

# Estado de Derecho, democracia y justicia constitucional: una mirada (de soslayo) al neoconstitucionalismo

## State of Law, democracy and constitutional justice: A view of neoconstitucionalism

**Alfonso de Julios-Campuzano<sup>1</sup>**

Universidad de Sevilla, Sevilla (España)

julios@us.es

### Resumen

En este trabajo nos asomamos a la tensión, característica del constitucionalismo, entre Estado de Derecho y democracia, así como a la revitalización de la normatividad de la Constitución como norma efectivamente vigente y dotada de una jurisdicción específica de legitimidad. El constitucionalismo del positivismo legalista se construía sobre la exaltación dogmática de la legalidad, el monismo jurídico asociado a una estructura centralizada de poder, la omnipotencia del legislador y el protagonismo del poder legislativo sobre el resto de instancias productoras de derecho. Los recientes desarrollos del constitucionalismo, sin embargo, al consagrar definitivamente la supremacía de la Constitución y de los contenidos sustantivos que incorpora comportan mutaciones trascendentales que alcanzar al ordenamiento jurídico en su conjunto. Los principios de validez, racionalidad, unidad, coherencia y legitimidad quedan reformulados a la luz de las transformaciones del paradigma constitucional.

**Palabras clave:** constitucionalismo, democracia, Estado de Derecho, Jurisdicción Constitucional, ordenamiento jurídico.

### Abstract

In this work we analyze the tension, a constitutionalism characteristic, between Rule of Law and Democracy, as well as the revitalisation of constitutional normativity as a real and effective norm, equipped with a specific jurisdiction of legitimacy. The

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Filosofía del Derecho, de la Universidad de Sevilla. Departamento de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Campus de Ramón y Cajal. Calle Enramadilla, 18-20; 41018 Sevilla (España).

constitutionalism of legal positivism was built on the dogmatic glorification of legality, legal monism associated to a centralized structure of power, the omnipotence of the legislator and the protagonism of the legislative power on the rest of producing instances of right. Nevertheless, the recent developments of the constitutionalism, by definitively confirming the supremacy of the Constitution and the contents that incorporate in themselves, causes transcendental mutations reaching legal order as a whole. The principles of validity, rationality, unit, coherence and legitimacy are reformulated in the light of the transformations of the constitutional paradigm.

**Key words:** constitutionalism, democracy, Rule of Law, Constitutional Jurisdiction, legal order.

## Positivism legalista y precariedad constitucional

El Estado liberal de Derecho se edifica sobre un modelo constitucional flexible, fácilmente modificable por el legislador, ya que a la Constitución no se le reconoce un rango supralegal, sino que queda, como norma primera del ordenamiento, sometida a la voluntad del legislador, cuyo actuación disciplina pero sólo formalmente: es el legislador quien, en última instancia, toma la decisión sobre la modificación de la Constitución que, a la postre, reviste la forma de una ley, desprovista, por tanto, de mecanismos especiales de protección que dificulten su reforma. En la concepción decimonónica de la Constitución, el legislador queda investido como el actor único de la producción normativa, rompiendo así el paradigma jurisprudencial del derecho premoderno que regía hasta entonces, en el cual las normas se decantaban a través de un dilatado proceso histórico de selección y acumulación de naturaleza fundamentalmente jurisprudencial (Rebuffa, 1990, p. 49). Las constituciones del siglo XIX son expresión, por tanto, de una determinada cultura jurídica y política que deriva, directamente, del legado cultural de la Revolución Francesa y de los presupuestos de racionalidad, orden y sistematicidad que, alumbrados por el iusnaturalismo racionalista, constituirían la base sobre la que se edificaría en el siglo XIX el cuerpo teórico del positivismo legalista.

Es sabido, sin embargo, que el Estado liberal de Derecho representó las aspiraciones políticas de la burguesía, que buscaba consolidar a nivel político el poder que ya ostentaba en otras esferas de la vida,

serviéndose, para ello: (a) a nivel político, de la ideología liberal que, sutilmente manipulada por la nueva clase social emergente perdió su impronta emancipadora y revolucionaria para quedar unida al carro del interés económico como liberalismo instalado y decadente<sup>2</sup>; y (b) en el ámbito jurídico, del positivismo legalista, que auspició el arrinconamiento de los contenidos iusnaturalistas de la tradición liberal contractualista, el monopolio de la producción jurídica por parte del aparato estatal, la consagración del principio de legalidad, la omnipotencia de la ley y la primacía del poder legislativo, función que, en la práctica, quedó confiada a la burguesía merced a un modelo de representación política basado en el sufragio censitario y, por último, la identificación entre justicia y validez en función de la cual todo derecho válido era por sí mismo legítimo.

Esta concepción puramente formal de la democracia y de los derechos se sustentó en las construcciones teóricas de la ciencia jurídica del positivismo legalista a través de las contribuciones de los principales adalides de la ciencia alemana del Derecho Público, cuyos más conspicuos representantes, a la sazón, juristas de la talla de Gerber, Thoma, Laband y Jellinek, elaboraron un sólido entramado conceptual y un arsenal de categorías jurídicas que consagraron una concepción estrictamente descriptiva de la ciencia del Derecho: la neutralidad del científico del Derecho frente a su objeto de conocimiento recababa una asepsia total de juristas, científicos y operadores jurídicos en la construcción del conocimiento jurídico, cuya pureza radicaba, precisamente, en una exclusión radical de toda suerte de valoración de su objeto de conocimiento. Una ciencia jurídica descriptiva, ajena a los juicios de valor sobre el derecho y sobre sus contenidos sustantivos de

<sup>2</sup> Se consume así lo que Peces-Barba (1978, p. 148) ha denominado “la presentación farisaica del viejo pensamiento liberal revolucionario”, convertido ya en “cínica representación de los desnudos intereses de la burguesía” y en “liberalismo instalado y decadente”.

justicia, vino así a blindar definitivamente a ese nuevo paradigma jurídico del Estado de Derecho frente a la burda y vana pretensión de contaminar el Derecho con exigencias axiológicas externas al propio sistema jurídico, proceso que culminaría con la asimilación de los derechos fundamentales como categorías estrictamente formales a través de su identificación como derechos públicos subjetivos: un eficaz instrumento conceptual apto para anclar definitivamente los derechos humanos en el marco de relaciones jurídicas de derecho público, regidas estrictamente por el principio de legalidad.

En las constituciones decimonónicas se entabla, así, una dialéctica de la *complementariedad entre poder constituyente y democracia* que se traduce en la sacralización de la ley, cuya supremacía no se ve en ningún momento amenazada por la Constitución, porque ésta, al fin y al cabo, es sólo una ley de alcance restringido, accesible al legislador, una norma de mínimos de carácter eminentemente formal, una norma flexible cuya estabilidad está supeditada a la voluntad democrática de la mayoría que es, en resumidas cuentas, quien legisla. Por eso, porque el poder de la mayoría no puede ser mermado por un acto fundacional anterior, el poder constituyente no debe quedar encriptado en una norma suprema que cercene la omnipotencia del legislador y la vigencia efectiva del principio democrático. La Constitución, a la postre, queda en manos del legislador, sometida al cambiante juego de las mayorías y al siempre inestable equilibrio de las coaliciones y de los intereses de parte. De este modo, el constitucionalismo acaba resolviéndose en legalismo<sup>3</sup>: su fuerza normativa está irremisiblemente condenada a la supremacía de la ley, a la omnipotencia del legislador y a la eficacia *mediata* de sus contenidos. La Constitución queda confinada a una particular condición normativa como norma de derecho público de carácter suprallegal: está por encima de la ley, pero no es la ley, vincula al legislador, pero sólo a éste y, en última instancia, es el legislador quien decide en qué concreta forma va a desarrollar las prescripciones normativas establecidas en la Constitución.

El paradigma del positivismo legalista se construye, por tanto, sobre la exaltación dogmática de la legalidad, el monismo jurídico asociado a una estructura centralizada de poder, la omnipotencia del legislador y el protagonismo del poder legislativo sobre el resto de

instancias productoras de derecho. No podía alcanzarse tal objetivo si no era reduciendo al mínimo el poder de la Constitución, mermando el alcance normativo de sus preceptos y limitando efectivamente su virtualidad hasta convertirla en una norma *sui generis* dirigida particularmente al legislador. Al colocar la Constitución más allá de la ley, se garantizaba la supremacía de la legalidad y se blindaba al Estado contra los embates de la Constitución: la reducción del poder, su limitación en términos efectivos, dependía realmente de una decisión del legislador. De esta manera, la soberanía del Estado prevalece sobre la Constitución, produciéndose un deslizamiento desde la supremacía de la Constitución a la supremacía del Estado y de su derecho positivo – el código civil y el derecho administrativo se erigen, por tanto, en las columnas sobre las que se sustenta el sistema jurídico –. Con ello, la ciencia del derecho gana en certeza y estabilidad, pero la Constitución queda definitivamente desplazada en la medida en que el núcleo del poder político ha sido colocado más allá de su ámbito de acción. Formalmente, el Estado se somete a la Constitución; materialmente, es la Constitución la que se somete al Estado (Fioravanti, 1996, p. 110-112).

De esta concepción del derecho se desprende un constitucionalismo inevitablemente débil, porque la Constitución queda aprisionada por la voluntad mayoritaria que representa el poder legislativo; y ello comporta, también, un constitucionalismo exiguo en el que priman, principalmente, los elementos estrictamente formales del orden político, supeditados a la hegemonía de la ley como piedra angular del orden jurídico. Al atribuir al legislador la condición de protagonista de la producción normativa asociada a la mistificación de la ley, el paradigma del positivismo legalista se muestra reacio a asignar algún rol relevante a otros operadores jurídicos. La función judicial queda reducida a una labor estrictamente mecánica de acompañamiento al proceso de materialización social de las normas jurídicas. Si la soberanía reside en el pueblo y éste la deposita en el poder legislativo, la intervención judicial podría introducir una distorsión significativa en la plasmación social de la voluntad del legislador. Por eso, si bien es cierto que la Constitución garantiza la separación de poderes como medio para prevenir actuaciones potencialmente despóticas, asegurando con ello la independencia del poder judicial, también lo es que la

<sup>3</sup> De este modo, la Constitución encuentra dificultades insalvables para su materialización en el ordenamiento jurídico, ya que su fuerza normativa está profundamente condicionada por el poder supremo del legislativo que encarna la rousseauniana voluntad general que es, por sí misma, ilimitada. Esta idea del poder constituyente que no quiere agotarse en los estrechos confines de un documento jurídico hace que el constitucionalismo se resuelva en legalismo, al atribuirse al poder político de cada momento la facultad de realizar o de frustrar lo que se halla recogido en la Constitución (Prieto Sanchis, 2003, p. 108-109).

función judicial queda reducida a una labor puramente accesoria.

La aplicación de las normas es concebida, por ende, como un proceso mecánico de subsunción, mediante el cual se asigna a un caso concreto la consecuencia jurídica prevista en la norma, sin que haya espacio para la discrecionalidad judicial. Cerrada la puerta a la interpretación – *in claris non fit interpretatio* –, la función del juez quedaba limitada a un procedimiento lógico-deductivo en el que, a partir de una premisa mayor, y mediante el establecimiento de una premisa menor, se habría de llegar a una conclusión. La subsunción es, así, la otra cara del positivismo legalista. Se ha de subrayar, por tanto, que la adhesión expresa a la doctrina de la separación de poderes es característica distintiva de toda esta concepción jurídica, lo cual implica una separación neta de las funciones judicial y legislativa, de modo que la labor judicial queda limitada a escrutar la voluntad del legislador. Por otra parte, la concepción de la ley como expresión de la voluntad de los legisladores históricos confiere a la labor interpretativa un alcance limitado y complementario, consistente en descubrir el sentido previo y acabado de la voluntad de quien legisló (Tarello, 1995, p. 75-77).

El azaroso decurso de los acontecimientos históricos, sin embargo, no tardaría en evidenciar las graves carencias del positivismo legalista y de su modelo constitucionalista débil. La precariedad de este paradigma constitucional se mostró con evidencia ante la palmaria ignominia del Estado mínimo y de su escandalosa reducción formalista de los derechos que, a partir de una ominosa concepción abstracta del individuo, terminó por negar las exigencias elementales de justicia que se abrirían paso décadas más tarde bajo la forma de derechos sociales. Por otra parte, el lamentable episodio de los totalitarismos del siglo XX vino a confirmar el fracaso estrepitoso de las brillantes construcciones teóricas de la dogmática jurídica (De Vega, 2005, p. 4).

## Antecedentes del constitucionalismo contemporáneo

El constitucionalismo contemporáneo resulta ser el fruto de la convergencia entre dos tradicionales

constitucionales diferentes que sientan las bases del Estado Constitucional, modelo que se afirma con caracteres propios y que se concreta en constituciones fuertemente normativas dotadas de un amplio sistema de garantías. Las constituciones contemporáneas han dejado de ser normas escuetas, para incorporar un amplio contenido sustancial que apunta a un ambicioso programa de reforma social. Y son, a la vez, constituciones rígidas, vedadas al insaciable expansionismo del legislador que ha de conformar su actuación a los principios y directrices constitucionales, bajo la mirada fiscalizadora de los jueces.

En contraste con las constituciones del XIX, que asumen la sociedad como un dato *a priori*, algo que ha de ser preservado, en la tradición revolucionaria francesa las constituciones están dotadas de un sólido carácter normativo en la medida en que se erigen como un modelo de transformación social. La Constitución se convierte así en la referencia central de un proyecto colectivo de acción política que aspira a regir efectivamente la actuación de los poderes del Estado en orden a la plasmación social de los fines contenidos en la Carta Magna. De este modo, la Constitución asume una función eminentemente directiva que se condensa en un catálogo de derechos y en un articulado de corte marcadamente teleológico que pretende ordenar el curso de la vida social y política conforme a los preceptos que en ella se contienen (Fioravanti, 1996, p. 63-64)<sup>4</sup>.

En este modelo, las constituciones buscan modelar la realidad social, pues se parte de un rechazo efectivo del *statu quo* político-social, rechazo que es, precisamente, la base del fenómeno revolucionario que propicia el nacimiento de la Constitución. Esa es la dimensión esencialmente revolucionaria del poder constituyente como un poder continuamente actuante que, basada en una concepción rousseauiana de la voluntad general, propicia que el texto constitucional quede abierto y, por tanto, al albur de los cambiantes avatares políticos y de las preferencias e intereses de los grupos mayoritarios. La tensión entre Estado de derecho y democracia se resuelve, en este caso, a favor de la segunda al otorgar a la mayoría un poder omnímodo que prevalece con frecuencia sobre el propio texto constitucional. Aquí reside precisamente la principal fragilidad del constitucionalismo que surge

<sup>4</sup> Este concepto de nación es, desde sus inicios, un concepto ideológico, de carácter restrictivo que presenta una impronta inequívocamente combativa. El concepto de nación implica la existencia de un enemigo que hay que combatir: el estamento de los privilegiados. Por nación debe identificarse, por tanto, al pueblo, a los amigos de la revolución, situación que, afirmada ya desde los inicios de la Revolución, se vería desbordada, en la fase jacobina, con la ampliación desmedida de los *enemigos del pueblo*, dando lugar a la fase del Terror.

de la Revolución Francesa ya que, al basarse en una concepción mayoritaria de la democracia, ésta se constituye en fuerza motriz del poder constituyente que se proyecta dinámicamente hacia el futuro (Fioravanti, 1996, p. 64). Ese permanente revisionismo termina por agostar el espacio vital de los poderes constituidos<sup>5</sup>. La concepción revolucionaria francesa debilita de esta forma el concepto de límite que subyace al Estado de Derecho, concediendo un protagonismo decisivo al elemento democrático representado por la voluntad mayoritaria, lo cual se traduce, a nivel jurídico, en la omnipotencia del legislador como representante de la voluntad mayoritaria: la ley se convierte, así, en elemento central de la producción jurídica y el legislador queda elevado a la categoría de artífice del nuevo orden. A través de la ley, el individualismo es corregido en sentido estatista y todo el derecho, en suma, va a tener como punto de referencia a la ley, ya que ésta se convierte en el elemento de mediación entre la Constitución y el ordenamiento (Fioravanti, 1996, p. 63). De ahí, su papel central y, de ahí, también, que la Constitución quede domeñada por un poder legislativo que carece de muros de contención. En la tradición francesa, por ende, la Constitución desempeña una función esencialmente política y sus cláusulas quedan sometidas a la mediación de la ley, de modo que es a través de ella como adquieren plenitud normativa y se incorporan efectivamente al ordenamiento. La ley queda investida como la principal protagonista y la verdadera actora del orden jurídico a la cual se subordina la propia Constitución. La tradición constitucional francesa deriva, de este modo, hacia una concepción acentuadamente legalista<sup>6</sup>.

El constitucionalismo norteamericano, por su parte, pone el énfasis en la garantía de los límites al poder, renunciando abiertamente a un modelo programático de Constitución y a la dimensión normativa o dirigente característica de las constituciones derivadas de la Revolución Francesa, para primar la dimensión limitadora de la Constitución. Frente al poder constituyente francés, que nace para abolir el *Ancien Régime* y para modelar, en oposición a él, una nueva sociedad acorde con los valores que propugna la ideología revolucionaria – *liberté*,

*égalité, fraternité* –, el poder constituido norteamericano no aspira a producir alteraciones en la ordenación social sino a establecer un nuevo orden político. Ésta es, a juicio de Fioravanti, la raíz de la diferencia entre las dos tradiciones: el constitucionalismo francés se construye en una relación de permanente oposición con el antiguo régimen, al cual pretende sustituir por un nuevo orden social y político que responda a determinados valores preteridos por la sociedad estamental y el sistema de privilegios que le es inherente. La lucha por los derechos está asociada, por tanto, a la lucha contra la ignominia y la injusticia, a la ruptura definitiva con el viejo orden estamental y a la superación de los vínculos corporativos que identifican al mandato imperativo para construir un nuevo orden social. La Constitución representa, así, un nuevo contrato social por el que los individuos adquieren la condición de ciudadanos formalmente iguales y convienen la creación de un nuevo orden basado en: (a) los pilares de la voluntad mayoritaria, (b) el dominio o supremacía del legislador como expresión de la unidad del pueblo y (c) el dominio de la ley general y abstracta como primordial fuente del derecho.

La revolución norteamericana, por el contrario, responde también a una ruptura – la del vínculo con la metrópoli y la sumisión a la corona británica – y evoca también un pacto social por el que se crea un nuevo orden político, pero aquí no hay que abolir un antiguo régimen con la pesada carga de injusticias y oprobios. No puede soslayarse, empero, que la revolución norteamericana desencadenó un movimiento emancipador vigoroso que se traduciría también en un orden social íntegramente nuevo basado en la superación de las injusticias del anterior régimen colonial pero, sea como fuere, aquí no existe la acuciante necesidad de derrocar al tirano, de deshacer las injusticias, de abolir abusos y desmanes para crear, desde su propia base, un nuevo orden social concebido desde premisas y principios completamente opuestos a los anteriores. El éxito de la empresa colectiva revolucionaria francesa gira en torno a la necesidad de un estado fuerte que abandere la transformación social y el diseño de un nuevo orden. El componente esencial de la revolución norteamericana gira en torno a la desconfianza frente al legislador, cuyo poder ilegítimo va más allá de sus

<sup>5</sup> No obstante, esa laxitud de los procesos de reforma, que constituye una proverbial cualidad del constitucionalismo inspirado en el modelo posrevolucionario francés encuentra su más destacada excepción en la Constitución francesa de 1791 en la que se contemplaron mecanismos que pudieran frenar los afanes reformadores de eventuales mayorías. Para ello, se estableció como condición para la reforma que tres legislaturas coincidieran en la necesidad de modificación, la cual sería efectuada mediante una asamblea de revisión compuesta por el legislativo y 249 miembros. Las constituciones posteriores, sin embargo, olvidaron adoptar este tipo de precauciones (Artola, 2005, p. 7).

<sup>6</sup> Señala Pietro Sanchís (2003, p. 109) que la primacía de la ley supone la permanencia de un poder constituyente continuamente operante que encarna el poder legislativo que representa la ilimitada voluntad general rousseauiana. Esta situación dificultó severamente la estabilidad de los textos constitucionales, que encontraron graves dificultades para mantener su fuerza normativa frente a los poderes constituidos, por lo cual el constitucionalismo se resuelve en legalismo, al atribuirse al poder político de cada momento el poder de disponer, en su más amplio sentido, el grado de cumplimiento efectivo de las cláusulas constitucionales.

propios confines en un afán inexorablemente invasivo y expansionista (Fioravanti, 1996, p. 78)<sup>7</sup>.

El constitucionalismo estadounidense pivota sobre la supremacía de la Constitución, cuyo valor normativo debe quedar a salvo de la tentación expansionista del poder legislativo: la Constitución como verdadera norma jurídica y cúspide del ordenamiento. La Constitución norteamericana se construye, así, sobre dos ideas fundamentales: por un lado, el concepto de límite frente al poder, que ocupa un lugar primordial en la Carta Magna a través de la consagración de derechos fundamentales y un sistema de equilibrio y contrapeso de poderes – *check and balances* – que trata de enervar su eventual concentración. Esta acentuada dimensión limitadora del poder ha permitido a autores como Macllwain y Matteucci aseverar que el constitucionalismo norteamericano encarna el constitucionalismo moderno, ya que procura la limitación del poder a través del derecho (Macllwain, 1940, p. 37; Matteucci, 1987, 1998; Artola, 2005). La dimensión garantista de esta tradición, a su vez, se concreta en la atribución a los jueces del control de constitucionalidad de las leyes, que tiene su origen en la célebre sentencia de la Corte Suprema norteamericana, presidida por el juez Marshall, en el caso *Marbury vs. Madison* de 1803. A partir de ese momento, los jueces se convierten en los auténticos guardianes de la Constitución y asumen la misión, en primer lugar, de juzgar la constitucionalidad de las normas jurídicas y, por tanto, su coherencia con las normas sobre producción de normas contenidas en la Constitución, y, en segundo lugar, de definir mediante la interpretación el sentido genuino de las cláusulas constitucionales. Esa es la gran novedad del constitucionalismo americano: hacer de la Constitución la verdadera norma fundamental del ordenamiento sobre el cual se erige como ley suprema y atribuir a los jueces la facultad de invalidar toda norma contraria a la Constitución, aunque provenga del legislador (Jiménez, 2005, p. 99-100).

De esta forma, en el constitucionalismo norteamericano, la Carta Magna adquiere la condición de verdadera norma suprema del ordenamiento, cuyo protagonismo y centralidad como norma fundamental del ordenamiento jurídico no son menoscabados por ninguna otra fuente del Derecho. Al erigirse la Constitución en norma suprema garantizada, desaparece la mediación de la ley como vehículo a través del cual la Constitución se explicita en el ordenamiento y aquella

se convierte en una fuente del derecho subordinada a la Constitución. En el modelo constitucional norteamericano el legislador no ostenta un poder omnímodo e irresistible, sino que queda sometido a la Constitución y su actividad es controlada por los jueces. A diferencia del constitucionalismo de ascendencia francesa, el poder constituyente opera sólo en el momento inicial para someterse, luego, a los mecanismos reglados de los poderes constituidos, de manera que la Constitución como norma fundamental adquiere plenitud normativa una vez promulgada. El momento constituyente no se proyecta indefinidamente en el tiempo, recreándose permanentemente a través de la actividad legislativa, sino que aparece cronológicamente limitado. La Constitución se configura, entonces, como el conjunto de normas que asegura la convivencia y el goce pacífico de la autonomía personal en el nuevo orden político cuyas reglas de organización institucional se recogen en la norma fundamental. La tensión entre democracia mayoritaria y Estado de Derecho se resuelve ahora a favor de éste último, que consigue imponer su lógica de limitación del poder frente a la potencialmente opresora voluntad mayoritaria. La rigidez constitucional, el sistema de equilibrios y contrapesos, los derechos fundamentales y el control de constitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico configuran un modelo constitucional en el que se garantiza la supremacía de la Constitución como norma plenamente jurídica. El predominio de la función garantista, que constituye la nota distintiva de esta tradición, otorga a los jueces un poder insospechado derivado de la aplicación directa, no mediada, de las cláusulas constitucionales. Se afirma así la supremacía del derecho sobre la política y se limita el poder del legislador que queda sometido a la Constitución bajo la atenta supervisión de los jueces. De este modo, el constitucionalismo americano – que descansa sobre la idea de supremacía constitucional y en su garantía jurisdiccional – se resuelve en judicialismo (Prieto Sanchís, 2005, p. 108).

## Del imperio de la ley al imperio de la constitución

En el constitucionalismo contemporáneo, gestado a partir de la segunda posguerra – obedeciendo

<sup>7</sup> En resumidas cuentas, para el constitucionalista italiano, “se puede afirmar que la revolución francesa confía los derechos y libertades a la obra de un legislador virtuoso, que es tal porque es altamente representativo del pueblo o nación, más allá de las facciones o de los intereses particulares; mientras que la revolución americana desconfía de las virtudes de todo legislador – también del elegido democráticamente... – y, así, confía los derechos y libertades a la Constitución, es decir, a la posibilidad de limitar al legislador con una norma de orden superior” (Fioravanti, 1996, p. 83); Sobre este mismo aspecto del constitucionalismo americano, cfr: Rebuffa (1990, p. 47 y ss).

a aquella definición de Matteucci que concebía el constitucionalismo como “técnica específica de limitación del poder con finalidad de garantía” – se registra una fuerte tendencia a la limitación del poder que se cifra en un reforzamiento de la dimensión garantista y del consiguiente control jurisdiccional de la Constitución por parte de los jueces: el legicentrismo de las constituciones decimonónicas ha sido definitivamente superado. Vivimos en un contexto de pluralismo normativo que recaba la centralidad y la supremacía de la Constitución. El actual paradigma constitucionalista, une a esta dimensión garantista, derivada de la tradición americana, una inequívoca función directiva que consagra la Constitución como proyecto colectivo de transformación social, incorporando un denso contenido sustantivo que confiere a las constituciones contemporáneas una fuerte dimensión material. Confluyen, así, los elementos distintivos de las tradiciones constitucionales francesa y norteamericana. Por una parte, la dimensión directiva o normativa del texto constitucional como norma que pretende modelar una nueva realidad social más justa, mediante la introducción en la Constitución de cláusulas materiales o de contenido a través de normas de principio y normas programáticas. La Constitución aparece así inspirada por una resuelta vocación transformadora que aspira a conformar el orden social al extenso repertorio axiológico que la constituye como verdadero proyecto colectivo. Por otra parte, el constitucionalismo contemporáneo asume también una sólida dimensión garantista que se condensa en la elaboración de documentos constitucionales rígidos, en la subordinación del legislador a la Constitución y en la limitación de la voluntad mayoritaria, y que atribuye a los jueces el poder de dictaminar la invalidez de cualquier norma que no se adapte a las exigencias materiales recogidas en la Constitución. Esta confluencia de las dimensiones normativa y

garantista hace de la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico<sup>8</sup>.

Una de las novedades más relevantes del constitucionalismo de posguerra es la introducción de principios y normas programáticas. El Estado social de Derecho supone la ampliación del catálogo de los derechos a aquellos que se convino en denominar derechos económicos, sociales y culturales, derechos que, inspirados por el valor igualdad, comportan una actuación positiva del Estado como derechos-prestación para el logro de objetivos de carácter social que requieren del Estado el desarrollo de determinadas políticas. Frecuentemente, esa dimensión social del Estado que conlleva la incorporación de nuevos derechos se materializa en las constituciones mediante normas programáticas que contemplan fines de carácter social y establecen las líneas fundamentales de la acción política que ha de desarrollar el Estado en su proyecto de reforma de la sociedad. Debe advertirse que, aunque la línea de demarcación entre normas programáticas y principios es muy tenue, aquellas responden a concretos objetivos de política social que se condensan en derechos prestacionales – que implican por tanto una obligación de hacer por parte del Estado para garantizar determinados servicios o proteger frente a situaciones concretas –, mientras que los principios expresan orientaciones axiológicas generales que conciernen a la coherencia interna del ordenamiento (Zagrebelsky, 2005, p. 87)<sup>9</sup>.

Los principios, a diferencia de las normas programáticas, contienen orientaciones generales de carácter esencialmente axiológico que permiten resolver determinados conflictos y que indican el camino a seguir en los desarrollos normativos del ordenamiento jurídico<sup>10</sup>. Los principios jurídicos no obedecen al esquema de las reglas que determina la conducta u omisión debida en el supuesto contemplado en la misma norma. Dada la configuración genérica y

<sup>8</sup> Sobre esta doble dimensión del constitucionalismo contemporáneo como *norma fundamental de garantía* y como *norma directiva fundamental*, cfr. Fioravanti (1996, p. 127 ss.) y Prieto Sanchís (2005, p. 125 ss.) que concibe la Constitución contemporánea como *Constitución normativa garantizada*.

<sup>9</sup> Para Zagrebelsky (2005, p. 89-90) la reiterada opinión doctrinal que enfatiza el escaso valor de las normas programáticas, debilitando su carácter normativo hasta convertirlo en meramente testimonial, constituye una simplificación carente de fundamento. El punto de vista de quienes cuestionan el rango constitucional de las normas programáticas, reduciéndolas al carácter de medidas o programas políticos ajenos por tanto a la Constitución es unilateral. Téngase en consideración que las normas jurídicas no sirven exclusivamente para crear posiciones jurídicas perfectas, esto es, derechos y deberes, sino que les cabe también desempeñar la función de medios para aligerar el proceso político, ampliando las bases de consenso y participación. Las normas programáticas, en su opinión, contribuyen a establecer las lindes del debate político, a definir los confines de la acción de gobierno y a concretar los objetivos sociales que deben ser perseguidos. En ese sentido, las normas programáticas sustraen decisiones al ámbito político, y sujetan la acción política a un marco social previamente determinado en las normas constitucionales de programa que indica la dirección y el proyecto social que el legislador debe llevar a cabo. Esa es la virtualidad de las normas programáticas: reducir el espacio de la controversia con carácter previo al debate político y crear una dirección genérica, que será posteriormente concretada en acciones legislativas y de gobierno, hacia la cual el proyecto político debe orientarse. Por eso, las normas programáticas, insiste el jurista italiano, no son sustancialmente diferentes de otras normas constitucionales. El hecho de que se dirijan al legislador y que requieran decisiones concretas para alcanzar los fines constitucionales no permite concluir nada en relación con su cualidad normativa. La reducción del debate político que de ellas deriva sólo significa una diferencia de grado, no de función.

<sup>10</sup> Sobre la caracterización, acepciones y alcance de los principios jurídicos en general puede verse Guastini (1999, p. 142-178), “Los principios en el derecho positivo”.

abierta de los principios como orientaciones generales, éstos se presentan como normas cuya aplicación precisa de una ulterior concreción, pues las cláusulas generales que expresan no habilitan para una inmediata materialización de la prescripción normativa. Los principios, por consiguiente, poseen una importante capacidad expansiva cuyo alcance se extiende a un amplio conjunto de las normas que integran el ordenamiento. Al propio tiempo, la redacción necesariamente genérica, abierta e indeterminada de las normas de principio remite a una concreción que relacione el enunciado normativo con los casos específicos, labor que ha de efectuarse a través de la posterior elucidación legislativa del alcance normativo del principio y de la clarificación interpretativa realizada por los jueces (Zagrebelsky, 2005, p. 83)<sup>11</sup>. Junto a las reglas, que disciplinan analíticamente las relaciones entre los órganos del Estado, los aspectos fundamentales de su régimen institucional, sus funciones y competencia, que integran principalmente la parte orgánica de la Constitución, los principios delimitan los contenidos axiológicos de la norma fundamental a los cuales deberán supeditarse todas las normas del ordenamiento. Sus orientaciones constituyen, por tanto, direcciones de contenido que indican el camino por donde el ordenamiento debe transitar, desarrollando específicamente en los diversos ámbitos de la vida social regulados por el derecho, el núcleo axiológico que representan los principios tales como el catálogo de derechos fundamentales y valores como la libertad, la justicia social, la igualdad, la solidaridad o la paz (Zagrebelsky, 2006, p. 34-35). El carácter esencialmente axiológico de los principios introduce, por ende, un denso contenido sustantivo en la Constitución que ha permitido hablar a algunos autores de “remoralización del derecho” (Zagrebelsky, 2006, p. 37).

Es evidente, que la presencia de este tipo de normas programáticas y de principio – que amplían el ámbito de eficacia de la ley fundamental –, supone una transformación sin precedentes de las características clásicas del constitucionalismo anterior; cuyo paradigma, en opinión de ciertos sectores de la doctrina, debe considerarse superado. Para algunos autores, la plural tipología normativa constitucional comporta, a la postre,

una transformación paradigmática que afecta a las funciones clásicas de la Constitución y que se sustancia en la necesidad de una política constitucional que permita transformar las normas que carecen de operatividad inmediata en disposiciones jurídicas que concreten los fines constitucionales, creando derechos y deberes. Abundando en la diferencia entre las diferentes normas constitucionales, Zagrebelsky (2005, p. 91) puntualiza que mientras que las normas organizativas deben ser *actuadas*, a las normas de principio les corresponde ser *concretadas*, en tanto que las orientaciones políticas establecidas en las normas programáticas deben ser *perseguidas*.

Con la introducción de los principios, el texto constitucional deja de ser una fuente de fuentes, para convertirse en la norma suprema del ordenamiento, cuyos contenidos sustantivos – nucleados eminentemente en torno al catálogo de derechos fundamentales y a sus correlativas obligaciones de acción o de omisión –, cumplen la misión de dirigir normativamente al legislador, cuya actuación queda, por ello, condicionada. La validez de las normas jurídicas depende, ahora, no de una voluntad libérrima del legislador, sometida únicamente a exigencias estrictamente formales de competencia y procedimiento – *quién manda y cómo manda* – que el propio legislador puede modificar con facilidad, sino también de la coherencia efectiva, judicialmente determinada, de los contenidos de la ley – *qué cosa se manda* –, con los criterios sustantivos de validación de las normas jurídicas incorporados a la Constitución.

Por eso, las nuevas constituciones que se promulgan en la posguerra incorporan complejos e intrincados procedimientos de reforma que cercenan, ya definitivamente, aquella supremacía artera y ominosa de la ley. El constitucionalismo contemporáneo, al optar por modelos rígidos, está *poniendo en valor* el contenido material de la Constitución y realzando su fuerza normativa, que se coloca ahora como una de las prioridades del nuevo constitucionalismo. En el trasfondo de todas estas transformaciones se registra una distorsión del modelo jerárquico diseñado por la teoría constitucionalista de las fuentes (Prieto Sanchís, 2003, p. 121). La rigidez constitucional es la manifestación más incontestable de la voluntad del constitucionalismo contemporáneo de hacer

<sup>11</sup> La estructural capacidad expansiva de los principios, cuyos confines –a diferencia de las reglas– no están delimitados con exactitud determina que, a menudo, surjan conflictos entre principios diferentes que debe ser resueltos mediante el juicio de ponderación por los jueces que han de decidir en cada caso qué principio debe prevalecer en el supuesto de conflicto entre dos o más de ellos y definir, eventualmente, qué grado de satisfacción de un principio concreto es acorde con las exigencias de la Constitución. Esta situación ha alterado sustancialmente la función de los jueces, redimensionando la importancia de la interpretación que ya no puede ser reducida a la concepción lógico-deductiva que preconizaba el positivismo legalista, ya que no existe una solución aplicable con carácter definitivo, sino que el intérprete ha de construir una solución para cada caso concreto, mediante un análisis de las circunstancias de hecho y de la realidad social a las que el conflicto se refiere. Ello convierte la interpretación en una actividad inagotable ya que, como asevera Zagrebelsky (2005, p. 86), “el punto de equilibrio se muestra siempre históricamente contingente”; sobre las características del juicio de ponderación, cfr., por todos, Prieto Sanchís (2005, p. 175-216).



de la Constitución la norma fundamental por excelencia, reivindicando su protagonismo como verdadera norma jurídica y cúspide del ordenamiento.

En consecuencia, el vasto complejo de transformaciones que alienta la irrupción del Estado constitucional apunta, en el plano de la producción jurídica, a un proceso de desplazamiento del protagonismo que la ley había venido ejerciendo entre las fuentes del derecho y, en el plano de la administración de justicia, a una revalorización de la función judicial que adquiere un papel decisivo en la determinación del contenido y alcance de las cláusulas constitucionales. Simultáneamente, se registran otras dos consecuencias: la primera, en lo que concierne a la interpretación y aplicación del Derecho; la segunda, en lo tocante a la quiebra del positivismo metodológico o conceptual, pues este nuevo constitucionalismo profesa un compromiso ineludible que se refleja en un enfoque “comprometido” de los problemas que afectan a la ciencia jurídica (Prieto Sanchís, 1997, p. 16)<sup>12</sup>. Enlazando todos estos elementos aparece lo que Massimo La Torre ha denominado la “rematerialización” de los documentos constitucionales y que viene a expresar la idea de que la Constitución configura un “orden de valores” o una “unidad material” que para algunos es previo al derecho positivo (Prieto Sanchís, 1997, p. 16-17). Por esta vía, la rematerialización constitucional garantiza que el bloque axiológico incorporado a la Constitución ejerza efectivamente una función legitimadora de las normas y decisiones jurídicas: en definitiva, que la función constitucional proporciona un instrumento de incalculable valor para la limitación del poder y la legitimación de las normas jurídicas, cuya validez no deriva exclusivamente de un procedimiento estrictamente formal de producción jurídica<sup>13</sup>, sino que, al incorporar un sistema amplio de valores, éste queda

convertido *ipso iure* en el criterio básico de legitimidad de las normas jurídicas. De ahí que el carácter central de la Constitución venga a suponer una transformación sustancial en la configuración del ordenamiento y de la propia Ciencia del Derecho, pues la incorporación de este núcleo sustantivo de valores al plano constitucional tiene la virtualidad de establecer criterios efectivos de validación y legitimidad de las normas jurídicas que van mucho más allá de las exigencias estrictamente formales que había formulado la dogmática positivista. De este modo, la legitimidad deja de situarse en una perspectiva externa al derecho positivo para quedar incorporada a él mediante la incorporación de contenidos sustantivos: la función que tradicionalmente venía desempeñando el viejo iusnaturalismo racionalista es ahora arrojada por la Constitución<sup>14</sup>.

En esa medida, el orden jurídico podrá asumir la carga valorativa del modelo del Estado constitucional desde una nueva óptica: la de un ordenamiento jurídico que no se somete “sin más” a la Constitución, sino que la hace suya en la medida en que sólo la congruencia material de sus instrumentos normativos puede reportarle unidad sistemática. Si durante décadas e incluso siglos la consistencia teórica del derecho ha dependido de la lógica de sus proposiciones normativas o de las condiciones intrasistemáticas que confieren validez a las piezas del ordenamiento, hoy se puede afirmar que la nueva argamasa del derecho en el siglo XXI será la congruencia material de los contenidos normativos: su concordancia sustantiva con el conjunto de postulados que identifican las necesidades humanas, la presencia de un fuerte contenido material de la Constitución que se irradia hacia todo el ordenamiento jurídico<sup>15</sup>. Allí donde el derecho se siente como ilegítimo poco importa que

<sup>12</sup> Sobre la compatibilidad del positivismo con la inclusión de contenidos de justicia o legitimidad en el Estado de Derecho, cfr. la posición de Rafael De Asís (1999, p. 145 ss.), en el que el autor sostiene una posición que contrasta con pronunciamientos de un sector importante de la doctrina que impugna esa compatibilidad. La posición de De Asís concuerda también con las críticas que Peces-Barba formula sobre este extremo a las tesis de Zagrebelsky. En su crítica al jurista italiano, el profesor de la Universidad Carlos III se opone a la valoración de aquél sobre la quiebra del positivismo en el constitucionalismo contemporáneo y su incapacidad para abordar e interpretar las nuevas direcciones de la cultura jurídica (Cfr. Zagrebelsky, 1995, p. 157-173).

<sup>13</sup> Así lo indica Ansuátegui cuando afirma que “La validez de una norma jurídica no depende sólo de la adecuación de dicha norma a los criterios formales de pertenencia establecidos por una norma superior; una norma es válida cuando, además de satisfacer esos criterios formales, reúne determinados requisitos materiales que, a fin de cuentas, no son sino expresión de la opción axiológica del Ordenamiento jurídico” (Ansuátegui, 1997, p. 8). Sobre el significado de la validez y las diferentes posiciones doctrinales, cfr. Fariñas Dulce (1991).

<sup>14</sup> Al explicitar este planteamiento Prieto Sanchís se remite a la posición de Ferrajoli quien destaca que el constitucionalismo moderno “ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado”. De este modo, se produce un acercamiento “entre la legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico”. De ahí, continúa Prieto, las trascendentales consecuencias que este fenómeno tiene para el modelo de Estado de Derecho legislativo: “el legislador ya no es la viva voz del soberano, legitimado para dictar normas con cualquier contenido, sino que, sin convertirse tampoco en un autómatas ejecutor de la Constitución, ha de acomodar su política a las amplísimas (también ambiguas y contradictorias) exigencias constitucionales” (Cfr. Prieto Sanchís, 1997, p. 17).

<sup>15</sup> Es el fenómeno del desbordamiento de la Constitución, asociado a la rematerialización de la norma constitucional y a su garantía jurisdiccional efectiva. Se produce así una inmersión de la Constitución en el conjunto del ordenamiento jurídico, que deja de precisar de la mediación del legislador. El acceso a la Constitución como norma suprema deja de estar mediado por la ley – que queda devaluada, depreciada y postergada por la fuerza normativa de la Constitución y del bloque axiológico que se proclama a través de los principios – para quedar ahora libre de ese condicionamiento. Al desaparecer el monopolio del legislador sobre la Constitución, ésta deja de estar aprisionada y cobra plena vigencia social como conjunto normativo accesible de modo permanente que regula la amplia variedad de los fenómenos sociales, lo cual confiere a la Constitución un principal protagonismo, pues no hay problema jurídico que no tenga relevancia constitucional (Cfr. Prieto Sanchís, 2005, p. 130 ss.). Guastini (2005, p. 49 e ss.) se refiere a ello como “la constitucionalización del ordenamiento jurídico”, fenómeno que tiene su causa en la combinación de una multiplicidad de factores que rompe los viejos esquemas de la dogmática jurídica y que se conecta con la concepción de la Constitución como un texto abierto susceptible de adquirir diversos significados y que penetra intersticialmente todos los espacios del ordenamiento.

esté revestido solemnemente de los atributos propios de una legitimidad democrática aparente. La validez y la obligatoriedad de la Constitución no dependen de la homogeneidad cultural y de la unidad textual y semántica que otrora dominara en los textos constitucionales (Palombella, 2000). El neoconstitucionalismo entraña un compromiso axiológico abierto y revisable con un conjunto de valores que marcan la dirección de la ordenación social, de los programas normativos, de las acciones políticas y de las medidas legislativas.

## Constitución y legitimidad

Como ha indicado Ferrajoli, el modelo del Estado constitucional está asociado a una modificación sustancial en las condiciones de existencia y validez de las normas jurídicas pues la legalidad misma queda ahora subordinada a la Constitución y garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad – la jurisdicción constitucional –. La Constitución – y con ella sus contenidos sustantivos – queda elevada ahora a la condición de norma de reconocimiento de la validez de las normas. La validez de las leyes no depende ya exclusivamente del procedimiento seguido en su elaboración y de la competencia del órgano de la cual emana, sino también de la concordancia de los contenidos de la ley con los principios constitucionales. De este modo, al introducir una dimensión sustancial en las condiciones de validez de las normas, el constitucionalismo contemporáneo completa, en opinión de Ferrajoli, tanto al Estado de Derecho como al propio positivismo jurídico, en la medida en que se incorporan a las condiciones de validez de las normas no sólo el *ser* del derecho, sino también su *deber ser* (Ferrajoli, 2005, p. 18 e ss.)<sup>16</sup>.

De este modo, la operatividad de la validez en los órdenes jurídicos contemporáneos se resuelve en un juego a tres bandas entre legitimidad, eficacia y validez, siendo ésta última el recipiente estrictamente normativo en el que van a quedar absorbidas las demandas esenciales de la ciudadanía que garantizan que las normas producidas con respecto a esos parámetros de validez previamente determinados serán legítimas y eficaces. En definitiva, la dimensión axiológica

del constitucionalismo contemporáneo constituye el elemento dirimente no sólo de la legitimidad, sino de la propia identidad del ordenamiento jurídico en cuanto tal, ya que éste queda profundamente impregnado de los valores constitucionales. La constitucionalización del ordenamiento jurídico alcanza de lleno así a sus principios esenciales:

(a) La racionalidad del ordenamiento jurídico está en relación directamente proporcional a su capacidad para perseguir fines previamente definidos que puedan resultar compatibles, lo cual implica un esfuerzo por contemplar el texto constitucional no como un conjunto aislado de normas sin vinculación inmediata entre ellas, sino como un compacto bloque normativo, cuya interdependencia le imprime vocación de totalidad. De este modo, la congruencia material de los instrumentos normativos se desarrolla a partir de una interpretación integrativa y sistemática del texto constitucional, orientada hacia la plasmación efectiva del sistema de valores que la Constitución representa y a la compatibilización de esos fines en una unidad de relativa armonía. Frente a la racionalidad tecnológica o instrumental, cuya preponderancia en el ámbito científico-técnico ha provocado su frecuente traslación a la órbita de lo jurídico, es necesario reclamar una racionalidad de los fines, una racionalidad de carácter teleológico capaz de imprimir orden en la vida práctica del hombre. Frente a la racionalidad sin sentimientos y descarnada de los fríos cálculos técnico-económicos, la racionalidad jurídica debe ser concebida no como una forma de racionalidad independiente de otras órdenes regulativos de la vida humana, sino como un aspecto más de la racionalidad práctica, capaz de vincular los problemas humanos a las concretas circunstancias espaciotemporales en que tienen lugar y de considerarlos inmersos de pleno en una totalidad argumentativa en la que lo político, lo jurídico y lo ético se entrecruzan sin confundirse.

(b) En segundo lugar, la unidad del ordenamiento requiere, además, un esfuerzo innovador por integrar el conjunto de las redes normativas transnacionales en el sistema constitucional, redimensionando algunos de los conceptos e instrumentos ya clásicos de la teoría del ordenamiento jurídico, pero sobre todo acudiendo a un nuevo instrumental teórico que no sólo permita

<sup>16</sup> Sobre la incorporación al texto constitucional del *deber ser* y su incidencia en la configuración de las dos dimensiones de la validez y sus consecuencias sobre el paradigma constitucional, puede consultarse Ferrajoli (2006, p. 26-28 y 58-61). En su obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., Ferrajoli realiza un amplio análisis de las transformaciones de la validez en el constitucionalismo contemporáneo, que ha pasado de identificarse con la mera existencia de las normas, a acoger en su seno una dimensión material, vinculada ahora a los contenidos sustanciales reflejados en la Constitución. Partiendo de esta premisa, el autor italiano distingue entre la vigencia, referida a la forma de los actos normativos, es decir, a su correspondencia con las exigencias formales previstas en las normas sobre su producción; y la validez, que concierne al significado y que, por tanto, es una consecuencia de la coherencia o compatibilidad de las normas producidas con aquellas otras que establecen prescripciones de carácter sustancial sobre la producción de aquéllas (cfr. Ferrajoli, 2006, p. 20-22).

diseñar garantías frente a la interferencia en los ámbitos de validez de normas de diferente procedencia sino que avance mecanismos constitucionales de aliento supranacional capaces de integrar los flujos normativos transnacionales en la dimensión axiológica constitucional. El pluralismo jurídico no es necesariamente un fenómeno negativo, antes bien, es una realidad incontestable que puede tener efectos saludables en la revitalización de ciertos espacios de ciudadanía y en la asunción progresiva de responsabilidades por parte de ciertos sectores de la sociedad civil; pero tras él se oculta la amenaza tangible de la usurpación de la producción normativa por nuevas instancias transnacionales que pueden comprometer gravemente la unidad del ordenamiento en cuanto complejo normativo. Es ahí, justamente, donde los esfuerzos han de multiplicarse en el mismo terreno en el que se plantea el problema, esto es, a nivel transnacional. Desde este punto de vista, el gran desafío del constitucionalismo reside en articular mecanismos de protección global a través de sólidas estructuras institucionales, entendiendo que el ordenamiento jurídico en su concepción tradicional, como conjunto normativo independiente, autónomo y autárquico, es ya hoy materia inerte. En definitiva, que el derecho de nuestro tiempo no puede desconocer la realidad de la creciente implicación recíproca de múltiples instancias jurídicas y que las normas operan como complejas redes normativas en las que se cruzan y entrecruzan preceptos de naturaleza diversa, conformando un entramado difícilmente deslindable, cuya vigencia y ámbito de validez trasciende con frecuencia las propias fronteras estatales. La cuestión, entonces, no será otra que la de decidir cuál se quiere que sea el peso relativo de los textos constitucionales en este complejo entramado normativo. No es propiamente una cuestión de jerarquía, en el sentido tradicional que a este término se le ha venido confiriendo por la teoría jurídica, sino que se trata más bien de un problema de articulación a nivel transnacional, de presencia efectiva de contenidos sustanciales compartidos; una tarea, en suma, en la que al Derecho Comparado le cumple una misión ineludible y que desafía la propia capacidad del constitucionalismo estatista en orden a conformar modelos compartidos de Derecho constitucional común<sup>17</sup>, como la propuesta del profesor de la Universidad de Bayreuth, Peter Häberle, acerca de un Derecho Constitucional Común Europeo<sup>18</sup>.

(c) En lo concerniente a la coherencia, resulta manifiesto que el futuro del derecho como sistema interdependiente de normas dotado de una dosis aceptable de compatibilidad significativa, exige en nuestros días algo sustancialmente distinto a las cadenas lógicas de validez con las que tan gentilmente nos agasajó durante décadas aquella concepción lastrada de la sistematicidad del ordenamiento. De una u otra forma, la coherencia constituye, ciertamente, una de las piedras angulares del ordenamiento jurídico. Y a nadie puede ocultársele que, justamente por ello, es una de sus características más acosadas por la avalancha normativa que se ha precipitado en estas últimas décadas, tanto a nivel interno como a nivel inter o transnacional. Sea como fuere, si las circunstancias se han alterado tan drásticamente que ya difícilmente se puede seguir sosteniendo aquella concepción clásica del ordenamiento jurídico, parece lógico que, en buena medida, el concepto de coherencia precise ser profundamente reconsiderado. La nueva concepción de coherencia que debe abrirse camino no debe aspirar a reducir la complejidad de las múltiples manifestaciones jurídicas mediante su anulación o su reconducción definitiva a un modelo normativista-estatista. Tampoco resulta aceptable conformarse con un modelo contingente de coherencia radicalmente inestable o provisorio. Se trataría, por el contrario, de asumir que su función ni es meramente coyuntural ni tampoco exclusivamente intrasistémica, sino que su fin último se condensa en la salvaguarda efectiva de la quintaesencia constitucional que constituye ya un patrimonio cultural inembargable. En esa medida, la “rematerialización” constitucional garantiza que, en última instancia, a través de la ponderación de los bienes y valores constitucionales, éstos quedarán salvaguardados no por una interpretación aislada de los preceptos, legalista y estrictamente normativa, sino por una contemplación global del bloque constitucional que tienda a suprimir las distancias entre las concretas formulaciones normativas de la norma suprema y la percepción social de ese núcleo duro de la “Constitución no escrita”, que constituye, sin duda alguna, el banco de pruebas de la legitimidad constitucional.

(d) Finalmente, la crisis del principio de legitimidad demanda una reconsideración profunda en

<sup>17</sup> En este sentido, es reseñable la indagación que Norman D. Lewis realiza en su obra *Choice and the Legal Order. Rising above Politics* (1996), en la que realiza una aproximación a la regulación constitucional del libre mercado, advirtiendo que muchas de las más recientes constituciones del mundo tratan de encarnar los principios de la Carta Social Europea, aunque con diferentes grados de compromiso (Cfr., en este sentido, el capítulo IX “The social market economy and the constitutional framework”, p. 178 ss.).

<sup>18</sup> Cfr., por ejemplo, Häberle (1996, p. 187-223).

un doble sentido ya parcialmente anunciado: en primer lugar, porque la legitimidad no puede seguir siendo concebida como una característica “extrajurídica” de la norma, sino que es preciso que quede asociada a una concepción dinámica de la validez, de suerte que ésta sea la variable en términos sistemáticos de las exigencias de legitimidad y eficacia; en segundo lugar, porque la legitimidad “extrajurídica” no puede seguir desvinculada de la legitimidad política. El reconocimiento de la autoridad legislativa es el punto de partida desde el que arranca el proceso psicológico de reconocimiento de la legitimidad de la norma, de suerte que toda legitimidad jurídica remite, en última instancia, a una legitimidad “ab origine” de naturaleza política. Si se conviene con lo anteriormente expuesto, parece inexcusable que, desde este punto de vista, nuestros políticos tienen ante sí un compromiso inequívoco con la democracia que les demanda una acción decidida en el ámbito supranacional, mediante la articulación de medidas efectivas de participación política<sup>19</sup>. Existe una conexión inmediata entre constitucionalismo y participación política pues la base de todo régimen constitucional es la expresión de la voluntad ciudadana a través de cauces legalmente previstos, y la ciudadanía, en cuanto centro de imputación de derechos y obligaciones, sólo adquiere sentido en un orden democrático a través del ejercicio efectivo de la participación democrática; de modo que la Constitución, en cuanto modelo normativo que expresa una voluntad colectiva de convivencia democrática, alcanza su máxima expresión a través de la participación ciudadana (Lewis, 1996, p. 1-30). El nuevo diseño institucional de las relaciones internacionales en un orden global debe quedar bajo el paraguas protector de la legitimidad democrática. Difícil tarea que requiere un doble compromiso: (a) en el desarrollo de una estructura institucional supraestatal dotada de mecanismos adecuados de representación en condiciones de paridad; (b) la apertura del escenario supranacional a nuevos actores transnacionales, cuya participación en los procesos de toma de decisiones pueda reflejar las demandas, iniciativas e inquietudes de una sociedad civil transnacional en *status nascendi*.

La argamasa del ordenamiento jurídico en el siglo XXI no es otro que la congruencia material de los contenidos normativos con el bloque axiológico que encarna la norma suprema; la “rematerialización” de la Constitución desemboca de este modo en la

“rematerialización” del ordenamiento, un ordenamiento cuya supervivencia queda condicionada a la superación de los viejos esquemas de validez ya definitivamente caducos: conceptos y categorías que precisan ser repensados, cuando no desechados sin paliativos. El orden jurídico no subsiste al margen de la realidad en la que se desarrolla, no tiene una lógica propia ni goza de las características distintivas de un sistema autopoietico, su autonomía no es independencia y, probablemente sea, también una autonomía en cuarentena. El cientificismo desbocado de un pensamiento ebrio de autosuficiencia sólo puede desembocar en la caída estrepitosa del fetiche desde el falso pedestal de la neutralidad y de la asepsia. La nueva concepción de la Constitución como elemento vertebrador de un ordenamiento jurídico esencialmente abierto, poroso, permeable, policéntrico y plural recaba una nueva concepción de la ciencia del derecho, cuyo estatuto epistemológico, como ha recordado Ferrajoli (2005, p. 18-19), asume ahora una dimensión crítica y proyectiva en la medida en que se le confía la labor de denunciar las divergencias entre Constitución y legislación, en contraposición con el modelo explicativo que implantó la dogmática jurídica que dio soporte al Estado legislativo de Derecho.

Hora es ya de que la ciencia jurídica y la teoría del derecho abran los ojos a la realidad cambiante y vertiginosa de nuestro mundo y asuman con decisión el compromiso inequívocamente moral y rotundamente jurídico de afrontar los desafíos de nuestro tiempo, salvando la quiebra de la racionalidad jurídica del viejo constitucionalismo en aras de la reconciliación entre derecho y justicia. Ha llegado la hora de que el constitucionalismo contemporáneo supere la matriz estatalista que lastra la vigencia efectiva de sus postulados. En nuestros días, la congruencia material de un constitucionalismo liberado definitivamente de arquetipos pseudocientíficos hace emerger su propia vocación universalista. El constitucionalismo del mañana sólo será si rompe definitivamente la matriz caduca de una ciencia jurídica estrechamente formalista y el confinamiento espacial de sus límites territoriales. La coherencia del ordenamiento constitucional convoca a una ciencia jurídica inequívocamente comprometida con los principios constitucionales, una ciencia generalista capaz de trascender las fronteras del viejo estatalismo y articular mecanismos de cooperación capaces de vertebrar un eficaz sistema de garantías para la tutela de los derechos. El futuro de los derechos en la era

<sup>19</sup> Sobre esta cuestión resulta particularmente ilustrativo el trabajo colectivo editado a cargo de Campbell y Lewis (1999).

de la interdependencia evoca así un desplazamiento de las sedes del constitucionalismo un reencuentro con la validez y la legitimidad en un escenario de cooperación transnacional. El constitucionalismo de signo cosmopolita deja de ser así una utopía para convertirse en la única senda transitable para la salvaguarda efectiva de los derechos humanos.

## Referencias

- ANSUÁTEGUI, F.J. 1997. *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*. Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III, 95 p.
- ARTOLA, M. 2005. *Constitucionalismo en la historia*. Barcelona, Crítica, 307 p.
- CAMPBELL, D.; LEWIS, N.D. 1999. *Promoting Participation: Law or politics?* London, Cavendish, 420 p.
- DE ASÍS, R. 1999. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Madrid, Dykinson-Universidad de Jaén, 164 p.
- DE VEGA, P. 2005. Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX. In: M. CARBONELL (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*. 3ª ed., México, Porrúa-UNAM.
- FARIÑAS DULCE, M.J. 1991. *El problema de la validez jurídica*. Madrid, Civitas, 138 p.
- FERRAJOLI, L. 2006. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid, Trotta.
- FERRAJOLI, L. 2005. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed., Madrid, Trotta.
- FIORAVANTI, M. 1996. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, Trotta, 165 p.
- GUASTINI, R. 2005. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: "el caso italiano". In: M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed., Madrid, Trotta.
- GUASTINI, R. 1999. Los principios en el derecho positivo. In: R. GUASTINI, *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona, Gedisa.
- HÄBERLE, P. 1996. Derecho Constitucional Común Europeo. In: A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid, Marcial Pons.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. 2005. *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*. 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 221 p.
- LEWIS, N.D. 1996. *Choice and the Legal Order. Rising above Politics*. London, Butterworths, 209 p.
- MACILWAIN, C.H. 1940. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Ithaca, Cornell University Press.
- MATTEUCCI, N. 1987. *La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*. Bologna, Il Mulino, 272 p.
- MATTEUCCI, N. 1998. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid, Trotta, 318 p.
- PALOMBELLA, G. 2000. *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*. Granada, Comares, 141 p.
- PECES-BARBA, G. 1978. Socialismo y libertad. In: G. PECES-BARBA, *Libertad. Poder. Socialismo*. Madrid, Civitas.
- PRIETO SANCHÍS, L. 1997. *Constitucionalismo y Positivismo*. México, Fontamara, 106 p.
- PRIETO SANCHÍS, L. 2003. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 306 p.
- PRIETO SANCHÍS, L. 2005. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: M. CARBONELL, *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed., Madrid, Trotta.
- REBUFFA, G. 1990. *Costituzioni e Costituzionalismi*. Torino, Giappichelli, 181 p.
- TARELLO, G. 1995. *Cultura jurídica y política del Derecho*. México, F.C.E., 439 p.
- ZAGREBELSKY, G. 1995. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 173 p.
- ZAGREBELSKY, G. 2006. *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*. Napoli, Editoriale Scientifica, 68 p.
- ZAGREBELSKY, G. 2005. La Constitución y sus normas. In: M. CARBONELL (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*. 3ª ed., México, Porrúa-UNAM.