la coherencia global, la mejor hipótesis o caracterización puede conducirnos a descartar alguno de los paradigmas originales.⁸⁷

Asumiendo la tesis 4, a pesar de que no podemos descartar todos los paradigmas sin estar inmersos en otra práctica de uso, podemos llegar a descartar cualquiera de ellos en particular, como es el caso del ejemplo que ofrece Dworkin de sacarse el sombrero ante la presencia de una mujer como

⁸⁴ Véase Hurley, 1989, p. 53.

⁸⁵ Hurley, 1989, pp. 36-37, 43, 49, 51.

⁸⁶ Dworkin, 1986, p. 72.

⁸⁷ Sobre este proceso holista véase la magnífica explicación de Bayón (1999, pp. 23-24), la caracterización de Hurley (1990, pp. 222-226) de los cinco pasos en los que se desarrolla la dinámica deliberativa, y, en general, la idea del equilibrio reflexivo de Rawls (1971, pp. 14-21, 43-53 y 578-582). También Dworkin, 1983, pp. 293-295; 1986, pp. 65-68, 235-236; 1996, p. 119; Swanton, 1985, pp. 824-827. Adviértase que la posición de Bayón puede ser presentada en términos de una semántica interpretativa, siempre y cuando leamos su postulado antiindividualista en el sentido que he observado en el apartado anterior.

paradigma de cortesía.⁸⁸ Pero también podemos discrepar en lo que atañe al carácter paradigmático de un supuesto de aplicación, aun cuando coincidamos en otros paradigmas. Pongamos una controversia acerca del concepto de honor. En los últimos años se ha discutido si el menosprecio a un grupo étnico o cultural puede afectar objetivamente al honor de sus miembros. En este contexto han surgido posiciones claramente enfrentadas. Unos consideran que éste es un caso claro de conculcación del honor individual; otros, en cambio, lo consideran un caso de penumbra o un caso excluido de este concepto. Para una semántica interpretativa, éste es un desacuerdo sustantivo porque manifiesta caracterizaciones rivales de la noción de honor. Cada posición atribuye un peso distinto a la importancia del elemento étnico o cultural en la configuración de la identidad individual. Cuál sea la respuesta correcta para este caso dependerá de cuáles sean los mejores argumentos, de cuál sea la opción que mejor relacione las razones en juego.

Esta cuarta tesis tiene importantes ventajas. Por una parte, flexibiliza nuestras prácticas lingüísticas y permite admitir la disidencia sin presuponer un desconocimiento del lenguaje. Por otra parte, puede apoyar la determinación semántica en el terreno de la controversia. En nuestros desacuerdos en torno a los CEC, no compartimos todos los paradigmas ni tampoco nuestras concepciones. Pero si coincidimos en el concepto interpretativo podremos asumir que unas respuestas serán más correctas que otras porque tendremos un objeto de discusión. Ciertamente, esto no implica que no haya un contexto para la indeterminación semántica. En algunas ocasiones deberemos reconocer que estamos ante un desacuerdo conceptual, ya sea porque no se coincide en la idea más abstracta, o porque se desafían demasiados paradigmas. Sin embargo, cuánto desacuerdo pueda soportar nuestra práctica es algo que sólo puede ser percibido a través de nuestra discusión interna.

4. CONCLUSIÓN

Si admitimos que es característico del lenguaje de nuestra Constitución la presencia de CEC, podríamos concluir que las cláusulas constitucionales que los contienen están indeterminadas. De esta suerte, asumiríamos que

⁸⁸ Dworkin, 1986, pp. 68-73.

las decisiones del Tribunal Constitucional en la dilucidación de estos conceptos no son genuinas interpretaciones, sino expresiones de sus convicciones particulares. Esto resulta preocupante porque es difícil justificar que, dentro de un sistema democrático, una élite que carece de legitimación democrática directa pueda imponer su voluntad a la mayoría en cuestiones tan básicas como las constitucionales.

Pero esta preocupación tiene como presupuesto una asociación muy estricta entre los CEC y la indeterminación semántica. Creo que podemos ser más optimistas si rechazamos esta asociación tan estricta, pero ello exige abandonar la semántica de los criterios compartidos para dar cuenta de los CEC. La alternativa por la que yo me inclino consiste en adoptar una teoría interpretativa para este ámbito. Si bien, esta semántica no puede garantizar que siempre habrá una respuesta correcta en la interpretación de estas cláusulas constitucionales, nos permite rechazar que cualquier contexto de desacuerdo sea necesariamente un contexto de confusión radical e indeterminación. Ello alivia en parte la objeción democrática ante la justicia constitucional porque traslada el problema de la imposición de valores subjetivos a aquellos ámbitos en los que no cabe articular un argumento constitucional justificado.

Esta perspectiva puede ser criticable pero creo que contiene mucho sentido común. El Tribunal Constitucional siempre tiene la última palabra pero no necesariamente la interpretación correcta. Esta interpretación correcta la debemos buscar en los argumentos, en el mérito de las razones que aportan los participantes competentes de la práctica. De este modo, es preciso exigir al Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, que ofrezca los mejores argumentos antes de objetar que nos imponga su voluntad. En palabras de Dworkin:

[...] la comunidad jurídica debe evaluar a los jueces con criterios intelectuales. Insistiremos en que elaboren los mejores argumentos que les sea posible, y luego nos preguntaremos si sus argumentos son lo suficientemente buenos. Por supuesto, no hay fórmula que garantice que los jueces no serán influidos por los malos argumentos [...] Todo lo que podemos hacer ante esas malas decisiones es señalar cómo y dónde los argumentos eran malos o las convicciones inaceptables.⁸⁹

⁸⁹ Dworkin, 1994, pp. 191-192.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., (1987), *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht, Reidel.
- AARNIO, A., (1997), *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*. Dartmouth, Ashgate.
- BAKER, G. y P. HACKER, (1985), *Wittgenstein. Rules, Grammar and Necessity*. Oxford, Blackwell.
- BAYÓN, J. C., (1991), *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- BAYÓN, J. C., (1999), "Law, Conventionalism, and Controversy" (manuscrito no publicado).
- BIX, B., (1993), *Law, Language, and Legal Determinacy*. Oxford, Clarendon Press.
- BORK, R., (1990), *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*. Nueva York, The Free Press.
- DAVIDSON, D., (1984), *Inquiries into Interpretation and Truth*. Oxford, Clarendon Press.
- DWORKIN, R., (1983), "My Reply to Stanley Fish and Walter Benn Michaels: Please Don't Talk About Objectivity Any More", en *The Politics of Interpretation*. Chicago, Universidad de Chicago.
- DWORKIN, R., (1986), *Law's Empire*. Londres, Fontana Press.
- DWORKIN, R., (1994), *El dominio de la vida*. Trad. de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres. Barcelona, Ariel.
- DWORKIN, R., (1996), "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25. núm. 2, pp. 87-139.
- EBBS, G., (1997), *Rule-Following and Realism*. Cambridge, Universidad de Harvard.
- ELY, J., (1980), *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Universidad de Harvard.
- ENDICOTT, T., (1998), "Herbert Hart and the Semanting Sting", en *Legal Theory*, vol. 4, núm. 3, pp. 283-300.
- FERRERES, V., (1997), *Justicia constitucional y democracia*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FREEMAN, S., (1992), "Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 21, núm. 1, pp. 3-42.

- GALLIE, W. B., (1956), “Essentially Contested Concepts”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, pp. 167-198.
- GRAY, J., (1978), “On Liberty, Liberalism, and Essential Contestability”, en *British Journal of Political Science*, 8, pp. 385-402.
- HAMPSHIRE, S., (1989), *Innocence and Experience*. Oxford, Universidad de Oxford.
- HARE, R. M., (1952) *The Language of Morals*. Oxford, Clarendon Press.
- HARE, R. M., (1981), *Moral Thinking*. Oxford, Clarendon Press.
- HURLEY, S., (1989), *Natural Reasons*. Oxford, Universidad de Oxford.
- HURLEY, S., (1990), “Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, pp. 221-251.
- KELSEN, H., (1988), “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, en J. Ruiz Manero, ed., *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid, Debate, pp. 109-155.
- KELSEN, H., (1995), *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid, Tecnos.
- KRIPKE, S., (1982), *Wittgenstein on Rules and Private Language*. Oxford, Basil Blackwell.
- LORA, P. de, (1998), *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LUKES, S., (1974), *Power: A Radical View*. Londres, Macmillan.
- MARMOR, A., (1992), *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, Clarendon Press.
- MARMOR, A., (1996), “On Convention”, *Synthese*, vol. 107, pp. 533-552.
- MORAWETZ, T., (1992), “The Epistemology of Judging: Wittgenstein and Deliberative Practices”, en D. Patterson, ed., *Wittgenstein and Legal Theory*. Oxford, Westview Press, pp. 3-27.
- MORESO, J. J., (1997), *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- PRIETO SANCHÍS, L., (1987), *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid, Tecnos.
- POSTEMA, G., (1987), “‘Protestant’ Interpretation and Social Practices”, en *Law & Philosophy*, vol. 6, pp. 283-319.
- RAZ, J., (1998), “Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison”, en *Legal Theory*, vol. 4, núm. 3, pp. 249-282.

- REDONDO, C., (1997), “Teorías del derecho e indeterminación semántica”, en *Doxa*, vol. 20, pp. 177-196.
- SCHAUER, F., (1991), *Playing by the Rules*. Oxford, Clarendon Press.
- SEARLE, J., (1995), *The Construction of Social Reality*. Nueva York, The Free Press.
- STAVROPOULOS, N., (1996), *Objectivity in Law*. Oxford, Clarendon Press.
- SWANTON, C., (1985), “On the ‘Essential Contestedness’ of Political Concepts”, en *Ethics*, núm. 95, pp. 811-827.
- TORBISCO CASALS, N., (2000), *Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal*. Universidad Pompeu Fabra. Tesis doctoral.
- WALDRON, J., (1994), “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, en *California Law Review*, vol. 82, núm. 3, pp. 509-540.
- WITTGENSTEIN, L., (1953), *Philosophical Investigations*. Trad. de G. Anscombe. Oxford, Basil Blackwell.

¿LA ESTADÍSTICA Y/O LOS SONDEOS DE OPINIÓN COMO FUENTES DEL DERECHO?

Bernardo Bolaños,
Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM

I. EL *BONUS PATER FAMILIAS* GAY Y LA OPINIÓN PÚBLICA¹

La imposibilidad jurídica de que las personas homosexuales puedan contraer matrimonio entre ellas, procrear con asistencia médica o adoptar a un menor es una fuente de polémicas públicas contemporáneas en gran parte de los Estados democráticos. Las relaciones entre el derecho y la moral sexual son fuente más que de “casos difíciles”, de “casos trágicos” en el sentido de Manuel Atienza.²

El 26 de febrero del 2002, la tercera sección de la Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, resolvió en el caso *Fretté* contra Francia, por una cerrada mayoría de votos (3 contra 4), que los poderes públicos pueden rechazar la solicitud de un homosexual de adoptar a un menor, aun cuando la ley del país reconozca el derecho de los padres solteros a solicitar la adopción y cuando el único argumento de la negativa es el hecho de que el solicitante sea homosexual.³ Tres argumentos centrales

¹ La palabra gay fue introducida por los propios interesados para remplazar la connotación médica que tenía el término “homosexual” y corresponde a las siglas de la frase “good as you” (“tan bueno como tú”), consigna que era utilizada en las manifestaciones de homosexuales en Estados Unidos a partir de los años sesenta. Cf. I. Hacking, “Making Up People”, en E. Stein, *The Mismeasure of Desire: The Science, Theory, and Ethics of Sexual Orientation*. Nueva York, Oxford, 1999, pp. 69-88.

² M. Atienza, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pp. 245-266.

³ *Affaire Fretté c. France*, petición núm. 36515/97, referencia Hudoc REF00003291, Corte Europea de Derechos Humanos, Consejo de Europa, Estrasburgo, 26 de febrero de 2002, 35 pp.

sostienen la decisión mayoritaria (adoptada por los magistrados de nacionalidades lituana, checa, albanesa y francesa): a) un criterio de precaución ante la incertidumbre científica acerca de las consecuencias para un menor de ser adoptado por una persona homosexual; b) una apelación a la sensibilidad y el contexto de la comunidad donde se presente el caso y c) la insuficiencia del número de niños en condición de ser adoptados en comparación con las demandas de adopción. Por otro lado, la decisión minoritaria de los jueces belga, inglés y austriaco opone como argumento principal el principio de legalidad, en particular el de igualdad ante la ley. Es necesario aclarar que el sentido de esta decisión no es insólito, pues la mayoría de las oficinas de adopción en el mundo niegan todavía la adopción de niños a los hogares homosexuales;⁴ lo que resulta fuera de lo común es la manera como los argumentos clásicos de legalidad fueron desestimados en su confrontación con argumentos prudenciales y de oportunidad, lo cual fue calificado por el voto minoritario como “una regresión en la protección de los derechos fundamentales”.⁵ El peso superior que la Corte Europea concedió (bien que de manera excepcional en este caso) a la opinión pública y al principio de precaución por encima del principio de legalidad plantea la pregunta acerca de nuevas fuentes del derecho.⁶

a) La decisión jurídica ante la incertidumbre científica

La Corte Europea, en el caso *Fretté*, señala que “es necesario constatar que la comunidad científica [...] se encuentra dividida acerca de las consecuencias eventuales de la recepción de un niño por uno o varios padres homosexuales, notablemente tomando en cuenta el escaso número de estudios científicos realizados sobre la cuestión”. La primera observación que puede

⁴ Al momento de dictarse la resolución de la Corte, sólo Holanda permitía a dos personas del mismo sexo casarse, adoptar y criar niños (*Affaire Fretté c. France*, cit., p. 18). Cf. C. D. Martin, *Beating the Adoption Game*. San Diego, Harcourt Brace Jovanovich, 1988, p. 222.

⁵ Opinión parcialmente disidente común a sir Nicolas Bratza, Fuhrmann y Tulkens, *Affaire Fretté c. France*, núm. 36515/97, cit., p. 35.

⁶ Acerca del concepto de fuente del derecho y su relación con el derecho constitucional, cf. M. Carbonell, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*. México, UNAM, IIJ, 1998, capítulo primero.

hacerse es que las autoridades raramente se interrogan acerca de las consecuencias que la identidad de los individuos entraña para terceros. Ser adoptado por un padre obeso o diplomático puede tener consecuencias negativas para los niños, pero éstas no son objeto de control, a diferencia del hecho de ser violento, alcohólico o pederasta. Pero estas últimas son consideradas como patologías, mientras que a partir de 1983 la homosexualidad dejó de estar incluida en la clasificación de “enfermedades mentales” de la Organización Mundial de la Salud. Ello no significa que a partir de esa fecha el concepto de “homosexualidad” esté “vacío”, sea “arbitrario” o que no pueda ser abordado como tema de estudio por la sociología, la psicología o quizás la genética (pues algunos especialistas especulan acerca de la existencia o no de una base genética de la homosexualidad y defensores de los derechos de gays y lesbianas se dividen acerca de la conveniencia de considerar la homosexualidad como una clasificación natural o cultural).⁷ Pero el problema jurídico es de otra índole, sólo la afectación a un tercero justificaría admitir la “distinción” jurídica entre adoptantes heterosexuales y homosexuales. Si algo ha de considerarse malo es porque es malo *para alguien* (no malo de manera intrínseca y abstracta),⁸ en este caso malo para el niño adoptado, lo cual debe probarse.

En todo caso, a riesgo de violar principios constitucionales básicos, es obvio que una corte no puede asociar a los solicitantes de adopción homosexuales con riesgos para el adoptado de una manera gratuita, es decir, que sólo podría hacerlo de manera motivada, con base en una justificación racional. Dicha justificación debe tener carácter empírico (invocar hechos, aunque sea de manera probabilista), esto es, se debe mostrar que el *hecho* de la afectación del niño puede razonablemente ocurrir. No es indispensable, desde luego, que dicho riesgo sea cuantificado en un porcentaje, sino mostrar indicios y argumentos justificados.

¿Cuál es el temor considerado en el caso Fretté?, ¿qué indicios o conjeturas llevan a la Corte a preguntarse acerca de las posibles consecuencias negativas de la adopción por parte de un homosexual? De acuerdo con las autoridades demandadas en el expediente del caso, se trata del riesgo de

⁷ Cf. I. Hacking, “How “Natural” y “Kinds” of Sexual Orientation?”, en *Law and Philosophy*, núm. 21, pp. 95-107, 2002; y E. Stein, *op. cit.*

⁸ Cf. D. Parfit, *Reasons and Persons*. Oxford, Clarendon, 1984, p. 363.

“inestabilidad familiar” y la “ausencia de referentes” para el niño (es decir, la ausencia de referentes materno y paterno o “alteridad de género de los padres”). Ambos indicios o conjeturas, insistimos, deben ser cuestiones empíricas y estar apoyadas en investigaciones en psicología, peritajes elaborados expresamente para el juicio o datos estadísticos. ¿De qué otra manera podría garantizarse que el argumento de la “inestabilidad familiar” no recree un mero prejuicio? Pero en la especie, luego de analizar la evidencia presentada por las partes, la Corte considera que la comunidad científica se encuentra dividida.⁹

Por lo que se refiere al segundo argumento, la ausencia de referentes materno y paterno,¹⁰ resultó un punto de controversia que se le empleara siendo que ha sido explícitamente excluido por el legislador francés, quien admite explícitamente el derecho de las personas solteras a adoptar.¹¹ Por ello, todo parece indicar que detrás del argumento de los “referentes parentales”, el verdadero temor es el de las consecuencias que puede tener la figura paterna o materna *homosexual*, sea monoparental o no, en la determinación de las preferencias sexuales del niño en el futuro. Así lo argumenta el requeriente.¹² No se trata, entonces, de la ausencia de referentes, sino de

⁹ Desde el punto de vista cuantitativo, según las últimas cifras disponibles en Francia, provenientes de la encuesta del Inserm de 1992 sobre una muestra de 20,000 personas, los hombres heterosexuales cuentan con alrededor de 11.3 parejas a lo largo de su vida, los hombres homosexuales 13.7; las mujeres heterosexuales 3.4 parejas a lo largo de su vida y las lesbianas 2.9. Una investigación cualitativa reciente, confirma que los hombres homosexuales franceses tienen un número ligeramente superior de parejas a lo largo de su vida y una duración más breve de cada relación que los hombres heterosexuales, pero cuando manifiestan insatisfacción con respecto a la “inestabilidad de sus relaciones” señalan como causa precisamente la falta de un derecho a insertarse en una estructura familiar (en particular la prohibición del matrimonio y de la homopaternidad). Cf. J. Mossuz-Lavau, *La vie sexuelle en France*. París, Éditions de la Martinière, 2002.

¹⁰ La decisión de las autoridades de la adopción francesas se fundó en “la ausencia de referente materno constante”. Cf. *Affaire Fretté c. France*, cit., p. 3.

¹¹ El legislador francés reconoció la aptitud plena de las personas solas, hombres o mujeres, para adoptar, mediante la ley del 11 de julio de 1966.

¹² De acuerdo con Fretté, “la presunción irrefragable de que ningún homosexual ofrece garantías suficientes para recibir un niño en adopción que supuestamente se infiere de dicho interés [el interés superior del niño] refleja en realidad un prejuicio social y un miedo irracional: que un niño criado por un homosexual tendría un ‘riesgo’ más alto de llegar a ser él mismo homosexual o de desarrollar problemas psicológicos”, *Affaire Fretté c. France*, cit., pp. 15-16.

la presencia de referentes homosexuales, que podría —según estos temores— reproducir un modelo familiar no clásico y, entre otras consecuencias, alterar los índices de natalidad.¹³ La “difusión de la homosexualidad” a través de la adopción es quizá el miedo más enraizado en la moral sexual tradicional hacia la homosexualidad, tanto en países europeos, como en México.¹⁴

El temor del impacto de desnatalidad, suponiendo que tuviese una base confiable, es utilitarista, pues no se enfoca en los niños como fines en sí mismos sino como medios de la reproducción de la sociedad. Este argumento parte de un deber de heterosexualidad y de natalidad que sería difícil fundamentar en el derecho positivo (francés o mexicano, al menos) y difícil de hacer compatible con las declaraciones de derechos humanos.

En todo caso, es importante notar que la Corte Europea llega a la conclusión de que, frente a la incertidumbre científica acerca de las supuestas con-

¹³ Cf. J. Elster, *El cemento de la sociedad*. Barcelona, Gedisa, 1997, p. 167. Sólo a partir de dicha interpretación adquieren sentido muchas de las posiciones que no son explícitas, por ejemplo, las siguientes palabras de Jean-Pierre Chevenement (ex ministro francés de educación y del interior): “Es obvio que no incumbe a nadie juzgar sobre la orientación sexual de tal o tal persona. Eso pertenece al dominio de la vida privada, en la cual el Estado no debe intervenir. La igualdad, desde ese punto de vista, es natural. Cada uno tiene el derecho de disponer de su cuerpo. Pero más allá, el Estado tiene responsabilidades en relación con la organización de la sociedad, la defensa de los derechos de los niños y la renovación de las generaciones. No nos podemos desinteresar del futuro del sistema de jubilación, de la vitalidad de la sociedad y de sus capacidades de recepción. No me parece anormal que el Estado otorgue un lugar particular al matrimonio heterosexual. Yo no creo que sea un atentado contra el principio de igualdad”. Entrevisita a la revista *Tetu*, núm. 65. París, marzo 2002, p. 58.

¹⁴ La declaración de un adolescente mexicano, hijo de una madre lesbiana, confirma la difusión en México del argumento acerca de esta supuesta predeterminación sexual de los hijos como consecuencia de la preferencia sexual de sus padres: “Soy heterosexual, siempre me preguntan si soy gay, es un estereotipo absurdo pensar que si eres hijo de padres homosexuales o madres lesbianas tú también tienes que ser igual. En una familia alternativa y democrática tienes la capacidad de decidir sobre tu vida... Hay símbolos engañosos como la figura paterna. ¿Cuál es la figura paterna? ¿El padre borracho y golpeador? Si esa es mi carencia, no tengo carencias, al contrario, estoy sobrado en educación”. A propósito de la creación de una figura legal que regularice la unión de personas homosexuales en la ciudad de México, Juan Castillo Mota, diputado del PRI, declara: “¡Cómo vamos a permitir que maricones y lesbianas regularicen su situación! Eso no prestigia a este país. No vamos a llevarlos a la legalidad, para que lleguen a la adopción de hijos y les dieran un mal ejemplo”. “Masiosare”, supl. de *La Jornada*. México, 24 de febrero 2002.

secuencias de la adopción por parte de Fretté, es lícito guiarse según un criterio de precaución y negarle al demandante la satisfacción de su pretensión.¹⁵

Independientemente de que existiese una influencia particular en el niño por el hecho de ser adoptado dentro de un hogar homosexual, la decisión definitiva acerca de si esta influencia debe ser aceptada o rechazada depende esta vez de un argumento evaluativo o normativo (y no de uno empírico). En efecto, como en todo juicio, luego de haberse corroborado los hechos, es necesario *evaluar* si serán subsumidos en una norma. La verdadera pregunta que plantea el caso Fretté es: suponiendo que fuese comprobado empíricamente que la convivencia con un padre adoptivo homosexual aumentase en algún grado, como resultado de la referencia simbólica, la probabilidad de que un niño llegue a ser él mismo homosexual, ¿se trata de una afectación de los derechos del niño?, ¿debe autorizarse la adopción por parte de personas homosexuales? Y, sobre todo, es necesario preguntarse ¿cómo debe responder el juez a tales preguntas? El derecho constitucional y la teoría de las fuentes del derecho apelarían en primer lugar a la interpretación de la Constitución y de la ley (si se admite que existe una separación entre derecho y la moral sexual). Pero la mayoría formada por cuatro jueces de la Corte recurrió como fuente del derecho a la moral sexual, a la opinión pública local.

b) El argumento ad populum contra legem

En efecto, el segundo de los argumentos de la mayoría es el siguiente: “es necesario preservar un margen de apreciación de las autoridades de cada Estado, en contacto directo y permanente con las fuerzas vitales de su país y por ello mejor colocadas, en principio, para evaluar las sensibilidades y el contexto local”.¹⁶

¹⁵ La llamada ley Barnier introdujo en Francia, a partir de 1995, el principio según el cual “la ausencia de certeza no debe retrasar la adopción de medidas efectivas y proporcionadas para prevenir daños graves e irreversibles”. Conocido como “principio de precaución”, éste se ha convertido en una herramienta fundamental de las decisiones en materia ambiental, sanitaria y en bioética. Acerca de las decisiones en casos de indeterminación, *cf.* J. Elster, *Juicios salomónicos*. Barcelona, Gedisa, 1995, pp. 16-24.

¹⁶ *Affaire Fretté c. France*, cit., p. 19.

De manera inusual en el Tribunal de Estrasburgo, se admite la introducción de una excepción no prevista por el legislador fundada en “los valores sociales más difundidos”,¹⁷ en “la sensibilidad y el contexto locales”¹⁸ y en “la opinión pública”.¹⁹ Estos elementos se convierten, por ello, en verdaderas fuentes de derecho, reformadoras de la ley. En efecto, como señala el voto minoritario, la decisión de la Corte utiliza una interpretación *contra legem*, ya que el Código Civil francés señala que “la adopción puede ser solicitada por toda persona mayor de 28 años” (art. 343-1): “A partir del momento en el que un sistema jurídico confiere un derecho, en la especie el derecho de toda persona a demandar la autorización tendiente a la adopción, no puede, sin violar el artículo 14,²⁰ otorgarlo de manera discriminatoria”.²¹

Si bien los miembros de la Corte Europea concuerdan en que no existe un “derecho fundamental a adoptar” (pues éste no deriva del artículo 8 de la Convención Europea),²² en el caso concreto del derecho positivo francés el legislador fue más allá del mínimo exigido por la Convención y estableció el derecho de los padres solteros a solicitar la adopción. Por ello, afirma la minoría, la resolución que niega a los homosexuales el derecho de solicitar la adopción introduce una excepción, discrimina, y viola el

¹⁷ De acuerdo con el criterio de la Dirección de Acción Social, de la Infancia y de la Salud del Departamento de París, al que ratifica la Corte, “Monsieur Fretté... está consciente de que su homosexualidad puede ser un obstáculo a la obtención de la autorización, tomando en cuenta los valores sociales más difundidos”, *Affaire Fretté c. France*, cit., p. 3.

¹⁸ *Affaire Fretté c. France*, cit., p. 19.

¹⁹ *Affaire Fretté c. France*, cit., p. 8 y 19. De acuerdo con el Consejo de Estado francés, al que avala la Corte, “no corresponde al juez anticipar sino acompañar la evolución de la opinión pública”, *Affaire Fretté c. France*, cit., p. 8.

²⁰ El cual señala que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en la Convención debe asegurarse sin distinción alguna, fundada en particular sobre el sexo...”

²¹ Opinión parcialmente disidente común a sir Nicolas Bratza, Fuhrmann y Tulkens, *Affaire Fretté c. France*, núm. 36515/97, cit., p. 32.

²² Según el cual, “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...” y “no puede haber injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de ese derecho sino en los casos en que dicha injerencia esté prevista en la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria a la protección de la salud, de la moral o a la protección de los derechos y libertades de otro”. Acerca de la utilización del principio de igualdad entre el hombre y la mujer como posible fundamento directo de algunos derechos de personas homosexuales, cf. M. Carbonell, *La Constitución en serio*, capítulo IV. México, UNAM, IIJ, 2001.

artículo 14 de la Convención.²³ Para efectos del presente ensayo, lo que nos interesa destacar es el reconocimiento de que la fuente de esa excepción a la ley es la opinión pública.

Finalmente, haremos referencia brevemente al tercer argumento de la decisión mayoritaria: la insuficiencia del número de niños en condición de ser adoptados en comparación con las demandas de adopción. La Corte afirma que la decisión de las autoridades de la adopción sólo hace una “distinción” y no una “discriminación”. Sabemos que cuando existen bienes escasos e indivisibles que deben ser distribuidos entre diversos solicitantes, se hace necesario que las instituciones excluyan a algunos solicitantes con base en sorteos, listas de espera, distinciones de edad, de características mentales o físicas. La elección de dichos criterios depende de la teoría de la justicia que se adopte.²⁴ Desde una teoría de la justicia utilitarista en un contexto de disminución de la natalidad, excluir a los homosexuales puede ser racional.²⁵ Desde una teoría de la justicia liberal igualitaria, excluir a los homosexuales sólo podría ser racional si se comprobara que existe una disposición del niño a una vida homosexual a través de la figura simbólica de sus padres y si se interpreta que, por ello, disminuyen las condiciones de construcción de la libertad individual del niño.²⁶ Pero en ambos casos, para tratarse de decisiones jurídicas en sentido estricto, la teoría de la justicia que se adopte debe formar parte del derecho positivo. Los principios de igualdad, de libertad y de bienestar del mayor número están presentes en la mayor

²³ Relativo a la prohibición de discriminación *cf. supra*.

²⁴ Cf. J. Elster, *Justicia local. De qué modo las instituciones distribuyen bienes escasos y cargas necesarias*. Barcelona, Gedisa, 1994.

²⁵ J. Elster, *El cemento de la sociedad*. Barcelona, Gedisa, 1997, p. 167.

²⁶ Desde un enfoque liberal igualitario es necesario imponer restricciones a la libertad de los padres para sustraer parcialmente a los niños de su influencia y someterlos a un mismo punto de partida, una socialización equivalente. Es por ello que existe un límite a la libertad de los padres de decidir los contenidos educativos que recibirán sus hijos y también es por ello que los planes y programas de la educación básica son obligatorios. Ciertamente, la heterosexualidad de los padres no es un punto de partida neutro, pero podría ser elegido convencionalmente como punto de partida común, de tal modo que se persiga una cierta igualdad de oportunidades de socialización. Cf. J. Fishkin, *Justice, Equal Opportunity and the Family*. New Haven, Universidad de Yale, 1983, pp. 22-36. Fishkin, sin embargo, considera que este tipo de trasfondo familiar no es un requisito esencial de la igualdad de oportunidades como punto de partida que amerite la intervención del Estado.

parte de las constituciones y tanto una teoría utilitarista como una liberal igualitaria podrían fundarse en ellos. Pero en el caso Fretté, la Corte Europea recurrió a una teoría de la justicia que descansa en la opinión pública, no en el derecho positivo.

II. LA OPINIÓN PÚBLICA EN LA TEORÍA PRAGMATISTA DE POSNER

La opinión pública es, en cierto sentido, juez de los jueces supremos. Los juristas e intelectuales que comentan las cortes en los medios o en la prensa intelectual las decisiones de supremas apelan precisamente a la opinión pública y con sus análisis parecen demostrar que el dogma de la cosa juzgada es sólo un principio metodológico de la práctica judicial, pero que las decisiones, incluso siendo definitivas, son el objeto de la opinión crítica de la sociedad.²⁷ La última palabra no la tienen nunca los ministros de las cortes supremas. Pero si la discusión pública constituye una práctica indispensable en todo Estado democrático de derecho, hay otro fenómeno que no debe confundirse con aquel: el hecho de que las autoridades del Estado usen a la opinión pública como fuente de decisiones aun en contra del derecho.

El juez americano Richard Posner ha elaborado una teoría “pragmatista” que defiende explícitamente el recurso a la opinión pública para justificar decisiones judiciales. Dado que los jueces no constituyen, afirma Posner, una vanguardia en materia de moral, corresponde a la opinión pública darle contenido a expresiones como “justicia”, “igualdad”, “libertad” o “equidad”. Para Posner, el criterio último que debe conducir las decisiones judiciales es el de “razonabilidad” y lo que es razonable en una época concreta está íntimamente ligado con la opinión pública prevaleciente. De acuerdo con Posner, es un error suponer que el razonamiento jurídico es suficiente para lograr por sí solo un cambio profundo en la política pública, como

²⁷ Como es sabido, Ronald Dworkin comenta regularmente las decisiones de la Corte de su país en la prensa, como el mexicano José Ramón Cossío en la revista *Este País*. Y existen casos lamentables: la escritora Arundhati Roy, autora del libro *El Diosa de las pequeñas cosas* (1977), fue condenada en marzo del 2002 a un día de prisión y al pago de 2,000 rupias por haber criticado a la Corte Suprema de la India en un caso de desplazados por la construcción de una obra pública.

sucede en el caso de los abogados que invocan la existencia de un derecho constitucional de los homosexuales al matrimonio o obtener una adopción.

Esto no significa decir que los tribunales deban negar el reconocimiento de un derecho constitucional sólo porque hacerlo los hará impopulares —aclara Posner—. Pero la opinión pública no es irrelevante frente a la misión de decidir si un derecho constitucional existe. Los jueces a quienes se pide el reconocimiento de un nuevo derecho constitucional deben hacer algo más que consultar simplemente el texto de la Constitución y los casos relacionados con asuntos constitucionales análogos.²⁸

Posner ofrece, como ejemplo en la historia de la justicia americana, la influencia que desempeñó la opinión pública en la continuidad de una prohibición de matrimonio entre blancos y no blancos (*miscegenation*). Como en nuestros días la prohibición de matrimonio entre personas del mismo sexo, aquélla no era considerada como una violación a la igualdad jurídica. En 1883, la Corte Suprema de los Estados Unidos ratificó la constitucionalidad de la pena agravada que recaía sobre las personas responsables de adulterio consumado con otra persona de diferente raza. En 1956, el máximo tribunal americano se negó a pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la prohibición de matrimonio interracial y fue solamente en 1967 que la consideró contraria al principio de igualdad ante la ley. Posner niega que la Corte haya actuado equivocadamente: en 1883, la opinión pública estaba sólidamente a favor de la ley como para que los jueces pudieran desafiarla. En 1956, decidir contra el matrimonio interracial era inoportuno porque la polémica y los temores acerca de las consecuencias que acarrearía la reciente abolición de la segregación escolar estaban al rojo vivo (de modo que la convivencia en la escuela entre estudiantes de diferente raza y la permisión de unirse en matrimonio era demasiado de un solo golpe).²⁹

Posner parece creer en una relación unidireccional entre opinión pública y derecho, como si fuese siempre aquélla la que le da contenido a éste.

²⁸ R. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge, The Belknap Press/Universidad de Harvard, 1999, p. 250.

²⁹ R. Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, inédito, 2001, capítulo II. Una versión provisional del presente libro fue distribuida en febrero del 2002 a los asistentes al seminario de Ronald Dworkin en el University College de Londres, al cual asistió Posner como expositor.

En realidad, en contextos de legitimidad y democracia, el derecho es una fuente persuasiva de la conducta colectiva. Cuando los representantes populares votan un texto de ley, éste puede transformar las conductas por un fenómeno que rebasa el mero miedo a la sanción. Así, nada menos, la percepción de la homosexualidad en Francia ha cambiado drásticamente como consecuencia principal de una reforma legal. Si en enero de 1997, 52 % de los franceses consideraban odioso el caso hipotético de que un homosexual llegase a ser Presidente de la República, en febrero del 2002 —sólo cinco años después— 73 % de franceses afirman que no tendrían inconveniente en tener un Presidente gay. En 2001, un político que reconoció públicamente su condición de homosexual, Bertrand Delanoë, fue electo como alcalde de París. ¿Cuál es la causa de esta revolución de las actitudes? En 1999, la reforma sobre el pacto civil de solidaridad permitió un cierto tipo de unión legal de dos personas del mismo sexo (si bien no el matrimonio), con el beneficio del reconocimiento simbólico de dichas parejas, además de ventajas fiscales y administrativas.

De acuerdo con Jürgen Habermas, las posiciones con respecto a la moral sexual pertenecen a la forma más acendrada y coactiva de las opiniones informales (es decir, de las opiniones no reconocidas por las instituciones) y se caracterizan por ser “obviedades culturales” no discutidas. Ellas forman una especie de sedimento histórico, en el sentido de pre-juicio, y son pre-literarias.³⁰ La moral sexual no es exactamente la misma cosa que “la opinión pública” de una sociedad, pero forma parte de ella. El filósofo alemán destaca que el material de un sondeo jamás tiene, por sí sólo, el valor de opinión pública, sirve en cambio para alimentar reflexiones, decisiones y medidas políticas.³¹

Habermas no subestima la importancia de la opinión pública para el derecho y en ello coincide con un pragmatista-realista como Posner:

³⁰ El segundo nivel de las opiniones informales, dice Habermas, está integrado por la expresión apenas discutida de las experiencias fundamentales de toda biografía, como las opiniones acerca de la guerra, la paz, la seguridad, etcétera. Finalmente, el tercer nivel de las opiniones informales es el de las obviedades de la cultura de masas, productos pasajeros del flujo continuo de información y de la propaganda publicitaria. J. Habermas, *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*. Trad. del alemán de Marc B. De Launay. París, Payot, 1993, pp. 255-256.

³¹ *Ibid.*, p. 254.

No hay que renunciar al concepto de opinión pública en tanto paradigma, pues la realidad constitucional del Estado social debe comprenderse como el proceso a lo largo del cual una esfera pública política es construida, es decir, que el ejercicio del poder social y de la dominación política queda allí sometido efectivamente al principio democrático de *Publicidad*.³²

Habermas defiende una noción compleja de opinión pública que integra tanto la opinión de las élites, como la opinión de los representantes legítimos y la de los sondeos. En efecto, junto a manifestaciones informales de la opinión como la moral sexual o las modas de consumo, se encuentran las nociónes formales, vinculadas con instituciones públicas y organizaciones sociales semipúblicas. Por ejemplo, el concepto clásico de “opinión pública” es una ficción indispensable del derecho constitucional que hace referencia a la soberanía popular y a la voluntad general. Pero como es imposible identificar estos últimos conceptos de la teoría del Estado como una dimensión del mundo observable, históricamente se atribuyó el ejercicio de la voluntad general y de la soberanía popular a ciertas élites ilustradas formadoras de opinión, a los representantes populares, o bien al Parlamento como institución. Pero Habermas denuncia que la debilidad de estas teorías representacionista e institucionalista típicas del derecho constitucional es que

[...] en la medida en que estas instancias reemplazan al público, como sujeto de la opinión pública, y son las únicas que le permiten ejercer cualquier acción en el plano político, el concepto de opinión pública queda totalmente neutralizado. De este modo, resulta indiferente si esta ‘opinión pública’ es el resultado de un proceso de comunicación pública o de un proceso de vasallaje.³³

Como una reacción a la opinión pública entendida como ficción de derecho constitucional, surgen los esfuerzos estadísticos de medir los fenómenos de grupo, el comportamiento real del público. Así, nace la noción de *public opinion* como categoría de análisis psicosociológico. La revolución estadística permite desarrollar este concepto y generalizar la aplicación de sondeos y encuestas. Pero desde este nuevo enfoque, la palabra “opinión” comienza a designar no sólo reacciones discursivas que expresan la posición de los

³² J. Habermas, *ibid.*, p. 255.

³³ J. Habermas, J., *ibid.*, p. 249.

ciudadanos frente a algún problema, sino también la manera como se expresa una actitud y aún las actitudes mismas. Costumbres, hábitos y creencias religiosas que en el siglo XVIII hubiesen sido calificados como “prejuicios” por la “opinión pública” (la opinión de una clase ilustrada), en el siglo XX se asimilan al concepto de opinión pública. De este modo, la debilidad de este enfoque estadístico es su incapacidad para diferenciar entre comunicación racional y mero conformismo irreflexivo.

Recapitulando, tanto Habermas como Posner reivindican la importancia de la opinión pública para el derecho, pero no se refieren exactamente a la misma cosa. Cuando Posner se refiere a la moral sexual hegemónica en una sociedad la califica como “la opinión pública”, no así el primero. Es dicha ambigüedad la que llevó a Pierre Bourdieu a escribir que: “La opinión pública no existe”, pues pensaba en una de ambas: la que reivindica Posner. Para Bourdieu, no existe esa entidad discursiva que pretende ser coherente y que se produciría por simple agregación estadística. No existe pues es falso que la producción de una opinión esté al alcance de todos, porque sumar opiniones que no tienen la misma fuerza real conduce a un sin sentido y porque es falso que lanzar la misma pregunta a todo el mundo suponga lograr un consenso.³⁴

“[...] esta opinión pública es un artefacto puro y simple cuya función consiste en disimular que el estado de la opinión en un momento dado del tiempo es un sistema de fuerzas, de tensiones y que no hay nada más inadecuado para representar el estado de la opinión que un porcentaje”.³⁵

En la tradición clásica de Rousseau y del artículo 60. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (según el cual “la ley es la expresión de la voluntad general”), la voluntad general representa precisamente el equilibrio entre un sistema de fuerzas, donde entran en juego la voluntad mayoritaria, los derechos no sacrificables de las minorías y las normas que garantizan la preservación del sistema.

Las encuestas de opinión son un instrumento legítimo de la sociología del derecho, de la administración pública e incluso del legislativo como elemento preparatorio de la elaboración de iniciativas de ley en un Estado

³⁴ P. Bourdieu, “L’opinion publique n’existe pas”, en *Les temps modernes*, núm. 318, enero, 1973, pp. 222-235.

³⁵ P. Bourdieu, *cit.*, p. 224.

de derecho democrático. Pero la decisión judicial en materia de derechos fundamentales y el control de constitucionalidad no pueden guiarse en primer lugar por el indicador de la opinión pública. La razón es simple y tiene que ver con un principio necesario de ese Estado de Derecho democrático: si la división entre el poder reformador de la constitución y el poder legislativo ordinario ha de ser respetada con el fin de garantizar un mínimo de rigidez constitucional, entonces debe excluirse todo procedimiento que modifique los derechos fundamentales por la vía ordinaria y, *a fortiori*, por la vía de una consulta informal de la opinión mayoritaria. Sería absurdo exigir por un lado una mayoría calificada y un procedimiento *ad hoc* para la reforma constitucional, pero introducir por el otro excepciones al texto constitucional mediante el recurso fácil a la opinión pública (sea mediante sondeos o presuponiéndola de manera informal).

El derecho y la opinión pública interactúan, construyen y reconstruyen las mentalidades. ¿Por qué habría de sacrificarse el derecho en favor de la opinión pública, siendo que la opinión pública suele ser madurada gracias al derecho en tanto procedimiento reflexivo (que debe elaborarse de manera motivada y coherente con el resto del orden jurídico), comunicativo (pues es producto de la comunicación pública, no sólo de la votación) y crítico (pues está sometido a la impugnación regulada de la minoría)?

III. LOS MÉTODOS CUANTITATIVOS COMO MEDIOS DE PERFECCIONAMIENTO DE LA RACIONALIDAD JURÍDICA

Ahora bien, cuando Bourdieu critica el uso de un porcentaje para describir el estado de la opinión, no se trata de un escepticismo con respecto a los porcentajes que miden fenómenos sociales. El célebre sociólogo francés confiaba en el rigor de los métodos cuantitativos y se valió siempre de ellos para su trabajo. La revolución científica más trascendente en las ciencias humanas a partir del siglo XIX es la elaboración de herramientas teóricas para transformar lo cualitativo en cuantitativo.³⁶ Medir las cualidades significa conocerlas mejor.

³⁶ I. Hacking, *The Emergence of Probability*. Cambridge U. P., 1975; y del mismo autor *The Taming of Chance*. Cambridge U. P., 1990.

Es necesario distinguir entre el uso de sondeos de opinión y la utilización de métodos estadísticos y probabilistas en general. Un criterio que resultará familiar para los juristas es el que distingue entre “ser” y “deber ser” (*quid facti* y *quid iuris*). Los sondeos de opinión son la agregación de creencias o estados de ánimo que suelen expresar lo que “debe ser” a los ojos del entrevistado, mientras que los segundos buscan la descripción de fenómenos en tanto hechos (no en tanto juicios normativos). En el derecho, la estadística puede ser usada como un instrumento de conocimiento y un mecanismo de prueba que no interfiere ni reemplaza a la decisión del legislador y del intérprete. Hemos mencionado antes que, por ejemplo, una forma relativamente neutra y objetiva de evaluar la “inestabilidad familiar” consistiría en analizar estadísticas y desahogar peritajes, tratando de evitar con ello el juicio de valor. Es obvio que este último seguirá estando presente en la formulación de las preguntas y en el acto mismo de indagación (¿por qué cuantificar la “inestabilidad familiar” y no la “diversidad afectiva”?), pero la pretensión es que al menos las frecuencias estadísticas acerca de la vida privada de los individuos sean la agregación de observaciones sobre modos de ser y de vivir, y no, por ejemplo, estigmas importantes de alguna creencia religiosa.

En resumen, las encuestas e informes estadísticos forman parte de la teoría de la prueba y tienen una importancia mayor en el derecho que los sondeos de opinión. Excepcionalmente, estos últimos pueden servir como mecanismo de prueba en juicios civiles para demostrar el elemento de “notoriedad” tratándose de signos distintivos de una marca, o en ocasiones para acreditar el daño moral o la competencia desleal.³⁷ En esos casos, las opiniones son tratadas como “hechos” (si un emblema se confunde o no con otro, si una persona tiene o no reputación de corrupta) y no de evaluaciones (debe o no debe prohibirse una marca o encarcelar a una persona).

Pero los medios de prueba no son estrictamente “fuentes del derecho”, sino enunciados empíricos que son subsumidos en el derecho. Las pruebas no sirven como premisas normativas en el razonamiento jurídico. ¿En qué condiciones las encuestas y los sondeos serían fuentes legítimas del derecho? Pensamos en dos casos: En primer lugar, ya lo hemos mencionado,

³⁷ A. Vida, *La preuve par sondage en matière de signes distinctifs. Étude comparative des droits allemand, américain et français*. París, Litec, 1992.

como instrumentos de elaboración de la ley (el sondeo de opinión legislativa). En segundo lugar, en presencia de lagunas, contradicciones normativas e interpretaciones contradictorias de una norma jurídica. Pensemos en un ejemplo de inspiración salomónica: si un Código Civil no contiene normas que permitan determinar a cuál de dos personas debe asignarse la tutela de un niño (digamos que una madre biológica y una madre adoptiva se disputan al menor), resulta legítimo que el juez llene la laguna investigando cuál de las dos opciones es menos traumática y más benéfica para el desarrollo psicológico y social del niño, respuesta que puede buscarse, con ayuda de los expertos, en las estadísticas disponibles acerca de los efectos en el menor de la transferencia de la paternidad. Se trata de una evaluación compleja (tanto que Elster considera más racional en algunos casos recurrir al azar),³⁸ pero ello es resultado, en primer lugar, de que no se le haya estimulado. Si los códigos procesales admitieran, regularan y promovieran la prueba estadística (cuidando de no hacer de ella un arma exclusiva de las partes más adineradas), su difusión sería natural y progresiva.

Resulta completamente diferente el caso en el cual la estadística o la probabilidad se enfrentan contra una norma jurídica (sin tener de por medio lagunas, contradicciones o interpretaciones dudosas). Basta imaginar el robo y homicidio de un individuo, caso en el cual hay pruebas suficientes del robo pero no del homicidio en contra de un imputado; en dicha situación, evidentemente no sería suficiente para condenar por homicidio el mostrar estadísticas acerca de la alta incidencia de homicidios con motivo de robos. No sería suficiente pues una regla categórica del derecho penal indica que nadie puede ser condenado sin pruebas materiales del delito que se le imputa y, en conclusión, se hace necesario algún elemento —adicional al meramente estadístico-probabilístico.

La generalización del uso de encuestas en el derecho haría más compleja la disciplina, pues éstas tendrían que estar sometidas a reglas muy estrictas³⁹ y la lógica subyacente del razonamiento jurídico pasaría del modelo

³⁸ J. Elster, *Juicios salomónicos*, cit., pp. 108-147.

³⁹ En 1960, fueron aprobadas en Estados Unidos las directivas para la utilización de sondeos en materia contenciosa. Entre ellas, destaca que la parte que ofrece un sondeo tiene la carga de la prueba acerca de los aspectos metodológicos siguientes: “Que el universo estudiado es pertinente (*proper universe*), que ha sido escogida una muestra (*sample*) representativa dentro de dicho universo y que la manera de interrogar a las personas es correcta. Ella debe ser invitada

deductivo actual a uno probabilista.⁴⁰ Cabe preguntarse si valdría la pena el esfuerzo. El siguiente apartado pretende mostrar, con un ejemplo dramático, que sí.

IV. LA CIUDAD, LAS CIFRAS Y LOS JUECES

Leyes y reglamentos se nutren de las cuantificaciones empíricas realizadas en las universidades e institutos de estadística en relación con todo tipo de fenómenos: la natalidad, la calidad del aire, la pobreza, la densidad urbana. Muchas de las definiciones legales que forman parte del derecho positivo son el resultado de una fórmula matemática, de una convención numérica o de una frecuencia estadística. Así, cuando hablamos del número de “pobres” en un país se trata de una convención cuantitativa que ha sido adoptada por una institución para considerar como tales a las personas por debajo de un nivel determinado de ingresos. Estas convenciones a veces adquieren un carácter oficial, se transforman en “definiciones jurídicas” como la *poverty line* en los Estados Unidos.

Puede pensarse que dichas definiciones jurídicas de origen cuantitativo no tienen nada de particular, que sólo imponen a los juristas, en particular a los jueces, el deber de conocer la norma final enunciada como cualquier otra. El juez, se argumentará, no puede convertirse en un experto genera-

a demostrar: que los organizadores del sondeo gozan de prestigio en su especialidad; que se ha presentado un informe preciso acerca de los datos recabados; que la proyección de la muestra, el cuestionario y los entrevistadores cumplen con las reglas admitidas generalmente en matemática de procedimiento y de estadística para tales sondeos; que la proyección de la muestra y las entrevistas han sido realizadas con autonomía respecto a los abogados; que los entrevistadores tienen la experiencia necesaria de la profesión y que desconocían el litigio o los objetivos para los que se previó el sondeo. La prueba de dichas circunstancias será desahogada normalmente mediante el testimonio de las personas responsables de las partes diferentes al sondeo de opinión mismo”. J. Jacoby, “Survey and Field Experimental Evidence”, en S. M. Kassin y L. S. Wrightsman, *The Psychology of Evidence and Trial Procedure*. Beverly Hills, 1985, p. 178.

⁴⁰ Este paso sería natural y casi intuitivo. La psicología experimental ha mostrado que las carencias probabilistas del razonamiento ordinario de médicos y abogados son superadas rápidamente una vez que se entra en contacto con ejemplos de razonamiento probabilista correcto. Cf. U. Hoffrage, R. Hertwig, G. Gigerenzer y S. Linsey, “Du bon usage des statistiques”, en *La Recherche*, núm. 340, marzo 2001, pp. 81-83 (publicado originalmente en *Science*, 22 de diciembre de 2000).

lista, versado en estadística, probabilidad o economía. Pero una desvinculación total de la interpretación judicial con respecto a las razones cuantitativas del legislador puede tener consecuencias extraordinariamente negativas. Las faltas del juez en casos individuales, una vez acumuladas, pueden representar un problema social de gran escala. Nos detendremos en el caso del crecimiento irrefrenado de la ciudad de México, con su estela de calamidades sociales en materia de transporte, seguridad pública, medio ambiente, vivienda, etcétera. Esta situación es resultado de las deficiencias de un sistema jurídico, no solamente de causas estructurales de carácter económico o demográfico, y en particular ha sido importante el papel que ha jugado la indiferencia a los criterios cuantitativos en la aplicación de la ley.

El consenso de los urbanistas acerca de la planeación establece que una ocupación óptima del espacio urbano debe oscilar alrededor de los 150 habitantes por hectárea. Cuando la densidad es inferior, no se aprovecha el suelo, se invaden y destruyen zonas de conservación, se hace necesario invertir en redes de transporte público e infraestructura más lejana, etcétera.

El derecho del urbanismo mexicano y, digamos, el suizo, tienen características sorprendentemente similares, aunque difieran enormemente en sus consecuencias en la vida real.⁴¹ Comparten un régimen federal, competencias concurrentes en materia de asentamientos humanos en tres niveles de gobierno, una ley marco, un cuadro constitucional equivalente a partir de los años setenta, etcétera. El nivel de eficacia del segundo es, sin embargo, mucho mayor, entre otras cosas, por el papel constructivo del Tribunal Federal suizo, a diferencia del Poder Judicial Mexicano, en la elaboración de normas jurídicas. La *Loi fédérale sur l'amenagement du territoire* (Ley Federal Sobre el Ordenamiento Urbano), del 22 de junio de 1979, impone en Suiza el principio de “densidad de las construcciones” según el cual las zonas urbanas deben ser principalmente aquéllas que ya están ampliamente construidas (art. 15). Este mismo precepto establece como criterio para que sea permisible el establecimiento de una nueva zona de construcción el hecho de que los terrenos “serán probablemente necesarios para la cons-

⁴¹ La comparación de las experiencias suiza y mexicana puede parecer extraña, pero ofrece un contraste aleccionador. Para una comparación semejante de los dos países en materia de democratización *cf.* D. McAdam, S. Tarrow, y C. Tilly, *Contentious Processes in Democratization*, capítulo 11. Universidad de Cambridge, 2001.

trucción durante los quince próximos años y que serán equipados en ese lapso”. El Tribunal Federal ha concebido como medio prospectivo para estimar la necesidad futura de construcciones el *método de las tendencias probables* que consiste en extrapolar en los quince años a venir la evolución que ha tenido lugar en los diez o quince años anteriores.⁴² Esta regla fija un margen razonable para la oferta y la demanda inmobiliaria, excluyendo la posibilidad de un crecimiento anárquico, como en el caso mexicano. La “fuente” de esa norma jurídica con efectos *erga homines* no es sólo la ley sino el criterio cuantitativo acerca de la densidad al que hemos hecho referencia (150 habitantes por hectárea). Su simplicidad y el hecho de que provenga del poder judicial es lo que nos interesa destacar.

Por su parte, la mexicana Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal ordena también detener el crecimiento horizontal de la ciudad e impone a las autoridades el deber de promover la redensificación en las delegaciones centrales de la urbe (Cuauhtémoc, Venustiano Carranza, Miguel Hidalgo y Benito Juárez). En sus artículos 20., fracción V, y 30., fracción I, se indica que la planeación urbana tendrá como una prioridad “propiciar el arraigo de la población y fomentar la incorporación de nuevos pobladores” en dichas demarcaciones centrales. Esos artículos son también la traducción del criterio cuantitativo acerca de la densidad al que hemos hecho referencia, pues, si bien con algunas fluctuaciones, desde los años treintas del siglo XX se observa una tendencia a la baja de la densidad urbana de la capital (la densidad promedio en la ciudad de México en 1995 era de 100 personas por hectárea, con áreas centrales que alcanzan apenas 58 habitantes por hectárea).⁴³ Pero ¿cuál es la norma producto de la jurisprudencia que

⁴² V. Donzel, y A. Flückinger, “Le droit de l’urbanisme en Suisse”, en *Annuaire Francais du Droit de l’Urbanisme et de l’Habitat*. París, Dalloz, 1999, pp. 584-585.

⁴³ Cf. J. Delgado, *Ciudad-región y transporte en el México central. Un largo camino de rupturas y continuidades*. México, UNAM, Instituto de Geografía/Plaza y Valdés, 1998; “Programa de Ordenación de la Zona Metropolitana del Valle de México”, Gobierno del Distrito Federal, Gobierno del Estado de México y Secretaría de Desarrollo Social (Sedeso), México, 1996; Mercado, A., “Estructura socioeconómica y movimientos sociales en las áreas centrales de la ciudad de México”, en R. Coulomb, y E. Duahu, coords., *La ciudad y sus actores*. México, UAM-Azcapotzalco/IFAL, 1988; O. Terrazas, “Los ejes de la metropolización”, en *Anuario de Estudios Urbanos*, núm. 2. México, Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco, 1995.

haga aplicables en la realidad aquellos artículos y, por consiguiente, el criterio cuantitativo de la planificación urbana? No hay.

La zona metropolitana del valle de México es la segunda aglomeración metropolitana del mundo. Contra lo que se piensa habitualmente, las enormes dimensiones de la ciudad y de los municipios conurbados no responden a un aumento desmesurado de la población sobre la misma superficie territorial (con la consiguiente saturación de los servicios públicos y la concentración de los problemas), sino que, todo lo contrario, a lo largo del siglo XX, al tiempo que la densidad de la población de la zona ha disminuido progresivamente, también se ha expandido horizontalmente.⁴⁴ Es por ello que en la capital mexicana se observa un paisaje paradójico en el que el centro histórico luce más y más vacío mientras que en la periferia continúan los intentos de invasión de las reservas verdes. Varias de las causas de ese fenómeno son conocidas. Connolly ha mostrado el impacto que produce la relación entre el mercado inmobiliario y las demandas de habitación; la expansión, por ejemplo, es resultado de la urbanización del suelo agrícola de bajo precio.⁴⁵ ¿Cuáles son las normas jurídicas que han tratado de controlar éste último fenómeno? No hay.

Lo que nos importa más destacar, es el papel que en estas carencias juega la forma como se concibe al derecho en México. Los poderes legislativo y ejecutivo mexicanos no consideraron medidas de regulación del mercado inmobiliario, ni leyes eficaces de protección del uso de suelo; pero en cambio, diseñaron mecanismos de coordinación metropolitana entre entidades federativas limítrofes de carácter meramente facultativo. Esta coordinación metropolitana es coherente con el respeto al federalismo dual del artículo 124, pero es inservible en la realidad: cuando se han impuesto controles urbanos en la ciudad de México, se ha ampliado el crecimiento hacia los municipios conurbados. No es desdeñable la corrupción de los funcionarios encargados de expedir las licencias y permisos, pero al lado de esas prácticas, la responsabilidad que recae sobre el sistema judicial no es menos grave. Aunque las leyes recogen los criterios de planeación que

⁴⁴ D. Davis, *El Leviatán urbano. La ciudad de México en el siglo XX*. México, FCE, 1999. R. López, *Problemas metropolitanos y desarrollo nacional*. México, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, 1992, pp. 98-104.

⁴⁵ P. Connolly, "Crecimiento urbano, densidad de población y mercado inmobiliario", en *Revista A*. México, Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco, 1988.

recomiendan los urbanistas, los jueces mexicanos han sido incapaces de medir cuantitativamente y aplicar las normas de la ley en sus decisiones o de pulirlas mediante la jurisprudencia pertinente. El origen de la incapacidad para vislumbrar consecuencias y para elaborar argumentos prudenciales y de oportunidad, es la ausencia de criterios de evaluación cuantitativos. Los jueces no tienen acceso a las estadísticas y probablemente si tuvieran acceso no tendrían el tiempo ni la competencia técnica para interpretarlas. Desgraciadamente, las partes tampoco tienen los estímulos dentro del derecho procesal para emprender este trabajo y aportarlo al proceso.

Se dirá que los jueces mexicanos no han hecho otra cosa que aplicar una ley vaga y contradictoria. Así, frente a las disposiciones de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal que ordenan la redensificación, otras permiten a los residentes participar en la elaboración de los programas de desarrollo urbano y, como es obvio, los vecinos tienen intereses legítimos en impedir la construcción de viviendas e inmuebles de oficinas en sus barrios. Cuando los jueces de los tribunales contenciosos administrativos y los jueces de amparo hacen respetar los programas de desarrollo, ciertamente aplican la ley; pero estas decisiones ignoran otras disposiciones (los criterios de planeación del legislativo, que son superiores en tanto expresión de la voluntad general por encima de la opinión particular de los residentes). En realidad, nuestros jueces han practicado un normativismo ingenuo, consistente en respetar siempre una sola de las interpretaciones literales posibles de la ley: la más simple.⁴⁶ Dicho normativismo toma en cuenta la sensibilidad local de los vecinos, la opinión pública, a veces con consecuencias catastróficas para el conjunto de la sociedad (lo que muestra que no son solamente los enfoques pragmáticos sino los formalistas quienes utilizan el fácil recurso a la opinión pública).

La tensión que resulta entre la planeación de los urbanistas y los intereses particulares de los residentes no está resuelta *a priori* por la ley, está abierta a otras fuentes del derecho. La decisión judicial en esos casos no

⁴⁶ Normativismo ingenuo y, además, conservador, pues al defender un sistema de control de constitucionalidad como el amparo, en el que se hace posible una multiplicidad de tratamientos a individuos que se encuentran de hecho en la misma situación, han llevado la desigualdad, entre muchos otros lados, al paisaje urbano. Al los visitantes de la ciudad de México podríamos transmitirles el siguiente refrán. “Detrás de cada gran inmueble en una zona prohibida por los programas urbanos, hay un gran juicio de amparo”.

debería consistir en una simple aplicación mecánica de la norma, sino en la ponderación del contexto y de las consecuencias *probables*, con base en información estadística. Un derecho tan complejo como el del urbanismo no es de aplicación sencilla y, como hemos visto, en presencia de lagunas, contradicciones normativas o interpretaciones alternativas las ciencias experimentales y cuantitativas deben ser fuentes del derecho.

V. CONCLUSIÓN: LA PEOR DE LAS COMBINACIONES

La teoría del derecho opone tradicionalmente los enfoques normativistas (basados en el análisis y aplicación del sentido de la ley) y los enfoques realistas y pragmáticos (que se interesan en el análisis de las consecuencias de la interpretación de la ley). Ambos paradigmas, representados por autores como Kelsen o Hart, por un lado, y Ross o Posner, por el otro, deberían fundirse en una visión unificada en la práctica judicial y legislativa. Cuando se mira el caso de México con atención, es fácil constatar que la ausencia de una ciencia jurídica profesional e informada contribuye a agravar los grandes problemas nacionales. En el estado actual de nuestra disciplina, tenemos la peor de las combinaciones: una tendencia populista que cree haber encontrado la clave para enfrentar los nuevos problemas del derecho constitucional en la utilización banal de la opinión pública y, paradójicamente, una ausencia de utilización de los instrumentos cuantitativos. Dicha combinación convierte el acto de juzgar en una tarea simple pero irresponsable.

EL CONSTITUCIONALISMO POSTSOCIAL COMO CONSTITUCIONALISMO ATENUADO Y EL DERECHO EUROPEO COMO NO DERECHO: BORRADOR DE UNA CRÍTICA MATERIALISTA DE LAS FORMAS DE DOMINACIÓN A TRAVÉS DE LAS FORMAS JURÍDICAS EN EL CAPITALISMO ACTUAL

Arminda Balbuena Cisneros y Antonio de Cabo de la Vega,
Universidad Complutense de Madrid¹

La generalización de las técnicas de organización social y jurídica propias del constitucionalismo y el desarrollo creciente de las formas de integración regional a través de instituciones y normas supranacionales en diferentes áreas del mundo, han sido recibidos con un considerable entusiasmo por parte de los estudiosos del derecho y la política (acaso, otra cosa podría decirse de las poblaciones a los que se aplican) que va desde las posiciones de abierto irracionalismo propias de las teorías del fin de la historia hasta las modestas, realistas y, sin duda, útiles para ciertos contextos del “cambio de paradigma”, desde el paleopositivismo legalista al neopositivismo constitucionalista e internacionalista.

Esta buena acogida teórica se transforma en la esfera política en una fe religiosa en los efectos taumatúrgicos del binomio constitución + integración regional que trata de verterse con diferentes grados de éxito sobre la población. Esta apelación a la fe en los efectos que producirán en el futuro estos mecanismos (no los que producen en el presente, Mercosur y la crisis en Argentina; Nafta y Unión Europa, recesión internacional de la economía, por no hablar de la guerra, el hambre, el exter-

¹ Las ideas que se exponen en este artículo se remontan a una primera versión de 1997 de A. de Cabo que ha sido, posteriormente, discutida y ampliada en diferentes ocasiones por los integrantes de la Red, singularmente, en los Seminarios Internacionales de los años 1999, 2000 y 2001 del Instituto Iberoamericano de Estudios Constitucionales, de la Universidad de Alicante. Una versión ampliada de las mismas aparecerá, en su momento, en A. Balbuena Cisneros, *Suprema Corte de Justicia de la Nación y Jurisdicción Constitucional en México*, y A. de Cabo de la Vega, *Elementos de flexibilidad en la pretendidamente superrígida Constitución Española de 1978*.

minio cultural y/o material de las poblaciones indígenas, la discriminación de la mujer, etcétera),

[...] solamente puede analizarse y explicarse en términos de psicología individual y social, y en función de la honda crisis de legitimación de las estructuras de dominación establecidas con la consiguiente ruptura del nivel indispensable de consenso social que exige la estabilidad de los elementos conformadores —económicos, sociales, políticos y culturales— de la situación histórica. Así como la progresiva *secularización* de las sociedades industriales comportó la quiebra de la legitimación tradicional del *poder* —que descansaba en último término sobre sanciones de orden religioso— y su sustitución por la legitimación racional democrática, la continua insatisfacción de la *esperanza* puesta en las promesas de garantizar los derechos humanos y una distribución más igualitaria de la riqueza ha conducido a una situación creciente de *anomia* social como consecuencia del referido colapso del consenso que sostenía las instituciones públicas.²

En este artículo se analizan algunas razones que provocan que esta *anomia* sea constitutiva y, en buena medida, insoluble (en el marco jurídico-político actual), y su relación con las formas de dominación y explotación económica del presente.

Ahora bien, conviene desde el primer momento, realizar una serie de advertencias. La primera es que, como el título indica, lo que aquí se propone es un “borrador”, es decir, no una teoría completa y acabada. Por ello, aunque se realicen afirmaciones categóricas, todas ellas deben llevar un implícito “parece” o “se diría”. Igualmente, la estructuración de los materiales, sin duda, podría encontrar una concatenación lógica más intensa que la que aquí se ofrece, en cierto sentido, acumulativa. La razón por la que se adelantan esta especie de indagaciones para una futura crítica es doble. De un lado, para estimular un debate que parece imprescindible y que tendrá que hacerse simultánea (y autoperfectivamente) a los hechos analizados, pues carecería de interés el ofrecer un análisis acabado y perfecto de acontecimientos terminados y cuyos efectos (negativos y puede que irreversibles) ya se hayan producido. De otro, para responder a la invitación

² G. Puente Ojea, “Ateísmo y religión. Perfil histórico de un debate”, en *id.*, *Ateísmo y religiosidad. Reflexiones sobre un debate*. Madrid, Siglo XXI, 2001, p. 97.

formulada por el compilador del libro de enunciar “perspectivas críticas y nuevos problemas” para el derecho constitucional. Como tales “perspectivas” deben, pues, tomarse estas reflexiones. Ello justifica, igualmente, un aparato crítico especialmente aligerado, puesto que las citas se invocan más como ejemplos que como referencias doctrinales en sentido estricto.

Una segunda advertencia es de orden lingüístico (o metalingüístico). En el texto se emplean dos conceptos “constitucionalismo atenuado”³ y “derecho como no derecho” sobre los que parece oportuno realizar alguna aclaración. Si algo no pretende este artículo es que la discusión se centre sobre la oportunidad o inoportunidad de los mismos. Como todo concepto teórico es puramente estipulativo y su utilidad depende del grado de aclaración que introduzca sobre un determinado ámbito problemático. Si alguien prefiere decir que el constitucionalismo siempre ha sido atenuado y que, por tanto, el constitucionalismo atenuado es pura y simplemente “constitucionalismo” es muy libre de hacerlo. Si, igualmente, alguien prefiere decir que el derecho europeo es el derecho efectivamente existente y, por tanto, debe calificarse de “derecho” y no de “no derecho” está igualmente legitimado para hacerlo y en nada se modificaría la línea argumental aquí sostenida. Si se califican de “atenuado” y de “no derecho”, respectivamente, no es por razones “ontológicas”, no se quiere hacer referencia tanto a una presunta “naturaleza” inmutable de las instituciones y, en consecuencia, a una hipotética traición o degeneración de las mismas, sino que se hace como estrategia discursiva para poner de relieve la incoherencia entre el constitucionalismo realmente existente (atenuado) y el derecho europeo realmente existente (no derecho) y la carga prestigiosa que acompaña a dichos conceptos, resultado de una definición, normalmente no

³ Términos semejantes, aunque con algunas diferencias (especialmente en el segundo caso, de inspiración luhmanniana) son los de “constitución débil” que emplea G. Maestro (G. Maestro Buelga, “De la Constitución normativa a la desnortativización constitucional: globalización y constitución débil”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 42, 2001, pp. 40-48; *id.*, “Globalización y constitución débil”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pp. 137-172) o “constitución simbólica” de Marcelo Neves (M. Neves, *A constitucionalização simbólica*. São Paulo, Editora Académica, 1994 [*id.*, *La constitucionalización simbólica*. Trad. de G. Pisarello y A. de Cabo. En prensa]; *id.*, *Symbolische Konstitutionalisierung und faktische Entkonstitutionalisierung: Wechsel von bzw. Verfassungstexten und Fortbestand der realen Machtverhältnisse*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1996]).

explícita pero sí performativa, de los mismos que ya no les corresponde (o que, quizás, nunca les haya correspondido).

La tercera aclaración pone de manifiesto el carácter tendencial de los fenómenos analizados. No se pretende decir que constituyan la única tendencia en funcionamiento, ni que no existan otras, incluso de signo contrario. Tan sólo se pretende argumentar con plausibilidad su realidad y su coherencia con el marco teórico esbozado. Estas tendencias, por tanto, se manifestarán en forma desigual en los diferentes contextos concretos y tendrán diferentes niveles de desarrollo dependiendo de los momentos considerados. Ahora bien, si la hipótesis central que se propone es correcta, estos fenómenos deberían constituir una suerte de telón de fondo para cualquier reflexión y, sobre todo, para cualquier estrategia de transformación social.

La cuarta y última aclaración trata de hacer frente a una posible lectura excesivamente lineal y poco dialéctica de los temas abordados. Efectivamente, el carácter esquemático de la presentación que aquí se hace podría conducir erróneamente a una interpretación, digamos, schmittiana de izquierdas: una idealización injustificada de un pasado, en realidad, inexistente, como elemento de deslegitimación de un presente degradado por comparación. Quede, pues, claro, que aquellas lluvias trajeron estos lodos. Fueron los elementos de claudicación que acompañaron al establecimiento del Estado social, su funcionalidad (y, en ocasiones, hasta servilismo) respecto del capitalismo entonces existente, los que prepararon e hicieron posible el abandono actual de algunas de las técnicas garantistas y de las (precarias) conquistas emancipadoras de aquel periodo. Tampoco quiere ello decir, naturalmente, que, pasando al extremo contrario, se predique el abandono puro y simple de las técnicas de control de poder y redistribución de la riqueza propias del Estado social como un bagaje inútil para confiarse en las (futuras) virtudes ordenadoras del mercado y el Estado neoliberales. Quiere decir, por el contrario, que la defensa de los logros del Estado social no pueden entenderse como “restauración” de un estado de cosas pretérito sino como base de “transformación” hacia un futuro de mayor justicia y libertad. O, dicho de otra manera, que el componente utópico de todo proyecto emancipador no puede ser historicista sino dialéctico.

Hechas estas aclaraciones se expondrá, inicialmente, lo que constituye la tesis de este artículo para dedicar el resto del mismo a una ejemplificación

y justificación de la misma (por desgracia, aún) de carácter más impresionista que sistemático.

Si el desarrollo del capitalismo exigió en los siglos XIX y XX la adopción de formas democráticas de legitimación y jurídicas de dominación, las transformaciones del capitalismo operadas en el último cuarto del s. XX habrían hecho innecesarios y hasta inconvenientes los mecanismos democráticos y las técnicas jurídicas para su implantación y dominación de escala internacional o mundial. Por ello, los procesos de integración regional constituyen intentos no sólo de prescindir de la soberanía popular (el “déficit democrático”) sino de prescindir, también, del derecho como instrumento de organización de la convivencia. En este sentido, el derecho de la Unión Europea es un no derecho, su función no es la de organizar la convivencia sino la de desorganizarla o, si se quiere ser más preciso, la de desorganizarla jurídicamente para que pueda ser “reorganizada” a través de procedimientos no jurídicos (económicos, violentos, pactados, culturales). Las Constituciones (y el constitucionalismo) postsociales como constituciones atenuadas son el mecanismo que ha permitido y legitimado esta desdemocratización substantiva y esta desjuridificación de la organización social.

No parece necesario insistir en la estrecha vinculación existente entre: adopción de procedimientos democráticos de legitimación, adopción de formas jurídicas de dominación y desarrollo del sistema capitalista en sus fases comercial, industrial e, inicialmente, monopolista. Parece fuera de toda duda que fueron estas formas y procedimientos los que permitieron la igualdad formal exigida por los intercambios de mercancías en términos de valor de cambio y no de valor de uso, y la existencia de los trabajadores libres que reclamaba el mercado laboral. Todo ello sin perjuicio, naturalmente, de las luchas producidas en las sociedades en sus procesos de oposición a sistemas de opresión preliberales o del primer liberalismo. En todo caso, de lo que se trata es de que la combinación democracia representativa más derecho y derechos resultó extraordinariamente funcional al desarrollo del capitalismo y, en tal medida, fue tolerada primero e impulsada (con límites y matices) después. Por decirlo sencillamente, “con el sufragio universal y la democracia parlamentaria, la explotación adquirió históricamente una generalidad y una estabilidad que no hubieran resultado factibles en los régímenes dictatoriales de magistraturas formalmente no-

representativas".⁴ Un mercado de mercancías precisa, como es obvio, las condiciones de previsibilidad, estabilidad, seguridad, etcétera, que son características del orden jurídico y que sólo un agente exterior (el Estado) dotado de la suficiente legitimidad (democrática) puede garantizar frente a las tendencias anarco-mafiosas propias de cualquier mercado competitivo no organizado.

Lo que puede no estar tan asumido es que el Estado social constituyó, en cierto sentido, un máximo de esta tendencia, porque se produjo en el periodo del Estado social en el que el capitalismo precisó, con una extensión nunca alcanzada en el pasado, de la regulación social.

En relación con todo ello, conviene recordar que el Constitucionalismo, ya sea liberal o social, tiene como carácter distintivo, justamente, su pretensión "constituyente", es decir, su pretensión de "constituir" la realidad, de "(re)crearla" adaptada a unos ciertos patrones normativos (separación Estado-sociedad, división y separación de poderes, reconocimiento de la libertad individual, etcétera). Esta pretensión es la que, si lo que aquí se sostiene es correcto, habría entrado en crisis.

O, si se prefiere, podríamos afirmar que el derecho, todo derecho, tiene dos pretensiones fundamentales: una legitimadora o valorativa (afirmar quién debe decidir legítimamente sobre qué es lo bueno y lo malo, establecer un juicio de permisibilidad como expresión de una escala de valores) y una función ordenadora (la pretensión de que las conductas se adapten a un determinado patrón social). Pues bien, las Constituciones del constitucionalismo social mostraron ambos caracteres en su máxima expresión, eran constituciones —diría Gomes Canotilho—, dirigentes. Realizaban una fuerte afirmación moral (eran fuertemente legitimadoras en la medida en que expresaban un pacto básico social entre capital y trabajo)⁵ y, también, fuertemente dirigentes, se autoafirmaban como norma suprema, de aplicabilidad directa, ordenadoras del sistema de fuentes y, en general, rectoras de la vida política y social. Ello nada tiene de particular si consideramos que, a diferencia de las constituciones liberales, expresión de una

⁴ G. Puente Ojea, "Socialismo y sufragio universal", en *El Mundo*, 2 de abril de 1990.

⁵ Véase, por todos, la exposición ya clásica sobre esta materia en Carlos de Cabo Martín, *La crisis del Estado social*. Barcelona, PPU, 1986.

sola clase social y por tanto sin reconocimiento jurídico del conflicto, las constituciones sociales, hijas del sufragio universal y de las luchas obreras, feministas, etcétera, reconocen en su interior el conflicto y lo expresan en su articulado. Son las clases sociales en conflicto las garantes últimas de esta normatividad constitucional.

Y, por ello mismo, eran fuertemente “jurídicas”. En contra de la versión más trasnochada que presenta al Estado liberal como el Estado de Derecho y del derecho por excelencia, frente al Estado social en que el orden jurídico se habría visto “contaminado” por exigencias de la vida práctica. La realidad es, en cambio, muy otra. El capitalismo exigió del Estado una regulación mucho más estricta de áreas mucho mayores de la vida social en la medida en que los mecanismos típicamente liberales de control social derivados del acceso único a las instituciones sociales, religiosas, culturales, etcétera, por parte de las clases burguesas no le permitían ejercer directamente las funciones de control y ordenación social. Las clases trabajadoras, por su parte, igualmente desconfiadas del interés en el cumplimiento de la palabra dada por parte de los empresarios, exigían una formalización jurídica de sus logros. Es decir, que ambos favorecían los dos caracteres esenciales del derecho como sistema: la exterioridad y la estabilidad. Era un tercero, el Estado, el que debía formalizar los acuerdos y el que debía decidir las disputas. Y estas decisiones debían contar con la suficiente seguridad y estabilidad como para que resultara posible planificar los comportamientos y entrar en un juego de concesiones recíprocas del que se esperaban ventajas (también) a medio o largo plazo. Así, aunque es cierto que los Estados sociales conocieron un muy considerable impulso de los Poderes Ejecutivos, no es menos cierto que los Estados sociales son Estados legiferantes como nunca antes lo habían sido los Estados constitucionales y Estados judiciales en un sentido integral como prueban tanto el desarrollo de los diferentes órdenes jurisdiccionales (en los diferentes sistemas: laboral, administrativo, agrícola, económico, etcétera), es decir, su desarrollo horizontal, como la generalización de sistemas de control de constitucionalidad (es decir, al menos, presuntamente, de juridificación última del acuerdo alcanzado en el proceso constituyente), es decir, desarrollo vertical. Frente a ellos, pues, los Estados liberales se presentan como Estados de escasa normatividad jurídica, Estados, en definitiva, más tra-

dicionales en los que diferentes órdenes deónticos (religioso, moral, social) cooperaban en la ordenación de la sociedad.⁶

Tanto estos caracteres como la intensificación del proceso fueron expresión del desarrollo y transformación del sistema económico imperante. Por un lado, la generalización de las relaciones económicas, es decir, el planteamiento de todas las relaciones en términos económicos, desde las laborales hasta las educativas, desde las artísticas a las científicas, supuso la disolución de los demás sistemas deónticos de ordenación de la conducta (la tradición, la *auctoritas*, la religión, la solidaridad de grupo, etcétera) y la necesidad de su sustitución por otro de carácter exterior y estable, es decir, su juridificación. De otro, la omnipresencia estatal no hacía más que reproducir lo que se consideraba la situación ideal del intercambio capitalista: el mercado organizado, la bolsa. Efectivamente, un mercado con rigurosa protección policial y aislado de posibles presiones sociales, con una estricta intervención estatal en forma de corredores de comercio, agentes de cambio, notarios, registradores, con índices y balances publicados oficialmente por instituciones públicas (o semipúblicas), rodeado de las más estrictas garantías jurídicas de ejecutabilidad (acciones cambiarias) y en el que el propio Estado debía intervenir como actor en caso de desequilibrio que pusiera en riesgo las previsiones a largo plazo de los grandes inversores (monopolistas o protomonopolistas) constituía una suerte de ideal implícito para la sociedad en su conjunto. El mercado laboral se regularía en forma semejante con los también rigurosamente intervenidos procesos de negociación colectiva y convenios colectivos con fuerza de ley. Intervención y garantía estatal, juridificación y justiciabilidad de las relaciones se convertían en los rasgos distintivos de las relaciones sociales (que se fundían de este modo con las estatales) en las formas maduras e ideales de Estado social.

Las transformaciones operadas en el capitalismo desde los años 70 del siglo XX (y que aquí no es posible más que apuntar),⁷ es decir, el predo-

⁶ Cabría, por tanto, decir que si alguna vez estuvo cerca de ser cierta la afirmación de la coextensión kelseniana del Estado con el derecho, ésta fue, sin duda, la que representa el modelo (ideal) del Estado social.

⁷ En general, véase, por ejemplo, Antonio de Cabo de la Vega y Gerardo Pisarello, eds., *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en*

minio del capital financiero sobre el capital productivo, la desubicación territorial de la producción, la prevalencia de la producción de información sobre la producción de mercancías, el uso intensivo de las tecnologías, etcétera, han ocasionado, de un lado, que estos agentes económicos resulten inasibles, elusivos, para las formas tradicionales de ordenación jurídica, que tienen como presupuestos la continuidad en el tiempo y en el espacio de los operadores jurídicos, requisitos para su subjetividad y a ésta como principio de imputación de los derechos y obligaciones. Y, de otro, que estos mismos agentes no consideren necesarios ni convenientes (y, por tanto, no promuevan) estas técnicas de juridificación que tan altos servicios les habían prestado en el pasado.

Los operadores del capitalismo globalizado no requieren ya de la función de control exterior que los Estados les prestaban (y que, por otra parte, no serían capaces de prestar por su propia base territorial), ni de la estabilidad que el derecho permite, en unos mercados en los que el beneficio se basa, justamente, en volatilidad, en la inseguridad, en la especulación, en el tráfico instantáneo de la información, en los efectos dominó (efecto Tequila), en la modificación repentina de las condiciones (guerras [comerciales y no] que se entablan en el transcurso de unos pocos días, aliados [comerciales y bélicos] que cambian de bando en el transcurso de unos pocos meses, etcétera). Esto no quiere decir, claro es, que el Estado no (les) sirva para nada. En realidad, (les) estaría prestando, entre otros, el (último, por ahora) gran servicio de acabar con el derecho.⁸ Y ello por una doble vía, con la aprobación y despliegue de constituciones atenuadas (como elemento posibilitador) y con el desarrollo del derecho de la integración regional (singularmente, el europeo, aunque un análisis semejante cabría hacer del Tratado de Libre Comercio) como no derecho.

Pues bien, los constitucionalismos postsociales (los puestos en práctica una vez que se desencadena la crisis del Estado social: como la española o

América Latina y en Europa. Alicante, Universidad de Alicante, 2000, y la bibliografía que allí se cita.

⁸ Respecto del papel del Estado como impulsor económico de la globalización (que aquí conscientemente no se trata), véase Gonzalo Maestro Buelga y Miguel Ángel García Herrera, *Marginación, Estado social y prestaciones autonómicas*. Barcelona, Cedecs, 1999; y la recensión a este mismo texto de Gerardo Pisarello en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pp. 431-437.

todas las aprobadas en los países del Este en los noventas, o algunas de las latinoamericanas de los ochentas y noventas) habrían perdido, en muy buena medida, la segunda de las dimensiones que antes se mencionaban como propias de las constituciones, conservando tan sólo la primera de ellas. Se trata, más bien, de instrumentos de legitimación (en la medida en que no parece haber una alternativa inmediatamente viable a la legitimación democrática que otorgan las elecciones) que de ordenación. La ordenación de la vida estatal y social habría empezado a tomar otros caminos. Caminos, en parte, permitidos, en parte, estimulados por la propia constitución.

Estos caminos, tanto constitucionales como aconstitucionales (e, indudablemente, también en ocasiones, inconstitucionales), son de dos tipos. De un lado, la devolución (o toma por parte de éstos) del poder público a los agentes privados del mercado exacerbada por la globalización económica y el dominio del capitalismo financiero que se expresa por una parte, en la desregulación estatal y, por otra, en la constitución de un orden normativo (para)legal por parte de estos agentes económicos (INCOTERMS, Acuerdo Multilateral de Inversiones, Acuerdos del GATT, etcétera). De otro, por la cesión a organismos internacionales de competencias típicamente estatales (banco central, regulación de fronteras, moneda, etcétera).

Lo que interesa destacar aquí es que ambos procesos conllevan no sólo una destrucción de la base democrática real de legitimación, sino también de la estructura jurídica de ordenación pacífica de la convivencia. Parece suficientemente claro y ha sido puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones⁹ que la entrega de poder público a los mecanismos de mercado, socava las posibilidades democráticas de control y decisiones sociales; y que la reaparición de la dimensión exterior de la soberanía combinada con órganos internacionales en los que los principios democráticos aparecen extraordinariamente debilitados (como el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por poner el más obvio de los ejemplos) no es más que una reedición de las formas totalitarias propias de los Estados absolutos prerrevolucionarios.

Se analizarán a continuación todos estos fenómenos en la práctica, tomando como guía el caso de la Constitución Española de 1978. En primer

⁹ Por ejemplo, por Luigi Ferrajoli en numerosos artículos y, últimamente, en “Il futuro della pace”, en *Quale Stato*, núm. 4-1 (2000-2001).

lugar, habría que decir que desde su aprobación misma, la Constitución española ha venido siendo caracterizada como una especie de “mezcla” entre el constitucionalismo de la posguerra (Italia y Alemania) preocupado por la salvaguarda de los derechos y las libertades individuales y el control del poder, y un presunto constitucionalismo del Estado social reflejado en algunas normas no necesariamente de rango constitucional del norte y centro de Europa y la Constitución portuguesa de 1976.

Esta caracterización inicial era casi obligada en la medida en que, en dicho momento, no existían otros modelos con los que compararla, ni era tampoco muy evidente la forma en que dicha Constitución iba a desarrollarse en la práctica. Esta caracterización es, sin embargo, al menos en parte, equivocada.

Vistas las cosas desde la perspectiva propuesta, empieza por llamar la atención que se relacionase de manera tan directa y simple a las constituciones de los años cuarentas, con otra de finales de los setentas, teniendo en cuenta que, en el transcurso de dichos años, se habían producido los hechos que condujeron a la crisis del Estado social. De otra parte, es también llamativo que se reclamase el parentesco con una constitución como la portuguesa que surge de un proceso revolucionario, siendo que la española era obra (al menos, inicialmente) del aparato institucional de la propia dictadura, lo que dejaría una considerable impronta no sólo en el proceso constituyente, sino en la propia constitución (monarquía, referencia a la Iglesia Católica, superprotección del gobierno, etcétera).

No es cuestión, ahora, de reproducir la cada vez más completa teorización de las transformaciones a que ha arrastrado esta crisis del Estado social.¹⁰ Se trata de los conocidos fenómenos de: *a*) en el plano institucional, de desplazamiento del parlamento por el Ejecutivo, de surgimiento de las llamadas administraciones independientes fuera del “circuito democrático” y dotadas cada vez de mayor poderes, de politización de la justicia, tratando de que sea ésta la que adopte decisiones políticas fundamentales y de cu-

¹⁰ Pueden consultarse ampliamente en Carlos de Cabo, *La crisis del Estado social*. Barcelona, PPU, 1986, pp. 73 y ss. Y el resto de artículos que han ido desarrollando en diferentes aspectos las tesis allí contenidas tales como “Transformaciones actuales del Estado y del derecho: perspectivas teóricas”, en *Actas del Congreso El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social*, Oñati, 27, 28 y 29 de marzo de 1996) o “Garantismo y ley material”, en *Ciudadanos, partidos e instituciones*. Valencia, Tirant lo Blanc, 1996, etcétera.

brirse de su halo de legitimidad; *b*) en lo ideológico, convergencia en el llamado pensamiento único, sustitución de la legitimidad legal por una versión desmovilizadora de la legitimidad democrática; *c*) en lo normativo, modificación tanto en la tramitación como en la eficacia de la ley con una pérdida de su nota de generalidad, aparición de nuevas formas jurídicas que hacen desaparecer el esquema vertical del Estado de Derecho (autorregulación, convenios, etcétera), sustitución de normas jurídicas por acuerdos políticos (pactos por el empleo, de la Moncloa, etcétera); *d*) en lo que afecta a derechos y libertades, restricción de los derechos sociales acompañada de respuesta autoritaria (decretazo, medicamentazo, Ley de Videovigilancia, de la “patada en la puerta”, de prohibición de contramifestaciones, etcétera).

Lo que conviene precisar es si sigue siendo oportuno caracterizar todos estos fenómenos como “corrupciones” de un texto constitucional que, efectivamente, sería el perfecto garante de los derechos y libertades tanto clásicos como del Estado social, en un sistema de “democracia avanzada” o si, más bien, esta Constitución (no, por supuesto, sin mezclas ni contradicciones) no pertenece (como por otra parte sería lógico, por su origen y cronología) a un nuevo constitucionalismo (atenuado, posmoderno) que integra o, al menos, posibilita en su propio orden normativo como una posibilidad de desarrollo esta crisis del Estado social.

Si esto es así, habría que buscar paralelismos no entre nuestra constitución y otras cronológicamente y ideológicamente muy diferentes, sino entre las que, verdaderamente, se le asemejan en lo temporal y en lo político. Se trataría tanto del nuevo constitucionalismo de finales de los ochentas y de la década actual, como del que surge de los Tratados de Maastrich o Niza y las normas que lo complementan y desarrollan.

Como ha sido reiteradamente puesto de manifiesto, el constitucionalismo en su versión más aligerada (como mera posesión de una constitución) es un fenómeno que ha alcanzado una universalización casi absoluta en la última década. Efectivamente, numerosos Estados, con las más variadas situaciones políticas y sociales, han iniciado procesos de transición que comparten, cuando menos, dos notas esenciales: en lo económico, su incorporación al mercado internacional; en lo político, su aceptación de la ideología y forma de organización demoliberal plasmada en una Constitución. A todos estos procesos de “constitucionalización” *sui generis* de países del

este de Europa, de África y Asia viajan, entre otros, “expertos” españoles en transiciones y constitucionalización de Estados.

Aunque se trata de un campo relativamente poco estudiado, sí puede afirmarse en términos generales que las Constituciones que aprueban estos Estados no son, desde luego, las constituciones (que, vistas desde el presente resultan aunque no sin contradicciones) sólidamente ideológicas que han marcado la pauta en parte de la Europa occidental, ni su pretensión de regulación efectiva de la vida social y política puede compararse con las de aquéllas. Se trata de Constituciones en las que existen ejecutivos muy fuertes (para-caudillistas: Constitución rusa actual), procesos de integración democrática puramente formales y separados de toda consideración sobre la realidad del electorado, constituciones de las que han desaparecido las cláusulas transformadoras y que proponen un derecho constitucional “mite”, atenuado, puramente formal, que recupera una cierta versión mínima de un muy particular Estado de Derecho, destinadas a obtener el visto bueno del Fondo Monetario Internacional más que de sus propios habitantes. Constituciones, en definitiva, que legitiman, en mayor o menor medida, a estos Estados ante la comunidad internacional pero que sólo desde un punto de vista muy laxo puede decirse que ordenan su vida jurídico política. Nada tiene de particular que la rigidez no sea una preocupación esencial para estas constituciones.

Muchos de estos factores son, justamente, los que también están presentes en la Constitución española (y en su desarrollo) que muestra síntomas de flexibilidad porque el procedimiento de reforma ha hecho desaparecer las opciones indisponibles para las mayorías confundiendo poder de reforma y poder constituyente, además de establecer un procedimiento de reforma inviable y, por tanto, destinado a su violación; que incluso sin emplear el procedimiento de reforma, ha trasladado a la legislación ordinaria el convertirse en parámetro de la constitucionalidad a través de la creación jurisprudencial del llamado “bloque de constitucionalidad” al menos en materia de competencias y estructura territorial; que incluye rupturas que desconstitucionalizan las opciones como la de sucesión del artículo 57; que, en la práctica, admite su modificación por la legislación ordinaria como en el caso, por ejemplo, de la LO 13/80; que por vía del artículo 163 y concordantes, ha excluido a los jueces ordinarios de la aplicación de la Constitución y les ha obligado a aplicar normas manifiestamente inconstitucio-

nales;¹¹ que no ha logrado una constitucionalización plena de los derechos fundamentales en la medida en que sus garantías, en el ámbito jurisdiccional vienen fijadas por una ley preconstitucional, la 62/78,¹² y un conjunto de disposiciones que han terminado convirtiendo al recurso de amparo en un recurso de casación de sentencias por infracción de garantías procesales. Y, sobre todo, porque el artículo 93 ha abierto la posibilidad de ceder cualquier competencia (es decir, de facto, de vaciar la Constitución) a instituciones supranacionales por vía de Ley Orgánica.¹³ Esta “apertura” al derecho europeo es, en realidad, una apertura al no derecho europeo y, por tanto, no una “apertura” sino una “fuga del derecho”. No una cesión controlada a organismos supranacionales de ciertas funciones, sino una dejación de funciones. Dejación correspondiente a la destrucción de las bases materiales del Estado social del que el constitucionalismo social era expresión.

La parte final de este artículo, por último, tratará de ofrecer algunos razonamientos que apoyen la caracterización del derecho europeo como no derecho. Es evidente que se trata de una posición heterodoxa, en la medida en que existe una ideología más o menos compartida según la cual el derecho comunitario sería un derecho de plena obligatoriedad directa, emanado de órganos supranacionales y que establece un régimen unitario en ámbitos cada vez mayores para todos los ciudadanos europeos,¹⁴ ello,

¹¹ Sobre la muy debatida cuestión de la naturaleza y funciones de la cuestión de inconstitucionalidad, *vid.* Antonio de Cabo, “Artículo 163”, en Ó. Alzaga, dir., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid, Edersa, 1999, t. XII, pp. 277-298.

¹² Esta situación se ha visto, en parte, modificada por las reformas procesales de 1998. Con todo, es característico de este periodo su supervivencia durante más de 20 años.

¹³ Sobre todos estos asuntos que aquí sólo se insinúan, *vid.* Antonio de Cabo de la Vega, *Elementos de flexibilidad*, cit.

¹⁴ Se trataría, incluso, para algunos de un derecho sistemático y principal susceptible, por tanto, de teorización en sentido fuerte. El intento más acabado de sostener esta postura es, probablemente, el de Takis Tridimas en *The General Principles of EC Law*. Universidad de Oxford, 1999. Con todo, los propios términos de esta obra no suenan precisamente a teoría jurídica en sentido estricto: “The general principles of law are children of national law but, as brought up by the Court, they become *enfants terribles*: they are extended, narrowed, restated, transformed by a creative and eclectic judicial process” (p. 4). Más o menos, como decir que carecen de toda base material y que, aun teniéndola, resulta impredecible lo que los Tribunales puedan llegar a hacer con ellos.

sin embargo, no se corresponde con la realidad. Y no lo hace, fundamentalmente, en dos planos. En el de la alteridad y en el de la sistematicidad. Ni es la regulación puesta (anteriormente y por un tercero), ni adopta forma de sistema con lo que resulta impredecible, inestable, etcétera.

No hay alteridad porque, como es cada vez más evidente, la parte supranacional y, por tanto, “jurídica” (lo que suele denominarse el Pilar Comunidad Europea) está siendo cada vez más relegado (Comisión, Parlamento Europeo) por la actividad del Consejo que, como se sabe, está integrado directamente por representantes de Gobiernos nacionales y no constituye, estrictamente hablando, un organismo supranacional. La situación es parecida a la de un tratado internacional en negociación permanente. Cada Estado actúa soberanamente e impone (o trata de imponer) a los otros sus puntos de vista en cada caso concreto. No hay una decisión exterior y permanente emanada de un órgano distinto de aquellos llamados a aplicarla (de forma ostensible, por última vez, la negativa a llamar la atención a Alemania por su déficit tras haber (supuestamente) “decidido” una política de déficit cero). Es evidente que no puede haber derecho cuando todos (o, al menos, los miembros más fuertes) se consideran (cuando menos, ocasionalmente) *legibus solutus*. Cuando no hay normas procedimentales para las decisiones, ni es posible conocer el alcance en el tiempo o en el espacio de las mismas, ya que la Unión Europea se encuentra en proceso (des)constituyente permanente. Cuando no existen, claro es, formas prefijadas de emisión de las decisiones sino que estas pueden adoptar cualquier tipo de forma, desde los hechos desnudos, pasando por declaraciones, comunicaciones, proclamaciones, etcétera.

Pero incluso en aquellas áreas más aparentemente normativas, es decir, las relativas a los Tratados, las directivas y reglamentos se perciben los mismos elementos de “desjuridificación”. Tanto en el plano procedural como en el plano sustantivo. En el plano procedural, porque la intrincada trama de comisiones, subcomisiones, ponencias, informes, notas, etcétera, hacen que, de hecho, la tramitación europea resulte totalmente opaca no ya para la población en general, sino incluso para los juristas no especializados en la jerga comunitaria. Un procedimiento no público, no deliberativo, en el que realmente sólo tienen capacidad de personarse los grupos de presión interesados en el acto concreto, convirtiéndolo en una negociación pura y simple de intereses privados, acogidos más o menos

directamente por uno u otro Estado. Este sistema se alimenta a sí mismo y permite tanto sumergir indefinidamente un asunto, como tramitarlo con la máxima urgencia sin que parezca existir ninguna decisión política en su elaboración. La forma más delirantemente compleja de elaboración es la de la “codecisión”, presentada como un triunfo de democratización del procedimiento (en la medida en que participa el Parlamento) pero que en la práctica resulta absolutamente imposible de seguir (y hasta de entender) salvo, acaso, con una dedicación a tiempo completo y una habitación con vistas a las instituciones europeas.¹⁵

Pero, más allá de las complejidades procedimentales, lo característico del derecho europeo es que existe una casi total desconexión entre las normas sobre producción de normas y las normas efectivamente producidas. Alcanzados los acuerdos políticos, éstos se instrumentan prácticamente en cualquier forma: con obligaciones diferentes para cada Estado (Reino Unido, Dinamarca, etcétera), con modificaciones de los Tratados que no son ratificadas por los países signatarios de los mismos y que, como última concesión a la formalidad legal, se depositan ante la ONU como si de derecho convencional se tratara (Dinamarca). Actuando por vía de facto, con independencia de que se hayan conseguido los resultados exigidos en los referenda (Irlanda) y todo ello con la máxima publicidad y desenvoltura.¹⁶ Igualmente, por ejemplo, el Consejo, en la creación de la moneda única, ejerció todo tipo de competencias de las que carece, modificando los Tratados, actuando fuera de su “pilar”, etcétera. Es decir, pasando por encima del derecho comunitario que se ha vuelto “mite”, procedural, atenuado o flexible. En este mismo sentido, las propias expresiones referidas a la creación del derecho, parecen haber perdido todo referente real. Así, se afirma que el Parlamento Europeo ha “aprobado” una definición del delito de terrorismo (que, por otra parte, no envidiarían las más conspicuas

¹⁵ Sobre este asunto (que aquí no puede ni esbozarse), hasta donde se me alcanza, el único que ha conseguido tener una visión de conjunto es José Manuel Martínez Sierra en *El proceso legislativo de la codecisión: de Maastricht a Niza*. Tirant lo Blanc, 2002.

¹⁶ Un caso particularmente expresivo de esta desconexión entre procedimiento y aprobación lo constituye la indignación ante las recientes declaraciones del representante de Noruega afirmando que Noruega no reanudaría las negociaciones para la incorporación a la Unión Europea hasta después de que el electorado hubiera modificado su opinión en un nuevo referéndum. Un rigorismo incomprensible en *lógica jurídica* de la Unión Europea...

dictaduras), sin parecer tener en cuenta que la Unión Europea no tiene competencias en materia penal, que las definiciones de delito están sometidas a restricciones constitucionales e internacionales, tales como el principio de legalidad estricta, la necesidad de ser recogidas en instrumentos legales especiales (reserva de ley, de ley orgánica, de código, etcétera), etcétera.

Con todo, los efectos más intensos de este proceso deconstrutivo no se derivan de los asuntos procedimentales, sino de los caracteres sustantivos de este nuevo no derecho. En este sentido, los tres más destacados son, probablemente, la sectorialización de la legislación, la hiperinflación legislativa y el peculiar funcionamiento de la que, en términos hobbesianos, podría llamarse “justicia sin ley”.

El derecho comunitario es, especialmente, desde la Cumbre de Cardiff, un derecho al que sólo le interesa el funcionamiento del mercado y que ha abandonado toda la retórica integracionista. Esta sectorialización tiene consecuencias jurídicas muy directas. Por un lado, se abandona toda protección de las escasas normas que se refieren a estos asuntos, mientras los operadores jurídicos comunitarios crean, cuando existe la necesidad económica o política, conceptos tales como el “efecto directo” y el “efecto útil” con el cual alteran, ahora en sentido contrario, el sistema de ordenación de fuentes para conseguir una primacía sectorializada absoluta y directa. Es decir, pese a que políticamente se incrementan las competencias de la Unión Europea, jurídicamente sólo se legisla en sentido formal sobre unos muy concretos asuntos relativos al mercado, dejando el resto al arbitrio de las semisecretas y no reguladas decisiones políticas del Consejo. Aquí la desregulación es directa para un amplio campo de la realidad social, la no relativa al funcionamiento del mercado.

En los ámbitos en los que sí se producen actos normativos, la regla es la hiperinflación y, consecuentemente, el más absoluto de los particularismos. Con apariencia de normas, lo que realmente se producen son decisiones *ad hoc*, impulsadas por grupos de intereses muy concretos, cuyo conocimiento resulta literalmente imposible para los destinatarios generales, mientras que los destinatarios específicos los emplean como verdaderos activos empresariales para conseguir ventajas competitivas, mejoras en su posición en el mercado, etcétera. Las infinitas normas que regulan el mercado europeo tienen como consecuencia obvia que *ninguna regla* regula el mercado eu-

ropeo. El mercado no está regulado por ninguna norma. Ahora bien, un movimiento no considerado conveniente puede dar lugar a que un determinado grupo de presión obtenga una microlegislación que lo impida. Y, al contrario, un grupo con el suficiente poder puede lograr mejorar su situación específica amparándose en lo que, curiosamente, se presenta como normas de la máxima generalidad (efecto directo en toda la Unión Europea, es decir, para más de 300 millones de europeos que (probablemente) nunca sabrán que dicha norma ha sido aprobada).

Un último ejemplo de desregulación es el peculiar papel de la jurisdicción europea. También aquí con vertientes procesales y sustantivas. Procesalmente, porque lo cierto es que la inmensa mayoría no ya de los ciudadanos, sino de sus abogados, ignoran totalmente la existencia de las normas europeas y de los procedimientos jurisdiccionales ante los mismos y que, aunque los conocieran, nunca podrían sustentar con éxito un pleito en dicha sede, salvo que se integren en los muy especializados círculos de abogados y grupos de presión de la Unión Europea. Así, pues, la justicia europea no es un sistema general de protección de la normatividad, sino un mecanismo a través del cual los mismos grupos que movilizan la legislación (es decir, que tratan de derogar las legislaciones nacionales que les perjudican, a través de actos particulares de microlegislación), movilizan a estos jueces para obtener decisiones (nuevas derogaciones a la legislación nacional) cuando no han tenido éxito en sede legislativa o la urgencia u otras consideraciones de oportunidad así lo aconsejan.

Sustantivamente, porque la justicia europea ha decidido actuar, como es sabido, no como intérprete y garante de la legalidad, sino como impulsor del proceso de integración a partir de unos presuntos principios teleológicos. No se trata del clásico activismo judicial, de la aplicación comprometida y avanzada de un ordenamiento, sino de una impartición de justicia en vacío, de las sentencias en lugar del ordenamiento. Es decir, de una noción de justicia que casi nada tiene que ver con lo que tradicionalmente se ha entendido por justicia dentro de un orden jurídico, al menos desde Aristóteles,¹⁷ y de manera expresa en los Estados occiden-

¹⁷ “[...]luego es evidente que el justo será el que observa la ley y también el equitativo. De ahí que lo justo sea lo legal y lo equitativo, y lo injusto, lo ilegal y lo no equitativo”, *Ética Nicomáquea* (1129b) [trad. de Julio Pallí Bonet, Madrid, Editorial Gredos, 1988, pp. 237-238].

tales desde Hobbes.¹⁸ La justicia europea, por tanto, ni siquiera asegura que aplicará su desregulado no-derecho, sino que, según los casos, actuará totalmente en vacío o echará mano de alguno de los principios *enfant terrible* de los que habla Tridimas.

Parece evidente, en resumen, que la rigidez tanto constitucional de los Estados, como propia del derecho de los Tratados, se ha vuelto un obstáculo para las nuevas formas de actividad económica del capitalismo financiero y transnacional. Cada vez con más frecuencia, se irán encontrando dificultades para compatibilizar las disposiciones del derecho comunitario derivado (o las meras decisiones políticas) y lo dispuesto en las Constituciones sociales o el derecho originario. Si en los primeros casos, por la novedad, hubo reformas constitucionales y sentencias de los Tribunales Constitucionales, modificaciones de Tratados y ratificaciones por los países, cabe prever que estas adaptaciones se harán cada día más con simple ignorancia de lo dispuesto en los textos legales. El ejemplo paradigmático de esta situación lo encarna la creación del Comité X, para el Euro en lo que no puede sino calificarse de mero incumplimiento de los Tratados o la absoluta ignorancia de los resultados del referéndum irlandés sobre el Tratado de Niza.¹⁹ Estas dificultades no son de orden coyuntural o soslayable, sino que afectan al corazón mismo de una organización económica que precisa dar nueva forma a los Estados en los que desenvuelve su actividad.²⁰ Parece evidente que este nuevo sistema económico no desea Estados con una estructura cristalizada e inamovible, sino Estados “fluidos”, Estados “míte”, lo cual es difícilmente compatibilizable con la rigidez constitucional y la sistematicidad del ordenamiento jurídico.

¹⁸ “[...] therefore it is not that *Juris prudentia*, or wisedome of subordinate Judges; but the Reason of this our Artificial Man the Commonwealth, and his Command, that maketh Law”, *Leviathan*, parte II, cap. XXVI, 7.

¹⁹ Cf. José Manuel Martínez Sierra, “La reforma constitucional y el referéndum en Irlanda: a propósito de Niza”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pp. 299-314.

²⁰ Una visión parcialmente coincidente con el análisis aquí expresado, pero más optimista sobre las posibilidades de reconducir el proceso de integración europea es la de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez en “Globalización, Estado y derecho constitucional”, en *A Distancia*, vol. 19, núm. 2, 2001-2002, pp. 17-21.

Teoría constitucional y derechos fundamentales, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en diciembre de 2002 en los talleres de OFFSET UNIVERSAL, S. A., Calle 2 núm. 113, Col. Granjas San Antonio, C. P. 09070, México, D. F. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección de Publicaciones de esta Comisión Nacional. El tiraje consta de 2,000 ejemplares.

