

ANTECEDENTES Y ACTUALIDAD DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO *

DOCTORA DÑA. MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ
Académica Correspondiente de la Real Academia de Doctores de España
Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alcalá

RESUMEN

En este trabajo estudio el significado del Estado constitucional de Derecho desde la óptica del constitucionalismo, en relación a sus antecedentes y a su comprensión actual. Con este enfoque, parto de las transformaciones operadas en el Estado de Derecho liberal y de su vinculación con el democrático, como fórmulas que inciden en la materialización de los actuales Estados constitucionales de Derecho a través de la historia, redimensionándose y recreándose constitucionalmente el valor dinámico y expansivo de la dignidad humana. Por último, analizo las notas de la nueva situación que implica un cambio de paradigma en la teoría del Derecho y del Estado.

Palabras clave: Estado constitucional de Derecho, constitucionalismo, Constitución, derechos fundamentales, complejidad.

1. INTRODUCCIÓN

En general, el Estado de Derecho se manifiesta como una fórmula de la vinculación entre el Derecho y el poder, la cual no posee una sola modalidad, sino que su operatividad es muy diversa. Además, la aproximación de la relación entre los dos ámbitos se puede acotar desde distintos puntos de vista y es posible considerar el poder en referencia a la organización política o al conjunto de factores o elementos sociales que desarrollan una actuación social¹.

* Este artículo ha sido realizado dentro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010: «El tiempo de los derechos». CSD2008-00007, y del Proyecto «Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX» (DER-2008-03941/JURI) del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica (2008-2010).

¹ De este modo, cabe una noción restringida referida al poder político, al cual pueden llevarse todas las posibilidades de producción normativo-jurídica. Diferentemente, una noción amplia concibe el poder como el conjunto de fuerzas y factores sociales que apoyan una estructuración de la sociedad compartiendo los elementos básicos en los cuales se fundamenta la organización social. Aquí, el poder viene conformado por los actores sociales que actúan en direcciones distintas, pero

Ahondando en lo dicho, el Estado de Derecho puede concebirse restringidamente, como gobierno de las leyes y separación de poderes, o más ampliamente, incluyendo connotaciones sustantivas como el reconocimiento y la garantía de los derechos y libertades fundamentales. En primer término y teniendo en cuenta la segunda postura, su expresión inicial ha sido la del Estado de Derecho liberal, en el que los derechos reconocidos y garantizados son los que se sustentan frente al Estado y simbolizan el establecimiento de un ámbito de autonomía amplio en forma de derechos civiles e individuales para todos. En este sentido, lo que inicialmente se pretendía era erradicar las arbitrariedades de los poderes públicos y limitar su actividad. La Administración, para intervenir en la esfera social o en el orden económico, tenía que estar especialmente habilitada por una ley².

Mi tesis en el presente trabajo es que se ha de superar la mera concepción formalista mediante un componente material que quede especificado por una idea de legitimidad, por una idea del Derecho que exprese los valores jurídico-políticos vigentes en una determinada época³. Dentro de este marco, parto de la teoría de Peces-Barba⁴, quien al suscribir que son realidades distintas y complementarias, debido a que el Derecho es un conjunto de normas cuyo último fundamento de validez es el poder soberano, se pronuncia a favor de que el poder es el hecho fundante básico del Derecho y de que la norma fundante básica de identificación de normas nos permite reconocer las que son válidas. Aquél representa al poder, y ésta al Derecho.

Dicha visión se centra en el estudio de cómo han evolucionado el Estado de Derecho liberal y el democrático hasta llegar a lo que, actualmente, denominamos Estado constitucional de Derecho. De esta evolución histórica, de sus notas y problemas más relevantes, doy cuenta y observo que, en el Derecho de los Estados contemporáneos, se ha sustituido el paradigma estimativo de que los miembros que forman una sociedad son actores autónomos de una economía de mercado y de que el mercado garantiza las condiciones fácticas para que los derechos civiles e individuales se realicen. Paradigma exigente de que el Derecho se vea como un mecanismo de previsión de las conductas ordenado en un sistema que otorgue coherencia, como un mecanismo de seguridad que reenvía a los valores de la libertad y la igualdad formal,

dentro de un marco que todos comparten (ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier: *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*. Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1997, pág. 44).

² Eusebio Fernández diferencia dos tipos de liberalismo, el clásico, descrito por Locke en el siglo XVII y desenvuelto durante los dos siglos siguientes, en el cual el individuo es el que tiene la primacía sin admitir actuaciones de los poderes públicos que limiten su autonomía; y el consagrado en el siglo XX, que con el paso del tiempo dio lugar al Estado social o de bienestar social (FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio: *La obediencia al Derecho*. Civitas, Madrid, 1998, pág. 229 y sigs.; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: «Derecho y fuerza», en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio y ASÍS ROIG, Rafael de, con la colaboración de FARIÑAS, M.^a José, LLAMAS, Ángel, ANSUÁTEGUI, Francisco Javier, RODRÍGUEZ, Jesús P. y SAUCA, José M.^a: *Curso de Teoría del Derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 108 y sigs.). Sobre el tema, ver el libro de ASÍS ROIG, Rafael de: *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Universidad de Jaén-Dykinson, Madrid, 1999.

³ GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza, Madrid, 2005, pág. 54.

⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Debate, Madrid, 1991, pág. 294 y sigs.; Id., con la colaboración de ASÍS ROIG, Rafael de, FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. y LLAMAS CASCÓN, Ángel: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pág. 344.

cayéndose en la irracionalidad si no se respetan los criterios que el ordenamiento jurídico establece, o si se respetan, pero se introducen lagunas y antinomias que chocan con sus principios⁵.

2. ANTECEDENTES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Para llegar a entender de la forma más aproximada posible el significado de los actuales Estados constitucionales de Derecho, lo primero que creo que se debe resaltar es el origen del concepto de Estado de Derecho. Pues bien, según queda demostrado por la doctrina, proviene de la teoría del Estado del liberalismo alemán, desarrollado con prontitud y orientado desde planteamientos de la concepción racional del Derecho. Por ejemplo, en 1829, von Mohl la emplea en su *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, si bien el que usa el término por primera vez es Welcker, en 1813, reapareciendo más tarde gracias a von Aretin⁶.

En esta dirección, el Estado de Derecho supuso un cambio decisivo en relación con el *Machtstaat*, o *Estado bajo el régimen de fuerza*, propio del siglo XVII, y también del *Polizeistaat*, o *Estado bajo el régimen de policía*, propio del despotismo ilustrado del siglo XVIII⁷. En efecto, si analizamos su primera muestra, el sentido del Estado de Derecho liberal condicionó la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad dentro del marco recíproco de la ley. En un primer momento, como he suscrito anteriormente, la meta era alcanzar la limitación del poder, planteándose más adelante la lucha contra sus inmunidades y la legitimación democrática de la fuerza del Estado que, por la consideración de las garantías de los individuos y sus derechos, pasa a esbozarse como participación en el poder. El principio de legalidad se vería como una consecuencia del principio de la voluntad general, todo está regido por la ley, la cual otorga la autoridad y la limita, al tiempo que la libertad se muestra como una garantía jurídica⁸. Por su parte, otro principio esencial de esta concepción era el de la división de poderes, cuyo precursor fue Locke y el principal justificador Montesquieu⁹.

Sin embargo, poco a poco, el concepto de *ley* pasaría a ser más central. La definición de la ley como general y abstracta es una de las más representativas del Estado liberal, al ser fruto de la voluntad general, se resuelve necesariamente en mandatos generales. Esta estructura dispone una manera de regular con arreglo a la cual el legis-

⁵ ATIENZA, Manuel: *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas, Madrid, 1997, págs. 32-36; TUORI, Kaarlo: *Positivismo crítico y Derecho moderno*, trad. de David Mena, revisión de Lorenia Trueba. Fontamara, México, D. F., 1998, pág. 22.

⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de Rafael de Agapito Serrano. Trotta, Madrid, 2000, págs. 18-20.

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán. Trotta, Madrid, 2009, pág. 21.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Civitas, Madrid, 2004, págs. 14 y 15; GARRORENA MORALES, Ángel: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Tecnos, Madrid, 1998, pág. 178; GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Universidad de Vigo-Civitas, Madrid, 2002, págs. 51-53.

⁹ MONTESQUIEU, Charles-Louis: *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Tecnos, Madrid, 2002, XI, IV y VI.

lador estima clases o categorías de sujetos y de casos. Aquí la generalidad se identifica con la impersonalidad legislativa y la abstracción con un número indeterminado de casos o supuestos de hecho de igual naturaleza, produciéndose las consecuencias jurídicas que las normas prevén en cada ocasión que se den las condiciones de aplicación o el supuesto de hecho al que se refiere la ley¹⁰.

En consecuencia, la generalidad y la abstracción simbolizaban una garantía estructural contra la arbitrariedad de los poderes públicos. Por ende, el Derecho que tiene esas características resulta no discriminatorio, susceptible de aplicación cierta y segura por los poderes públicos y aporta igualdad jurídica, ya que conforma una normatividad media. Aseveración que desemboca en que la igualdad y la certeza jurídicas sean primordiales a la hora de que los individuos desarrollen sus planes de vida, como pretende el liberalismo, obteniéndose la autonomía individual¹¹. En el ámbito privado, los sujetos poseen una autonomía plena para escoger los proyectos del buen vivir; y, en el público, se deben acordar unos principios de justicia que no manifiesten ninguno de esos proyectos¹². Por tanto, el panorama descrito coincide plenamente con el hecho de que la autonomía es una condición *a priori* para determinar que el individuo es sujeto de derechos y obligaciones, identificándose el Derecho con el Derecho civil que presupone una condición igual de las partes¹³.

Ahora bien, si pasamos a examinar la conexión entre democracia y soberanía popular tal y como fue concebida en el nacimiento de la construcción del Estado de Derecho democrático, aquélla no es sólo el gobierno para y del pueblo, sino también por el pueblo. La teoría de la Constitución hace referencia al arquetipo de Constitución democrática occidental, y da a conocer que la democracia sólo se puede dar en contextos en los que existe una tradición constitucionalista consolidada¹⁴. Así que, con la finalidad de relacionar el Estado de Derecho y el democrático, se habrán de desarrollar varias condiciones previas para que la difusión de la cultura de la legalidad tenga efectos satisfactorios, éstas son: Que la intervención del consenso en la creación de las leyes sea lo más amplia posible para que no simbolice simplemente la opinión de una mayoría numérica; que la ley se aplique equitativamente; y que el Derecho sea accesible a los ciudadanos con sencillez. Estas tres condiciones son las que explican la conexión directa con el desarrollo político del Estado¹⁵.

En resumen, lo enunciado demuestra que la democracia no puede subsistir si no es junto al Estado de Derecho, y que sí puede haber Estado de Derecho sin democracia. No obstante, hay que añadir a esta discusión la necesidad de acomodar los

¹⁰ MARCILLA CÓRDOBA, Gema: *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 136.

¹¹ *Ibidem*, págs. 137 y 138.

¹² DWORKIN, Ronald: *La comunidad liberal*, trad. de Claudia Montilla. Universidad de los Andes-Siglo del Hombre, Santafé de Bogotá, 2001, pág. 26.

¹³ VIDAL GIL, Ernesto J.: *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 356 y sigs.

¹⁴ NINO, Carlos Santiago: *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R. P. Saba. Gedisa, Barcelona, 1997, pág. 13 y sigs. Sobre esta cuestión, ver también HÄBERLE, Peter: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad. de Emilio Mikunda Franco. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 31 y sigs.

¹⁵ GUTMANN, Amy, y THOMPSON, Dennis: *Democracy and Disagreement*. Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1997, pág. 128 y sigs.; LAVEAGA, Gerardo: *La cultura de la legalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2000, págs. 65 y 66.

paradigmas democráticos a la nueva posición de sociedades organizativa y tecnológicamente complejas, y de sociedades culturalmente heterogéneas en las que cada vez existe una mayor amenaza para la participación en la política pública, habiéndose introducido un cambio en las demandas ciudadanas¹⁶.

De otra parte, para calificar a un Estado de democrático, la organización y el ejercicio del poder estatal han de derivar de la voluntad del pueblo o han de ser atribuibles a ella. El Estado democrático es plural y se expresa como forma de organización política y social, pero comporta la asunción de unas creencias que lo convierten en no neutral, por consiguiente, la democracia es mucho más que una serie de reglas e instituciones que pretenden tomar decisiones políticas¹⁷. A la vez que las formas de legitimación son diversas, pudiendo mencionar la funcional e institucional que entraña que el constituyente ha configurado los tres poderes clásicos —el legislativo, ejecutivo y judicial— con funciones y órganos a través de los que el pueblo ejerce el poder del Estado que emana de él.

La vinculación de la democracia a la libertad surgió con el concepto moderno de esta última, que anexó la referencia a la libertad subjetiva como autonomía de los individuos. Mas se fueron produciendo cambios, puesto que la libertad como autonomía individual de las personas se convirtió en libertad democrática de participación, inclusiva del derecho y la libertad de cooperar en el establecimiento del orden común al que cada uno está vinculado a través de los derechos fundamentales democráticos que sirven de garantía. Dentro de los derechos políticos, dejando a un lado los de sufragio y acceso a cargos públicos, se integrarían los de comunicación. Otro paso fue el que deriva de la libertad de participación a la libertad de la autonomía colectiva, dado que la libertad democrática incorpora una facultad de disposición sobre el orden político-jurídico¹⁸. De lo que colegimos una íntima correspondencia entre la regulación de los derechos y la organización democrática vigente para lograr una convivencia pacífica entre personas que son libres e iguales. Por otro lado, no hay que olvidar que el pluralismo se deriva de la libertad y significa la posibilidad de mantener opciones diferentes o contradictorias como instrumentos de participación en la sociedad dentro de la tolerancia¹⁹.

¹⁶ RUBIO CARRACEDO, José: «Democracia mínima. El paradigma democrático», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Facultad de Derecho, Universidad de Alicante, España), vol. 15-16/1, 1994, pág. 200. Sobre el tema, ver además PHILIPS, Anne: *Democracy and Difference*. The Pennsylvania State University Press, Pensilvania, 1993.

¹⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, cit., pág. 143; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio: «Estado, sociedad civil y democracia», en ASÍS ROIG, Rafael de; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; GONZÁLEZ AYALA, M.^a Dolores; LLAMAS CASCÓN, Ángel, y PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*. Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1996, págs. 131 y 132.

¹⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, cit., págs. 76-80. Cfr. también ARAT, Zehra F.: *Democracy and Human Rights in Developing Countries*. An Authors Guild Backimprint.com, Lincoln (Massachusetts), 2003, pág. 55 y sigs.; HARDIN, Russell: *Liberalism, Constitutionalism and Democracy*. Oxford University Press, Nueva York, 1999, pág. 45 y sigs.; y la obra de PINTORE, Anna: *I diritti della democrazia*. Laterza, Roma-Bari, 2003.

¹⁹ RECASÉNS SICHES, Luis: *Filosofía del Derecho*. Porrúa, México, D. F., 1991, pág. 523. Ver también: DELGADO PINTO, José: «La función de los derechos humanos en un régimen democrático», en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (ed.): *El fundamento de los derechos humanos*. Debate, Madrid, 1989, pág. 135 y sigs.; SQUELLA NARDUCCI, Agustín: *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*. Fontamara, México, D. F., 1998, pág. 67 y sigs.

3. CONSIDERACIÓN ACTUAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Una vez conocidos estos antecedentes, estamos en condiciones de apreciar que los cambios acontecidos en el Estado de Derecho han consagrado el ideal del Estado constitucional, no tratándose, como indica Pérez Luño, de que haya una oposición externa entre ambos, como dos tipos incompatibles de Estado, sino que nos hallamos ante una decantación interna de la evolución histórica del Estado de Derecho²⁰.

Pasado el tiempo, la teoría liberal sigue defendiendo, aunque con los lógicos matices, que el gobierno es un medio para la realización de los fines del individuo²¹. El concepto y los métodos utilizados dependen de la parcela a la que se extienda, con respecto a quién y a qué actividades se sea libre. Herederos de esas ideas, los Estados se erigen como forma de organización originada por un pacto o acuerdo. Sus particularidades son las de la concentración y monopolización del poder político exteriorizado en el concepto de soberanía, sin olvidar la diferenciación entre lo público y lo privado, entre el ciudadano y el hombre, y entre el Estado y la sociedad civil. Los Estados de Derecho son conceptuados como una relación axiológicamente neutra y necesaria entre el Derecho y el poder, en tanto que, avanzando más, se vislumbra una construcción de mayor trascendencia, por ser menos descriptiva, que incorpora elementos normativos propios²².

El problema inicial consiste, consiguientemente, en saber qué se entiende por Estado constitucional, asumiendo como primera aproximación que es aquel en el que «existe una Constitución democrática que establece límites jurídicos al poder para garantizar las libertades y derechos de los individuos y tiene carácter normativo»²³. De lo que se infiere la existencia de una Constitución que es una norma jurídica, la más importante del sistema, que fija la medida de validez del resto de las normas del ordenamiento con eficacia directa. La Constitución está configurada por valores, principios, derechos fundamentales y directrices para los poderes públicos, aun cuando los principios son aplicables directa e independientemente por el legislador y por los operadores jurídicos. Dentro del esquema, la pieza más relevante es la de los derechos fundamentales que configuran un contenido básico del orden jurídico en los sentidos formal y material porque determinan límites materiales para los poderes públicos y privados. Al mismo tiempo que establecen los fines a los que deben dirigirse, siendo garantías institucionales, normas objetivas que pertenecen al sistema jurídico y derechos subjetivos que tienen una fuerza especial frente a los susodichos

²⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *La tercera generación de derechos humanos*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 74.

²¹ BÉJAR MERINO, Helena: *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*. Alianza, Madrid, 1995, pág. 27. Una buena descripción se encuentra en RAZ, Joseph: *The Morality of Freedom*. Clarendon Press-Oxford University Press, Nueva York, 1990.

²² ATIENZA, Manuel: *El sentido del Derecho*. Ariel, Barcelona, 2004, págs. 125 y 126; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pág. 95; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Derecho y fuerza*, cit., pág. 108 y sigs.

²³ AÑÓN ROIG, M.^a José: «Derechos fundamentales y Estado constitucional», en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* (Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, España), vol. 40, 2002, pág. 25; PRIETO SANCHÍS, Luis: *Constitucionalismo y positivismo*. Fontamara, México, D. F., 1999, pág. 7 y sigs.

poderes y en las relaciones entre particulares²⁴. Los derechos fundamentales son la razón de ser del Estado constitucional, perteneciendo ambos a una misma cultura que pretende crear propuestas coherentes para proteger, garantizar y hacer más eficaces esos derechos. Conforme a la opinión de Böckenförde, que propugna la tesis, muy acertada a mi juicio, de que a cada clase de Estado le corresponde preferentemente una clase de derechos fundamentales, es evidente que el Estado constitucional se ha de corresponder, en primer lugar, con algún tipo de derechos. Pero, ¿con cuál? Éste es el de los nuevos derechos²⁵.

De acuerdo con la postura esgrimida, el Estado constitucional de Derecho se caracteriza por ser la forma política que consagra la primacía de la Constitución, su reserva y el protagonismo de la jurisdicción constitucional, siendo el marco de reconocimiento y garantía de los nuevos derechos²⁶. Estas explicaciones encuentran en el constitucionalismo(s) coetáneo(s) una nueva vía de comprensión. En verdad, desde una teoría constitucionalista, la cual intenta superar la debilidad estructural de los paradigmas anteriores con la reafirmación del carácter jurídico e inmediatamente vinculante de la Constitución, junto a la cualificación de referentes como los derechos fundamentales que vinculan a todos los poderes²⁷, se representa un fenómeno cultural y político que pertenece a la modernidad y expresa una forma de acercarse al conocimiento o a la concepción del Derecho.

En general, con el término constitucionalismo nos referimos a momentos de una experiencia jurídico-política relativa a la organización del poder. La originalidad descansa en que aquél no se sustrae a la Ley fundamental que denota el desarrollo del Estado moderno como proceso de racionalización de todos los aspectos de la esfera política y social. Unidos a la Constitución escrita existen dos caracteres: los de su legitimidad y función. En cuanto a la legitimidad, el constitucionalismo está ligado a los principios iusnaturalistas mediante la racionalización del Derecho vigente, y a la revolución democrática de la segunda mitad del setecientos que deja de fundamentar a aquélla en el consenso racional de los ciudadanos. En lo que respecta a la función, se desea una Constitución escrita destinada a impedir un gobierno arbitrario, instaurar un gobierno limitado y garantizar los derechos de los ciudadanos para evitar que sean violados por el Estado²⁸.

²⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis: *Ley, principios, derechos*, cit., pág. 26 y sigs. Prieto Sanchís caracteriza al Estado constitucional con las siguientes notas: imperio de la ley, separación de poderes, legalidad de la Administración y respeto a los derechos y libertades fundamentales, por lo que concluye que el Estado constitucional puede identificarse, en general, con la forma política liberal democrática de los países occidentales. En este sentido, ver AÑÓN ROIG, M.^a José: *Derechos fundamentales y Estado constitucional*, cit., págs. 26-28.

²⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pág. 44 y sigs.; DÍAZ, Elías: «Estado de Derecho y derechos humanos», en BETEGÓN, Jerónimo, LAPORTA, Francisco J., PÁRAMO, Juan Ramón de y PRIETO SANCHÍS, Luis (coords.): *Constitución y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, págs. 19 y 20; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *La tercera generación de derechos humanos*, cit., págs. 34-43 y 75-76.

²⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *La tercera generación de derechos humanos*, cit., pág. 76.

²⁷ PEÑA FREIRE, Antonio: *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*. Trotta, Madrid, 1997, pág. 59.

²⁸ MATTEUCCI, Nicola: *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, trad. de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Departamento de

Con estas coordenadas se pretenden hacer efectivos los paradigmas de la filosofía ilustrada y liberal, mas lo que se desea es superar el Estado de Derecho legislativo como contrapunto del modelo seguido por el liberalismo del siglo XIX, paralelamente que se propugna un procedimiento efectivo de control del poder, acarreado un cambio en la determinación de las fuentes del Derecho, en su interpretación y aplicación, y en la creación de una Ciencia del Derecho comprometida. Así, nos encontramos ante una *rematerialización* constitucional en la que la Norma fundamental no se reduce a una mera organización formal del poder, sino que se erige como el origen mediato e inmediato de derechos y obligaciones. El concepto omnipotente de *ley* se modifica al cambiar la complejidad y extensión del Estado contemporáneo y al rebajar su fuerza vinculante, haciéndose inviable la idea de leyes generales y abstractas²⁹. La Constitución aparece como un espacio en el que se manifiesta el consenso, fruto de la discusión entre las distintas concepciones de la justicia en la sociedad, e instaura un marco de unidad material y procedimental superador de los meros postulados formales y jerárquicos³⁰.

4. CLAVES PARA PROFUNDIZAR EN LA COMPRESIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO DESDE LA TEORÍA DEL CONSTITUCIONALISMO

Conclusivamente, en el Estado constitucional de Derecho tiene una gran repercusión la racionalidad práctica, la cual se vincula con la racionalidad material, donde el sistema jurídico se contempla como un instrumento para alcanzar ciertos fines sociales y políticos³¹. En este punto cabe subrayar que, observada la realidad, percibimos que hay quiebras con respecto a la situación anterior que nos ayudan a comprender el nuevo marco en el que nos insertamos. La novedad es que la ley se somete a una relación de adecuación y, por eso, de subordinación, a un estrato más alto de Derecho establecido por la Constitución³².

La traducción que la directriz constitucionalista aporta, encabezada por Alexy, Ferrajoli, MacCormick, Nino o Raz, se decanta por esgrimir que, además de las reglas, los principios son elementos necesarios para comprender la estructura y el funcionamiento de los sistemas jurídicos. Las normas han de ser comprendidas a partir de la función que desempeñan en el razonamiento práctico. El Derecho es, ante todo, una práctica social compleja que incluye normas, procedimientos, valores, acciones, agentes... Lo que conduce a pensar que la interpretación es un proceso racional conforma-

Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid-Trotta, Madrid, 1998, pág. 23 y sigs.; PRIETO SANCHÍS, Luis: *Constitucionalismo y positivismo*, cit., pág. 7 y sigs.

²⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis: *Constitucionalismo y positivismo*, cit., págs. 15-18. Ver además: FERRAJOLI, Luigi: «El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad», en Andrés Ibáñez, Perfecto (ed.): *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez. Trotta, Madrid, 1996, pág. 15 y sigs.; FIORAVANTI, Mauricio: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira. Trotta, Madrid, 2003, pág. 127 y sigs.

³⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis: *Constitucionalismo y positivismo*, cit., págs. 7, 15 y 37.

³¹ GALIANA SAURA, Ángeles: *La legislación en el Estado de Derecho*. Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2003, págs. 116 y 117.

³² ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán. Trotta, Madrid, 2009, pág. 34.

dor del Derecho, y que la actividad judicial no es legalista pues la ley debe ser interpretada conforme a los principios constitucionales. En esta dimensión adquiere un peso especial la argumentación jurídica, sometándose el poder a la razón. Equivalentemente, se alcanza la convicción de que hay criterios objetivos que transmiten la nota racional a la práctica de la justificación de las decisiones³³.

La racionalidad práctica introduce un cambio cualitativo en relación a las condiciones de validez legislativa: ahora, es el resultado de la coherencia que se ha de guardar con los objetivos o fines que se han previsto y que se han conseguido efectivamente por los procesos formales de elaboración parlamentaria, quedando conectado con el resto a los derechos fundamentales propios del constitucionalismo³⁴. De este modo, sustenta Ferrajoli que la legalidad estricta ha introducido una dimensión sustancial en la teoría de la validez y de la democracia, produciendo una disociación y una divergencia entre validez y vigencia de las normas, entre deber ser y ser del Derecho, entre legitimidad sustancial y legitimidad formal de los sistemas políticos. Según el autor, la especificidad del moderno Estado constitucional de Derecho radica en que las condiciones de validez fijadas por sus leyes fundamentales incorporan requisitos de regularidad formal y condiciones de justicia sustancial³⁵.

A tal efecto, se verifica que el Estado nacional como sujeto soberano atraviesa una crisis tanto por arriba como por abajo. Por arriba, a causa de la abundante transferencia a instancias supraestatales o extraestatales de gran parte de las funciones que le pertenecían, como la defensa, la dirección de la economía, la política monetaria o la lucha contra la criminalidad. Por abajo, por las tensiones centrifugas, los procesos de disgregación y el desarrollo de la comunicación internacional que hacen cada vez más difíciles y precarias la unificación nacional y la pacificación interna. No obstante, actualmente, incluso en los países de democracia más avanzada, asistimos a una crisis profunda y creciente del Derecho, si bien, respecto a la tradición iuspositivista clásica, la razón jurídica tiene la ventaja que proviene de los progresos del constitucionalismo del siglo pasado que le permiten configurarlo como un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales³⁶.

Mas, si los derechos fundamentales encarnaran los requisitos sustanciales que se precisan y la democracia fuera el fundamento de la limitación del poder de la mayoría, representando el Estado constitucional un modo de juridificarla, el sistema democrático sería el que justificaría los mecanismos contramayoritarios que el constitucionalismo lleva consigo. La raíz de este planteamiento se encuentra en Kelsen, quien sopesa que la democracia es una forma de Estado o de sociedad en la que la voluntad colectiva se crea por el pueblo. «Democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo»³⁷. Por lo tanto, tenemos que pensar en la función que desempeñan los derechos fundamentales como criterios de legitimidad del Derecho y del Estado enlazados con

³³ ATIENZA, Manuel: *El sentido del Derecho*, cit., págs. 309 y 310.

³⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, cit., pág. 114.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Trotta, Madrid, 2009, págs. 68 y 358.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., págs. 15-19 y 149-150.

³⁷ Cfr. sobre ello, GARRIDO GÓMEZ, M.ª Isabel: *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*. Dilex, Madrid, 2007, pág. 69 y sigs.

el principio de las mayorías; y hemos de mantener que tales derechos se constituyen como sus límites, porque el origen democrático de una ley no es garantía bastante para determinar su justicia. El foco del problema reside en que la democracia constitucional es un ideal complejo descomponible en dos grandes partes, una referida a la distribución del poder y otra a su limitación, dándose por presupuesto que los derechos son por definición de las minorías y contra la mayoría. Sin embargo, no es forzoso que coincidan el grupo de los que no son beneficiarios de un derecho y del de quienes se oponen a que sean reconocidos, sin que siempre tenga que ser malo que la mayoría se oponga a las pretensiones de una minoría³⁸.

5. ¿HACIA DÓNDE VAMOS?

Estas consideraciones nos conducen a que, aunque el concepto de Estado-nación esté apegado aún fuertemente a las sociedades contemporáneas, el Derecho proyectado por el Estado no sea el único que haya que tener en cuenta. El cambio ha cristalizado en la representación, la participación, el control y la responsabilidad, aparte de que, en el modelo positivista clásico, las crisis del Derecho inciden en una serie de niveles. En el de la teoría jurídica, precisándose una revisión de la teoría de la validez basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones. En el de la teoría política, plasmada en una revisión de la concepción procedimental de la democracia y en el reconocimiento de una esfera sustancial. En el de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, demandándose una nueva definición del papel del juez y una actualización de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley. Y, finalmente, en el campo de la Ciencia jurídica, que ha de superar lo meramente descriptivo para convertirse en crítica del objeto que contempla³⁹.

Pues bien, como reforzamiento de lo anterior, aun cuando la aparición del movimiento constitucionalista en Europa abrió de nuevo el debate en torno a la posición de la Constitución en el sistema de fuentes, tras la lenta, pero contundente, defensa de su valor normativo, trasciende la voluntad de los ciudadanos de implantar una nueva forma de vislumbrar el ejercicio del poder por las mayorías a las que se les imponen límites constitucionales en el ejercicio de su potestad legislativa, a las que se obliga en algunos supuestos a compartir el poder legislativo con unas minorías que pueden vetar decisiones mayoritarias, etc.⁴⁰ Por esta problemática se debe hacer hincapié en que se

³⁸ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús: «Los límites de los derechos fundamentales», en BETEGÓN, Jerónimo, LAPORTA, Francisco J., PÁRAMO, Juan Ramón de y PRIETO SANCHÍS, Luis (coords.): *Constitución y derechos fundamentales*, cit, págs. 446 y 447. Ver además, BAYÓN, Juan Carlos: «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en *ibidem*, pág. 76, y 97 y sigs.; GAXIE, Daniel: *La démocratie représentative*. Montchrestien, París, 2003, pág. 60 y sigs.

³⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, cit., pág. 120. Así, el paradigma procedimental es la solución aportada por Habermas y se desarrolla paralelamente a que, en los actuales Estados de Derecho, los derechos individuales están limitados, basándose este paradigma en la teoría comunicativa de la sociedad. El problema se supera pues la concreción de esos derechos ya no depende del Estado ni tampoco del mercado, ahora depende de los flujos de comunicación social (TUORI, Kaarlo: *Positivismos crítico y Derecho moderno*, cit., pág. 22).

⁴⁰ ZAPATERO, Virgilio y GARRIDO GÓMEZ, M.^a Isabel: *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2007, pág. 108 y sigs.

ha producido un tercer momento, fruto de los nuevos modos de producción del Derecho en nuestras sociedades. Los vehículos a través de los que se explicitan las normas ya no son sólo la Constitución, la ley, la costumbre y los principios generales, puesto que el proceso de regionalización, internacionalización y comunitarización ha supuesto la génesis de todo un novedoso abanico de fuentes⁴¹. Así que una teoría del Derecho y del Estado más apegada a la realidad tiene que partir del dato de que hay nuevas y poderosas fuentes normativas por encima, por debajo y al lado del orden estatal.

Con el fin de captar mejor lo expresado, creo que es conveniente fijarse en algún ejemplo de los mencionados, como botón de muestra, tal ejemplo puede recaer en la formación de la Unión Europea como resultado de un proceso histórico de articulación del espacio que tiene la finalidad de satisfacer intereses comunes a una diversidad de Estados, cuya justificación jurídica se enraíza en el principio del ordenamiento internacional referente a la obligación de cooperar pacíficamente entre sí. Su construcción se hace en base a la intervención y participación de los Estados miembros y sus pueblos respectivos. La meta es conseguir una unidad política, posterior a la económica y social, provista de un elemento esencial, el de la sujeción al Derecho preeminente desde el momento de su constitución y en el cumplimiento de sus competencias⁴². Por lo declarado, existe una gama de sistemas jurídicos cada vez más compleja, que engendra redes y recursividades entrecruzadas y, muchas veces, contradictorias, las cuales han de armonizarse en el ámbito estatal, privado, comunitario e internacional, con arreglo a la concepción de que el conjunto de normas constitutivas del ordenamiento se reconstruye dentro de la noción de sistema.

Como colofón y desde esta óptica, hoy percibimos que el Estado, como organización del poder, está obligado a hacer trascender las estructuras y los comportamientos democráticos más de lo que representan las competencias parlamentaria y política, posibilitando la intervención social en la planificación económica del Estado y que los interesados participen en la gestión de los organismos públicos. El pluralismo de un sistema democrático casa con el valor del pluralismo político, abierto a lo que podríamos llamar el pluralismo social, que es expresión de la libertad y abriga la posibilidad de distintas opciones como manifestación de la participación y de la tolerancia. Por consiguiente, la democracia tiene que desenvolverse en la toma de decisiones colectivas con arreglo a unos requisitos procedimentales que la distancian de los sistemas autocráticos de gobierno. Ni los sujetos son inamovibles ni se detalla el contenido de las decisiones que se adoptan, lo vital es la definición de las reglas de juego debido a que el pluralismo es un requisito previo en la realización de la democracia, aunque no suficiente⁴³.

⁴¹ ZAPATERO, Virgilio y GARRIDO GÓMEZ, M.^a Isabel: *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*, cit., pág. 109 y sigs.

⁴² ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz, GONZÁLEZ VEGA, Javier A. y FERNÁNDEZ PÉREZ, Bernardo: *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. Eurolex, Madrid, 1999, págs. 1, 2, 60 y 96. En general, ver: CHABOD, Federico: *Historia de la idea de Europa*, trad. de Constantino García. EDERSA-Edit. de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

⁴³ ARNAUD, André-Jean: *Pour une pensée juridique européenne*. Presses Universitaires de France, París, 1991, pág. 27 y sigs., 229 y sigs., 248 y 249; ARNAUD, André-Jean y FARIÑAS DULCE, M.^a José: *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, trad. de la segunda parte de Rafael Escudero Alday. Universidad Calos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, pág. 287 y sigs.; DELMAS-MARTY, Mireille: *Raissonner la raison d'État vers une Europe des droits de l'homme*. Presses Universitaires de France, París, 1989.