





Carlos Ruiz Miguel
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad
de Santiago de Compostela

CONSTITUCIONALISMO
CLÁSICO Y MODERNO:
DESARROLLOS Y DESVIACIONES DE
LOS FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA
CONSTITUCIONAL

Carlos Ruiz Miguel

Lima, 2013



PERÚ

Tribunal Constitucional



CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

Constitucionalismo Clásico y Moderno:
Desarrollos y desviaciones de los fundamentos
de la teoría constitucional

Hecho el Depósito Legal de la Biblioteca Nacional del Perú: 2013-13191

Primera Edición
Setiembre 2009
Tiraje: 500 ejemplares

© Copyright:
Carlos Ruiz Miguel

© Copyright 2013:
Tribunal Constitucional del Perú
Centro de Estudios Constitucionales
Los Cedros N° 209 – San Isidro

Consorcio Comercial Huascarán S.A.C.
Jr. Cañete 224

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Presidente

Oscar Urviola Hani

Vicepresidente

Juan Vergara Gotelli

Magistrados

Carlos Mesía Ramírez

Fernando Calle Hayen

Gerardo Eto Cruz

Ernesto Álvarez Miranda

Secretario General

Oscar Zapata Alcázar

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Director General

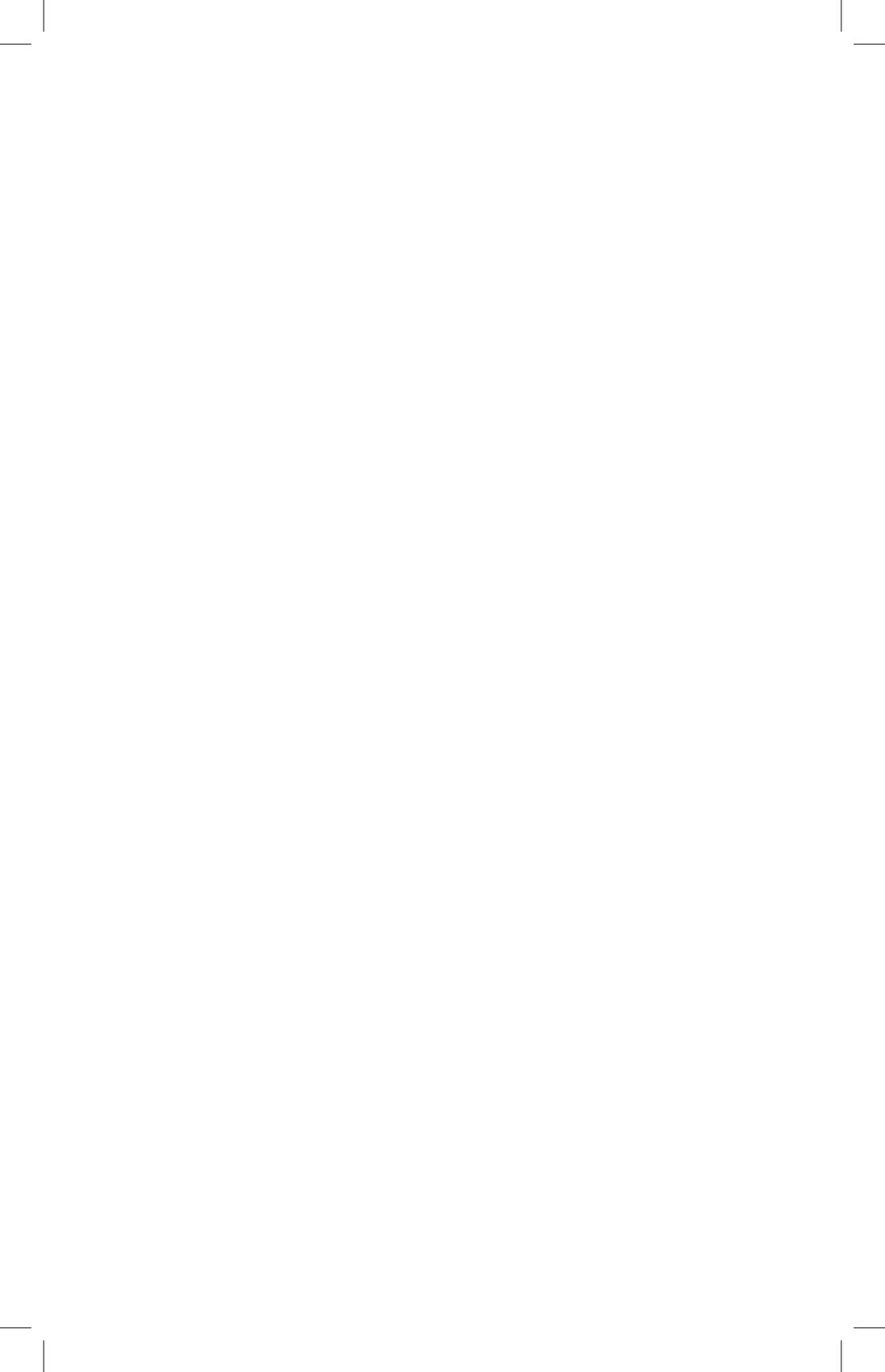
Gerardo Eto Cruz

Directora de Publicaciones y Documentación

O. Vanessa Tassara Zevallos



A mis padres



Sumario

LIMINAR DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

PRÓLOGO DE GERARDO ETO CRUZ

PRESENTACIÓN

PRIMERA PARTE:
SOBRE LOS FUNDAMENTOS DEL CONSTITUCIONALISMO
CLÁSICO

- I. Los fundamentos normativos: La idea de Constitución
- II. Los fundamentos culturales: la dignidad humana.
- III. Los fundamentos políticos: el patriotismo constitucional.

SEGUNDA PARTE:
ALGUNOS DESARROLLOS DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

- IV. El camino hacia el Estado democrático avanzado.

V. El jurado como garantía democrática constitucional.

VI. La naturaleza de los derechos fundamentales.

TERCERA PARTE:

DESVIACIONES DEL MODERNO CONSTITUCIONALISMO

VII. La desviación normativa:

VII. 1 La mutación del Derecho Constitucional Europeo.

VII. 2. La llamada inconstitucionalidad por omisión.

VIII. La desviación cultural: el multiculturalismo

IX. La desviación política: la indefensión del poder constituyente.

CUARTA PARTE:

LAS EXPECTATIVAS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO:
LOGROS Y DECEPCIONES

X. Los derechos fundamentales en el comercio internacional.

XI. La libertad política en la democracia electrónicamente influida.

XII. Los límites de la justicia penal internacional.

BIBLIOGRAFÍA POR CAPÍTULOS

Liminar

Nunca me imaginé que a Carlos Ruiz Miguel se le publicase un libro entre nosotros. Y es por la sencilla razón de que nuestro buen amigo prefiere los ensayos –algunos de los cuales se han publicado en el Perú- antes que la monografía erudita, densa, muy desarrollada, pero que a veces nos desanima en la lectura o nos asusta por su dimensión. Se trata, por cierto, de dos maneras distintas de escribir o de expresar ideas o planteos que tienen los autores. Esto se ve claro en dos de las más grandes cabezas del Derecho Público en el siglo XX: Kelsen y Schmitt, separados en todo, como ya sabemos. Pero mientras Kelsen es una máquina que escribe una y otra vez y vuelve sobre lo mismo en forma arquitectónica y quizá hasta el tedio, Schmitt, con poquísimas excepciones, es el hombre del ensayo, rápido, ligero pero deslumbrante. Imposible decir cuál es mejor. En la historia de la filosofía a Nietzsche se le consideró durante mucho tiempo, al igual que a Pascal, como un autor de frases o aforismos felices. Hoy eso se ha superado ampliamente al ver, más allá de las formas, la organicidad detrás de lo formal y la profundidad más allá de lo externo. Al género breve, agil, profundo, pertenece gran parte de la obra de nuestro admirado amigo Peter Häberle.

Pero eso no significa que Ruiz Miguel desdeñe el libro, orgánico o compilativo, como lo demuestran algunos de los títulos por él publicados. Sin ánimo exhaustivo, y limitándome a lo que conozco y tengo a mano, menciono: "La configuración constitucional del derecho a la intimidad" (1995), "Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos" (1995), "El Sahara Occidental y España" (1995), "La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" (1997) y "La Constitución marroquí de 2011" (2012).

A Carlos Ruiz Miguel lo conocí hace años. Si la memoria no me falla, entre febrero y junio de 1994, en épocas en que Francisco Fernández Segado era catedrático –este es el título oficial, por cierto, que existe allá y no acá– de la vieja Universidad de Santiago de Compostela, y hacía allí partíamos los amigos a visitarlo. Las calles del centro histórico de Santiago son estrechas y enredadas, pero no por ello menos atractivas. Los peregrinajes y la Catedral altamente hermosos y sugestivos. Y nada decir de las comidas y la hospitalidad gallega. De ahí conozco a varios con los cuales nos hemos seguido viendo a la distancia, como es el propio Ruiz Miguel, Joaquín Brage, José Julio Fernández Rodríguez, Roberto L. Blanco, entre otros. Carlos sin embargo, al igual que Roberto L. Blanco, se ha quedado en la cátedra y en Galicia, y creo que han hecho bien. El medio los necesita ahí, pues la luz que arroja Madrid si bien sugestiva, no siempre es conveniente y además altamente competitiva. Es un poco lo que ha sucedido entre nosotros con Arequipa, que en los hechos, por lo menos en su mundo académico, ha terminado prácticamente absorbida por Lima. Tampoco puedo olvidar las veces que ha estado entre nosotros –y no solo en Lima, sino también en Huancayo y en otros lugares- y algunos de los viajes que hicimos juntos para conocer la costa gallega, como fue nuestra grata visita, hace un par de años, a la Bayona española.

Carlos es no solo una persona de enorme calidad humana, cordial y hospitalaria, sino además de formación y de saberes poco habituales, como es su interés por el mundo islámico, que ha visitado varias veces. Es además lector serio y conocedor de los clásicos, a quienes frecuenta con solvencia, en un mundo en donde éstos casi han desaparecido, pues han sido reemplazados por los resúmenes, las citas indirectas, las visitas

al internet y los equívocos datos que a veces nos ofrece la wikipedia. Trata además temas con irreverencia académica o con desenfado propio de quien conoce bien las cosas, como es la inconstitucionalidad por omisión, que ha provocado toneladas de literatura cada vez más abultada cuando se comprueba su escasa y a veces nula utilidad. O sobre la constitución multicultural, que ahora nos envuelve. Solo faltaría el asunto de los pueblos originarios, que algunos extremistas creen ver en nuestros pueblos andinos, porque simplemente están ahí y alguno que otro a los afro descendientes, lo cual realmente es una exageración, pues son originarios de otra parte del mundo y no del Perú. El tema de los derechos humanos ha devenido no solo en una aspiración de nuestra época, heredera de las barbaridades que se cometieron en la última guerra mundial -y de la que fueron víctimas un número mucho mayor de los que pregona el sionismo internacional sobre los judíos- pero ha llegado a convertirse también en un fundamentalismo y en una cómoda manera de vivir a costa de las víctimas. Al margen, por cierto, de los que actúan con un verdadero sentido humanitario que, lamentablemente, son los menos.

Mi buen amigo Gerardo Eto Cruz se ha encargado no solo de editar la obra sino de antecederla con unas líneas de presentación cordiales y detalladas, que me dejan sin espacio y sin temas. Solo me queda indicarle al lector que está ante un texto bien escrito, mejor pensado y estupendamente pertrechado, que seguramente le hará reflexionar, como lo he hecho yo mismo. Su lectura busca incomodarnos y bien que lo logra, pues eso es bueno para no caer en el aburrimiento académico o en los saberes domesticados. No me explayo más, pues el libro tiene que entrar en las prensas, y no quiero ser yo el responsable del atraso. Solo agradecer a Carlos Ruiz Miguel lo que nos entrega, pues ayuda a nuestro gremio a ver mejor las cosas. Y a Gerardo Eto Cruz, que se ha empeñado en poner a nuestro alcance ensayos de alta calidad como los que ahora se ofrecen en un libro pulcramente armado, revisado y editado.

Lima, agosto de 2013

Domingo García Belaunde



Prólogo

Es evidente que el Derecho Constitucional ha sufrido una gran evolución desde que la filosofía racionalista del siglo XVIII construyera las bases conceptuales sobre las cuales se erigiría la arquitectura constitucional del Estado moderno. Aún cuando las grandes ideas de la separación de poderes y de los derechos humanos se mantienen hasta la actualidad como bases del Estado Constitucional, lo cierto es que la propia comprensión de estas ideas ha sufrido importantes transformaciones en lo poco más de dos siglos que va desde que dichas ideas quedaran definitivamente asentadas con las revoluciones francesa y americana.

La rígida *separación de poderes* ideada por Montesquieu ha transitado, por ejemplo, hacia ideas de cooperación y colaboración de poderes, que suponen mayores grados de relación entre los clásicos poderes del Estado, así como entre otros entes constitucionales autónomos que han adquirido gran relevancia. Del mismo modo, la idea de *democracia* como gobierno de los representantes elegidos por el pueblo o como gobierno de las mayorías ha ido evolucionando hacia formas más *sustantivas* que toman en consideración los derechos

de las minorías y la real participación de éstas en el debate democrático. Por su parte, la idea de *democracia participativa* ha profundizado esta línea de pensamiento, al entender que las decisiones políticas más importantes deben tener abiertos canales de participación para que la ciudadanía y, sobre todo, los directamente afectados con dichas decisiones, intervengan en el debate público sobre dichos asuntos.

En cuanto a la idea de *derechos humanos*, su comprensión ha variado mucho también, desde que éstos se recogieran en las primeras declaraciones de derechos del siglo XVIII, como expresión de los principios fundantes del nuevo orden político, pero sin consistencia jurídica propia. Ante la ausencia de mecanismos jurídicos para su defensa y, sobre todo, frente al rol preponderante de la ley en la delimitación de sus contenidos -producto del dogma de la soberanía parlamentaria-, los derechos no solo carecerían de fuerza normativa para limitar el poder, sino que se identificarían incluso con una *fundamentación estatalista*, contrario a su carácter emancipador. Es recién luego de la Segunda Gran Guerra que los derechos adquieren un lugar gravitante en el orden político y jurídico, como posiciones jurídicas que podían limitar cualquier manifestación del poder político, incluidas las leyes emanadas del propio Parlamento. Para el logro de este objetivo no solo fue necesaria la incorporación de una serie de mecanismos procesales que pudieran tutelarlos, sino que fue imprescindible abandonar su fundamentación estatalista para relieves su dimensión ética y axiológica, la cual debía servir de parámetro de validez para todo el orden jurídico. El empeño del constitucionalismo desde entonces ha estado centrado en la construcción de los métodos de interpretación jurídica que puedan concretizar objetivamente y regularizar estas exigencias valorativas, con el objeto de hacerlas genuinamente jurídicas.

Además de la evolución registrada en estos dos conceptos basilares del constitucionalismo, éste se ha visto contemporáneamente influenciado por otros fenómenos sociales, políticos y económicos que han marcado profundamente su curso institucional y teórico. Las exigencias de burocratización y especialización que ha requerido el tipo de Estado Social

instaurado luego de la Segunda Guerra Mundial; la importancia que ha adquirido el fenómeno multicultural, con diversos signos en Europa y América Latina; la preponderancia alcanzada por grandes empresas y corporaciones transnacionales en el marco de uno de los procesos históricos más grandes de liberalización económica y globalización; la aparición de acuciantes problemas con el desarrollo vertiginoso de la ciencia y, en especial, de las nuevas tecnologías de la información; los graves problemas de inseguridad en el ámbito interno e internacional producto de la presencia numerosa de organizaciones extremistas de carácter religioso o simplemente de bandas u organizaciones criminales muchas de ellas transfronterizas que han expandido a nivel planetario el tráfico de drogas, armas y hasta de seres humanos; hasta los graves problemas ambientales y sociales que empieza a enfrentar el propio modelo de expansión productiva frente al fenómeno del calentamiento global y la degradación del medioambiente; han supuesto importantes retos para el Derecho Constitucional de nuestro tiempo, tanto si éste pretende erigirse aún como un sistema institucional que impida la concentración del poder y permita el *control* sobre los principales centros de toma de decisiones públicas, como si pretende *garantizar* que las personas sigan gozando de los *atributos* y *bienes* indispensables para verse libres de la privación y la dominación que les impida realizar sus planes de vida.

Las modulaciones, inflexiones o creaciones que ha llevado adelante el constitucionalismo, tanto en su concepción como en ciertas instituciones específicas, con el objeto de afrontar dichos retos constituyen el hilo conductor de la presente obra. Su autor, Carlos Ruiz Miguel, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela, ha seleccionado diversos trabajos escritos entre 1994 y 2012 para dar cuenta de estas importantes transformaciones que se vienen sucediendo en el Derecho Constitucional contemporáneo. Las valoraciones que el profesor compostelano hace de dichas modulaciones o creaciones son de diverso signo, de allí que en expresivo lenguaje ha denominado a éstas “desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional”, según considere la corrección o incorrección de las construcciones efectuadas.

El título del libro (“Constitucionalismo clásico y moderno. Desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional”) anuncia, por tanto, más que sus contenidos, su intención metodológica. No es un libro de manual, ni pretende sumarse a aquellos trabajos que predicán las novedades del constitucionalismo sin mayor esfuerzo reflexivo. Los ensayos que componen la presente obra tienen más bien una estructura fundamentalmente *crítica*. Para ello, el autor empieza obviamente fijando determinadas premisas, que podemos o no compartir, pero que intenta sustentar sólidamente en las mejores fuentes de la teoría constitucional, para luego efectuar la correspondiente valoración positiva o negativa de los aportes del constitucionalismo contemporáneo. Nuestro autor no se queda pues en el plano descriptivo ni rehúye nunca a adoptar una postura sobre cada uno de los temas que analiza en el presente libro, y aunque no coincidamos particularmente en alguna de sus conclusiones, sus posturas arrojan claridad conceptual en diversas áreas que en otra literatura quedan solamente en penumbra, y resultan siendo orientadoras para futuros desarrollos y profundizaciones teóricas.

Así, el libro está integrado, en un primer apartado, por tres trabajos que han sido agrupados bajo el rótulo “Sobre los fundamentos del constitucionalismo clásico”. En estos ensayos, el profesor español realiza un recorrido por las ideas que él considera básicas para su posterior análisis de los “desarrollos o desviaciones” del Derecho Constitucional. De este modo, los trabajos que componen esta primera parte son: “Los fundamentos normativos: la idea de Constitución”, “Los fundamentos culturales: la dignidad humana”, “Los fundamentos políticos: el patriotismo constitucional”. En el primero de ellos, nuestro autor asume la tesis de la Constitución como la integración de tres dimensiones, que resultan consubstanciales a ella: la dimensión política, la dimensión ética y la dimensión normativa. Por la primera, la Constitución se presenta como la manifestación del poder político supremo, el poder constituyente. Por la segunda, la Constitución representa dos ideas rectoras de la forma cómo el poder supremo *debe* organizar la vida social: el poder supremo debe residir en toda la comunidad política y no en una parte de ella (régimen democrático) y el poder supremo no puede

atentar contra sus propios ciudadanos (derechos humanos). Por la tercera, la Constitución se erige como norma de conducta suprema, que debe estar revestida del carácter coactivo que le permita imponerse sobre normas emitidas por los poderes constituidos que la contradigan. Por su parte, en el segundo trabajo, sobre la *dignidad humana*, el profesor de Santiago de Compostela luego de revisar las distintas ideas que sobre este concepto se han desarrollado en la historia de la filosofía política, se decanta por entender que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional de nuestros días han recogido una concepción *laica* de la dignidad, de carácter inherente y estático que nos viene de Santo Tomás de Aquino, los filósofos del Humanismo, y Kant (“los seres humanos son dignos por naturaleza y desde su nacimiento”), que convertido en *principio jurídico*, no solo importa una declaración ontológica sobre el valor de los individuos, sino que conlleva *obligaciones* de fraternidad entre los miembros de una comunidad, así como el reconocimiento de ciertos derechos a favor de todas las personas. Finalmente, en el último ensayo de esta primera parte, el profesor español descarta la tesis de Häbermas sobre el “*patriotismo constitucional*”, dado que la *adhesión afectiva* a una Constitución que represente la *forma* de procedimiento democrático inclusiva de distintas concepciones sustantivas de la sociedad y el Estado, choca en la realidad con Estados cuya cultura es contraria a la sujeción a un orden constitucional distinto a sus leyes religiosas (estados islámicos), por lo que, contrariamente a lo sostenido por el profesor alemán, Ruiz Miguel es de la opinión que la Constitución, tal y como la entendemos en su dimensión ética y política, requiere de un *sustrato cultural común* que permita la adhesión espiritual de los ciudadanos, la que a su vez resulta básica para su conservación y vigencia social.

La segunda parte de la obra rubricada “Algunos desarrollos de la teoría constitucional” está compuesta, a su vez, por tres ensayos que intentan dar cuenta de algunos avances que nuestro autor sugiere como positivos en la teoría constitucional. El primero de ellos titulado “El camino hacia el Estado democrático avanzado” aborda lo que el autor considera una forma de Estado posterior al Estado Social de Derecho, que se caracteriza por la presencia de una función política de dirección más democrática, que no

se impone comprensivamente desde arriba, sino que deja un marco de acción a la participación de la ciudadanía en la gestión y ejecución de la política, así como un margen de deliberación más amplio a la Administración, para lo cual se requiere relativizar parcialmente el principio de legalidad estricta y seguridad jurídica, a favor de la atención más flexible que puede darse a las diversas situaciones y circunstancias concretas. Todo ello –afirma Ruiz Miguel– puede favorecer la justicia concreta y la atención de una realidad rápidamente cambiante, para lo cual, sin embargo, es preciso que el ordenamiento jurídico pueda estar orientado por principios más flexibles y adaptables, requerimiento que nuestro autor estima posible de ser encauzado desde la Constitución, dada la marcada presencia de principios jurídicos en el texto constitucional. El segundo trabajo de este apartado, con el título “El Jurado como garantía democrática constitucional”, resalta las diversas funciones que puede cumplir el Jurado en el entramado del Estado Constitucional, al brindarle carácter *popular* a la creación individual del Derecho que se efectúa en la función jurisdiccional; al dar mayores garantías de objetividad e imparcialidad a los justiciables, dada la confianza de éstos en poder ser escuchados por un “*par*”; al permitir que la administración de justicia se conecte con las convicciones jurídicas que comparte una comunidad, viabilizando su *integración política*; al reforzar el *control* no solo sobre los funcionarios involucrados en procesos judiciales por delitos oficiales, sino sobre los mismos jueces en su actuación en este tipo de procesos; y, finalmente, al preservar la paz social actuando como mediadores legítimos de la búsqueda de justicia personal que muchas veces puede convertirse en venganza. Por último, el tercer trabajo rubricado como “La naturaleza de los derechos fundamentales” da cuenta de la importante contribución que significa entender los derechos fundamentales no solo en una dimensión subjetiva, como una posición jurídica para reclamar algo, sino en una *dimensión objetiva*, como un interés público jurídicamente protegido, que exige de parte del Estado la implementación de una serie de mecanismos de protección que están más allá de la técnica del derecho subjetivo.

Por su parte, el tercer apartado del libro facturado como “Las desviaciones del moderno constitucionalismo”, y donde

nuestro autor recoge algunas de las construcciones más osadas del constitucionalismo que sin embargo él considera como incorrectos, está a su vez dividido en tres subacápites. El primero de ellos denominado “La desviación normativa” comprende dos ensayos: “La mutación del Derecho Constitucional europeo”, donde básicamente nuestro autor cuestiona el proceso de formación de la “Constitución europea” dado que, según el análisis que despliega, el mismo se habría conducido sin respetar los principios de politicidad (“provocada por la no afirmación del principio democrático”), eticidad (“con la relativización de la idea de soberanía nacional y del respeto de las libertades del individuo”) y normatividad (“admitir como tal un documento que no tiene carácter originario y supremacía normativa”) consubstanciales a la idea de Constitución; y “La llamada inconstitucionalidad por omisión”, donde el autor critica la posibilidad de que un tribunal pueda dar respuesta satisfactoria, de un modo técnicamente correcto y con alcances prácticos, a la inactividad del legislador. En este extremo, aunque las críticas de Ruiz Miguel son rigurosamente correctas, dado que ni las meras *sentencias declarativas* ni las que convierten a un tribunal en un *legislador “suplente y precario”* parecen ser adecuadas; el análisis de la ruta emprendida por algunos tribunales constitucionales de América Latina, como la Corte Constitucional de Colombia o la Corte Suprema argentina -que vienen desarrollando lo que ha dado en llamarse “*jurisprudencia dialógica*”- puede darnos nuevas luces sobre las posibilidades de judicialización de la llamada “inconstitucionalidad por omisión”, dado que plantean salidas novedosas para superar tanto la crítica de afectación del principio democrático, como la referida a su pretendida ausencia de efectividad.

El segundo subacápite de la tercera parte ha sido denominado “La desviación cultural” y en ella nuestro autor se dedica a analizar el problema del “multiculturalismo”, donde reitera y profundiza sus críticas a la posibilidad de que la Constitución, con sus elementos consubstanciales de politicidad, eticidad y normatividad, pueda desarrollarse en un ámbito cultural marcado por ideas que no admiten ninguna ley por encima de la ley religiosa, ni siquiera aquella que ordena el respeto de los derechos fundamentales; admitir, por tanto, un modelo

multiculturalista que pretenda darle igual valor a todas las culturas, aún cuando alguna de ellas vaya contra la propia esencia de la Constitución, resulta a todas luces contradictorio.

Por último, en la tercera parte referida a las desviaciones del constitucionalismo, nuestro autor ha incluido un ensayo sobre “La desviación política”, donde aborda el problema de “La indefensión del poder constituyente”, trabajo dedicado a la difícil situación que atraviesa España frente a los ataques que algunas comunidades autónomas han hecho a la unidad del Estado español, en búsqueda de una acendrada soberanía. Este ataque contenido entre otras manifestaciones en el llamado “Plan Ibarreche” requiere –según nuestro autor-, como en el caso de otros ataques a la existencia misma de la Constitución o algunas de sus partes más esenciales, una respuesta *extraordinaria* por parte de la justicia constitucional, que impida, en este caso, la aparición de un poder constituyente allí donde ya existe una Constitución.

Finalmente, la cuarta parte de la obra titulada “Las expectativas del nuevo constitucionalismo: logros y decepciones” está integrada por tres ensayos que analizan algunos de los retos enormes que afronta el constitucionalismo actual. En primer lugar, Ruiz Miguel se dedica al estudio de “Los derechos fundamentales en el comercio internacional”, concluyendo que las formas de *soft law* o los llamados códigos de conducta se muestran insuficientes para afrontar los problemas derivados del comercio internacional; del mismo modo, nuestro autor cree que dada la falta de coercitividad de la regulación internacional, es preferible pensar en formas de regulación nacional que pongan límites a la actividades empresariales perjudiciales para los ámbitos vitales del individuo. En segundo lugar, el profesor español examina el tema de “La libertad política en la democracia electrónicamente influida”, donde no participa de la idea de la existencia de una nueva forma de democracia, radicalmente dominada por las nuevas tecnologías de la información, las que a su vez se encuentran manipuladas por las grandes corporaciones noticiosas, sino que destaca la potencia de estas tecnologías para impulsar desarrollos democráticos radicalmente auténticos. Por último, nuestro autor aborda el

tema de “Los límites de la justicia penal internacional”, donde muestra su decepción por algunas regulaciones de la Corte Penal Internacional que ponen freno al anhelo por lograr una justicia verdadera para las víctimas de las violaciones de derechos humanos, como el nombramiento no democrático de los jueces y el veto que puede imponer Consejo de Seguridad de la ONU a los casos tramitados ante la Corte.

No queremos en estas líneas de presentación dejar de estampar una breve semblanza bio-bibliográfica del autor de la presente obra, doctor Carlos Ruiz Miguel. Y es que definitivamente quien hace un prólogo, proemio, presentación o nota preliminar, en estricto, no debe realizar un estudio como pórtico a la obra, en términos fríos, como la *ratio reflexio* que exige el discurso científico de toda obra. Estimamos, dentro de una suerte de “Teoría del Prólogo”, que quien prologa o presenta debe igualmente conocer parte de la vida académica y personal del autor. Y, en estas disquisiciones, debo tomarme la licencia de referir a los lectores peruanos que conocí al profesor Carlos Ruiz Miguel en la Universidad de Santiago de Compostela, cuando ostentaba por entonces el puesto de Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad compostelana (1995-2001); con anterioridad había detentado el cargo de Profesor Asociado en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba (1993-1994). Es a partir de diciembre de 2001 que asume la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela. Fuera de esta cátedra, Carlos Ruiz Miguel tiene un periplo impresionante en el dictado de cursos de posgrado dentro y fuera de España; diversas estancias investigadoras –entre otras– en la Universidad de Bayreuth bajo la dirección del profesor Peter Häberle, el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional con el profesor Jochen Abr. Frowein y la Universidad de París I (Panthèon-Sorbonne) con el profesor Frank Moderne.

Aparte de las actividades investigadoras, tiene una producción bibliográfica que comprende seis libros individuales (*La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, ed. de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992; *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1994; *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 1995; *Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos*, Dykinson, Madrid, 1995; *El Sahara Occidental y España: Historia, Política y Derecho. Análisis crítico de la política exterior española*, Dykinson, Madrid, 1995; *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un estudio sobre las relaciones entre los Derechos nacional e internacional*, Tecnos, Madrid, 1997; *O Dereito Público de Galicia* (en gallego), Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997; *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002), más dos obras como editor (Estudio Preliminar y traducción a *Catolicismo y Forma política*, de Carl Schmitt, Tecnos, Madrid, 2000; *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (bajo la coordinación de Carlos Ruiz Miguel), Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004). En lo que atañe a su participación en libros colectivos, bien podríamos ubicar sus trabajos en los siguientes ejes temáticos:

- a) *Derecho Constitucional Europeo o Comunitario*: entre los que destacan “La repercusión constitucional del Tratado de la Unión Europea” en Varios autores: *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo, XVI Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio jurídico del Estado*, Ministerio de Justicia e Interior-Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, vol. 1, p. 1177-1197; “Los derechos fundamentales en la relación entre el Derecho Comunitario y el Ordenamiento Nacional” en VV.AA.: *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, citado supra, vol. II, p. 1829-1876; “El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en

Alberto Herrero de la Fuente (ed.): *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Fundación Rei Afonso Henriques, Zamora, 2003, p. 173-210; “Los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos”, en Enrique Álvarez Conde y Vicente Garrido Mayol (coordinadores): *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo blanc, Valencia, 2004, t. II, p. 163-188.

- b) *Teoría General de los Derechos Fundamentales*: en este sector nuestro autor ha enfilado los siguientes ensayos “El significado jurídico del principio de la dignidad de la persona en el ordenamiento español” en VV.AA.: *XXV Jornadas chilenas de Derecho Público*, Edeval, Valparaíso, 1995, t. II, p. 101-123; “La dignidad humana. Historia de una idea”, en Raúl Morodo y Pedro de Vega (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid/Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid/México, 2000, t. III, p. 1887-1909; “Derechos constitucionales, fiscalidad e internet: necesidad de una reformulación de conceptos tradicionales”, en César García Novoa y Enrique Gómez-Reino y Carnota (coords.): *Derecho Tributario e informática*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, p. 39-51; “La naturaleza jurídica multidimensional de los derechos fundamentales”, en Miguel Ángel Aparicio (coord.), *Derechos Constitucionales y Formas Políticas*, Cedecs/Diputación de Tarragona, Barcelona, 2001, p. 165-179; “Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación”, en Carlos María Romeo Casabona (dir.), *Genética y Derecho, Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 13-68; “Protección de datos personales y comercio electrónico”, en José Antonio Gómez Segade (Dir.), *Comercio electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 397-416; “Libertad religiosa, Constitución y cultura”, en Remedio Sánchez Ferriz y Cristina Elías Méndez, *Nuevo reto para la escuela: libertad religiosa*

y fenómeno migratorio, Minim, Valencia, 2002, p. 5-23; “La libertad política en la democracia electrónicamente influida”, en Lorenzo Cotino Hueso (coord.), *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 41-55; “Derechos fundamentales y responsabilidad social corporativa: un problema de eficacia transnacional”, en Elena F. Pérez Carrillo (ed.), *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, Marcial Pons, 2009, p. 263-281.

- c) *Derecho Procesal Constitucional*: en esta área observamos que Ruiz Miguel ha encarado temas que van desde la vertiente de la jurisdicción constitucional ibérica, hasta la transnacional y que acá en Indoiberoamérica solemos identificar como control de convencionalidad o derecho procesal constitucional supranacional. Veamos esta producción: “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: su ejecución desde la perspectiva del derecho constitucional comparado y español”, en VV.AA.: *V Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 1998, p. 811-846; “La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?”, en VV.AA.: *Liber amicorum Héctor Fix Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, volumen II, p. 1345-1363; “Procesos constitucionales y derechos de la comunicación”, en José F. Palomino Manchego (coord.), *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaúnde*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2007, tomo I, p. 637-644; “La indefensión jurisdiccional del poder constituyente y la destrucción de la Constitución”, en Eduardo Ferrer McGregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La Ciencia del Derecho Constitucional. Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, UNAM/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional/Marcial Pons, México, 2008, tomo III, p. 515-551.

- d) *Filosofía Política y Ciencia Política*: nuestro autor ha estampado reflexiones en torno a uno de los máximos exponentes del *Ius Publicum Europeum*, Carl Schmitt: “Carl Schmitt, teoría política y catolicismo”, en Dalmacio Negro Pavón (coord.): *Estudios sobre Carl Schmitt*, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1996, p. 375-393.

A todo ello se agrega una ubérrima cantidad de publicaciones en artículos que se hace inabarcable, fuera del cultivo de otros géneros en la literatura jurídica como: a) crónicas, b) reseñas, c) traducciones, d) bibliografías, e) prólogos, f) notas jurisprudenciales y un aplastante número de conferencias dentro y fuera de España. A ello se suma su versación cosmopolita y una predisposición natural para el estudio y dominio de diversos idiomas: francés, inglés, alemán, italiano, portugués, gallego. Y mucho más reciente expresó su preocupación e interés por el idioma árabe, fruto de sus incursiones reflexivas en este complejo mundo que muchas veces occidente no entiende ni comprende.

La obra, en suma, es un trabajo provocador para esta vertiente disciplinaria y pretende no tanto derribar mitos, como cuestionar viejos dogmas y modernos odres desde una perspectiva crítica, lo que no hace más que fortalecer los horizontes del Derecho Público moderno.

Lima, 28 de agosto de 2013
Día de San Agustín de Hipona

Gerardo Eto Cruz
Director General del Centro de Estudios Constitucionales



Presentación

Esta obra constituye una revisión de un conjunto de escritos que he publicado entre 1994 y 2012. La línea que preside todos ellos es la misma: la afirmación de la validez de los principios clásicos del constitucionalismo conjugada con la atención crítica prestada a los nuevos desarrollos del Derecho Constitucional. El Derecho Constitucional sufre, como parte que es de la cultura, las mismas patologías que la civilización occidental de la que forma parte, y una de ellas es el “culto a la juventud”, culto que, conviene no olvidar, estuvo ya en la génesis del nazismo y del fascismo. La innovación en el Derecho Constitucional, por ello, no debe aceptarse entusiásticamente por el mero hecho de su novedad, sino que debe examinarse por su coherencia con los principios fundamentales de la disciplina. Cuando esa coherencia falta, se aprecian las consecuencias, generalmente nefastas, que trae esa fascinación de lo nuevo.

Pretendo en esta obra en primer lugar, exponer algunos de las ideas sobre las que se ha construido el constitucionalismo clásico: la idea de Constitución tal y como surge en el pensamiento liberal; la idea de dignidad humana sobre la que

se construyen los principios constitucionales; y la idea de patriotismo constitucional que permite entender cuál es el fin y cuál es el medio cuando hablamos de Constitución.

Sentado lo anterior, en segundo lugar, examino algunos desarrollos recientes del constitucionalismo: la idea de “Estado democrático avanzado”, el papel del jurado en un Estado constitucional bien estructurado, y la evolución de la naturaleza de los derechos fundamentales.

En tercer lugar, analizo algunas de las desviaciones, a mi juicio más preocupantes, que ha generado el nuevo constitucionalismo: por un lado las desviaciones normativas (entre las que incluyo la mutación del Derecho Constitucional Europeo y la introducción del constructo llamado “inconstitucionalidad por omisión”); por otro lado las desviaciones culturales (con el problema del llamado “multiculturalismo”); y finalmente, las desviaciones políticas, que tienden a marginar al pueblo como soberano mediante la indefensión del poder constituyente.

Finalmente, en cuarto lugar, estudio algunos de los más recientes desarrollos de la teoría constitucional que se están incoando actualmente y que apuntan hacia importantes logros o hacia profundas decepciones.

Es para mí evidente que las sociedades políticas occidentales se encuentran en un preocupante declive. Ese declive tiene múltiples causas pero aquí se exponen las causas constitucionales. El conjunto de estos trabajos quiere ser un llamamiento a reflexionar sobre las responsabilidades del Derecho en nuestra civilización. Creo que sólo anclados en los principios que vivificaron los momentos más brillantes de la civilización occidental podremos desarrollar un Derecho Constitucional que nos ayude a salir con acierto de esta gravísima crisis que en todos los órdenes padece Occidente.

PRIMERA PARTE

SOBRE LOS FUNDAMENTOS DEL CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO

- I. Los fundamentos normativos:
La idea de Constitución
- II. Los fundamentos culturales: la
dignidad humana.
- III. Los fundamentos políticos: el
patriotismo constitucional.



I. LOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS DEL CONSTITUCIONALISMO: LA IDEA DE CONSTITUCIÓN

1. Conceptos políticos de Constitución: 1.A. El concepto político histórico-sociológico de Constitución; 1.B. El concepto político-ideológico de Constitución. 2. Conceptos jurídicos de Constitución: 2.A. En la tradición americana; 2.B. En la tradición europea. 3. Significado político de los conceptos jurídicos de Constitución. 4. El concepto dialéctico de Constitución propio de nuestra circunstancia histórico-espiritual.

El Derecho en general y el Derecho Constitucional en particular están experimentando en las sociedades continentales europeas una transformación estructural. La idea de Constitución de la que se podría llamar “tradición constitucional europea” está perdiendo sus señas de identidad y el Derecho Constitucional está sufriendo una profunda mutación. En este trabajo queremos reflexionar acerca de este preocupante fenómeno. Para ello, en primer lugar (II), se pretende reflexionar acerca del concepto de Constitución para tratar de hallar el concepto adecuado a nuestra circunstancia histórica. A tal efecto, propondremos una concepción dialéctica del Derecho que integre las dimensiones de politicidad, eticidad y normatividad.

1. CONCEPTOS POLÍTICOS DE CONSTITUCIÓN

Pertenece al acervo de la doctrina constitucional la tradicional distinción entre conceptos “políticos” y conceptos “jurídicos” de Constitución. Si la “politicidad” de los conceptos “políticos” es algo obvio, ha sido más discutida la de los conceptos “jurídicos”. El dato común a estos conceptos políticos es un escaso nivel normativo que coincide, con un alto nivel de politicidad y, eventualmente, también de eticidad. Existen dos series de *conceptos políticos* de Constitución. El primer grupo considera la Constitución como algo “políticamente dado” y, en este sentido, lo “dado” aparece definido por la historia o la sociología (concepto político histórico-sociológico) o por la propia existencia política (concepto político-político); el segundo como algo “políticamente debido”, siendo la ideología quien declara qué es lo “debido” (concepto político-ideológico).

1.A. El concepto *político histórico-sociológico* de Constitución

El concepto *político histórico-sociológico* (noción política de Constitución entendida como lo “socio-políticamente dado”) puede ser esgrimido tanto desde un planteamiento conservador como modo de legitimar el *status quo* o puede ser utilizado desde una perspectiva progresista o revolucionaria como forma de deslegitimar la virtualidad jurídica de un texto determinado¹. A esta categoría pertenecen los conceptos histórico-sociológicos de Constitución. Podemos aludir aquí a las aportaciones más relevantes sobre esta cuestión. Así, Lassalle entiende la Constitución de un país es la suma de los factores reales de poder que rigen ese país²; Schmitt habla de Constitución en sentido absoluto, entendida como la concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente³. Smend, estima que la naturaleza de la Constitución

1 Javier PÉREZ ROYO: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1995 (2ª ed.), p. 105.

2 Ferdinand LASSALLE: *¿Qué es una Constitución?*, trad. de Wenceslao Roces, Ariel, Barcelona, 1989 (1ª ed. Alemana, 1862), p. 92.

3 Carl SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 1982 (1ª ed. 1928), p. 30-32. Schmitt recoge tres diversas significaciones del “concepto político” de Constitución. La primera sería la que identifica Constitución con la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado. En este sentido, “el Estado es Constitución”. Es el significado que Schmitt atribuye a Aristóteles y a Jellinek. La segunda significación sería la de Constitución

es la de una realidad integradora permanente y continua, como supuesto especialmente significativo de la eficacia integradora de toda comunidad jurídica⁴; Heller, por su parte, reflexiona sobre la “Constitución <real>” como organización del Estado producida mediante actividad humana consciente⁵, encuadrable en el campo de la normalidad, pero no de la normatividad⁶; Freund, finalmente considera la “Constitución política” con una significación existencial que designa a la colectividad política en su estructura de conjunto y en su existencia concreta⁷.

Por su parte, el *concepto político-existencial* de Constitución, que es la genuina aportación de Carl Schmitt (llamándolo concepto “positivo” de Constitución) considera a ésta como una decisión política concreta, “una decisión de conjunto acerca del modo y forma de la propia existencia política⁸. La Constitución, por tanto, es una decisión que es política, que es previa al Derecho: a saber, es el fruto de la voluntad del poder constituyente⁹ que es una expresión de la soberanía o poder político supremo que, precisamente por serlo, es un poder no sometido a las leyes (*legibus solutus*, como ya dijo Bodino).

Ha advertido agudamente García Pelayo que las concepciones históricas y sociológicas de la Constitución (y añadiríamos, también las concepciones político-existenciales) conducen a afirmar una personalización de la soberanía que reside en una persona o en unos órganos *concretos*, que son los dominantes en una sociedad concreta en un momento concreto, ya por la inercia de la historia, ya por la fuerza económica o social de que gocen¹⁰.

como una manera especial de ordenación política y social o como una forma de gobierno, bien entendido que “forma” indicaría lo existente y no lo normativamente debido. Esta noción la atribuye Schmitt a Santo Tomás de Aquino, a Bodino, a Grocio y a Hobbes. En tercer lugar, una Constitución sería el principio del devenir dinámico de la unidad política, y no un procedimiento regulado de prescripciones e imputaciones normativas (esta es la idea que atribuye a Smend).

- 4 Rudolf SMEND: *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. de José María Beneyto, CEC, Madrid, 1985 (1ª ed. alemana, 1928), p. 136.
- 5 Hermann HELLER: *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, FCE, México, 1974 (7ª reimp., 1ª ed. alemana 1934), p. 268
- 6 HELLER, *Teoría del Estado*, cit., p. 270
- 7 Julien FREUND: *L'essence du politique*, Sirey, París, 1981 (3ª ed., 1ª ed. 1965), p. 340.
- 8 SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 87.
- 9 SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 26.
- 10 Manuel GARCÍA PELAYO: *Derecho Constitucional Comparado*, Revista de Occidente, Madrid, 1950 (hay reed. en Alianza, Madrid, 1984), p. 45 y 52.

1.B. El concepto *político-ideológico* de Constitución

El concepto *político-ideológico* de Constitución (la Constitución como lo políticamente “debido”) es la segunda variante de conceptos políticos de Constitución. En este sentido, se designa como “verdadera” o “auténtica” Constitución, por razones ideológicas, únicamente a la que responde a cierto ideal de Constitución. Se trata de un tipo de Constitución con un alto nivel de eticidad, un nivel de politicidad variable (generalmente escaso) y, por supuesto, un bajísimo nivel de normatividad. Este concepto ideal fue elaborado por la burguesía liberal, en su lucha contra la Monarquía absoluta. La Constitución ideal puede ser entendida en varios sentidos: como sistema de garantías de la libertad burguesa, como división de poderes o como Constitución escrita¹¹, si bien algunos de ellos están estrechamente conectados¹². Este concepto ideal de Constitución es el que se halla implícito en Loewenstein cuando éste califica de Constitución semántica a aquella que “en lugar de servir a la limitación del poder, ... es ... el instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la localización del poder político”. Muy expresivamente, Loewenstein llama “traje” a la Constitución, pero a la Constitución semántica la llama “disfraz”¹³. El concepto ideal-ideológico de Constitución puede también articularse en torno a los valores, llegándose a afirmar que “la Constitución se caracteriza precisamente por ser un código de valores”¹⁴. No obstante, debe recordarse que los valores no son sinónimo de ética, sino que son una forma circunstancial, histórica e interesada de entender la ética, por lo que creemos que no es conveniente identificar esos conceptos.

Es claro que la Constitución entendida en este sentido lleva a una concepción despersonalizada de la soberanía y del poder. Las normas y las decisiones políticas no responden así,

11 SCHMITT, *Teoría...*, p. 58 ss. Ejemplo de un concepto de Constitución ideal es el que ofrece el art. 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

12 Como ha advertido Heller la división de poderes y los derechos fundamentales no son dos instituciones independientes entre sí, sino que se condicionan recíprocamente, pues “la libertad humana tiene que ser siempre organizada”, vid. HELLER, op. cit., p. 292.

13 Karl LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, trad. y estudio sobre la obra de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1970 (2ª ed.; 1ª edición inglesa 1959), p. 219.

14 Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: “La dimensión axiológica del Derecho Constitucional”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* n° 1 (1992), p. 15 ss., p. 38.

aparentemente, a intereses y voluntades concretas, sino a ideales y a valores previamente fijados, cognoscibles y previsibles.

Este concepto ideal-ideológico de Constitución ha sido objeto de varias críticas. En primer lugar, Schmitt ha criticado el concepto ideal-ideológico de Constitución en general (lo que llama “concepto ideal de Constitución”¹⁵, y la noción de los valores en particular al exponer las dificultades que entraña la estructura tética y lógica del valor¹⁶. En segundo lugar, Kelsen ha indicado que no se puede reconocer una significación jurídica objetiva a los pronunciamientos de las Constituciones, como los que contienen cláusulas éticas y valorativas, que no tienen relación con la norma fundamental de un orden jurídico estatal (que se formula así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado). Se trata, según Kelsen, de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución a los que es aplicable el principio *pro non scripto habeantur*¹⁷.

2. CONCEPTOS JURÍDICOS DE CONSTITUCIÓN

2.A. En la tradición norteamericana

2.A.a. Si dejamos de lado el *Instrument of Government* de Cromwell de 1653¹⁸, la de los Estados Unidos de América es la norma que inaugura una nueva forma de entender la Constitución. Conviene, sin embargo, hacer una precisión previa. Aunque a veces se suele englobar bajo la común rúbrica de “sistema jurídico anglosajón” o de *Common Law* al Reino Unido y a los Estados Unidos, en

15 SCHMITT, Teoría..., cit., p. 58 ss.

16 Carl SCHMITT: “La tiranía de los valores”, *Revista de Estudios Políticos* n° 115 (1961), p. 65 ss.

17 Hans KELSEN: *Teoría pura del Derecho*, trad. de Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1989 (26ª ed., 1ª ed. alemana, 1934), p. 75-76.

18 La primera Constitución escrita según algunos prestigiosos autores (Georg JELLINEK: *Teoría general del Estado*, trad. De los Ríos, Albatros, Buenos Aires, 1978 [1ª ed. alemana 1900], p. 418; SCHMITT, Teoría..., p. 45-46; LOEWENSTEIN, Teoría..., p. 158. En la doctrina inglesa también se la considera como una Constitución: según Neil PARPWORD: *Constitutional and Administrative Law*, Butterworths, Londres/Edimburgo/Dublín, 2000, p. 10) aquí se encuentra por primera vez un texto que pretendía ser una regla permanente e inviolable frente a las cambiantes resoluciones mayoritarias del Parlamento. Algunas cláusulas del Instrument (sus arts. 24 y 38) llegaban a considerar nulas las leyes contrarias a sus disposiciones. Sin embargo, esta norma tuvo una vigencia corta y no tuvo continuidad.

materia constitucional las diferencias entre ambos son muy llamativas. El Derecho Público inglés (o al menos alguna de sus más cualificadas creaciones) se construye en torno al dogma de la soberanía del Parlamento¹⁹ y a las ideas de que la Constitución no es una norma jerárquicamente superior a la ley²⁰ y de que las leyes no son revisables por los tribunales. Se ha podido decir así que la Constitución británica es una “Constitución política” y que, en ausencia de un tribunal constitucional que resuelva las cuestiones del Derecho Constitucional, en Gran Bretaña las instituciones “políticas”, más que las “jurídicas” (*legals*), desempeñan los papeles principales en la escena constitucional²¹.

El Derecho Constitucional norteamericano, sin embargo, se edifica sobre la idea de la superioridad de la Constitución sobre las leyes y la posibilidad del control judicial de las mismas. La construcción norteamericana parte de unas “condiciones” que son, básicamente, dos según Blanco Valdés. En primer lugar, una “condición de necesidad” que es el tratar de evitar el peligro político de una eventual extensión desmesurada del poder legislativo²². Este intento se hallaba en directa relación con la realidad *estructural* de la emergente Nación americana en la que se realizó una peculiar lectura del principio de separación de poderes en relación con la

19 Como sostiene Dicey, “la soberanía del Parlamento es (desde el punto de vista legal) la característica dominante de nuestras instituciones políticas”. Este principio significa “nada más y nada menos que esto: que el Parlamento así definido tiene, en la Constitución inglesa, el derecho de hacer o derogar cualquier ley y, además, que ninguna persona u órgano reconocidos en el Derecho inglés tiene derecho a anular o inaplicar la legislación del Parlamento”. Cfr. Albert Venn DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 1959 (10ª ed., 1ª ed. 1885), p. 39-40. En la literatura española es clásico el trabajo de Teodoro GONZÁLEZ GARCÍA: La soberanía del parlamento inglés. Su evolución política. Su estado actual, Universidad de Murcia, Murcia, 1927, donde esta soberanía *legal* (p. 64-65) se ve relativizada por la soberanía *política* (p. 23, 134-136).

20 James BRYCE: “Flexible and rigid Constitutions”, en *Studies in history and jurisprudence*, 1901, vol. I, p. 124 ss. (p. 128-129). Hay traducción española, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962 (2ª ed.). Bryce nos dice que “in England the laws called constitutional differ only in respect to their subject-matter from other laws, but are of no higher order. Each of such laws, though we call them in their totality ‘the British Constitution’, is alterable by the ordinary legislative authority at any moment, just like other laws” (p. 130; p. 22 de la traducción española: “en Inglaterra, siempre las llamadas leyes constitucionales sólo difieren de las otras leyes por la materia, pero no son de jerarquía superior en modo alguno. Cada una de estas leyes, aunque todas, sin excepción, estén comprendidas en la denominación de Constitución británica, puede ser modificada en cualquier momento por la autoridad legislativa ordinaria, como cualquier otra ley”).

21 John Aneurin Grey GRIFFITH: “The political Constitution”, *Modern Law Review* nº 42 (1979), p. 1 ss., p. 1.

22 Roberto BLANCO VALDÉS: *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de la constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza, Madrid, 1994, p. 93-94.

“naturaleza de las cosas”, la cual se derivaba de la *homogeneidad social* de esa Nación. Como dice Roberto Blanco, “será esa homogeneidad social y su decisiva traducción institucional la que permitirá” -...- plantear en América la cuestión de la separación de poderes en términos distintos a aquellos en los que se había planteado en Inglaterra²³. En segundo lugar, una “condición de posibilidad”, que estriba en establecer una superioridad formal de la Constitución basándose en la “solemnidad” procedimental exigida para su modificación (que debía ser, por tanto, siempre “expresa”)²⁴.

2.A.b. El concepto jurídico norteamericano de Constitución se caracteriza por la concurrencia de un alto nivel de normatividad, sí, pero también de politicidad y de eticidad. Dejando al margen antecedentes detalladamente referidos por Blanco Valdés, será el caso *Marbury v. Madison*²⁵, obra del famoso juez Marshall²⁶, el momento en el que se afirma de modo acabado un concepto jurídico de Constitución. Esta tesis aparece formulada a través de dos principios.

En primer lugar, se afirma en la citada sentencia que la Constitución es una norma superior a la ley y resulta inmodificable por ésta. Según Marshall, “o bien la Constitución es una ley superior inmodificable por medios ordinarios, o bien queda al nivel de las demás leyes del Congreso y como tales, puede ser alterada según el Legislativo quiera alterarla”. Por eso, “si el primer extremo de la alternativa es la verdad, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; si el segundo extremo de la alternativa es verdadero, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable”.

Ahora bien, una cosa es declarar la superioridad de la Constitución sobre la ley y otra cosa es determinar quien puede declarar que una ley es contraria a la Constitución y qué efectos tendría tal

23 BLANCO VALDÉS, *El valor...*, p. 96-97 (cfr. especialmente p. 98).

24 BLANCO VALDÉS, *El valor...*, p. 112-113.

25 1 Cranch, 137 (1803). Existe una traducción íntegra de esta célebre sentencia en la *Revista Peruana de Derecho Constitucional* nº 1 (1999), p. 665 ss. Citamos por esta traducción.

26 Sobre la figura y la obra de Marshall, puede verse en la literatura española el espléndido trabajo de Nicolás PÉREZ SERRANO, *La noble obra política de un gran juez: Juan Marshall*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1955. Reproducido, en *Escritos de Derecho Político*, IEAL, Madrid, 1984, t. II, p. 769 ss.

declaración. El segundo principio confiere a los tribunales esta tarea. En efecto, “es de la competencia y del deber del poder judicial, el declarar cuál es la ley... Si dos leyes están en conflicto una con otra, los tribunales tienen que decidir sobre cuál es la aplicable”. De este modo, “si pues los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, entonces la Constitución y no tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables”.

Esta construcción se verá reforzada por pronunciamientos posteriores y, muy especialmente, por otra sentencia de Marshall, la *McCulloch v. Maryland*²⁷. Esta sentencia, aparte de su importantísima significación para la estructura federal del Estado a través de la doctrina de los “poderes implícitos”, es relevante porque además de reiterar el instituto de la *judicial review of legislation*, afirmaba la capacidad de los tribunales para interpretar la Constitución, “es decir, su capacidad para suministrar, en caso de conflicto, la interpretación razonable de todo el instrumento constitucional, incluso reinterpretando las normas a través de las cuales el poder de reforma (constituyente constituido) había querido dar su propia interpretación de la Constitución”²⁸.

2.A.c. El concepto normativo de Constitución establecido por la obra jurisprudencial de Marshall, cuyos antecedentes están en la obra de los propios *framers*²⁹, terminó siendo aceptado por la doctrina científica. Un claro exponente de ello es la obra de Pomeroy. Según este autor, la Constitución norteamericana resultaba en su momento (1879) peculiar porque, a diferencia de la inglesa que era “no escrita y tradicional” y de la francesa “escrita y formal”, pero “vaga e indeterminada” respecto a los límites jurídicos de los poderes del Estado, la norteamericana es “a todos los efectos una ley, una ley de gran y solemne importancia”, que está “escrita y no tiene nada de tradicional” y que “no sólo organiza y constituye los diversos poderes, sino que define y limita con cuidado y precisión todas las potestades de las que se hayan investidos”³⁰.

27 4 Wheaton, 316 (1818).

28 BLANCO VALDÉS, *El valor...*, p. 166.

29 Alexander HAMILTON, John MADISON & John JAY, *The Federalist Papers*, Penguin, Nueva York, 1961 (1ª ed. Inglesa, 1787), nº 78 (Hamilton), p. 467. Hay traducción española de Gustavo R. Velasco, FCE, México, 1994.

30 John Norton POMEROY: *An Introduction to the Constitutional Law of the United States*, Houghton, Osgood & Co./The University Press Cambridge, Boston, 1879, p. 11-12.

2.B. En la tradición europea

Muchos autores afirman que en Europa, antes de Kelsen, no se había concebido la Constitución también como norma jurídica, tanto doctrinal, como normativamente. Sin embargo, los datos, doctrinales y normativos, parece que no avalan esa afirmación. Es cierto que en las Constituciones europeas del siglo XIX encontramos unos altos niveles de eticidad y normatividad, pero el elemento político dista de estar estabilizado pues a veces existe una dura pugna entre las fuerzas políticas del pasado (monarquía) y las emergentes (parlamento). En los momentos de ausencia de existencia clara de *un* poder supremo (un soberano) se aprecia la ausencia de un mecanismo de garantía inequívoco que reprima las violaciones de la norma por él establecida.

2.B.a. Desde un punto de vista normativo, en la tradición europea existen ejemplos en los que se comprueba la existencia de una jerarquía normativa en la que las normas constitucionales son superiores a la ley ordinaria. Cuestión distinta es si, *además* de afirmarse la superioridad normativa de la Constitución, existían mecanismos para hacer valer una vulneración de esa jerarquía normativa. A este respecto se pueden mencionar, cuando menos, los casos de España y Francia.

2.B.a.I. El caso de *España* ha sido en buena medida estudiado, aunque sigue habiendo aspectos que merecen un examen más profundo. Si bien parece cuestionable el carácter normativo, y aun el propio carácter de "Constitución", de la Constitución de Bayona de 1808, ninguna duda puede haber sobre el carácter normativo y su superioridad de la *Constitución de 1812*. *Normativamente*, la *superioridad* de la Constitución queda consagrada con el establecimiento de un procedimiento de reforma constitucional (arts. 375 ss.). Ahora bien, ¿qué garantías se establecían para salvaguardar esa superioridad jerárquica? O dicho de otra manera: ¿existían procedimientos de *control de la constitucionalidad de las normas inferiores*? Es en este punto donde la Constitución de 1812 constituye un modelo porque la Constitución y la normativa de las Cortes de Cádiz ofrecen hasta tres modelos de control de la constitucionalidad: parlamentario (bien conocido), judicial (apenas apuntado por un autor) y monárquico. En primer lugar, la Constitución de

1812 estableció, expresamente, un modelo *parlamentario* de control de la constitucionalidad³¹ que ha sido bien estudiado³². En segundo lugar, la Constitución establece también un control de la constitucionalidad encomendado al Rey³³, aunque no ha sido objeto de estudios específicos. Pero además, en tercer lugar, también se estableció, por vía legal, mediante el Decreto CCX de las Cortes de Cádiz, un modelo judicial de defensa de la Constitución. Uno judicial difuso (y, por ello, sin duda inspirado por el modelo norteamericano), pero donde se introdujo una novedad respecto al caso norteamericano y es la de atribuir carácter “preferente” a la tramitación de los expedientes judiciales por infracción de la Constitución³⁴.

Santaolalla ha demostrado que no sólo la Constitución de 1812 tuvo “normatividad”. Las pruebas que este autor ofrece son inequívocas acerca de la normatividad que tuvieron, también, las Constituciones de 1845, 1869 y 1876³⁵. Por lo demás, deja claro también este autor que esa norma llamada “Constitución” no era reformable por una ley ordinaria, aunque se produjera la paradoja de que esa superioridad formal no estuviera aparentemente “formalizada” sino que se basaba en

31 El procedimiento está previsto, fundamentalmente, en el artículo 372 de la Constitución de 19 de diciembre de 1812: “Las Cortes, en sus primeras sesiones, tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieran contravenido a ella”. Otros preceptos de la Constitución de 1812 aluden a ese procedimiento parlamentario para velar por la observancia de la Constitución (art. 160.1.º, 335.9.º y 373).

32 La obra de referencia al respecto es la de Marta LORENTE SARIÑENA: *Las infracciones a la Constitución de 1812: un mecanismo de defensa de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

33 Artículo 373 de la Constitución de 1812: “Todo español tiene derecho a representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución” (cursivas mías).

34 El Decreto CCX se halla publicado en *Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias*, tomo III, Imprenta Nacional, Madrid, 1820, p. 173.

Reproduzco, por su interés, el texto legal referido:

“Decreto CCX de 28 de noviembre de 1812.

Que los Tribunales prefieran á otros negocios los relativos á infraccion de Constitucion. Las Cortes generales y extraordinarias, convencidas de la necesidad y utilidad de que los expedientes sobre infraccion de la Constitucion sean determinados con la mayor prontitud, decretan: Los Tribunales del Reino preferirán á todo otro asunto los relativos á infraccion de la Constitucion política de la Monarquía.

Lo tendrá entendido la Regencia del Reino, y dispondrá lo necesario á su cumplimiento, haciéndolo imprimir, publicar y circular.

Dado en Cádiz á 28 de Noviembre de 1812. (...) Reg. Lib. 2, fol. 99”.

35 Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ: “Consideraciones sobre la normatividad y superioridad de la Constitución”, *Teoría y Realidad Constitucional* nº 7 (2001), p. 187 ss. (p. 207 ss.).

los principios políticos comúnmente aceptados que distinguían el “poder constituyente” del “poder constituido” y que exigían para que operara el primero la formalidad de una convocatoria expresa y solemne a una asamblea constituyente³⁶.

2.B.a.II. En *Francia*, a pesar de que se considere a este país como modelo de Estado en el que la Constitución tiene “valor político” pero no “valor jurídico”, lo cierto es que hay datos para considerar que la cuestión no es tan simple. En primer lugar, ya desde un momento fundacional, hay documentos que prueban que la Constitución de 1791 tuvo fuerza normativa y fue aplicada por los tribunales³⁷. Pero no se trata sólo de que haya antecedentes de que la Constitución haya tenido normatividad, sino que, como ha demostrado Pfersmann, en una brillante “interpretación vienesa del derecho público francés” también los hay de que la norma constitucional haya sido una norma jerárquicamente superior a la ley ordinaria. Es el caso de las leyes constitucionales de 1875 “el núcleo de las reglas del derecho constitucional material se encuentra integrado en el derecho constitucional formal”. La Constitución (las leyes constitucionales de 1875) hacen del Parlamento francés un órgano de competencias normativas excepcionalmente importantes. Ahora bien, esto no significa que las atribuciones que la Constitución da al Parlamento se hallan normativamente determinadas, por lo que la jerarquía de los órganos en la Constitución de 1875 (que da al Parlamento la supremacía) es resultado de la jerarquía de las normas (de que la Constitución, que otorga esos poderes, sea superior a la ley, con la que se ejercen esos poderes)³⁸.

2.B.b. Desde un punto de vista doctrinal, es conocido la aportación de Kelsen a la idea de Constitución como norma jurídica, pero se suele olvidar que un siglo antes ya Hegel había considerado que la Constitución era una norma jurídica.

36 SANTAOLALLA, “Consideraciones sobre la normatividad y superioridad de la Constitución”, cit., p. 200.

37 Jean-Louis HALPERIN: “La Constitution de 1791 appliquée par les tribunaux”, en Jean Bart, Jean-Jacques Clere, Claude Courvoissier et Michel Verpeaux (eds.): *La première constitution française, 3 septembre 1791*, actes du colloque de Dijon, Paris, Économica, 1993, p. 369 ss.

38 Otto PFERSMANN: “Carré de Malberg y la ‘jerarquía normativa’” (trad. de Carlos Ruiz Miguel), en *Cuestiones Constitucionales* n^o 4 (2001), p. 153 ss. (p. 181).

2.B.b.I. Entre las primeras formulaciones doctrinales, netamente europeas y no fruto de una recepción de la doctrina norteamericana, sobre la idea de la Constitución como norma jurídica se halla la de *Hegel* que, si bien defiende un concepto de Constitución que es fenoméricamente político-sociológico, avanza características propias del concepto jurídico o normativo. Así, ciertamente puede verse en *Hegel* una idea político-sociológica de Constitución cuando afirma que “puesto que el espíritu sólo existe realmente como aquello que él se sabe, y el Estado, en cuanto espíritu de un pueblo es al mismo tiempo la ley que penetra en todas sus relaciones, la costumbre y la conciencia de sus individuos”, hay que concluir que “la constitución de un determinado pueblo depende en general del modo y de la cultura de su autoconciencia; en éste radica su libertad subjetiva, y en consecuencia la realidad de la constitución”³⁹. Ahora bien, no es menos cierto que *Hegel* parece apuntar hacia la idea de que el concepto de Constitución necesita ser entendido normativamente. En efecto, si se considera que las “garantías” son “dispositivos de seguridad por medio de instituciones” puede decirse que “tan pronto como se habla de constitución sóloamente cabe hablar de garantías *objetivas*, de las instituciones, es decir, de los momentos que se limitan y condicionan orgánicamente”, sin que puedan aquí incluirse las “garantías *subjetivas*” (el amor del pueblo, el carácter, el juramento, la fuerza, etc.)⁴⁰.

2.B.b.II. Sin embargo, dejando al margen estos antecedentes, está fuera de duda que es *Hans Kelsen* quien realiza la formulación más completa de un concepto jurídico de Constitución en Europa. Esta formulación es ciertamente distinta de las anteriormente presentes en Europa. La Constitución en *Kelsen* se caracteriza por un alto nivel de normatividad combinado con bajos niveles de politicidad y eticidad. Ahora bien, en la obra de *Kelsen* se distinguen varios conceptos jurídicos de Constitución. *Kelsen* habla así de concepto “lógico-jurídico” y “jurídico-positivo” de Constitución.

39 Georg Wilhelm Friedrich HEGEL: *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, ed. K.H. Iltting y traducción de Carlos Díaz, Libertarias/Prodhuvi, Madrid, 1993 (1ª ed. Alemana, 1821), nº 274 (p. 720).

40 HEGEL, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, cit., nº 286.3 (p. 740).

2.B.b.II.1. La Constitución en sentido lógico-jurídico satisface la necesidad teórica de partir de un supuesto unitario que fundamente la unidad del orden jurídico estatal en la multitud de actos jurídicos estatales y permita comprender como relaciones jurídicas una serie de situaciones fácticas de poder⁴¹. Esta idea de Constitución es la más “normativa” y la menos “política” y “ética”. Como se encarga de subrayar Kelsen, la Constitución en sentido lógico-jurídico es una ficción “necesaria para la ciencia del derecho”, es una “norma pura, meramente hipotética y *carente de realidad concreta*” y no “un hecho real” (cursiva nuestra)⁴².

Esta Constitución en sentido lógico-jurídico o “norma fundamental”, pese a carecer de una base real, es el pilar de toda la construcción kelseniana. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico no puede considerarse como una norma de derecho positivo o “puesta”, sino que es una norma “supuesta”. Ahora bien, todas las proposiciones por las cuales la ciencia del derecho describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que “la norma fundamental es una norma válida”⁴³ (cursiva nuestra), de tal suerte que si ella es válida, “el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas”⁴⁴.

41 Hans KELSEN: *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México, 1979 (15ª ed., 1ª ed. alemana, 1925), p. 327. La tesis kelseniana parece influida por Rousseau y Lassalle. Advértase que ya Lassalle (aparentemente tan alejado en lo teórico de Kelsen) atribuía a la Constitución que Kelsen llama jurídico-positiva esa función de juridificación de las relaciones de poder. El de Breslau respondía así a la pregunta, que él mismo formulaba, de la relación entre la Constitución jurídica y la Constitución real o política (esto es, como suma de los factores reales de poder de un país): “se cogen esos factores *reales* de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión *escrita*, y a partir de ese momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores *reales* de poder, sino que se han erigido en *derecho*, en instituciones *jurídicas*, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado”, LASSALLE, *op. cit.*, p. 92. Por su parte, Rousseau ya afirmó algo próximo: “le plus fort n’est jamais assez fort pour être toujours le maître, s’il ne transforme sa force en droit et l’obéissance en devoir”, Jean Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du Droit Politique*, ya citada, ed. de Bertrand de Jouvenel, Hachette/Pluriel, París, 1982 (1ª ed., Marc Michel Rey, Amsterdam, 1762), libro I, cap. III, p. 164.

42 KELSEN, *Teoría general del Estado*, p. 328.

43 No deja de resultar contradictorio con su postulado de pureza metódica que Kelsen realice una afirmación ontológica “la norma fundamental es una norma válida”, y no deontológica del tipo de “la norma fundamental *debe ser* una norma válida”, tratándose de una ciencia, cual el Derecho, que, a su juicio, es ciencia del *ser* y no del *deber ser*.

44 Hans KELSEN: *Teoría pura del Derecho*, trad. de Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1989 (26ª ed., 1ª ed. alemana, 1934), p. 40, 53, 138-139.

La formulación kelseniana de la norma fundamental o “norma hipotética” creemos que permite considerarla como una “ficción”, más que como una “hipótesis” pues carece de realidad concreta y se es consciente de ello⁴⁵. Ahora bien, esto mismo expone su tesis a una objeción que el propio Kelsen formuló respecto de otros autores que basaban sus teorías (en concreto, sobre el derecho subjetivo), en ficciones. En su primera gran obra, dice Kelsen que “bien podemos afirmar que *toda ficción señala -como una advertencia- el lugar en que una construcción se desvía del camino derecho*” (cursiva de Kelsen)⁴⁶. Quizá para prevenirse frente a posibles ataques, Kelsen defendió en un trabajo posterior el carácter histórico, y no sólo hipotético, de esa norma fundamental⁴⁷, aunque las sucesivas ediciones de la *Teoría general del Estado* y de la *Teoría pura del Derecho* no fueron modificadas en este extremo, lo que abona en cierto modo la tesis de que tuvo una constante vacilación en este asunto⁴⁸.

2.B.b.II.2. Junto a la Constitución en sentido lógico-jurídico considera el maestro de Praga la **Constitución en sentido jurídico-positivo**. Esta última es ya una norma real, en el sentido de positiva o puesta, y ya no supuesta o hipotética. Aunque hay autores que excluyen de este concepto todo elemento de politicidad y eticidad, podemos decir que, al menos habitualmente, se constata que contiene mayores niveles de

45 Como ha indicado Pérez Serrano, “la hipótesis, más propia de las Ciencias naturales que de las Ciencias de la cultura, constituye explicación sugerida para un fenómeno aún no conocido plenamente, y sometida de tal manera a la dura prueba de la realidad, que en cuanto ésta se pronuncia en contra, mediante hechos reiterados que contradigan la explicación, la hipótesis queda desechada, en vez de elevarse a la categoría de ley”. Por el contrario, las ficciones son “un medio que empleamos sabiendo su falta de realidad”. Vid. Nicolás PÉREZ SERRANO, *Las ficciones en el Derecho Constitucional*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1948. Reproducido en *Escritos de Derecho Político*, IEAL, Madrid, 1984, t. I, p. 317 ss. (p. 338).

46 HANS KELSEN: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, trad. de la segunda ed. alemana por Wenceslao Roces y notas, revisión y presentación de Ulises Schmill, Porrúa, México, 1987 (1ª ed. alemana en 1911, 2ª en 1923), p. 501.

47 HANS KELSEN: *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1979 (2ª reimp. de la 2ª ed., 1ª ed. norteamericana en 1945). Para Kelsen: “Si inquirimos por qué la Constitución es válida, tal vez encontraremos su fundamento de validez en otra Constitución más antigua. Llegaremos finalmente a una Constitución que es *históricamente* (subrayado nuestro) la primera y que fue establecida por algún usurpador o por alguna especie de asamblea. La validez de esta primera Constitución es el supuesto último, el postulado final de que depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico” (p. 135).

48 Carlos J. ERRÁZURIZ MACKENA: *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen*, Eunsa, Pamplona, 1988, p. 239 ss.

politicidad y de eticidad. Su validez, como hemos visto, se deriva directamente de su conformidad con la supuesta Constitución en sentido lógico-jurídico a la que está jerárquicamente subordinada. La Constitución jurídico-positiva puede ser, según Kelsen, de tipo material o de tipo formal.

a) La *Constitución jurídico-positiva en un sentido material*, es el grado superior del derecho positivo, y puede entenderse en sentido estricto o amplio.

En sentido estricto, la Constitución material contiene las normas relativas a los supremos órganos creadores de Derecho designando los mismos y el procedimiento requerido para la producción de normas: aquí encontramos una Constitución de alta normatividad, media-alta politicidad y escasa eticidad.

En sentido amplio, la Constitución material contiene las normas que se refieren a las relaciones de los súbditos con el poder estatal, lo que técnicamente puede articularse determinando la norma suprema positiva el contenido de la legislación, bien prescribiendo, bien prohibiendo tal o cual posible contenido de las normas⁴⁹. Se ha interpretado que la Constitución material extrae de la ordenación jurídica total del Estado un contenido parcial valorado como ordenación fundamental⁵⁰. Por esto mismo, aquí encontramos niveles de politicidad y, sobre todo, de eticidad, superiores a la anterior variante del concepto de Constitución.

b) La *Constitución jurídico-positiva de tipo formal* parte de la distinción entre leyes ordinarias y aquellas otras que exigen ciertos requisitos especiales para su creación y reforma, pudiéndose englobar entre éstas también ciertas normas que por su contenido no pertenecerían, en rigor, a la Constitución en sentido material, sin perjuicio de lo cual pueden revestir la forma de leyes constitucionales, cuando así conviene a ciertos intereses políticos⁵¹. Aunque aparentemente es una idea de Constitución de máxima normatividad y bajas politicidad y eticidad, es lo cierto que

49 KELSEN, *Teoría general del Estado...*, cit., p. 330; *Teoría pura...*, cit., p. 147-148.

50 HELLER, *Teoría del Estado*, p. 294. Este tipo de Constitución es calificado por Schmitt como concepto absoluto de Constitución entendido como regulación legal fundamental o sistema de normas supremas y últimas, vid. SCHMITT, *Teoría...*, p. 33-34.

51 KELSEN, *Teoría general del Estado...*, cit., p. 330.

la decisión de qué normas quedan protegidas por la rigidez de su reforma es una decisión que implica ya un alto nivel de politicidad. No lo vio así Schmitt, que critica este tipo de Constitución formal calificándolo de concepto relativo de Constitución⁵². Sin embargo, Heller captó mejor esta idea al estimar que este concepto formal es científicamente necesario porque nunca puede darse una coincidencia perfecta entre la Constitución material y la formal. Y, en efecto, en su opinión, sobre lo que debe regular el texto constitucional -como lo que debe quedar reservado a la ley-, deciden la tradición, la conveniencia política, la situación de poder y la conciencia jurídica⁵³.

Las ideas de Kelsen sobre la Constitución (sus conceptos de “Constitución jurídico-positiva en un sentido material” y “Constitución jurídico-positiva de tipo formal”) han sido llevadas actualmente a su máximo desarrollo mediante las brillantes del profesor vienés Otto Pfersmann. Este autor, dotado de una sólida formación jurídica y filosófica, con una lógica impecable, ha desarrollado una teoría que denomina “normativismo positivista” o “normativismo interno”. Según esta teoría los sistemas normativos se caracterizan porque: a) están establecidos de forma artificial por seres humanos; b) están dinámicamente organizados; c) son relativamente eficientes; y d) contienen mecanismos (normativos) de ejecución forzosa en caso de que las obligaciones previamente establecidas no sean cumplidas. Para este enfoque cualquier consideración ética o moral queda fuera del Derecho porque la cuestión de si algo es moral o no es una cuestión “legal”, sino precisamente “moral”⁵⁴.

3. SIGNIFICADO POLÍTICO DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS DE CONSTITUCIÓN

3.A. Como hemos advertido, en los diversos conceptos jurídicos de Constitución examinados existe un alto nivel de normatividad, pero no puede negarse la presencia de ciertos niveles de

52 SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 37 ss.

53 HELLER, *Teoría del Estado*, p. 295.

54 Otto PFERSMANN: “Unconstitutional constitutional amendments: a normativist approach”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht* n° 67 (2012), p. 81 ss. (p. 86, 88).

politicidad y de eticidad, en algunos casos más altos que en otros. Aquí se puede encuadrar la visión de García Pelayo sobre la politicidad en estos conceptos jurídicos de Constitución.

Los conceptos jurídicos o racional normativos de Constitución, conciben a ésta como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. Late una creencia, enraizada en la Ilustración, en la posibilidad de una planificación de la vida política⁵⁵.

Ahora bien, esta concepción racionalista y planificadora, que en principio parece abstracta, no está tan desconectada de la realidad como pudiera parecer a primera vista. De un lado, con carácter general, ha advertido García Pelayo que el intento de racionalizar y planificar la política *pro futuro* y eliminar así la arbitrariedad en la vida política y jurídica, está vinculado con una situación social y económica *concreta* y adquiere sentido dentro de esa realidad, a saber, la sociedad económica capitalista en la que es esencial construir un sistema jurídico racionalizado basado en el cálculo más preciso posible⁵⁶. Los actores económicos deben tomar sus decisiones, conociendo las consecuencias que para sus intereses se van a derivar de las mismas. De otro lado, tampoco cabe olvidar que las teorías del Derecho Constitucional (como la del carácter de norma suprema de la Constitución y su correlato del control judicial de las leyes presuntamente inconstitucionales) pueden ser construidas al servicio de intereses políticos *concretos*, como intentaremos mostrar en relación con la construcción jurídica del concepto de Constitución en Norteamérica y en Europa. Por estas razones, como ha advertido García Pelayo, estas concepciones jurídicas o racional normativas de Constitución no son concepciones “neutrales” ni “despolitizadas”, sino que están politizadas tanto desde el punto de vista formal como con referencia al contenido⁵⁷.

55 GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, p. 34.

56 GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comprado*, p. 38.

57 GARCÍA PELAYO, *ibid.*

3.B. A diferencia de lo que sucede con las históricas y sociológicas, la concepción normativa de Constitución aparentemente lleva a una despersonalización de la soberanía y a la afirmación de la Constitución como soberana⁵⁸. Pero esto admite dos quiebras.

La primera estriba en que los órganos del Estado existen por la Constitución, derivan de ella sus competencias y, por eso mismo, no pueden crearla o modificarla, lo cual nos conduce a la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. Si nos situamos en el plano de los segundos pudiera creerse que nos movemos en el plano despersonalizado del normativismo; sin embargo, el poder constituyente es un momento de penetración del voluntarismo en esta teoría, pues el poder constituyente no está a su vez sujeto a la Constitución, ya que es soberano⁵⁹.

La segunda quiebra de la supuesta despersonalización de la soberanía como fruto de la concepción normativa de la Constitución la revela el propio Kelsen. A su juicio, “la autocracia tiene por gobernante a un hombre de carne y hueso, aunque elevado a categoría divina, mientras que en la democracia funciona como titular del poder el Estado como tal”. Para el fundador de la Escuela de Viena, “*la apariencia del Estado como persona inmaterial oculta el hecho del dominio del hombre sobre el hombre, intolerable para el sentir democrático*” (cursiva nuestra). Dice Kelsen que esta ficticia abstracción que consiste en atribuir personalidad al Estado se dirige “no tanto a la voluntad de los sometidos al poder como a la voluntad de aquellos hombres que de hecho lo ejercen y que de esta manera aparecen como meros órganos de un sujeto hipostático de poder”. En todo caso, parece que los más perjudicados por esa ficción del “Estado como persona inmaterial (que) oculta el dominio del hombre sobre el hombre” no son tanto los que mandan como los que obedecen.⁶⁰

3.C. La politicidad en el concepto jurídico de Constitución de la *construcción norteamericana* ha sido puesta de manifiesto por

58 GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, p. 36.

59 GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, p. 40.

60 Hans KELSEN: “Forma de Estado y Filosofía”, en *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra, Labor-Guadarrama, Barcelona, 1977 (1ª ed. alemana, 1933), p. 25-27.

diversos autores.. Castberg observó que varias importantes decisiones del Tribunal Supremo norteamericano bajo la presidencia del federalista Marshall (*Marbury v. Madison* de 1803; *McCulloch v. Maryland* de 1819; y *Gibbons v. Ogden* de 1824), contribuyeron de forma poderosísima a asentar la primacía de la Federación y de la Constitución *federal* en la vida política de los Estados Unidos. Aquí la Constitución federal fue norma jurídica, pero fue algo más que una norma jurídica, fue también una construcción jurídica al servicio de unos intereses políticos concretos, a saber, atribuir la supremacía a las autoridades federales sobre las autoridades de los Estados⁶¹.

Pero no es sólo que la Constitución “jurídica” (como algo dado previamente) fuera utilizada al servicio de intereses “políticos” (con posterioridad) como dice Castberg. Es que lo ocurrido más bien es que los intereses políticos (previos) hicieron que la Constitución terminara teniendo valor jurídico (después) como ha demostrado Blanco Valdés. Esta idea de Constitución, incoada conceptualmente en los momentos fundacionales, sólo se hizo realidad histórica en un proceso conflictivo. Y es que, como ha demostrado Blanco Valdés, “ni la necesidad histórica de establecer un control sobre los poderes constituidos del Estado y, muy especialmente, sobre el poder legislativo, ni la posibilidad de operar ese control a partir de las bases teóricas fijadas al respecto en la Constitución norteamericana fueron suficientes para dar lugar, por sí mismas, a la aparición del control de constitucionalidad sobre la ley y a su posterior y lenta afirmación”. En efecto, “sólo el desarrollo complejísimo del proceso revolucionario norteamericano, unido a *una decisión política* (cursiva mía) que en su misma audacia se convirtió desde el principio en objeto de muy serios debates doctrinales y políticos -la adoptada por el juez Marshall en una extraordinariamente peculiar coyuntura de la historia- darían lugar a la que ha sido considerada como una de las más importantes, si no la más importante, contribución norteamericana a la ciencia del Derecho”⁶².

61 Frede CASTBERG: “Constitution et politique”, en VVAA: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Barcia Trelles*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 1958, p. 427 ss., p. 433-435.

62 BLANCO VALDÉS, *El valor...*, p. 117.

El concepto jurídico norteamericano de Constitución es deudor de varios presupuestos políticos, siendo los fundamentales, en primerísimo lugar, el principio democrático como único título de legitimación de *origen* de *todos* los poderes públicos, con su corolario de igualdad de todos los ciudadanos y en segundo lugar, el principio de separación de poderes (tanto horizontal como vertical) como garantía de los derechos de las minorías frente a un eventual abuso de las mayorías en el *ejercicio* del poder. A lo anterior se suma un condicionamiento institucional o cultural, a saber, un poder judicial vertebrado, en principio, siguiendo el modelo del “*Common law*”.

3.D. La *construcción europea* del concepto jurídico de Constitución, por su parte, no es menos cierto que también se explica políticamente. Del mismo modo que la presencia de especiales circunstancias políticas hizo que la Constitución en Norteamérica adquiriese un “valor jurídico”, la existencia de otras circunstancias políticas llevó a que en Europa la Constitución careciera de ese valor jurídico, teniendo un “valor político”. Mientras en los Estados Unidos fue posible la construcción de un *nuevo* Estado sin hipotecas histórico-tradicionales, en Europa la idea de Constitución se plantea para Estados *ya existentes*, Estados surgidos en los siglos XV-XVI y vertebrados en torno a la soberanía del monarca. La presencia de poderes histórico-tradicionales que en ese momento tenían todo el poder (el “principio monárquico”), hipotecó gravemente el proceso de implantación del principio de soberanía nacional (principio democrático) y de su corolario, el poder constituyente del pueblo como poder superior a todos los demás. La pugna entre el detentador tradicional de la soberanía (la monarquía) y sus aliados, por un lado, y los emergentes pueblo y burguesía, por otro, explicó que la Constitución fuera durante una larga etapa un compromiso o pacto entre ambas facciones. En esas circunstancias era inviable la existencia de una soberanía nacional y un poder constituyente del pueblo superior al de *todos* los demás poderes (incluida la monarquía y sus aliados), siendo la consecuencia lógica que tampoco fuera viable una Constitución entendida como norma jurídica que se impone a todos los demás poderes. El triunfo del principio democrático (ejemplificado en la derrota de las potencias centrales en la primera guerra mundial y de las potencias del eje en la segunda)

abrió las puertas al reconocimiento de la soberanía nacional y a la existencia de poderes constituyentes populares que establecieron Constituciones concebidas como normas jurídicas supremas⁶³.

Pero el triunfo de la racionalidad democrática no supuso un arrasamiento de los vestigios históricos del Estado. Por ello, el concepto jurídico de Constitución en Europa se terminó configurando sobre una serie de presupuestos políticos distintos a los de los Estados Unidos. Como ha indicado Pérez Royo, esto explica la presencia de las instituciones de la Jefatura del Estado, de cierto bicameralismo y del Tribunal Constitucional en Europa⁶⁴. Junto a esto, cabe añadir otros datos no menos relevantes: en primer lugar, que el principio democrático en Europa ha dotado de legitimación de origen directa únicamente al Parlamento (pero no al ejecutivo ni al judicial) y, en segundo lugar, que el poder judicial se ha vertebrado siguiendo un modelo burocrático (como alternativa a su configuración siguiendo un modelo democrático).

4. PROPUESTA DE CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN ADECUADO A NUESTRA CIRCUNSTANCIA HISTÓRICO-ESPIRITUAL

De lo dicho hasta ahora creemos que puede convenirse que la idea de Constitución adecuada a nuestra circunstancia histórico-espiritual debe ineludiblemente tomar en cuenta una serie de dimensiones políticas, éticas y normativas. Estas dimensiones no constituyen elementos “yuxtapuestos” sino que tienen sentido únicamente cuando están conectados entre sí.

El primer elemento de la Constitución es su *politicidad*. Puede convenirse que en nuestra cultura existe un poder político especial cuyas características no se conocieron en otras fases de la historia. Ese poder político no es un poder político cualquiera, sino que se considera “supremo”, de suerte que no hay poderes que no deriven de él su propio poder. Ese poder político supremo se llama “soberanía”. Cuando el poder político

63 PÉREZ ROYO, *Curso...*, cit., p. 103 ss.

64 PÉREZ ROYO, *Curso...*, cit., p. 492, 508, 636.

soberano establece unas reglas de conducta para la comunidad normalmente se ocupa de cuestiones esenciales, del modo y forma de existencia de esa comunidad. La Constitución es, por tanto, una manifestación de la soberanía, del “poder constituyente”.

El segundo elemento de la Constitución es su *eticidad*. Parece que hay acuerdo en admitir que el poder político supremo, la soberanía (y, por tanto, esa manifestación suya que es el poder constituyente) no puede recaer en una única persona o en un grupo minoritario de personas (ya se defina por la “clase social”, por su “status” o por cualquier otra circunstancia física, económica o social). Las ideas dominantes en nuestra sociedad consideran éticamente aceptable únicamente la tesis de que el poder político supremo o soberanía debe residir en toda la comunidad política (“democracia”) y no en algún fragmento de la misma. Igualmente, cabe considerar como generalmente aceptado en nuestra civilización que el poder político supremo no puede ser utilizado para destruir a los individuos que componen una comunidad política. Es posible que el poder político no resida efectivamente en la comunidad y que desprecie a los individuos, pero en tal caso, si no quiere ver seriamente perturbada su existencia tendrá al menos que tender a residir en la comunidad política y tender a proteger a los individuos (o aparentar verosímilmente que lo hace).

El tercer elemento de la Constitución es su *normatividad*. Existe consenso en torno a la idea de que la regla de conducta social establecida por el poder político “supremo” debe considerarse como una regla o norma “suprema”. Del mismo modo que todos los poderes de una sociedad deben emanar del poder político supremo sin que sea concebible un poder que contradiga a ese poder político supremo (so pena de que éste deje de ser eso, supremo), se acepta que las normas que rigen una sociedad deben derivarse de la norma suprema, expresión de ese poder político supremo, sin que quepa admitir normas que contradigan a la norma suprema (so pena de que ésta deje de ser tal).

Los tres elementos vistos se requieren para poder hablar de “Constitución”. Una “politicidad” a secas, una determinación

“caso por caso” de los actos fundamentales de la convivencia, sin consideración a la eticidad y sin el establecimiento de una normatividad podrá lograrse por la fuerza pero por su carácter inmoral suscitará resistencias y por su arbitrariedad carecerá de una mínima “previsibilidad” y “generalidad”. Una “eticidad” sin más, que no estuviera apoyada por el poder político podría carecer de vigencia social y si no estuviera formulada normativamente provocaría interminables discusiones. Una “normatividad” que no esté garantizada por el poder político resultaría tan inútil como cualquier proyecto normativo elaborado por un particular y si no está impregnada de “eticidad” puede resultar aberrante.

A la vista de todo ello, podemos afirmar que *una “Constitución” es una decisión política sobre cuestiones fundamentales de la convivencia, que se pretende emanada de la comunidad política y protectora de los miembros de la misma, y que se halla articulada en forma lógica como norma suprema.*

II. LOS FUNDAMENTOS CULTURALES DEL CONSTITUCIONALISMO: LA IDEA DE DIGNIDAD HUMANA

1. Justificación. 2. Dignidad: etimología. 3. La idea de dignidad en el Derecho Romano. 4. La idea de dignidad en la Teología: 4.A) Patrística: San León Magno; 4.B) Edad Media: Santo Tomás de Aquino; 4.C) Edad Moderna: Concilio Vaticano II; 4.D) El Derecho Canónico. 5. La idea de dignidad en la Filosofía: 5.A) Filosofía humanista: Manetti, Pico, Vives, Boastuau, Pérez de Oliva; 5.B) Filosofía empirista: Hume; 5.C) Filosofía de la Ilustración: Kant; 5.D) Filosofía del Clasicismo alemán: Schiller; 5.E) Filosofía idealista: Hegel. 6. La idea de dignidad en el Derecho contemporáneo.

1. JUSTIFICACIÓN

Pretendo, en este trabajo, hacer una genealogía de la idea de dignidad humana. Estimo que este estudio, no estrictamente jurídico-positivo, no carece de interés para el Derecho Constitucional en la medida en que pueda contribuir a clarificar el sentido de un concepto central “de” (“en” y “para”) nuestra

Constitución, pues es obvio que la Constitución se nutre de ideas y conceptos que han sido decantados teóricamente mucho antes de la elaboración de la misma. En este sentido el examen de la idea de dignidad aunque deba llevarse a cabo necesariamente en un marco “pre-constitucional”, no por ello carece de interés “constitucional”.

2. DIGNIDAD: ETIMOLOGÍA

La etimología de la palabra “dignidad” se encuentra en la raíz indoeuropea *dek*⁶⁵. Esta es la raíz de un verbo que en indoeuropeo significaba “tomar, recibir, saludar, honrar”. A partir del significado “recibir o recibir bien” se desprenden otros significados como “apropiado”, “corresponder”, “convenir”, “hacer justicia a alguien”, “mostrar algo como aceptable”, “hacer a alguien algo que parezca bueno”, “enseñar” y “aprender”. A partir del verbo, se forma el nominativo *dekos* que puede traducirse por “adorno”, “gala”, “compostura”, “gloria” u “honor”.

A partir del tronco indoeuropeo, en las lenguas derivadas de la misma se encuentran significados conexos. Así, en el índico antiguo *dasasyati* para “honrar”; en griego el verbo *dekomai* por “acepto”, *dokeo* por “opino” o “me parece”, *doxa* por “opinión o fama” y *dogma* por “resolución”; en irlandés antiguo *dec* por “el mejor”. Por lo que respecta al latín⁶⁶, lengua de la que deriva el castellano, a partir del indoeuropeo *dek* se derivan el verbo *decet, -ere* (“ser decoroso”, “ser debido”, “adornar”, “ir bien”), el sustantivo *decus, -oris* (“gloria”, “honor”, “dignidad”) y el adjetivo *dignus* (“que conviene a”, “merecedor”, “digno de”; *dignus* que proviene de *dec-nos* propiamente significa “adornado con”). De *dignus* se derivan otras palabras como *dignitas* (“mérito”, “dignidad”, “alto rango”) o *indignus* o *condignus*. Otros significados se derivan de esta raíz como el verbo *disco-ere* (enseñar) o el castellano “decente”. Como conclusión, puede

65 Ver a este respecto, Alois WALDE (ed. por Julius POKORNY): *Vergleichendes Wörterbuch der Indogermanischen Sprachen*, Walter de Gruyter, Berlín & Leipzig, 1930, t. I, p. 782 ss.; Julius POKORNY: *Indogermanisches Etymologisches Wörterbuch*, Francke Verlag, Berna & Munich, 1959, 189 ss.

66 Consultese, además de las dos obras anteriores, A. ERNOUT. y A. MEILLET.: *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, C.Klincksieck, París, 1959 (4ª ed.), t. I, p. 166-167.

establecerse que la etimología de la palabra dignidad nos remite tanto a una afirmación ontológica de superioridad cuanto a una afirmación ética en el sentido de honrar, de una posición elevada, honorable, de merecimiento.

3. LA IDEA DE DIGNIDAD EN EL DERECHO ROMANO

En Roma existen diversas acepciones de dignidad. Siguiendo el importante trabajo de Lévy, podemos distinguir un sentido moral y un sentido sociopolítico que, a su vez, admite dos variantes, una absoluta (más política) y otra relativa (más social)⁶⁷. En primer lugar, la *dignitas* tiene un sentido moral, presente en varios textos jurídicos, pero sobre todo en textos literarios. En este sentido, alude al mérito, a la integridad, al desinterés, a la lealtad. De ahí que a menudo aparezcan asociados a ese término otros como *existimatio*, *fama*, *laus*, *decus* o *gloria*, algo que no puede extrañarnos conociendo la etimología del término. Pero además del anterior, y en segundo lugar, la *dignitas* tiene otras significaciones socio-políticas más vinculadas al Derecho. De una parte, en un sentido absoluto, alude a las grandes personalidades, tales como los *príncipes civitatis* y todos los magistrados romanos (cuestores, censores, magistraturas, senadores y al propio Senado); ampliándose su campo de referencia durante el Imperio (a los prefectos, altos funcionarios imperiales y mandos militares) y durante el Bajo Imperio (a los mandos eclesiásticos): es significativo que a comienzos del siglo V una obra que contenía un índice de los cargos públicos, civiles y militares, de la organización política de esa época se titulara precisamente *Notitia dignitatum et administrationum omnium tam civilium quam militarium in partibus orientis et occidentis*. En este sentido la noción aparece ligada a otras como *auctoritas*, *maiestas*, *honores* o *potestas* y aparece expresamente excluida de algunas como *humilitas* y de ciertas personas (prostitutas, plebeyos, esclavos, libertos). Por esta razón, la *dignitas* es susceptible de sufrir altibajos pues, si bien es cierto que un *honos* la puede aumentar, no lo es menos que puede desaparecer por una condena o por el exilio. De

67 Jean Philippe LÉVY: "Dignitas, Gravitas, Auctoritas Testium", en VV.AA. *Studi in onore di Biondo Biondi*, Giuffrè, Milán, 1965, t. II, p. 27 ss. (33 ss.).

otra parte, la *dignitas* también tiene otra acepción cercana a la anterior, pero más relativa que designa el rango social, el lugar de cada persona en la sociedad y que puede ser próxima a *status*, *gradus* o *conditio*. Ciertamente se la reconoce en los órdenes sociales superiores y, así, se distingue poco de la precedente. Pero, especialmente entre los jurisconsultos, la *dignitas* puede ser *maior* o *minor*, *superior* o *inferior* llegando a aplicarse a los libertos, a los esclavos, a las esposas o a las concubinas. De todo lo dicho puede extraerse como conclusión que en Roma la dignidad es una noción multívoca que por un lado, tiene una connotación moral y por otra social o política que mayormente alude a la idea de elevación, excelencia o mérito; asimismo podemos afirmar que la dignidad básicamente “se hace” y que no todos son “iguales” en dignidad.

4. LA IDEA DE DIGNIDAD EN LA TEOLOGÍA

4.A. Patrística: San León Magno

Los textos sagrados neotestamentarios del Cristianismo no contienen una referencia directa a la dignidad como categoría moral, por lo que resulta forzado hacer teorizaciones teológicas sobre la noción de dignidad en el Nuevo Testamento⁶⁸. La teología cristiana introducirá este concepto importándolo del latín (lengua en la que no se escribieron los libros sagrados), fundamentalmente a través de la obra de San León Magno (?-461), si bien no debe soslayarse la influencia del pensamiento hermético⁶⁹. San León Magno, va a asumir este sentido de la *dignitas* como “alto rango” propio de las más altas magistraturas para aplicarla en dos sentidos. En primer lugar, contempla la dignidad de los cristianos, de los bautizados, fundada en que el mismo Dios-Espíritu Santo se ha erigido su templo en ellos por

68 Es el caso de la obra de José María GONZÁLEZ RUIZ, *La dignidad de la persona humana en San Pablo*, Instituto Social León XIII, Madrid, 1956.

69 Advierte BUCK que el endiosamiento del hombre como *magnum miraculum* se lleva a cabo en el *Asclepius*, un texto de Hermes Trismegisto (el “padre” del Hermetismo) que influyó no sólo en los Padres de la Iglesia (Lactancio [s. III-IV], San Gregorio de Nisa [?-386], Nemesio de Emesa, San Agustín [354-430]), sino también en los teólogos medievales (August BUCK: “Einleitung” a la obra de Giannozzo Manetti a la que se alude *infra* (p. X). El texto de Hermes Trismegisto (*Magnum, o Asclepi, miraculum est homo*), es citado por Pico y Pérez de Oliva.

el bautismo⁷⁰; en segundo lugar, proclama la dignidad de todo ser humano, basada en dos distintos títulos: de un lado, y de forma expresa, en que el hombre ha sido hecho a imagen de Dios⁷¹, de otro lado, implícitamente, en que Dios al hacerse hombre dignificó la naturaleza humana⁷². En consecuencia, se trata de dos nociones distintas de dignidad, fundadas en títulos distintos y aplicadas a sujetos no exactamente coincidentes, aunque ambas tengan un fundamento teológico (no igual, por cierto). De ahí que no pueda estimarse que San León distinga una dignidad actual o real (la del cristiano) y otra dignidad potencial; no resulta, en consecuencia, justificada la aseveración de D'Ors de que además de la del cristiano o bautizado, San León Magno va a reconocer que "todo hombre, no ya sólo el bautizado, tiene una dignidad precisamente porque está creado para incorporarse a Dios mediante el Bautismo: se trata, en realidad, de una expectativa de dignidad que califica ya como digno al llamado a la misma"; la relación de instrumentalidad entre una y otra, subordinada la "dignidad potencial" o "expectativa de dignidad" a la "dignidad actual" que otorga el Bautismo, tal y como la concibe D'Ors no puede, sino por abuso, atribuirse a San León Magno⁷³. En depende de su fin. Esto es lo esencial para la concepción cristiana de la dignidad natural: su conclusión, puede decirse que para San León Magno, la dignidad es una categoría ontológica, sin contenido moral, que le permite sostener que el hombre "nace" digno y todos los seres humanos desde esa perspectiva comparten "igual" dignidad.

70 Sancti LEONIS MAGNI Romani Pontificis: *Tractatus Septem et Nonaginta*, Turnhout, 1973, *Sermo XXI*, cap. III, col. 192 y 193: "Agnosce, o Christiane, dignitatem tuam, et divinae consors factus naturae, noli in veterem vilitatem degeneri conversatione redire... Per baptismatis sacramentum Spiritus sancti factus es templum".

71 Sancti LEONIS MAGNI, *op. cit.*, *Sermo XXVII*, cap. VI, col. 220: "Expergisce, o homo, et dignitatem tuam cognoscere naturae. Recordare te factum ad imaginem Dei (Gen. 1, 26); quae, etsi in Adam corrupta, in Christo tamen est reformata".

72 Sancti LEONIS MAGNI, *op. cit.*, *Sermo XXVIII*, cap. I, col. 222: "Nativitates Dominicae sacramento nobis clarius coruscante: ut recurrentes ad illam divinae misericordiae ineffabilem inclinationem, qua Creator hominum homo fieri dignatus est, in ipsius nos inveniamur natura, quem adoramus in nostra... Deus enim..., formam servi sine suae detrimenti majestatis accepit, ut in sua nos proveheret, non se in nostra deiceret".

73 Esta es la tesis de D'Ors para quien "la participación en el sacerdocio real (i.e. el Bautismo) es la dignidad actual, pero la vocación al mismo es una dignidad potencial: el Bautismo da la dignidad, pero el hombre ha sido creado para alcanzar esa dignidad, pues ha sido predestinado a ella (Eph. 1, 5). En otros términos: la dignidad del hombre natural depende de su fin. Esto es lo esencial para la concepción cristiana de la dignidad natural: su vocación a la verdadera dignidad sobrenatural" (Álvaro D'ORS: "La llamada dignidad humana", *La Ley* (Buenos Aires), nº 148 (31 de julio de 1980), p 1 ss. [p. 2]). La tesis de D'Ors podría tener cierto apoyo en este texto (al que él no alude) pues para que "in sua nos proveheret" desde el punto de vista cristiano es requisito necesario (pero no siempre suficiente) el Bautismo.

4.B. Edad Media: Santo Tomás de Aquino

En Santo Tomás (1225-1274), la idea de dignidad va a tener una distinta perspectiva. Ciertamente, en Santo Tomás se aprecian ciertos ecos de la noción de dignidad humana empleada por San León Magno, pues considera que, precisamente porque el hombre está creado a imagen de Dios, se halla por encima (supra) de los restantes animales⁷⁴ (concepción esta que se encuentra en otros pensadores medievales⁷⁵); ahora bien, el reconocimiento de esa superioridad o más alto rango no lleva a Santo Tomás a fundamentar en la misma la dignidad humana. Santo Tomás se separa de San León Magno en que va a fundamentar la idea de dignidad humana, no teológicamente, sino naturalmente. Su punto de partida es la concepción del hombre como ser personal. Según el Aquinate, se emplea el nombre de “persona” para designar a los que tienen alguna dignidad; pues bien, dado que, siguiendo a Boecio, estima que el ser humano es persona (define a la persona humana como *rationalis naturae individua substantia*⁷⁶), no puede extrañar que le atribuya dignidad⁷⁷. Para este autor, la dignidad del hombre estriba en ser “naturalmente libre” y “existente por sí mismo”; ahora bien, precisamente por ello, a su entender, la dignidad del hombre decae cuando el hombre, actuando irracionalmente se hunde en la esclavitud de las bestias. Es cierto que según nuestro autor, ese decaimiento se produce cuando se comete el pecado, pero esta circunstancia no quita para que su razonamiento se construya en torno a categorías racionales-naturales y no teológicas⁷⁸. Es errónea, por tanto, la opinión de

74 Santo TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*, BAC, Madrid, 1959, 1 q. 96 a. 1 (tomo III, p. 654): “Unde, cum homo sit supra certera animalia, utpote ad imaginem Dei factus, convenienter eius gubernationi alia animalia subduntur”.

75 Así en Guillermo de Saint-Thierry (1085-1148) que proclama en su comentario al Cantar de los Cantares “O imago Dei, recognosce dignitatem tuam; refulgeat in te auctoris effigies” o en Pedro Lombardo (1100-1164). Cfr. BUCK, *op. cit.*, p. XI.

76 Santo TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, 1 q. 29 a. 1. Véase una de las más brillantes exposiciones del pensamiento del Aquinate, que trata también de esta cuestión: Eustaquio GALÁN Y GUTIÉRREZ, *Ius Naturae*, vol. 2, Madrid, 1961, p. 315 ss.

77 Santo TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, 1 q. 29 a. 3 (tomo II-III, p. 109): “impositum est hoc nomen ‘persona’ ad significandum aliquos dignitatem habentes... Et quia magnae dignitatis est in rationali natura subsistere, ideo omne individuum rationalis naturae dicitur persona”.

78 Santo TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, 2-2, q. 64, a. 2 (t. VIII, p. 434-435): “quod homo peccando ab ordine rationis recedit: et ideo decedit a dignitate humana prout scilicet homo est naturaliter liber et propter seipsum existens, et incidet quodammodo in servitutem bestiarum”.

D'Ors de entender en el Aquinate la categoría de dignidad en clave bautismal-sobrenatural atribuyéndola el mismo sentido que le atribuía a San León Magno⁷⁹. Aquí, la noción de dignidad de Santo Tomás conecta con otro de los significados originarios de la dignidad según vimos al examinar su etimología: el sentido ético de “mérito”. Esto significa que, a su juicio, la dignidad no es una cualidad dada (no es una afirmación ontológica), sino algo que debe ganarse y que puede incluso arriesgarse e incluso perderse, siendo esta pérdida, precisamente, una de las razones que expone Santo Tomás para justificar la legitimidad de la pena de muerte (es una idea ética)⁸⁰. Las concepciones tomistas persistirán largo tiempo, siendo perceptibles en documentos pontificios de León XIII (1810-1903)⁸¹. Podemos concluir que para Santo Tomás, la dignidad es una categoría ética que, si bien es predicable desde el nacimiento, debe ser “mantenida” y en tal medida el hombre “se hace” digno y los diferentes seres humanos tienen una “desigual” dignidad⁸².

4.C. Edad Moderna: Concilio Vaticano II

El Concilio Vaticano II constituye un punto de inflexión (y confusión) en el entendimiento de la noción de dignidad humana. Por un lado, se va a introducir un elemento de confusión o de indefinición acerca de la fundamentación teológica o natural de la dignidad humana: así, unos textos defienden que ésta tiene una base divina, si bien aquí los textos a su vez difieren entre

79 Para D'Ors “es así el fin sobrenatural, después de todo, el que permite hablar de la dignidad del hombre como tal hombre. Esta dignidad es la que veíamos en San León Magno como dignidad potencial” (D'ORS, *op. cit.*, p. 2).

80 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *ibidem*: “*Et ideo quamvis hominem in sua dignitate manentem occidere sit secundum se malum, tamen hominem peccatorem occidere potest esse bonum, sicut occidere bestiam: peior enim est malus homo quam bestia, et plus nocet, ut Philosophus dicit in I 'Polit.' et in VII 'Ethic.'*”

81 LEÓN XIII, *Inmortale Dei* (1885), nº 38 (“si la inteligencia asiente a opiniones falsas y si la voluntad atiende y se abraza al mal, ni una ni otra alcanzan su perfección, antes decaen de su dignidad natural y se pervierten y corrompen”) y *Libertas* (1888), nº 1 (cifra la dignidad del hombre en “estar en manos de su albedrío” y en “ser dueño de sus acciones”).

82 Y no sólo los seres humanos. Otros seres también pueden tener dignidad, una dignidad que puede ser mayor que la del ser humano. Es el caso de Cristo (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, 1 q. 29 a. 1: “*humana enim natura in Christo non est persona, quia est assumpta a digniori, scilicet a Verbo Dei*”; 1 q. 29 a. 3: “*dignitas divinae naturae excedit omnem dignitatem*”) o sería el caso de los ángeles. Esta conclusión es difícil de entender para D'Ors que insiste erróneamente en que “la ‘dignitas’ no es simple superioridad, sino que depende de la vocación al Bautismo... y en este sentido los ángeles no son más “dignos” que el hombre” (D'ORS, *op. cit.*, p. 2).

los que aducen ese fundamento teológico para defender la igual dignidad de todos los seres humanos⁸³ y los que la alegan para defender la igual dignidad de los bautizados⁸⁴ (ideas ambas que, como vimos, pueden entroncarse, en última instancia, con San León Magno), otros textos dan pie a sostener que puede tener un sustrato humano y tener un contenido ético⁸⁵ (algo que, como se vio, está argumentado en Santo Tomás). Por otro lado, existe también inseguridad respecto a la cuestión de si todos los seres humanos tienen “igual” dignidad, pues mientras unos textos proclaman la igual dignidad de todos los hombres⁸⁶ (en la línea que se derivaría de San León Magno), otros textos abren la puerta a la estimación de una “desigual” dignidad de los diversos seres humanos⁸⁷ (de acuerdo con el desarrollo de la idea en el Aquinatense).

4.D. El Derecho Canónico

La aparición de estas nuevas nociones de dignidad no supuso, sin embargo, el abandono de los conceptos romanos sobre la dignidad que van a pervivir en el Derecho Canónico. Así, por un lado, la dignidad seguirá teniendo un significado “moral” y, por otro lado, un sentido jurídico-administrativo, aunque ambos aparecen relacionados. En efecto, de un lado, se habla de que “digno” es quien reúne las cualidades que el Derecho exige para obtener beneficios, cualidades que son generalmente tres: edad, bondad y ciencia; si bien, la mayor o menor dignidad de un sujeto “no consiste en el mayor o menor número de años, ni

83 Declaración sobre la libertad religiosa *Dignitatis humanae*, n.º 2 (“la dignidad misma de la persona humana, tal como se conoce por la palabra de Dios revelada y por la misma razón natural”); Constitución pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual *Gaudium et spes*, n.º 21 (“la dignidad del hombre... se funda y perfecciona en el mismo Dios”).

84 Constitución dogmática sobre la Iglesia *Lumen gentium*, n.º 32 (“común la dignidad de los miembros [de la Iglesia] por su regeneración en Cristo”).

85 *Dignitatis humanae*, n.º 2 (“todos los hombre, conforme a su dignidad por ser personas, es decir, dotados de razón y de voluntad libre, y consiguientemente enaltecidos con responsabilidad personal”); *Gaudium et spes*, n.º 21 (“si este fundamento divino y la esperanza de la vida eterna desaparecen, la dignidad del hombre sufre gravísimas lesiones”. Luego... ¡no desaparece!).

86 *Dignitatis humanae*, n.º 2 (“todos los hombres, conforme a su dignidad, por ser personas”); *Gaudium et spes* n.º 29 (“la igual dignidad de las personas”).

87 *Gaudium et spes* n.º 16: “no pocas veces sucede que la conciencia yerra por ignorancia invencible, sin que por eso pierda su dignidad, lo cual no se puede decir cuando el hombre no se preocupa gran cosa por conocer la verdad y el bien”. En este caso... ¡si perdería su dignidad!.

en la mayor o menor ciencia o virtud, sino en todo el conjunto de circunstancias personales que hacen a uno más útil para el gobierno y más conveniente para el bien social; de otro lado, se define la “dignidad” como “el beneficio que lleva aparejada jurisdicción”, bien entendido que “las dignidades deben ser personas reconocido mérito e ilustración, y adornadas de grandes virtudes para que puedan llenar su misión... y servir de ejemplo a los demás”⁸⁸. Pero esto no es todo, porque el concepto de dignidad en la actual Teología se complica aún más si tomamos en cuenta el Código de Derecho Canónico de 1983 que, no sólo mantiene los sentidos jurídico-canónicos de “dignidad” que acabamos de ver⁸⁹, sino que también en algún canon utiliza uno de los sentidos “cristianos” de la idea de dignidad propuestos por San León Magno, a saber, el de igual dignidad de los bautizados⁹⁰.

5. LA IDEA DE DIGNIDAD EN LA FILOSOFÍA

5.A. Filosofía humanista: Manetti, Pico, Vives, Boaiustuau, Pérez de Oliva

5.A.a. La idea de dignidad humana, tomada de la literatura y del Derecho Romanos fue cristianizada y “teologizada” a partir del siglo V por San León Magno. Fue Santo Tomás de Aquino, como hemos visto, quien al considerar que la dignidad del hombre estribaba en ser “naturalmente libre” y “existente por sí mismo” secularizó la idea ubicándola en el terreno de la Filosofía. El Renacimiento preconizó una vuelta a la Antigüedad clásica, pero en este punto, tal vuelta, en rigor, no existe; antes bien, la Filosofía Humanista partirá de los hallazgos conceptuales aquinatenses para llegar a formulaciones nuevas. El primero de los filósofos renacentistas que tratará de la cuestión fue **Giannozzo Manetti** (1396-1459) en su obra *De dignitate et*

88 Niceto ALONSO PERUJO y Juan PÉREZ ANGULO (dtores.): *Diccionario de Ciencias Eclesiásticas*, Imp. de Domenech, Valencia, 1885, t. III p. 575 ss. (Voces “dignidad”, “dignidades” y “digno”).

89 Canon 377.2 *CIC*: “...quos episcopali munere dignos et idoneos putet...” (para exigir que los candidatos al obispado sean íntegros); Canon 339.2 del *C.I.C.*: “Ad concilium Oecumenicum insuper alii aliqui, qui episcopali dignitate non sint insignati...”.

90 Canon 208 del *Codex Iuris Canonici*: “Inter christifideles omnes, ex eorum quidem in Christo regeneratione, vera viget quoad dignitatem et actionem aequalitas...”.

excellentia hominis, de 1452⁹¹. La obra de Manetti se entiende tomando en consideración el precedente que supuso la contribución de Bartolomeo Fazio⁹² así como dos circunstancias importantes. La primera es la publicación de la obra de gran impacto del Cardenal Lotario de Conti (1160-1216, Papa Inocencio III desde el 1198) *De miseria humanae conditionis* en la que considera al ser humano como despreciable y digno de lástima⁹³; la segunda, está en las contribuciones filosóficas y teológicas sobre la dignidad sintetizadas en la obra del aquinatense. Manetti, como exponente de la nueva corriente del humanismo renacentista, reacciona contra la visión pesimista y negativa del ser humano que tenía en la obra de Inocencio III uno de sus referentes; pero esa reacción tiene todavía un fuerte componente teológico. Manetti fundamenta la dignidad del hombre en razones teológicas y razones naturales. Por lo que respecta a las primeras, estriban en que el hombre es una criatura a quien Dios ha creado, ha dotado de grandes cualidades, a quien ha sometido todas las demás cosas, cuya sabiduría viene del reconocimiento de la superioridad de Dios y cuya naturaleza quedó unida a la divina⁹⁴. Por lo que hace a las segundas, se basan en la gran perfección del cuerpo y del alma humanos⁹⁵. Ahora

91 Giannozzo MANETTI: *Über die Würde und Erhabenheit des Menschen (De dignitate et excellentia hominis)*, trad. de Hartmut Leppin, edición e introducción de August Buck, Felix Meiner Verlag, Hamburgo, 1980. Manejo la traducción alemana de la obra pues no he podido conseguir ni la versión original latina ni ninguna traducción española de la misma.

92 Bartolomeo FAZIO, *De excellentia ac praestantia hominis* (1448). Esta obra dedicada a Alfonso I, igual que la de Manetti, tenía sin embargo una dependencia aún mayor de las fuentes teológicas, sobre todo de Lactancio (vid. BUCK, *op. cit.*, p. XVII).

93 ¿Cabría interpretar el pensamiento de Inocencio III denigrando al ser humano como una forma de legitimar su lucha por la primacía del Papado (reino de lo espiritual) frente al Emperador (reino de lo temporal y, por eso, más humano)?

94 MANETTI, *op. cit.*, III n° 9 (“la creación del hombre es una obra señorial, maravillosa, divina”); III n° 11 (“A su tan digna y extraordinaria creación, Dios la ha atribuido tal valor que ha dado al hombre la belleza más resplandeciente, los más ricos dones, la más alta sabiduría y el mayor poder”); III n° 21 (“en el principio Dios ideó y destinó el mundo y todo su ornato en provecho del hombre”); III n° 23 (“toda la sabiduría del hombre tiene precisamente su fundamento en que reconoce y honra a Dios sobre todo”); III n° 59 (“nada refleja mejor esta esencia (la humana) que Dios ha creado tan bella, tan inteligente, tan sabia, tan rica, tan digna, tan poderosa, tan dichosa y tan feliz... que el que, mediante la mezcla con lo divino mismo, en la persona de Cristo, no sólo se alió, sino que se unió con la esencia divina y de este modo se convirtió en una esencia peculiar”). A la luz de estos textos, queda claro que no puede compartirse el juicio de Alcina para quien “Manetti no entra en cuestiones teológicas... sobre el hombre como imagen de Dios” (cfr. Juan Francisco ALCINA, “Introducción” a la obra de Vives citada *infra*, p. XVIII).

95 MANETTI, *op. cit.*, I n° 49 (“¿qué disposición de los miembros, qué armonía de las formas, qué figura, qué aspecto podría ser o podría ser ideado más bello que los del hombre?”); II n° 36 (al hablar de las propiedades del alma del hombre dice “cuando grandes y excelentes son sus fuerzas como lo prueban, de un lado, las muchas importantes y formidables obras y, de otro lado, los instrumentos que, de modo maravilloso han sido creados e ideados por él”).

bien, Manetti es un pensador humanista del Renacimiento, y ello le lleva a introducir tesis que van más allá de lo anterior y por él mismo expuesto. Manetti lleva a glorificar al hombre hasta el extremo de subvertir la afirmación teológica de que “el hombre se hizo a imagen de Dios” para sustituirla por la de que “Dios es la imagen del hombre”, afirmación esta que nos introduce ante una nueva época del pensamiento claramente distinta de la medieval por más que aún se aduzcan citas o fundamentaciones teológicas⁹⁶. Del texto de Manetti se desprende que la dignidad estriba en un conjunto de perfecciones que hacen al hombre ocupar el más alto rango de la Creación. La dignidad es aquí una categoría ontológica que supone que el hombre, por tanto, “nace” digno y que esa dignidad es compartida por todos los seres humanos igualmente.

5.A.b. El siguiente filósofo humanista que trató esta cuestión fue **Pico de la Mirandola** (1463-1494), que elaboró un célebre Discurso (*Oratio*)⁹⁷ que con el tiempo vino a titularse “De la dignidad humana”⁹⁸. En este trabajo se afirma de un modo radical la libertad del hombre. Pico cree saber por qué el hombre es el ser más dichoso, el más digno, por ello, de admiración⁹⁹. Mientras los demás seres tienen una naturaleza contraída dentro de las leyes prescritas por la divinidad, el hombre no está sometido a cauces algunos angostos, teniendo arbitrio para definir su propia naturaleza. Pico pone en boca de Dios estas palabras: “ni celeste, ni terrestre te hicimos, ni mortal, ni inmortal, para que tú mismo, como modelador y escultor de ti mismo, más a tu gusto y honra, te forjes la forma que prefieras para ti. Podrás degenerar a lo inferior, con los brutos; podrás realzarte a la par de las cosas divinas, por tu misma decisión”¹⁰⁰. El autor italiano afirma que “al hombre,

96 MANETTI, op. cit., I n° 49 (precisamente porque los antiguos observaron la perfección del cuerpo humano “aventuraron la convicción de que los dioses poseían figura humana”); III n° 11 (“los dioses inmortales en la pintura y en la escultura no recibieron otra figura sino la humana... la verdadera imagen de Dios es el hombre”); III n° 47 (“el hombre fue concebido naturalmente como un dios mortal para pensar y actuar”); III n° 58 (“si nuestros primeros padres no hubieran pecado, Cristo también habría bajado del cielo a la tierra... para honrar y glorificar al hombre de modo maravilloso e inconcebible mediante su humilde aceptación de la forma humana”).

97 Giovanni PICO DELLA MIRANDOLA: *De la dignidad del hombre*, Introducción, traducción y notas de Luis Martínez Gómez, Editora Nacional, Madrid, 1984.

98 Como observa MARTÍNEZ GÓMEZ, la *Oratio* inicialmente no tenía título. Fue tiempo después (¿en la edición de 1601?) cuando se le adscribió el título *De hominis dignitate* (Martínez Gómez, “Introducción” a Mirandola, *De la dignidad...*, cit., p. 24).

99 PICO, op. cit., p. 104.

100 PICO, op. cit., p. 105.

en su nacimiento, le infundió el Padre toda suerte de semillas, gérmenes de todo género de vida. Lo que cada cual cultivare, aquello florecerá y dará su fruto dentro de él". Así, el hombre, de acuerdo con sus obras podrá ser una mera planta, un bruto, un animal celeste o un superior numen revestido de carne humana. En definitiva, el hombre no tiene de por sí y por nacimiento una figura propia, sino muchas ajenas y advenedizas, que puede hacer suyas de acuerdo con sus actos¹⁰¹.

Lo propio y peculiar del hombre, según Pico, su dignidad, en consecuencia, estriba precisamente en la libertad del hombre de forjarse a sí mismo de una manera que pudiera decirse ilimitada. Esta libertad implica una visión radicalmente dinámica de la dignidad. El hombre, en virtud de sus obras puede ser un "bruto" o un "superior numen revestido de carne humana". En esta forma dinámica de concebir al ser humano, como alguien que no es ni bueno ni malo por naturaleza, sino libre para hacerse bruto o noble, se puede percibir el influjo de Santo Tomás de Aquino, si bien hay ya un elemento nuevo: mientras el Aquinatense opina que el hombre que se hace esclavo pierde por ello mismo su dignidad, en Pico ello no significa una pérdida de esa dignidad, pues el ser humano sigue siendo, en el fondo, libre para dejar de ser esclavo. Esto se explica porque, mientras en Santo Tomás la dignidad es una idea ética, en Pico es una categoría ontológica. La libertad y la dignidad son para él inalienables. La dignidad no se va a considerar ya como una categoría dinámica, como algo que debe conquistarse y que no está ya dado para siempre, sino que se va entender de modo estático, como algo ya dado y que no puede perderse.

En conclusión, a diferencia de lo que sucede en Manetti, en Pico la dignidad no estriba tanto en la excelencia de las cualidades humanas cuanto, y esto es lo novedoso, en la libertad o capacidad del hombre de llegar a esa excelencia. Eso sí, a semejanza de Manetti, según Pico la dignidad es una categoría ontológica lo que implica que el hombre "nace" digno y esa dignidad es "igual" para todos los seres humanos.

101 PICO, *op. cit.*, p. 106-107.

5.A.c. La obra de Pico tuvo un gran impacto en la cultura europea y la repercusión de su discurso llegará a la obra de **Juan Luis Vives** (1492-1540) que en una obra de juventud recreará literariamente el tema de la dignidad humana. Nos referimos a su obra *Fabula de homine* (1518) publicada en Lovaina¹⁰² en la que se narra que en una fiesta de dioses organizada por Juno, a los postres, se representaron unos juegos teatrales en los que Juno preguntó a los dioses cuál de los actores intervinientes era el mejor, siendo la respuesta que el mejor de todos era el hombre. Como también en Pico, en Vives se sigue considerando al hombre como creación del dios máximo, de Júpiter y como también en Pico, en Vives el hombre se caracteriza por su versátil libertad. Por un lado, el hombre puede rebajarse hasta lo más bajo, desde aparecer “bajo la máscara de una planta, llevando una vida sin ninguna percepción, casi como un vegetal” hasta aparecer “convertido en mil especies distintas de animales: unas veces parecía un león airado y furioso, otras un lobo rapaz y devorador, un cruel jabalí, una zorra astuta, una puerca sucia y voluptuosa, una liebre temerosa, un perro odioso, un asno estúpido”. Pero el hombre no sólo es capaz de aparecer como animal, sino también como hombre: “se corría el telón y volvía como hombre prudente, justo, sociable, humano, bondadoso, ... era un ser político y social en todos los sentidos”. Finalmente, el hombre puede llegar a lo más alto: Vives proclama que el hombre “es absolutamente divino y jupiterino, partícipe de la inmortalidad del propio Júpiter, de su sabiduría, prudencia, memoria y tan concorde en sus virtudes que fácilmente se conoce que Júpiter le dio estos altísimos dones de su propio tesoro e incluso de su propia persona”; además, el ser humano “como el más alto de los dioses abarca todas las cosas con su virtud y es todas las cosas” y de ahí que pueda decir que los dioses “volvían los ojos al hombre y una y otra vez volvían a mirar a Júpiter”; la consecuencia es lógica, “los dioses vieron al hombre, lo abrazaron como a su propio hermano y consideraron indigno que hubiese salido a representar en un teatro y hubiese ejercido un arte infame y burlesca y no encontraban palabras con que elogiar su semblanza con ellos y con su padre” por lo que se consideró al hombre “digno de la mesa de los dioses y de un banquete tan suntuoso, y se le concedió la percepción de

102 Juan Luis VIVES: “Fábula del hombre”, en *Diálogos y otros escritos* (Introducción, raducción y notas de Juan Francisco Alcina), Planeta, Barcelona, 1988, p. 153 ss.

las cosas y el gozar de la eterna alegría del banquete”. Como en Pico, en Vives la dignidad estriba en esa “versatilidad”, libertad o capacidad humana de poder llegar a los más alto, y como en Pico y en Manetti cabe decir que la dignidad es aquí una afirmación ontológica, que se traduce en que el hombre “nace” digno y todos los seres humanos son igualmente dignos.

5.A.d. El impacto de las obras de Manetti y Pico se deja sentir también en el cordobés **Fernán Pérez de Oliva** (1494-1531), en quien, sin embargo, no se aprecian los ecos de Vives (posiblemente porque se trata de obras coetáneas y no es posible determinar quien escribió primero sobre la cuestión). Pérez de Oliva expone su pensamiento sobre la dignidad humana en una obra escrita en castellano que se publicó póstumamente (en 1546), pero que se escribió en el primer cuarto de siglo¹⁰³ y que sufrió diversas vicisitudes incluida su inclusión en el “Índice”, por razones más bien ajenas a la ortodoxia de la propia obra¹⁰⁴. Pérez de Oliva expone su pensar en forma de diálogo o debate: primero realiza su discurso Aurelio, ofreciendo los argumentos que alimentan la tesis de la miseria humana, tras lo cual habla Antonio que expone las razones del propio Pérez de Oliva en favor de la dignidad humana, tras lo cual interviene el juez de la contienda que da la razón a Antonio. Los argumentos en favor de la dignidad humana no son estrictamente originales, pues, como se ha dicho siguen de cerca, a los teólogos católicos, a Manetti y a Pico. Así, en primer lugar, se abunda en la tesis católica de que el hombre es imagen de Dios¹⁰⁵; en segundo lugar, Pérez de Oliva, siguiendo a Pico, argumenta la dignidad en la libertad del hombre para ser lo que quiera, desde un bruto a un ángel¹⁰⁶; en tercer lugar, y bajo el influjo de Pico, canta las excelencias del cuerpo y del alma humanos¹⁰⁷. En definitiva, la concepción de la dignidad humana de Pérez de Oliva es ecléctica y estriba en un conjunto de tres factores: el ser imagen de Dios (influjo católico), la excelencia del cuerpo y alma humanos (Manetti) y la libertad

103 Fernán PÉREZ DE OLIVA: “Diálogo de la dignidad del hombre” en Pérez de Oliva, *Diálogo de la dignidad del hombre. Razonamientos. Ejercicios*, edición de María Luisa Cerrón Puga, Cátedra, Madrid, 1995, p. 111 ss.

104 Sobre esta cuestión, *vid.* la “Introducción” de María Luisa CERRÓN PUGA a la obra de Pérez de Oliva, citada (p. 57 ss.).

105 PÉREZ DE OLIVA, *op. cit.*, p. 138 ss.

106 PÉREZ DE OLIVA, *op. cit.*, p. 143-145.

107 PÉREZ DE OLIVA, *op. cit.*, p. 145 ss, 152 ss.

(Pico). Por eso mismo, cabe decir que para él también la dignidad es una categoría ontológica y no ética, de la que se desprende que el hombre “nace” digno y todos nacen con “igual” dignidad.

5.A.e. En Francia, el debate acerca de la dignidad o miseria del hombre tendrá su actor principal en **Pierre Boaistuau** (?-1566), conocido en España como Pedro Bovistau. Nuestro autor publicó en francés una obra dedicada a deplorar las miserias humanas¹⁰⁸, pero después publicó otra (también en romance) en la que, exponiendo el otro punto de vista del debate, ensalza la dignidad del hombre¹⁰⁹. Aunque Boaistuau afirma que su defensa de la dignidad humana se construye más mediante una relación de ejemplos memorables de diversas personas ilustres que mediante “discursos filosóficos”¹¹⁰, lo cierto es que su obra se puede dividir en dos partes, siendo la primera aquella en la que expone argumentos teóricos en favor de su tesis, dejando la segunda para esa relación de hechos heroicos y admirables protagonizados por seres humanos, en una línea que pudiera conectarse con la obra de Manetti. Los argumentos de Boaistuau en favor de la dignidad del hombre, tal y como ocurre con Pérez de Oliva, ignoran las tesis “paganizantes” de Vives y tienen un claro entronque teológico-cristiano, mientras que la relación de hechos admirables atribuibles al ser humano es la parte más singular de su obra en la medida en que no ensalza el cuerpo humano como tal, sino las obras hechas por concretos seres humanos. En primer lugar, Boaistuau recoge el argumento de que el hombre es *imago Dei*¹¹¹, argumento que, como hemos visto, se remonta hasta San León Magno; en segundo lugar, afirma la dignidad humana en el hecho de que Dios le ha dado dominio sobre todo lo creado¹¹²; en tercer lugar, sostiene que el hombre, a diferencia de los animales, tiene alma creada, no de la tierra,

108 Pierre BOAISTUAU: *Théâtre du Monde*, ed. de Michel Simonin, Droz, Ginebra, 1981 (obra elaborada en 1557). En España muy pronto aparecieron traducciones de esta obra. Así, la de Baltasar Pérez del Castillo (Alcalá, 1564) y la de Juan de Villanueva (Alcalá, 1569; Valladolid, 1585; y Amberes, 1593).

109 Pierre BOAISTUAU: *Bref discours de l'excellence et dignité de l'homme*, ed. De Michel Simonin, Droz, Ginebra, 1982 (obra publicada originalmente en 1558).

110 BOAISTUAU, *Bref discours...*, p. 36.

111 BOAISTUAU, *Bref discours...*, p. 38, 39, 48 (“*l'homme est le vray chef d'oeuvre de Dieu, ..., nous trouverons qu'il est portrait et tiré d'un pinceau autre que humain*”).

112 BOAISTUAU, *Bref discours...*, p. 39 (“*monstrant par cela que ceste petite masse de chair qu'il avoit assemblée, et liée ensemble, surpassoit en excellence et dignité toutes les autres creatures*”), 44 (“*en quelle observation et reverence doivent ils avoir celui, que nostre Dieu a tant prisé, qu'il l'a eslevé comme chef et Empereur de toutes les creatures visibles?*”).

sino de origen celeste y divino¹¹³; en cuarto lugar, alude, como ya lo hizo también San León Magno a que un testimonio de la dignidad del hombre estriba en el hecho mismo de que el propio Dios al descender al mundo se hiciese hombre¹¹⁴. En definitiva, la concepción de la dignidad humana de Boaistuau se nutre, por un lado de razones teológicas (no apreciándose el influjo de los pensadores renacentistas más secularizantes como Pico o Vives) y por otro de razones prácticas (en la línea de Manetti). En cualquier caso, como sucede con los otros filósofos renacentistas, para él la dignidad es una categoría ontológica, por lo que cabe decir que para él el hombre “nace” digno y todos nacen con “igual” dignidad.

5.B. Filosofía empirista: Hume

Es conocido que la importancia de David Hume (1711-1776) en la historia del pensamiento radica, precisamente en su actitud antimetafísica. Es Hume el pensador que ataca más duramente a la tradición occidental de una filosofía trascendente postulando una dimensión puramente humana del pensamiento que será el fundamento del empirismo y el utilitarismo. La Filosofía humanista del Renacimiento, como se ha visto, aunque intente realizar una argumentación no teológica de la dignidad, no por ello deja de encuadrarse dentro de esta tradición metafísica buscando un principio trascendental. El empirismo de Hume va a proyectarse también sobre el estudio de la idea de dignidad humana que lleva a cabo en un breve ensayo donde tercia en la disputa entre la dignidad o la miseria de la naturaleza humana¹¹⁵.

Es discutible si la dignidad humana es algo realmente existente o no. A primera vista, cabría dudarlo si tenemos en cuenta que las nociones de dignidad o miseria humana no son sino el resultado de las comparaciones que continuamente hacen los hombres: si comparamos al ser humano con los animales, la comparación

113 BOAISTUAU, *Bref discours...*, p. 41-42 (“*mais nous qui sommes Chrestiens..., croyons qu’après que nostre Dieu eut créé l’homme de la terre, il inspira en la face d’iceluy l’esprit de la vie, e l’homme fut fait ame vivante*”).

114 BOAISTUAU, *Bref discours...*, p. 43 (“*quel tesmoignage de la dignité de l’homme! lequel son createur a tant prisé que de son eternité est ... descendu au monde, ..., et s’est fait chair*”).

115 David HUME: “Sobre la dignidad o miseria de la naturaleza humana”, en *Sobre el suicidio y otros ensayos*, Selección, traducción y prólogo de Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, 1988, p. 49 ss.

resulta favorable a la humanidad y cabría hablar de dignidad humana; pero como el ser humano es capaz de formarse una idea de perfecciones muy superiores a las que él ha experimentado en sí mismo, podría hacer la comparación con seres idealmente superiores, en cuyo caso el ser humano quedaría claramente desfavorecido y se podría hablar de miseria humana¹¹⁶. Sin embargo, es un dato que los seres humanos tienen actos de virtud o amistad, los cuales se llevan a cabo, precisamente, porque producen placer a quien los lleva a cabo, de suerte que “esa especie de egoísmo que se manifiesta en la amabilidad hacia los otros debe reconocerse que tiene una gran influencia sobre las acciones humanas y que, a veces, esta influencia es mucho más grande que la que ejerce el egoísmo en su forma original”¹¹⁷. De acuerdo con esta argumentación es un hecho que el ser humano tiene una conducta elevada (dignidad) y es un hecho que la misma tiene una explicación puramente humana. Pero no sólo es que pueda encontrarse un cierto fundamento empírico a la dignidad humana, es que para Hume el reconocimiento de la idea de dignidad humana es más conveniente que el preconizar la idea contraria, esto es, la de que el ser humano es miserable pues “cuando un hombre está poseído de una alta autoestima se verá obligado a actuar en consecuencia y evitará realizar actos de bajeza que puedan hundirlo por debajo de la imagen de sí mismo que él se ha formado en su propia fantasía”¹¹⁸. Si encuadramos lo anterior en el conjunto de la filosofía de Hume, podríamos decir que la dignidad es una idea ética que permite llegar a la conclusión de que el hombre no “nace” digno, sino que “se hace” digno (pues no hay ideas innatas) y que esa dignidad generalmente se predica de todos los seres humanos (escepticismo: hay una inclinación natural a actuar dignamente, pero la repetición uniforme de experiencias anteriores no nos da una certeza de esa uniformidad).

5.C. Filosofía de la Ilustración: Kant

Tras la “secularización” de la idea de dignidad iniciada por el Aquinatense y concluida con la Filosofía de Hume, en Kant

116 HUME, *op. cit.*, p. 53-56.

117 HUME, *op.cit.*, p. 57-58.

118 HUME, *op. cit.*, p. 52.

(1724-1804) se producirá un nuevo e importante desarrollo teórico que, en parte, es una vuelta atrás respecto a Hume. La aportación de Kant se contiene en dos obras, pero no hay una continuidad teórica entre ellas.

En la primera de ellas, a saber, su *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (1785) Kant ofrece un discurso articulado en torno a tres ejes: en primer lugar, ofrece el nuevo “dogma” o principio ético de la Modernidad; en segundo lugar, ofrece una nueva fundamentación de la idea de dignidad; y, en tercer lugar, inserta esta idea en la Teoría del Derecho. Por lo que respecta a su primera aportación, si bien existe una desacralización de la cultura y la filosofía europea (iniciada en el Renacimiento y culminada con Hume), en Kant va a darse una “resacralización” (introducción de una ley trascendental con sus postulado) pues en su pensamiento la dignidad no va a ser una proclamación de libertad o ausencia de límites en la acción (afirmaciones ontológicas), sino un principio, un dogma (una idea ética), que precisamente implica el establecimiento de límites en la acción. Además, en segundo lugar, no se limita a ubicar como “dogma” la noción previa de dignidad humana, sino que esta noción se va a reelaborar. Según Kant, la dignidad va a tener su fundamento en la *autonomía* del hombre¹¹⁹. Esa autonomía del hombre (fundamento de su dignidad), por su parte, tiene su base en la afirmación de que el hombre “*existe como fin en sí mismo, no sólo como medio*” para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad. El ser humano “debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre *al mismo tiempo como fin*”¹²⁰. El hombre no es ya, en Kant, un instrumento al servicio de un fin superior al propio hombre (Dios) que es lo que se plasma en el bautismo o en la vocación humana al bautismo (fines divinos). Para Kant, en tercer lugar, la dignidad es el fundamento del sistema jurídico. A su juicio, la razón refiere toda máxima de la voluntad como universalmente legisladora a cualquier otra voluntad y también a cualquier acción para consigo misma, no por virtud de ningún motivo práctico o provecho futuro, sino por la idea

119 Immanuel KANT: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, Espasa Calpe, Madrid, 1921, p. 90.

120 KANT, *Fundamentación...*, p. 77-78.

de “dignidad” de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que aquella que él se da a sí mismo¹²¹. La concepción de la dignidad humana en esta obra, entendida como categoría ética, radica precisamente en que el hombre es siempre un fin en sí mismo y nunca un medio. De aquí se deriva que todos los hombres “nacen” dignos e “iguales” en dignidad.

En una obra posterior y de título parecido, *La Metafísica de las Costumbres* (1797) Kant matiza el discurso que previamente realizó en la *Fundamentación* de 1785. Es verosímil pensar que esta matización la hizo a la luz de la aportación de Schiller que conoció perfectamente. En este segundo momento, Kant, va a concebir la dignidad humana de forma un tanto contradictoria. Por un lado, va a reiterar su formulación anterior, ya vista¹²², si bien en esta reformulación va a introducir unas precisiones muy importantes: la primera es que la dignidad no tanto se configura como un hecho o factum (del orden del “ser”) cuanto como una petición de principio (del orden del “deber ser”); la segunda, y consecuencia de la anterior, es concebir la dignidad como una autoestima o elevación moral¹²³. Por otro lado, en esta segunda obra, entroncando con las matizaciones introducidas encontramos una concepción de la dignidad distinta merced a la cual considera que ésta estriba, no en que el hombre sea un fin en sí mismo, sino en una elevación que bien puede ser

121 KANT, *Fundamentación...*, p. 87.

122 Immanuel KANT: *La metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina Orts y de Jesús Conill Sancho, Altaya, Madrid, 1996, nº 11 (p. 298-299: “el hombre, considerado como *persona*, es decir, como sujeto de una razón práctico-moral, está situado por encima de todo precio; porque como tal (*homo noumenon*) no puede valorarse sólo como medio para fines ajenos, incluso para sus propios fines, sino como fin en sí mismo, es decir, posee una *dignidad* (un valor intrínseco absoluto), gracias a la cual infunde *respeto* hacia él a todos los demás seres racionales del mundo, puede medirse con cualquier otro de esta clase y valorarse en pie de igualdad”).

123 KANT, *La metafísica...*, p. 299 (atendiendo a “su dignidad como *hombre racional* ... No debe renunciar a la autoestima moral; es decir, no debe alcanzar su fin, que es en sí mismo un deber, humillándose y de un modo *servil...*; no debe renunciar a su dignidad, sino mantener siempre en sí la conciencia de la sublimidad de su disposición moral, y esta *autoestima* es un deber del hombre hacia sí mismo”); p. 300 (“la degradación del propio valor moral, proyectada únicamente como medio para adquirir el favor de otro ... como devaluación de la propia personalidad, se opone al deber hacia sí mismo”); *ibid.* (“del hecho de que el hombre [físico] se sienta obligado a venerar al hombre [moral] en su propia persona, tiene que seguirse a la vez la *elevación* y la suprema autoestima, como sentimiento del propio valor (*valor*) interno, según el cual el hombre no puede venderse por ningún precio (*pretium*) y posee una dignidad que no puede perder (*dignitas interna*) que le infunde respeto (*reverentia*) por sí mismo”); p. 302 (“humillarse y doblegarse ante un hombre parece en cualquier caso indigno de un hombre”).

ético-política¹²⁴, bien puede ser moral (fundada en el mérito y en la virtud)¹²⁵. La clave para entender la dignidad es ahora la razón y la libertad¹²⁶, lo cual acerca a Kant hacia las posiciones de Santo Tomás¹²⁷, a las de Pico y a las de Schiller. De aquí que los individuos puedan “nacer” dignos, pero ello no significa que siempre vayan a serlo y en igual modo, pues existe la posibilidad de que los individuos puedan hacerse “indignos”¹²⁸. Esta segunda concepción de la dignidad en Kant nos retrotrae al concepto clásico romano eso sí, tamizado por las aportaciones de Pico y, sobre todo, de Schiller. De acuerdo con esta segunda posición kantiana, la dignidad sería una categoría ética que estribaría en la libertad del hombre para, en uso de su razón, superar las inclinaciones y cumplir el deber; la consecuencia es que si bien el hombre puede “nacer” digno, eso no significa que siempre lo vaya a ser ni siempre en el mismo grado.

5.D. Filosofía del Clasicismo alemán: Schiller

Friedrich von Schiller (1759-1805) obtuvo en 1791 del duque de Holstein-Augustenburg una pensión, gracias a la cual estudió la obra de Kant, publicando después diversos trabajos de Ética y Estética, entre los que se encuentra “Sobre la gracia y la dignidad” (*Über Anmut und Würde*, 1793). Schiller, que conocía la obra de Kant, pero que presumiblemente no había tomado contacto con la obra de los filósofos del Humanismo que trataron de esta cuestión, va a distinguir conceptualmente las categorías de “gracia” (*Anmut*) y dignidad (*Würde*), las cuales tienen conexión

124 KANT, *La metafísica...*, p. 162 : “El derecho del jefe supremo del Estado alcanza también: ... 2) a la distribución de *dignidades*, que se fundan sólo en el honor, porque se trata de elevar el rango sin paga”.

125 KANT, *La metafísica...*, cit., p. 359: “la observancia del deber es para el hombre la condición universal y única de la dignidad de ser feliz y ésta es idéntica a aquélla”; p. 360: “cuando no realzamos sobre todas las cosas la dignidad de la virtud en las acciones, desaparece el concepto mismo de deber y se deshace en prescripciones únicamente pragmáticas”.

126 KANT, *La metafísica...*, cit., p. 358: “aquello que en ti sólo tiende a la felicidad es la *inclinación*; pero aquello que restringe tu inclinación a la condición de ser primero digno de esa felicidad es tu *razón*; y la libertad de tu voluntad consiste en que puedas limitar y superar tu inclinación por medio de tu razón”.

127 Sobre la proximidad de Kant en su “Crítica de la razón práctica” a Santo Tomás en un punto similar a éste, cfr. GALÁN Y GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 319.

128 KANT, *La metafísica...*, cit., p. 358: “primero investigarás hasta qué punto cada uno es *digno* de la felicidad”; *ibid.*: “mentir es una *infamia* y hace al hombre *indigno* de ser feliz”; p. 360: “si no nos hacemos *indignos* de la *felicidad* violando nuestro deber, podemos esperar también *participar* en ella”.

con la Estética y con la Ética. La gracia es una categoría estética básicamente, pero también ética. La gracia tiene relación con la belleza, es “la belleza de la forma movida por la libertad”, de suerte que los movimientos que pertenezcan “sólo a la naturaleza no pueden merecer nunca ese nombre”¹²⁹. En el alma bella se “armonizan la sensibilidad y la razón, la inclinación y el deber y la gracia es su expresión en lo fenoménico”, pues “sólo al servicio de un alma bella puede la naturaleza poseer la libertad y al mismo tiempo conservar su forma”¹³⁰. La dignidad, por su parte, es la expresión en lo fenoménico de la “dominación de los instintos por la fuerza moral”, es la “serenidad en el padecer”, es la representación de la inteligencia en el hombre y expresión de su libertad moral¹³¹. Esto es así porque en el hombre, a diferencia del animal, la voluntad no está tan sometida a la ley de la naturaleza ni a la de la razón como para que no le quede la posibilidad de elegir con completa libertad entre orientarse con una o con otra¹³². La gracia reside en la dominación de los movimientos voluntarios y la dignidad en el dominio de los involuntarios; la gracia se exige y demuestra en la conducta, y la dignidad más bien en el padecer, pues sólo en la conducta puede manifestarse la libertad del cuerpo y sólo en el padecer la libertad de ánimo¹³³. La gracia prueba cierta receptividad del sentimiento y cierta concordancia de las sensaciones, pero que esto no se produzca por flojera del espíritu sólo se garantiza cuando a la gracia está unida la dignidad que legitima al sujeto como fuerza independiente, es decir, la dignidad impide que el amor se vuelva apetito; por su parte, la dignidad muestra una limitación de las inclinaciones, pero que esto no se deba a un embotamiento de la sensibilidad sólo nos lo puede decir la gracia unida a la dignidad, esto es, la gracia cuida que el respeto no se vuelva temor¹³⁴. Tanto la gracia como la dignidad son categorías que admiten diversas gradaciones: el grado supremo de la gracia es lo encantador; el grado supremo de la dignidad

129 Friedrich von SCHILLER: “Sobre la gracia y la dignidad” (1793), en *Sobre la gracia y la dignidad. Sobre poesía ingenua y poesía sentimental*, trad. de Juan Probst y Raimundo Lida, Icaria, Barcelona, 1985, p. 9 ss. (P. 23).

130 SCHILLER, *op. cit.*, p. 45.

131 SCHILLER, *op. cit.*, p. 52 y 54.

132 SCHILLER, *op. cit.*, p. 48.

133 SCHILLER, *op. cit.*, p. 55.

134 SCHILLER, *op. cit.*, p. 58 y 62.

es lo majestuoso, que es propio de lo santo¹³⁵. En conclusión, en el sistema de Schiller, la idea de dignidad es una categoría ética que implica la capacidad del propio sujeto (voluntad) para elevarse por encima de los instintos hacia la ley de la razón y en ese sentido cabe decir que todos los hombres nacen con una cierta dignidad (pues todos nacen dotados de voluntad), pero no todos tienen igual dignidad (pues no todos consiguen elevarse de igual modo por encima de los instintos).

5.E. Filosofía idealista: Hegel

Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) no fue ajeno al concepto de dignidad tal y como lo elabora Kant, pero esta noción adquiere en su obra un sentido distinto. En el sistema de la Filosofía del Derecho de Hegel, la dignidad aparece vinculada con la eticidad. Ahora bien, como es sabido, la eticidad es un momento de superación de dos elementos, a saber, el Derecho abstracto y la Moralidad. En el momento del Derecho abstracto, del Derecho formal (Reino de la exterioridad) no importa el interés particular ni la utilidad o bienestar del sujeto, ni tampoco el fundamento particular de determinación de voluntad del mismo; en relación con la acción concreta y con las relaciones morales y éticas, el Derecho abstracto es sólo una posibilidad¹³⁶. Hegel parece apuntar a la idea de Kant del hombre como fin en sí mismo¹³⁷, pero va más allá. Precisamente, en el momento de la Moralidad (Reino de la interioridad), Hegel critica el formalismo vacío de la ética kantiana que convierte la ciencia moral en una retórica del deber por el deber, no por su contenido, lo cual excluye todo contenido y determinación¹³⁸. Esta insuficiencia lleva a Hegel a postular, superando las instancias abstractas del Derecho abstracto y la Moralidad, el momento de la Eticidad, instancia que sintetiza lo concreto y lo universal, lo individual y lo comunitario. Precisamente la dignidad del individuo reside en reconocer el modo en que la conciencia moral del individuo

135 SCHILLER, *op. cit.*, p. 63-64.

136 Georg Wilhelm Friedrich HEGEL: *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* (1821), ed. de K.H. Ilting, trad. de Carlos Díaz, Libertarias-Prodhufo, Madrid, 1993, nº 37 y 38.

137 HEGEL, *op. cit.*, nº 36 ("la personalidad ... constituye el concepto y el fundamento también abstracto del derecho abstracto y por ello *formal*. El precepto jurídico reza, por ende: *sé una persona y respeta a los demás como personas*").

138 HEGEL, *op. cit.*, nº 135.

concreto se articula en la finalidad universal, en las leyes éticas¹³⁹. En definitiva, la dignidad del individuo estriba en su adecuada inserción en la comunidad política entendida como instancia en la que se sintetizan las exigencias éticas particulares de cada uno con las exigencias éticas generales¹⁴⁰. En conclusión, para Hegel la dignidad es una idea ética y cabría decir que el hombre no “nace” digno, sino que se “hace” digno desde el momento en que asume su ciudadanía como situación superadora de la tesis del interés puramente particular y de la antítesis del interés general abstracto; en la medida en que alcanza tal síntesis, no parece que haya razones que se opongan a la consideración de que todos los ciudadanos son “iguales” en dignidad.

6. LA IDEA DE DIGNIDAD EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

Todas estas teorías se han ido sedimentando en la historia, que es uno de los nutrientes del Derecho. El cometido final será analizar cuál es el concepto de dignidad existente en el Derecho contemporáneo. Y a tal efecto se pueden obtener las siguientes conclusiones:

- 1º) Es claro que hoy la idea de dignidad empleada en nuestro ordenamiento tiene una fundamentación laica, que se remonta a la propia etimología del término y a su uso en Roma y no teológica.

139 HEGEL, *op. cit.*, nº 152 (“la sustancialidad ética ha alcanzado de esta manera su *derecho* y éste su *validez*, de suerte que en ella ha desaparecido la obstinación y la propia conciencia moral del individuo..., puesto que el carácter ético sabe que su finalidad motora es lo universal inmóvil, pero abierto en sus determinaciones a la racionalidad efectiva, y reconoce que su dignidad, ..., se funda en ello...”); nº 147 (“estas leyes éticas no son para el sujeto algo extraño, sino que existe el *testimonio del espíritu* respecto de ellas como de su propia esencia, en la cual tiene su *sentimiento de la propia dignidad*”).

140 HEGEL, *op. cit.*, nº 261.6 (“El lado abstracto del deber se afirma en pasar por alto y proscribir el interés particular como un momento inesencial e incluso indigno. La consideración concreta, la idea, muestra el momento de la particularidad asimismo como esencial... El individuo debe encontrar de alguna manera en su cumplimiento del deber a la vez su interés propio... y de su realización en el interior del Estado debe sobrevenirle un derecho mediante el cual la cosa pública llegue a ser su *propia cosa particular*. El interés particular no debe, en verdad, ser dejado de lado..., sino que debe ser concordado con lo universal, con lo cual se alcanza el interés particular mismo y el universal. El individuo, súbdito en cuanto a sus deberes, encuentra como ciudadano en el cumplimiento de los mismos la protección de su persona y de su propiedad, la consideración de su bienestar particular, y la satisfacción de su esencia sustancial, la conciencia y el sentimiento de su propia dignidad de ser miembro de ese todo, y en ese cumplimiento de los deberes como prestaciones y servicios para el Estado tiene su conservación y existencia”).

- 2º) Existen normas que recogen una concepción ontológica de la dignidad, como aquellas que utilizan la palabra para referirse a ciertas funciones públicas o altas magistraturas (la legislación sobre funcionarios recoge algunos ejemplos de ello¹⁴¹), concepción que entronca en última instancia con la propia etimología del término y con su uso en Roma.
- 3º) Hay disposiciones del ordenamiento que sostienen una concepción ética de la dignidad entendida como algo dinámico, como un “mérito” que admite un posible “demérito” y la consiguiente pérdida de dignidad (el caso paradigmático lo constituye el art. 756 del Código Civil al tratar de las causas de “indignidad”), conectando así este empleo con el modo en que se usaba en Roma y también por Santo Tomás de Aquino, Schiller o el segundo Kant.
- 4º) Encontramos también determinaciones que aproximan la idea de dignidad a la concepción ética estática que defiende el primer Kant. Sería éste el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10-XII-1948) que en su Preámbulo proclama que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” y en su art. 1 dice que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente”; igualmente, los Pactos de Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1966, en sus respectivos Preámbulos declaran que los derechos reconocidos en tales Pactos “se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”; finalmente, el art. 10.1 de nuestra Constitución afirma que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, ... son fundamento del orden político y de la paz social”.

141 Ejemplos: arts. 63.1 y 89.c de la Ley articulada de funcionarios civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero; art. 7.º del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, sobre Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios civiles de la Administración del Estado.

En relación con estos textos, cabe afirmar varias cosas:

- A) En estos textos el fundamento de la dignidad no se cifra en la voluntad (como en Schiller), sino en la libertad de nacimiento (“todos nacen libres”), idea ésta que encontramos en Santo Tomás y en los filósofos del Humanismo;
- B) de estos textos se desprende que la dignidad como idea ética no nace, como en Hegel, de la libre inserción en el Estado o en la comunidad política, sino que es previa o pensada con independencia y previamente al Estado;
- C) en cuanto a su naturaleza, la dignidad, en estos textos, no es simplemente una declaración ontológica sobre lo excelso del ser humano (como en los filósofos del humanismo), sino que es una afirmación ética que se traduce en un principio jurídico que conlleva obligaciones, como ocurría en el primer Kant, cual la obligación de reconocer ciertos derechos a todos los seres humanos;
- D) el contenido de este principio se desprende del “deber” de todos los seres humanos de “comportarse fraternalmente los unos con los otros”, que nos retrotrae a la teoría del primer Kant que configura la dignidad como un principio jurídico que obliga a tratar a todos los seres humanos como fines en sí mismos;
- E) los sujetos de la dignidad, a tenor de su fundamento, lo son todos los seres humanos, los cuales la poseen en igual grado, siguiendo ideas del primer Kant. Este último aspecto nos abre las puertas de un nuevo problema, cuyo estudio excede estas páginas, a saber, el de los derechos de los animales, entes de los que hasta ahora no se ha predicado una “dignidad” por los postuladores de sus derechos.

III. LOS FUNDAMENTOS POLÍTICOS DEL CONSTITUCIONALISMO: EL PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL.

1. Propósito de este trabajo. 2. Patriotismo y Nación. 3. Nación y Constitución. 4. Patriotismo y Constitución: 4.A. Modelos de “patriotismo constitucional”. 4.B. El significado del “patriotismo constitucional” en España; 4.C. “Patriotismo constitucional” y defensa de la Constitución.

1. PROPÓSITO DE ESTE TRABAJO

La expresión “patriotismo constitucional” o “patriotismo de la Constitución”, acuñada por Dolf Sterneberger y desarrollada por Jürgen Habermas, ha tenido un cierto eco en España donde ha sido objeto de cierto debate. El propósito de este trabajo es mostrar que el significado de la expresión “patriotismo constitucional” no sólo depende de lo que se entienda por “patriotismo” y “Constitución”, sino también de cómo se comprenda la “nación” pues es esta idea la que permite engarzar el “patriotismo” con la “Constitución”.

A tenor de lo dicho se intentará argumentar un proceso que nos conduce hasta el “patriotismo constitucional”. En la primera

etapa de este proceso se transfiere el sentimiento de amor a la “patria” a la nueva forma política llamada “nación”. En la segunda etapa, veremos que mientras en Europa la “nación” se convierte en el sujeto político que crea la “Constitución”, en Norteamérica es la “Constitución” quien crea un nuevo sujeto político llamado “nación”. En la tercera etapa, se procura transferir el sentimiento de “amor a la patria” o “patriotismo” del que se beneficia la “nación” a la “Constitución”. A continuación se expondrán los modelos en los que se concreta esa relación entre “patriotismo” y “Constitución”.

Finalmente se propondrán dos ideas. La primera es que, si bien la expresión “patriotismo constitucional” en abstracto tiene varios sentidos, en España tiene un significado sustancial y no meramente formal. Y la segunda es que el “patriotismo constitucional” es una condición indispensable para que cualquier mecanismo de defensa de la Constitución pueda resultar verdaderamente operativo.

2. PATRIOTISMO Y NACIÓN

2.A. La premisa de la que partimos es que “el patriotismo es anterior a la Nación, pero la Nación se fortalece del patriotismo”. Parece que no hay dificultad en entender que el “patriotismo” es el amor a la “patria”¹⁴². Ahora bien, definir la “patria” es tarea más compleja. Se han recogido infinidad de conceptos de “patria”, por lo que resultaría quizás contraproducente añadir ahora algún concepto nuevo¹⁴³. Ahora bien, de todo ese conjunto de ensayos de definición se pueden intentar extraer algunas ideas con un alto grado de aceptabilidad. La primera idea es que la idea de “patria” es una idea ya existente en el mundo antiguo. A diferencia de lo que ocurre con la “nación”, que es un término desconocido antes de la baja Edad Media, la idea de “patria” fue perfectamente conocida en la Antigüedad grecorromana y fue

142 Incluso en la propuesta que distingue el patriotismo como “virtud” frente al nacionalismo se admite esta premisa. Cfr. José Luis GONZÁLEZ QUIRÓS, *Una apología del patriotismo*, Taurus, Madrid, 2002, p. 44 (“El patriotismo se manifiesta inicialmente como amor a la patria, como un sentimiento de unión y de afecto hacia los que son compatriotas y como una razón para sentir honor y orgullo por pertenecer a ella”). *Vid.* también p. 119.

143 Cfr. Joaquín BLANCO ANDE, *El Estado, la Nación, el Pueblo y la Patria*, San Martín, Madrid, 1985, p. 246 ss.

utilizada en un sentido perfectamente comprensible para los hombres de nuestro tiempo¹⁴⁴. La segunda idea es que desde la antigüedad grecorromana se considera como una virtud política¹⁴⁵ el “amor a la patria”, llevado incluso hasta la muerte. Ese “amor a la patria” es lo que se conoce como “patriotismo”. Estas dos ideas las encontramos en la obra de los clásicos griegos, tal y como se contienen en las traducciones españolas: Homero (siglos IX-VIII a. de C.)¹⁴⁶, Tirteo (s. VIII a.C.)¹⁴⁷, Tucídides (460 a.C.-396 a.C.)¹⁴⁸, y Platón (427-337)¹⁴⁹. Por su parte, los autores clásicos latinos también conocieron esta idea que se expresa con la palabra latina *patria* que nosotros hemos heredado. Así se comprueba en Cicerón (106-43 a.C.)¹⁵⁰, Horacio (65 a.C.-8 d.C.)¹⁵¹, Ovidio (43 a.C.-17/18 d.C.)¹⁵² o Séneca (4 a.C.-65 d.C.)¹⁵³.

2.B. Entre las muchas ideas de la antigüedad clásica que se tratará de recuperar en el Renacimiento se encuentra, también, este “patriotismo”, entendido como sentimiento y como “virtud” cívica¹⁵⁴. Ahora bien, aquel “patriotismo” que entonces se

144 GONZÁLEZ QUIRÓS, sin embargo, opina que la aplicación del “patriotismo” a la nación ha llevado en los tiempos modernos a confundir a esa virtud con el nacionalismo (*Una apología del patriotismo*, cit., p. 18).

145 Es esta una idea (que el patriotismo es una virtud cívica) que ha demostrado adecuadamente GONZÁLEZ QUIRÓS (*Una apología del patriotismo*, cit., p. 51 ss.).

146 HOMERO, *La Odisea*, cantos 5, 23 [http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/literatura/odisea/] [http://www.ebooksbrasil.com/adobeebook/odisea.pdf]; *La Iliada* [http://www.udec.cl/~alejandro/pepe/iliada.pdf].

147 TIRTEO, Poema “es hermoso morir si uno cae en la vanguardia cual guerrero valiente que por su patria pelea” [http://www.geocities.com/SoHo/Bistro/4548/clasicosuniversales.htm#tir].

148 TUCÍDIDES, “Oración fúnebre de Pericles”, [http://www.dearqueologia.com/oracion_funebre.html].

149 PLATÓN, *Crítón* [http://www.uv.es/~sfp/arete/textos/platon-criton_traducccion_PDF].

150 Marco Tulio CICERÓN, *De Republica*, [http://www.thelatinlibrary.com/cicero/repub.shtml]; *Oratio In L. Catilinam prima* [http://www.thelatinlibrary.com/cicero/cat1.shtml];

De Officiis [http://www.thelatinlibrary.com/cicero/off.shtml];

De legibus [http://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg.shtml].

151 HORACIO, *Carmina*, 3, 2, 13, [http://www.thelatinlibrary.com/horace/carm.shtml]

152 OVIDIO, *Tristia*, [http://www.thelatinlibrary.com/ovid/ovid.tristia.shtml]

153 Lucio Anneo SÉNECA, *De consolationen ad Helviam* [http://www.thelatinlibrary.com/sen/sen.consolatione3.shtml]; *De vita beata* [http://www.thelatinlibrary.com/sen/sen.vita.shtml]

154 En contra, GONZÁLEZ QUIRÓS, *Una apología del patriotismo*, cit., p. 88 ss. A nuestro juicio, sin embargo, esta opinión es discutible por varias razones. En primer lugar, el “mecanicismo” que González Quirós achaca a la teoría política moderna no está tan alejado de la teoría del “gobierno mixto” existente en Roma y en Grecia (G. Quirós lo deja entrefer en p. 91). En segundo lugar, está lejos de ser cierto que el “contractualismo” haya sustituido totalmente a la hipótesis de la comunidad cooperativa (y un ejemplo de ello sería la Constitución Española de 1812). En tercer lugar, la “virtud política” del patriotismo puede que haya sido eclipsada en algunos momentos (algo que también ocurrió en la Antigüedad), pero no se puede sostener que desapareciera (en España, un buen ejemplo de ello lo tenemos en José Cadalso, Jovellanos y otros liberales).

predicaba de la comunidad política existente, se va a intentar predicar ahora no sólo respecto a las unidades políticas existentes, sino incluso a las nuevas unidades políticas que se pretenden crear tras la destrucción del Imperio medieval. El “patriotismo” servirá tanto a la consolidación de las nuevas naciones surgidas después de la Edad Media (los “Estados-nación” clásicos: ¿no fue un patriota español Cisneros?) cuanto a la creación de las nuevas naciones. Así, el “patriotismo” se convertirá en “nacionalismo”. El “nacionalismo”, por tanto, no sólo reforzará los Estados-nación ya existentes, sino que se convertirá en el motor que precederá a la creación de otros nuevos Estados-nación. Hay así “patriotismos” (nacionalismos) que siguen a naciones ya existentes (España, Inglaterra) y “patriotismos” (nacionalismos) que preceden a las naciones (Italia, Alemania). En el desencadenamiento de este proceso de forja del nacionalismo como cimentador de la nación-Estado, la figura de Maquiavelo resulta esencial¹⁵⁵. Cuestión distinta es que ambos tipos de nacionalismo (el que se vertebra sobre la nación que existe y el que se vertebra sobre la nación que se quiere que exista) sean profundamente divergentes. Pero ello creo que no autoriza a hablar del “nacionalismo” como una categoría unitaria contrapuesta a un “patriotismo” también unitario¹⁵⁶.

3. NACIÓN Y CONSTITUCIÓN

3.A. La construcción política de las “naciones” después de la Edad Media se encontró, sin embargo, con un fenómeno contradictorio. Por un lado, las entidades políticas surgidas después de la ruptura del orden medieval pretendían afirmar su independencia y singularidad, lo que conducía a una afirmación del patriotismo. Por otro, sin embargo, esas unidades políticas

155 Pedro DE VEGA GARCÍA, “El carácter burgués de la ideología nacionalista”, en *Estudios Político-constitucionales*, UNAM, 1987, p. 100 ss. (p. 104-105).

156 Esta contraposición entre el “patriotismo” (virtud cívica) y el “nacionalismo” (sentimiento viciado) está presente en la obra de GONZÁLEZ QUIRÓS (*Una apología del patriotismo*, cit.). Frente a ello hay que recordar que no es igual el nacionalismo de la nación existente (y que suele asemejarse a lo que este autor llama “patriotismo”) que el nacionalismo de la nación quimérica (que encaja mejor en lo que él considera “nacionalismo”). Prueba de ello es que dos de los ejemplos extremos de este último “nacionalismo” han evitado hablar de “nación” y prefieren hablar de patria (caso de los nacionalistas vascos, *abertzale* significa “patriota” o de los nazis alemanes que hablaba de “pueblo” y “popular”, *völkischer*).

se fortalecen gracias a un proceso de concentración del poder en el que se acaba con la poliarquía medieval y surge un poder político único y supremo: la soberanía. Esta soberanía afirmada a partir del Renacimiento se va a concentrar, sin embargo, no en la propia “nación” sino en el monarca que, eso sí, será considerado “representante” de la nación. Así las cosas, no resultaba difícil encontrar ejemplos de “patriotismo” incluso en “naciones” gobernadas por un monarca absoluto: Francisco de Quevedo o José Cadalso son dos buenos paradigmas de ello en la España de los siglos XVII y XVIII¹⁵⁷.

3.B. Sin embargo, entre la afirmación del patriotismo-nacionalismo basado en la independencia y singularidad de un pueblo y la atribución del poder sobre ese pueblo a un monarca surgido de una dinastía se produjo una tensión cada vez mayor. La teoría política surgida después del Renacimiento trató de amortiguar esta tensión. Resulta paradigmática, a estos efectos, la teoría elaborada por la Escuela Española de teólogos-juristas del s. XVI que se esforzará en argumentar que, si bien el “pueblo” es el *titular* del poder político, por razones de utilidad es conveniente que quien *ejercite* dicho poder sea el monarca¹⁵⁸. Sin embargo, la dinámica de fortalecimiento de la soberanía mediante la concentración de poder en el monarca llevó incluso a negar que el pueblo o nación tuviera siquiera la “titularidad” de la soberanía afirmándose por contra la soberanía real por derecho divino¹⁵⁹. Así las cosas, la tensión creció hasta límites insoportables resolviéndose en la atribución indubitada y expresa de la soberanía a la “nación”. Esta es la aportación de Sieyès (1748-1836): la consideración de que sólo a la “nación” le corresponde esa consecuencia de la soberanía que es el

157 Así en el famoso soneto de Francisco de Quevedo y Villegas (Madrid, 1580 - Villanueva de los Infantes, 1645), “Miré los muros de la patria mía/ si un tiempo fuertes, ya desmoronados,/de la carrera de la edad cansados,/ por quien caduca ya su ventura/ (...)”.

158 Una espléndida exposición de este pensamiento en Eustaquio GALÁN Y GUTIÉRREZ, “Esquema histórico-sistemático de la teoría de la Escuela española del siglo de Oro acerca de la esencia, origen, finalidad y legitimidad titular por Derecho Natural del poder político”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* n^o extraordinario conmemorativo del centenario de la revista, 1953 (p. 57-91).

159 Doctrinarios de esta idea fueron Filmer en Inglaterra (Cfr. Robert FILMER, *Patriarca*, en Robert FILMER & John LOCKE, *Patriarca/Primer libro sobre el Gobierno*, traducción de Carmela Gutiérrez de Gamba y estudio preliminar de Rafael Gamba, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966) y Bossuet en Francia (Cfr. Jacques-Bénigne BOSSUET, *Política sacada de las Sagradas Escrituras*, trad. de Jaime Maestro Aguilera, Tecnos, Madrid, 1974).

“poder constituyente”. Según Sièyes, la “nación” se caracterizará por el hecho de que todos están sometidos a la misma ley, sin privilegios¹⁶⁰, a una ley fundamental que debe ser elaborada por “representantes” *expresamente* elegidos por la nación¹⁶¹

3.C. Las tesis de Sieyès expresan la idea de que toda nación precede a la Constitución¹⁶². Ahora bien, al otro lado del Atlántico se produjo un fenómeno ciertamente importante. En las colonias norteamericanas independizadas de Inglaterra va a gestarse una Constitución... sin que haya previamente una Nación. La inexistencia de una nación previa a la Constitución fue un problema conscientemente asumido por los “padres fundadores” y, muy especialmente por John Jay, que pretendieron que esa Constitución sirviera para construir esa Nación. Los autores del Federalista eran perfectamente conscientes que no eran una nación *antes* de aprobar su Constitución¹⁶³ y de que sólo *una* nación *poderosa* podría hacerse respetar en el concierto internacional¹⁶⁴. Por eso, lo que pretenden es que la Constitución cree una nueva nación. En consecuencia, si bien en el modelo francés (y también español: piénsese en la Constitución Española de 1812) la “nación” preexistente es quien crea la “Constitución”, en el modelo norteamericano la “Constitución” es quien crea una “nación” que no preexistía.

Ahora bien, el hecho de que en Norteamérica no hubiera una “nación” no significaba que no existieran elementos culturales de homogeneidad previamente a la Constitución. En *El Federalista*

160 Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?*, Quadrige/Presses Universitaires de France, 1982 (1ª ed. francesa, 1789 [<http://gallica.bnf.fr/scripts/ConsultationTout.exe?O=89685&T=2>]), p. 31: “Qu' est-ce qu' une nation ? Un corps d' associés vivant sous une loi *commune* et représentés par la même *législature*”; p. 33: “Nous l' avons dit, une loi commune et une représentation commune, voilà ce qui fait une nation”, ...”

161 SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?*, p. 70-71.

162 SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?*, cit., p. 67: “La nation existe avant tout, elle est l' origine de tout”.

163 Alexander HAMILTON, John MADISON & John JAY: *The Federalist Papers*, Penguin, Nueva York, 1961 (1ª ed. Inglesa, 1787). Hay traducción española de Gustavo R. Velasco, FCE, México, 1994. nº 2 (Jay), p. 37: “It is well worthy of consideration therefore, whether it would conduce more to the interest of the people of America that they should, to all general purposes, be one nation, under one federal government, or that they should divide themselves into separate confederacies, and give to the head of each the same kind of powers which they are advised to place in one national government”).

164 *The Federalist Papers*, cit., nº 3 (Jay), 5 (Jay), 42 (Madison),

creo que está la prueba de ello. Así, Jay dice que la América independiente es un país unido por la existencia de los “mismos ancestros”, la “misma lengua”, la “misma religión” y los “mismos principios de gobierno”¹⁶⁵. Se podría argüir que Madison habla de la pluralidad de “opiniones religiosas” o “sectas” religiosas¹⁶⁶; sin embargo, una interpretación conjunta de las opiniones de Jay y de Madison nos revela que esa “pluralidad” de sectas o de opiniones religiosas comparten “algo en común” y no se hallan radicalmente opuestas.

4. PATRIOTISMO Y CONSTITUCIÓN

La conexión establecida entre la “nación” y la “Constitución” necesariamente afecta al sentimiento de “amor a la patria” o “patriotismo”. Esto nos permitirá determinar, en primer lugar, en qué modelos se concreta esa relación entre “patriotismo” y “Constitución”; en segundo lugar, de qué manera debemos entender en el caso español el “patriotismo constitucional”; y, finalmente, en tercer lugar, cómo el “patriotismo constitucional” es una condición indispensable para que cualquier mecanismo de defensa de la Constitución pueda resultar verdaderamente operativo.

4.A. Modelos de “patriotismo constitucional”

Parece que se puede convenir en que no tiene el mismo carácter una “nación” que sea “presupuesto” de una Constitución que otra que sea “consecuencia” de la misma. El distinto carácter de estos dos tipos de “nación” conlleva, necesariamente, dos modos diversos de ese “amor a la patria o nación” en que consiste el “patriotismo”. Estos dos tipos, sin embargo, presuponen una cultura común previa. Por ello, a estos dos modelos de “patriotismo constitucional” se le puede añadir un tercer modelo, construido sin un elemento cultural común previo.

4.A.a. En el primer modelo, la “nación” es algo previo a la “Constitución”, existe, tiene pasado, tiene *historia*. Esto significa que los caracteres que la determinan, sean los que sean (*historia*,

¹⁶⁵ *The Federalist Papers*, nº 2 (Jay), p. 38.

¹⁶⁶ *The Federalist Papers*, nº 10 (Madison), 51 (Madison).

cultura, lengua, geografía, etnia) no están determinados por la Constitución. Si esto es así, parece que se puede admitir que el “patriotismo constitucional” que se dé en un supuesto como este estará más centrado en la “nación” que en la “Constitución”. Ahora bien, en este modelo, el pasado no lo es todo ya que puede existir un amor a la Constitución en tanto en cuanto la misma es un fruto especialmente visible y singularmente importante de la nación, un producto que mejora y acrece el patrimonio de la nación en el presente y en el futuro. El amor a la Constitución no existe en virtud sólo de la Constitución, sino, sobre todo, en tanto en cuanto esa Constitución apreciada es obra de una nación cuyas obras son queridas. En Europa encontramos claros ejemplos de ello en Francia o en Inglaterra (si aceptamos que tiene una “Constitución”).

4.A.b. En el segundo modelo, la “Constitución” es algo previo a la “nación”. Aquí la nación no existe (o no existía), no tiene pasado, no tiene historia, pero se pretende que tenga futuro. Ahora bien, el hecho de que no exista “*pasado*” o “*historia*” no significa que no haya una *cierta homogeneidad previa*. Por esta razón, es la Constitución la que determina qué caracteres tendrá esa nación que ella misma crea, pero a partir de unos elementos vertebradores previos. Es difícil que una norma jurídica como una Constitución pueda, por sí misma, crear ciertos rasgos (historia, cultura, lengua, geografía, etnia); por eso, la nación creada por la Constitución nos ofrecerá una configuración distinta. Fundamentalmente la nación creada por la Constitución se reconoce por la vinculación a algo que crea la propia Constitución, trátase de un sistema nuevo de libertades digno de ser apreciado por los ciudadanos o trátase de un “proyecto de futuro” (y aquí puede entroncarse ese tipo de nación que Ortega y Gasset definía como “proyecto sugestivo de vida en común”¹⁶⁷). El ejemplo más elocuente de este modelo serían los Estados Unidos de América¹⁶⁸. Ahora bien, la creación de ese algo “nuevo”, como un determinado sistema de libertades anteriormente inexistente sólo puede hacerse partiendo de determinadas ideas comunes previas.

167 José ORTEGA Y GASSET, *España invertebrada*, Espasa Calpe, Madrid, 1991 (1ª ed. 1921), p. 32.

168 Sobre este modelo resultan de gran interés las consideraciones de Eburne URIARTE, *España, Patriotismo y Nación*, Espasa Calpe, Madrid, 2003, p. 255 ss.

4.A.c. Los dos anteriores modelo de “patriotismo constitucional” se caracterizan por discrepar acerca de la prioridad de la “Nación” y la “Constitución” dando por sentado una homogeneidad previa, una existencia de un sustrato cultural común. Frente a esos dos modelos nos encontramos un tercero que conecta directamente la idea de “Constitución” con la de “multiculturalidad”. Este es precisamente el modelo del “patriotismo constitucional” que sostiene Habermas y que considera deseable y aplicable a Alemania y, por extensión a todos los demás Estados constitucionales. Toda la teoría constitucional de Habermas constituye un gigantesco esfuerzo por construir una teoría constitucional alternativa a la de Carl Schmitt. Frente a la tesis de éste de que la Constitución debe basarse en un “pueblo” entendido como entidad dotada de una cierta “homogeneidad”, Habermas arguye la posibilidad de que una Constitución puede edificarse sin un “pueblo” previamente existente, esto es, sin que exista una previa homogeneidad cultural y lo hace tanto en general como con referencia a Alemania. Pero además de defender esa posibilidad, Habermas cree que en la actualidad esa es la única viable en nuestras sociedades.

Con carácter general, Habermas sostiene que “no es necesario un consenso de fondo previo y asegurado por la homogeneidad cultural, porque la formación de la opinión y la voluntad estructurada democráticamente posibilita un acuerdo normativo racional también entre extraños”. En su opinión, “gracias a sus propiedades procedimentales, el proceso democrático garantiza la legitimidad” y, por ello, puede sustituir, cuando resulta necesario, “las carencias de la integración social”¹⁶⁹.

Al estudiar la “nación” y “Constitución” alemanas, Habermas dice que son pura ficción las ideas de Carl Schmitt acerca de la homogeneidad del pueblo que constituye un Estado. Por ello, a su juicio, los alemanes deben entenderse “no como una

¹⁶⁹ Jürgen HABERMAS, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1999, p. 116. GONZÁLEZ QUIRÓS comparte esta idea (*Una apología del patriotismo*, cit., p. 134: “el patriotismo no precisa de la unidad etno-cultural para justificarse porque encuentra provisión suficiente en la fuente autónoma de la moralidad que es la libertad de la persona”). Este autor, sin embargo creo que se contradice con otras ideas suyas expuestas en la misma obra (p. 124: “el patriotismo se funda siempre ... en los lazos que nos unen con la comunidad que es la nuestra”).

nación compuesta por miembros de una misma comunidad étnica, sino como una nación de ciudadanos”. Según Habermas, “en la diversidad de sus distintas formas culturales esos ciudadanos sólo pueden apelar a la Constitución como única base común a todos”¹⁷⁰. En efecto, según el autor alemán, no sólo en Alemania, sino en todas las “sociedades complejas” la ciudadanía a partir de ahora ya “no puede ser mantenida unida mediante un consenso sustantivo de valores, sino a través de un consenso sobre el procedimiento legislativo legítimo y sobre el ejercicio del poder”. Los ciudadanos integrados “políticamente” participan “de la convicción motivada racionalmente de que, con el desencadenamiento de las libertades comunicativas en la esfera pública política, el procedimiento democrático de resolución de conflictos y la canalización del poder con medios propios del Estado de derecho fundamentan una visión sobre la domesticación del poder ilegítimo”. Así, para Habermas, “el universalismo de los principios jurídicos se refleja en un *consenso procedimental* que, por cierto, debe *insertarse* en el contexto de una cultura política, determinada siempre históricamente, a la que podría denominarse *patriotismo constitucional*”¹⁷¹.

Ahora bien, al margen de la discusión sobre la corrección o inexactitud de la idea que Habermas tiene de la nación alemana (resulta difícil de discutir que no todas las naciones carecen de esa homogeneidad que Habermas niega a Alemania), la tesis de Habermas se muestra vulnerable a dos objeciones. La primera objeción que se le podría hacer a Habermas es que la idea de Constitución, al menos hasta ahora, no es una idea asumible para esa “diversidad” de las “distintas formas culturales” de los ciudadanos que se hallan bajo una Constitución. No hay duda para mí de que en el pensamiento de Habermas su idea de “patriotismo constitucional” va ligada a la asunción de ciertos postulados del “multiculturalismo”. Ahora bien, como he tratado de demostrar en otro lugar, la idea de “Constitución” es una idea que ha surgido sólo en una determinada cultura (la “occidental”), que ha sido asumida por alguna otra cultura (la japonesa, p. ej.), pero a la que se muestra hostil alguna cultura,

170 Jürgen HABERMAS, *Más allá del Estado nacional*, traducción y presentación de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1997, p. 113.

171 HABERMAS, *La inclusión del otro*, cit., p. 214-215.

como la musulmana, que no acepta que la “Constitución” pueda ser norma suprema en lo político por encima de la ley islámica o *sharia*.¹⁷² Si esto es así, el “patriotismo constitucional” exige algo más que una común “Constitución” porque la propia admisión de esa Constitución como norma suprema es algo que está lejos de ser pacífico. Si el “patriotismo constitucional” efectivamente quiere encauzar el sentimiento político en una dirección unitaria nunca podrá prescindir de los factores *previos* a la Constitución que hacen a esta posible. Así se constata en el caso norteamericano donde, si bien no había una *historia* común previa a la Constitución, *sí había una cultura común previa*. Además, en segundo lugar, una observación de los hechos creo que nos revela que no existe ni uno solo supuesto que pueda servir de aval de sus tesis. El “patriotismo constitucional”, por tanto, no puede tener su último fundamento en la propia Constitución.

4.B. El significado del “patriotismo constitucional” en España

4.B.a. A la hora de determinar cuál es el modelo de “patriotismo constitucional” en el que se puede encuadrar España parece pertinente hacerse dos preguntas clave: primero, ¿hay alguna cultura común en España antes de la Constitución? y segundo, ¿qué es antes, la Nación o la Constitución? La respuesta a ambas creo que es inequívoca.

Por lo que hace a la primera pregunta, que la España anterior a la Constitución está basada en una cultura común (llámese “europea”, “greco-cristiana” u “occidental”) es algo que está fuera de duda sin que la discutible existencia de elementos de otras culturas niegue validez a la afirmación. Independientemente de lo cierto que pueda haber sobre la presencia de otras culturas (judía o musulmana) en otros momentos de la historia¹⁷³, lo que es indiscutible es que después de la reunificación española operada por los Reyes Católicos la base cultural común es, indiscutiblemente, europea.

¹⁷² Carlos RUIZ MIGUEL, “Multiculturalismo y Constitución”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* nº 36/37 (2001), p. 5 ss. (p. 22).

¹⁷³ Una obra imprescindible que pone al descubierto la mixtificación operada en este terreno es la de Serafín FANJUL GARCÍA, *Al-Andalus contra España, la forja del mito*, siglo XXI, Madrid, 2001.

Respecto a la segunda pregunta, parece igualmente incontestable que antes de que existiera la Constitución de 1978 ya existía la Nación. De ello dan testimonio otras Constituciones anteriores. Pero es que tampoco ofrece dudas que la Nación era anterior a la primera Constitución Española. Esta constatación de lo obvio está hecha también en la propia Constitución Española de 1978, que reconoce en su propio texto el carácter previo de la “Nación”. Así se desprende del Preámbulo y de dos importantes preceptos. Por un lado, el art. 1.2 CE dice que “La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado”. Ahora bien, si alguien objetara que ese “pueblo español” no es previo a la Constitución, sino que es creado por la misma, el art. 2 CE despeja todas las dudas al afirmar que “la Constitución *se fundamenta* en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles”. En efecto, el art. 2 CE no dice que la Constitución *fundamenta* la unidad de la Nación (lo que sería tanto como decir que la Nación es una creación de la Constitución y *posterior* a ella), sino que la Constitución *se fundamenta* en la Nación (lo que supone reconocer que la Constitución es una creación de la Nación que es *anterior*).

A tenor de lo dicho hasta ahora, parece que puede afirmarse que en España el “patriotismo constitucional” tiene su núcleo sustantivo en la propia Nación. Ahora bien, ese “patriotismo constitucional” no sólo reivindica un pasado, una historia, la Nación, sino que también reivindica un presente y un futuro que son los que aporta la Constitución. Así es en tanto y en cuanto se considera que la Constitución mejora la Nación, contiene aportaciones valiosas al acervo histórico de la Nación, siendo quizás la más relevante el sistema de derechos y libertades la más destacada. Parece que es difícilmente discutible que nunca se había disfrutado en la Nación Española de un nivel de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales como el que ahora ofrece la Constitución. A esta aportación, indiscutible, se podría añadir la de la forma de gobierno.

4.B.b. En España, no obstante, también se ha defendido una idea de “patriotismo constitucional” centrada en la Constitución y prescindiendo de la nación. Es el caso del “constitucionalismo”

español en las provincias vascas. Ahora bien, como bien ha visto Uriarte esta ausencia de nación hace que este constitucionalismo sea débil porque “apela a las leyes, pero no ofrece, sin embargo, una idea clara de la nación o del proyecto colectivo al que se aplican las leyes”; es un constitucionalismo “en el que el contenido se centra constantemente en las reglas del juego, pero elude hablar del fin, de la referencia, a la que se remiten”¹⁷⁴.

4.C. “Patriotismo constitucional” y defensa de la Constitución

El “patriotismo constitucional” y la “defensa de la Constitución” se hallan estrechamente ligados. Sólo el primero puede hacer efectiva la segunda. Mientras el primero *previene* los ataques a la Constitución, la segunda los *reprime*. Ahora bien, la mera represión de los ataques a la Constitución no resulta suficiente cuando las causas de la desestabilización sigan existiendo. Puede convenirse a este respecto que una de las causas de los ataques a la Constitución *Española* reside en la negación de la Nación Española afirmando en su lugar la existencia de otras supuestas naciones que existirían en ese ente llamado España (o, para estos sectores, “Estado Español”). Estas “naciones” pretenderían elaborar cada una su propia “Constitución”. De este modo, para poder crear su propia Constitución deben destruir la actual Constitución Española. Si aceptamos que esta es una de las causas que motivan los ataques contra los que tiene que operar la “defensa de la Constitución” parece difícilmente discutible que el cultivo del “patriotismo constitucional” constituiría el modo de erradicar esas causas de desestabilización de la Constitución. El patriotismo, como virtud, implica un esfuerzo, una lucha por alcanzar la excelencia propia de una posibilidad de la condición humana y por evitar los vicios que se le oponen¹⁷⁵, nos exhorta a encontrar lo mejor y genera una autoestima para valorar lo que tenemos sin ignorar lo que no nos gusta¹⁷⁶. En definitiva, la Constitución sólo mantendrá su fuerza cuando no sólo los mecanismos de “defensa de la Constitución” repriman los ataques que se produzcan, sino cuando además haya un “patriotismo constitucional” que prevenga esos ataques erradicando las causas de los mismos.

¹⁷⁴ Edurne URIARTE, *España, Patriotismo y Nación*, cit., p. 241.

¹⁷⁵ GONZÁLEZ QUIRÓS, *Una apología del patriotismo*, cit., p. 117-118.

¹⁷⁶ Idem, p. 126.



SEGUNDA PARTE

ALGUNOS DESARROLLOS DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

- IV. El camino hacia el Estado democrático avanzado.
- V. El jurado como garantía democrática constitucional.
- VI. La naturaleza de los derechos fundamentales.



IV. EL CAMINO HACIA EL ESTADO DEMOCRÁTICO AVANZADO

1. Presupuestos teóricos: 1.A. Justificación del estudio; 1.B. Presupuestos teológico-políticos: la muerte de Dios; 1.C. Presupuestos filosóficos: crisis de la Modernidad; 1.D. Presupuestos históricos: el tránsito Estado de Derecho-Estado Social-Estado Democrático. 2. Transformaciones en el Estado democrático avanzado: 2.A. Sistema de fuentes: 2.A.a. Concepto de ley. Contenido de la ley; 2.A.b. Primacía de la ley. 2.B. Representación: 2.A.a. Sistema electoral y legitimación; 2.A.b. Partidos políticos y Parlamento: 2.A.b.I. Tarea integradora; 2.A.b.II. Tarea visual-legitimadora; 2.C. Administración: 2.C.a. Sujeción de la Administración a los objetivos de la norma; 2.C.b. Instrumentos de la acción administrativa. 3. El Estado democrático avanzado y la Constitución.

1. PRESUPUESTOS TEÓRICOS

1.A. Justificación del estudio

Un análisis de las transformaciones del Estado democrático

avanzado no está exento de la necesidad de justificarse. La razón de ello es que, dependiendo del marco conceptual del que se parta, un análisis de este tipo puede tener o no razón de ser.

Desde el planteamiento normativista puro o kelseniano no es dable al jurista enfrentarse a la crisis del Estado social (matriz del Estado democrático avanzado) desde la simple dicotomía entre teoría y realidad. Aunque hubiese una divergencia entre la norma y la realidad, para este planteamiento formalista sólo la norma, no la realidad, es relevante para el Derecho¹⁷⁷, y para el Constitucional en particular, por lo que para el jurista sólo cabe evadirse de la crisis aceptando que la validez de las normas depende únicamente de argumentos internos al propio sistema jurídico.

Nosotros, sin embargo, partiremos de un marco diverso. En primer lugar debe advertirse el carácter tautológico de la proposición “la validez de las normas depende de argumentos internos al propio sistema jurídico”. Sin detenernos en este punto, sí son procedentes algunas observaciones. Como ha dicho Ibáñez, la verdad científica intenta articular dos pruebas, la prueba empírica (adecuación a la realidad) y la prueba teórica (coherencia del discurso). Ambas pruebas son paradójicas. Si es paradójico todo enunciado que se refiere a sí mismo, o autoreferente, es paradójica la prueba empírica porque implica medir la materia con instrumentos hechos de materia, y también lo es la prueba teórica pues requiere que haya que pensar el pensamiento o hablar del habla. De ahí que, para Ibáñez, la verificación de ambas dimensiones nos introduzca en un proceso de regresividad ilimitada¹⁷⁸. Ahora bien, consideramos aquí que, en la medida en que el pensamiento piense la realidad y no el pensamiento, la paradoja no se producirá. La realidad que pretendemos pensar es la del Estado actual.

177 Hans Kelsen: *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionali. Contributo per una dottrina pura del diritto*, trad. y presentación de Agostino Carrino, Giuffrè, Milán, 1989 (1ª ed. alemana, 1920), pp. III, 24 (en nota) y 80.

178 Jesús IBÁÑEZ ALONSO: “Perspectivas de la investigación social: el diseño en tres perspectivas”, en Manuel García Ferrando, Jesús Ibáñez y Rafael Alvira (comps.): *El análisis de la realidad social*, Alianza, Madrid, 1989, p. 49 ss. (p. 71). Un ejemplo de proceso de regresividad como el reseñado es advertible en Popper, cuyo racionalismo postula como punto de partida una hipótesis irracional e indemostrada para evitar esa regresión ilimitada.

En segundo lugar, y desde un planteamiento jurídico-constitucional, no podemos dejar de lado las aportaciones de ciertos autores. Para Heller, todo problema jurídico tiene sus raíces, de un lado en la sociología y del otro, mirando hacia arriba, en la esfera de lo ético-político. Por tanto, los problemas jurídicos no solamente pueden ser estudiados desde los puntos de vista causal y normativo, sino que, además, exigen que se efectúe este doble estudio¹⁷⁹. Por su parte, Smend, afirma que sin un conocimiento fundado de lo que es el Estado, no existe a la larga una teoría jurídica del Estado que resulte operativa ni tampoco un desarrollo satisfactorio del Derecho Constitucional mismo¹⁸⁰ de tal suerte que todo estudio jurídico-político tiene una dependencia respecto de la labor previa que realiza la Filosofía del Estado¹⁸¹. Desde estos enfoques que acabamos de reseñar creemos que sí que aparece ya justificado este estudio.

1.B. Presupuestos teológico-políticos.

Afirmaba Schmitt que todos los conceptos sobresalientes de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados¹⁸². Los problemas del Estado democrático avanzado también pueden contemplarse desde esta perspectiva.

El Protestantismo minó determinados presupuestos teológicos católicos, aunque siguiera compartiendo el dogma básico del Cristianismo. El catolicismo se organiza de forma compacta, jerárquicamente. Esta jerarquía abarca todos los estratos humanos y aun la cúspide (el Papa) que a su vez se subordina a Dios (es Vicario). La jerarquía lleva consigo una disciplina y unos determinados principios: sumisión, obediencia, etc. Además existe un cuerpo de expertos encargados de conocer y difundir los dogmas (los sacerdotes) que se organiza en un aparato administrativo eclesial. Estos principios católicos han impregnado múltiples facetas de los sistemas jurídicos, administrativos y políticos de los Estados europeos, aun de

179 Hermann HELLER: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, trad. de Mario de la Cueva, UNAM, México, 1965, p. 111.

180 Rudolf SMEND: *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. de José María Beneyto, CEC, Madrid, 1983 (1ª ed. Alemana, 1928), p. 44.

181 Rudolf SMEND: *Constitución y Derecho Constitucional*, cit., p. 46.

182 Carl SCHMITT: "Teología política" (1ª ed. 1922), en *Estudios políticos*, trad. de Francisco Javier Conde, Doncel, Madrid, 1975, p. 33 ss. (p. 65).

los aconfesionales. Así, la Administración pública seguirá las pautas de la Iglesia organizándose jerárquicamente, mediante la participación de expertos conocedores de las leyes dictadas por la infalible voluntad general. El Protestantismo hasta cierto punto demolió este sistema a través del libre examen. Ello provocaría el abandono en buena medida de la figura del experto en dogmas y de la obediencia a las autoridades expertas, con lo que se abre paso a la interacción del libre pensamiento. Estos principios protestantes se secularizarán en Norteamérica principalmente.

El libre examen y la confianza que ello supone en el hombre llevaron a exaltar la figura humana y a subordinar lo divino o lo sagrado a las necesidades y apetencias humanas, relativizándose así el principio absoluto de la religión cristiana. Así es como se pudo llegar a hablar por Nietzsche (hijo de un pastor protestante) de la “muerte de Dios”. El tema será incluso asumido por la propia Teología protestante en la llamada “Teología de la muerte de Dios”.

Ibáñez ha advertido la importancia de este fenómeno. Para él, “cuando Dios vivía, la verdad, el bien y la belleza dependían de *Su acuerdo* (subrayado Ibáñez)¹⁸³ y toda legitimación se fundaba en el acuerdo divino¹⁸⁴. Esto significa que en dicha situación existía una *determinabilidad a priori* de la verdad, del bien, de la belleza ... o de lo racional-legal. Se podía hablar de una racionalidad a priori que sería asumida por el pensamiento de la Modernidad que partía de una concepción lógico-matemática del mundo que permitía el establecimiento de un orden desde arriba susceptible de ser expresado en leyes generales y permanentes.

Esta situación cambia, a juicio de Ibáñez, con la muerte de Dios. Si Dios ha muerto al no haber nadie que dé a los hombres su acuerdo, no les queda a éstos más remedio que *ponerse de acuerdo* entre ellos sobre lo que es verdadero, bueno o bello: es el consenso¹⁸⁵. En este nuevo contexto no es posible la determinación del orden

183 IBÁÑEZ ALONSO: “Perspectivas de la investigación social: el diseño en tres perspectivas”, cit., p. 64.

184 Jesús IBÁÑEZ ALONSO: “Cómo se realiza una investigación mediante grupos de discusión”, en Manuel García Ferrando, Jesús Ibáñez y Rafael Alvira (comps.): *El análisis de la realidad social*, Alianza, Madrid, 1989, p. 489 ss. (p. 490).

185 IBÁÑEZ ALONSO: *op. cit.*, p. 64 y 490.

a priori, sino que su establecimiento se hace por consenso. Si acaso, cabrá una racionalidad a posteriori del consenso. No sería aventurado decir que el Estado democrático avanzado surge en una situación histórica de muerte de Dios.

1.C. Presupuestos filosóficos: crisis de la Modernidad.

El paradigma filosófico de la Modernidad se fundamenta en un postulado básico: la separación de la *res cogitans* y la *res extensa* por obra de Descartes¹⁸⁶. Dicha separación e independización de la *res cogitans* es un corolario del principio teológico del libre examen. La escisión se radicalizará hasta considerar a la *res extensa* como algo absolutamente subordinado a la *res cogitans*. Desde esta perspectiva, surgirá el constructivismo racionalista que considerará a la *res extensa* como algo inerte y moldeable ilimitadamente por la *res cogitans*, esto es, por la Razón. Este esquema de pensamiento dominará la Modernidad y se manifestará de múltiples formas según cómo se llene de contenido a los conceptos de *res cogitans* y *res extensa*.

Por lo que respecta al Estado, como ha advertido Freund, donde por primera vez ese enfoque cartesiano se proyecta sobre la teoría política es en Hobbes¹⁸⁷. La consideración del legislador o gobernante como instrumento racionalizador (*res cogitans*) de la sociedad (*res extensa*), aparte de ser causa de la aparición de las ideologías y de las utopías, determinará, jurídicamente hablando, una determinada forma de entender el Derecho que, en su forma de Derecho intervencionista aparecerá como aquel sector del sistema jurídico que asume una capacidad de conformación inmediata de

186 Renato DESCARTES: *Discurso del método. Reglas para la dirección de la mente*, trad. de Antonio Rodríguez Huéscar, Orbis, Barcelona, 1983 (1ª edición en francés del "Discurso del método" en 1637). Descartes dice "conoció por esto que yo era una sustancia cuya completa esencia o naturaleza consiste sólo en pensar, y que para existir no tiene necesidad de ningún lugar ni depende de ninguna cosa material; de modo que este yo, es decir, el alma, por la que soy lo que soy, es enteramente distinta del cuerpo, y hasta más fácil de conocer que él, y aunque él no existiese, ella no dejaría de ser todo lo que es" ("Discurso del Método", cuarta parte, p. 72).

187 Julien FREUND: *L'aventure du politique*, Criterion, París, 1990, p. 17-18 ("a partir de esta idea de convención "artificial" lanzada por Hobbes, se ha creído que toda sociedad era artificial pues dependía de un contrato. Es posible jugar con ella como se juega con cualquier artificio. Es posible desmontarla, o montarla de nuevo. La sociedad puede ser hecha, deshecha o rehecha, según nuestros caprichos. Es la fuente misma de la idea revolucionaria").

la realidad social¹⁸⁸. Este tipo de Derecho de la Modernidad sería el que Nonet y Selznick llaman “Derecho autónomo” (*autonomous law*)¹⁸⁹, es el Derecho que encuentra su apogeo en la dogmática formalista del Derecho público y su expresión en la racionalidad lógica weberiana y kelseniana. Este tipo de Derecho otorga al Estado autonomía para la conformación activa, desde arriba, de la realidad social¹⁹⁰.

Además de la escisión cartesiana, otros postulados caracterizarán a la Modernidad, combinándose con aquel. El optimismo antropológico y su corolario, la idea del progreso, el mecanicismo, la técnica, etc., configuran este paradigma.

Sin embargo, la Modernidad experimentará sucesivas crisis que pondrán en tela de juicio sus principios: crisis teórica (que comienza con Nietzsche y Schopenhauer), que desembocará en la postmodernidad; crisis moral (Auschwitz, Hiroshima, el Gulag), que cuestionará el optimismo antropológico; crisis de eficacia, que pondrá en tela de juicio su racionalidad; y crisis ecológica, que obligará a replantear la radicalidad de la escisión cartesiana buscando una nueva armonía con la naturaleza.

En este contexto de crisis, el Derecho intervencionista clásico también quedará afectado. Como advierte Porras Nadales el Estado social de Derecho sufrirá una triple crisis¹⁹¹: crisis de legitimación (Habermas), crisis de sobrecarga (O'Connor) y crisis de reflexión del centro o de racionalidad (Luhmann). En efecto, asistimos a una grave y larga crisis del Estado social que afecta a todas sus estructuras: políticas, socio-económicas y jurídicas. Estamos viviendo una aguda y crítica etapa de transición de la civilización occidental de modo que el Estado, fruto de esa

188 Antonio J. PORRAS NADALES: “Desarrollo y transformaciones jurídicas del Estado social en el modelo territorial autonómico español: balance y perspectivas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* nº 4 (1989), p. 269 ss. (p. 271, 281, 283 y 287).

189 Philippe NONET y Philip SELZNICK: *Law and society in transition: toward responsive law*, Transactions Publishers, New Brunswick, 2009 (1ª ed. Torch Books, Nueva York, 1978), p. 53 ss. El significado del “Derecho autónomo” frente al “Derecho represor” (*repressive law*) y el “Derecho responsable” (*responsive law*) queda claramente expuesto en la introducción de Robert Kagan a esta obra (“Introduction to the Transaction edition”, p. IX-XI).

190 Antonio J. PORRAS NADALES: “El Derecho intervencionista del Estado”, *Revista de Estudios Políticos* nº 63 (1989), p. 65 ss. [p. 70].

191 Antonio J. PORRAS NADALES: “Problemas de configuración jurídica del Estado democrático avanzado”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* nº 8 (1991), p. 79 ss.

civilización, sufre intensamente esa crisis. La crisis de nuestra civilización no es producida por la crisis social del Estado, sino que ésta última es el efecto inducido por la primera, porque el Estado ha sido incapaz de responder satisfactoriamente, a los requerimientos de la sociedad¹⁹². En lugar de escuchar a la sociedad, el Estado se ha dedicado a transformarla.

La imaginación jurídico-política burguesa parece haberse agotado. Conceptos como soberanía popular, representación política, separación de poderes, derechos del hombre, control de constitucionalidad, Estado de Derecho, etc., atraviesan una seria crisis, lo cual no significa que sean inservibles, sino que fueron concebidos para una época en la que las interrelaciones Estado-Sociedad civil fueron menos dificultosas. Urge, pues, como dice Luhmann, superar las teorizaciones jurídico-políticas pasadas. Nuestras instituciones son residuales y requieren una nueva reflexión política¹⁹³.

1.D. Presupuestos históricos: el tránsito Estado liberal-Estado Social-Estado Democrático.

El Estado liberal-burgués de Derecho surge marcado por el más puro individualismo, resultado del influjo de la doctrina rousseauiana¹⁹⁴. El triunfo del Estado liberal va a significar que, si bien el Estado va a seguir desarrollando sus funciones políticas tal y como habían sido consideradas de modo

192 Pablo LUCAS VERDÚ y Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: *Manual de Derecho Político*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1990 (2ª ed.), p. 111.

193 LUCAS VERDÚ y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: *Manual de Derecho Político*, cit., p. 119.

194 Jean-Jacques ROUSSEAU: *Du Contrat social*, ed. de Bertrand de Jouvenel, Pluriel, París, 1982 (1ª edición en francés, 1762), libro 2º, cap. III, p. 203. Según Rousseau "si cuando el pueblo delibera, una vez suficientemente informado, no mantuviesen los ciudadanos ninguna comunicación entre sí, del gran número de las pequeñas diferencias resultaría siempre la voluntad general y la deliberación sería siempre buena. Mas cuando se desarrollan intrigas y se forman asociaciones parciales a expensas de la asociación total, la voluntad de cada una de estas asociaciones se convierte en general, con relación a sus miembros, y en particular con relación al Estado: entonces se puede decir que no hay tantos votantes como hombres, sino sólo tantos como asociaciones. Las diferencias devienen menos numerosas y dan un resultado menos general. Finalmente, cuando una de estas asociaciones es tan grande que prevalece sobre todas las demás, no se tendrá ya como resultado una suma de pequeñas diferencias, sino una diferencia única; entonces no hay ya voluntad general y la opinión que domina no es sino una opinión particular. *Importa, pues, para fijar bien el enunciado de la voluntad general, que no haya ninguna sociedad parcial en el Estado y que cada ciudadano sólo opine según sus propios criterios*" (cursivas mías).

clásico¹⁹⁵ (y además, en cierta medida, funciones morales), la Sociedad no va a poder continuar realizando las tareas sociales (beneficencia, asistencia a enfermos, a ancianos, etc.) que hasta entonces desempeñaban los diversos grupos sociales (gremios, congregaciones religiosas, etc.). La causa de esto va a residir en la profunda desagregación social que va a producir el Estado liberal triunfante. De una parte, se van a disolver las corporaciones y asociaciones laicas (como los gremios)¹⁹⁶. De otra parte, las sucesivas Desamortizaciones van a eliminar o ahogar las congregaciones religiosas y las asociaciones privadas de beneficencia¹⁹⁷. El Estado liberal burgués de Derecho, en definitiva, sólo aspira a enfrentarse a individuos aislados.

Ahora las necesidades sociales no podían ser cubiertas por nadie: ni por el Estado que se limitaba a la realización de sus cometidos políticos (Estado abstencionista), ni por la sociedad

195 Partida 2ª, Título I, ley II; Juan BODINO: *Los seis libros de la República*, selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1985, libro 1º, cap. X, p. 76 ss.

196 La Asamblea francesa votó el 14 de junio de 1791 la llamada ley Le Chapelier que reprimía severamente, como un delito, toda asociación o coalición de obreros para imponer un salario uniforme a los patronos. Respondía así la burguesía a las reivindicaciones corporativas que, en forma de huelgas, llevaron a cabo a partir de mayo de 1791 los carpinteros, tipógrafos, sombrereros y herradores. Los revolucionarios franceses prohibían el derecho de asociación contradictoriamente con las proclamaciones revolucionarias de los derechos humanos. En España, las Cortes de Cádiz abolieron los gremios por decreto CCLXII, de 8 de junio de 1813, sobre el libre establecimiento de fábricas y ejercicio de cualquier industria útil (*Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarias*, tomo IV, Imprenta Nacional, Madrid, 1820). El Decreto de 1813 contiene dos artículos solamente: "I. Todos los españoles, y los extranjeros avecindados ó que se avecinden en los pueblos de la Monarquía, podrán libremente establecer las fábricas ó artefactos de cualquiera clase que les acomode, sin necesidad de permiso ni de licencia alguna, con tal que se sujeten á las reglas de policía adoptadas, ó que se adopten para la salubridad de los mismos pueblos. II. También podrán ejercer libremente cualquier industria ú oficio útil, sin necesidad de examen, título o incorporación á los gremios respectivos, cuyas ordenanzas se derogan en esta parte". Este decreto fue abolido por Fernando VII mediante Real Orden de 15 de junio de 1815, pero fue restablecido por otro decreto de 6 de diciembre de 1836.

197 El Decreto XXXVIII, de 27 de septiembre de 1820 (ratificado por ley de 11 de octubre del mismo año) sobre supresión de toda especie de vinculaciones (*Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarias*, tomo VI, Imprenta Nacional, Madrid, 1821) prohíbe a la Iglesia y a las corporaciones civiles y de beneficencia que adquieran bienes para el futuro (art. 15: "Las iglesias, monasterios, conventos y cualesquiera comunidades eclesiásticas, así seculares como regulares, los hospitales, hospicios, casas de misericordia y de enseñanza, las cofradías, hermandades, encomiendas y cualesquiera otros establecimientos permanentes, sean eclesiásticos o laicales, conocidos con el nombre de *manos muertas*, no puedan desde ahora en adelante adquirir bienes raíces o inmuebles en provincia alguna de la Monarquía ..."). La ley fue derogada en 1824 y restablecida el 30 de agosto de 1836. Las posteriores leyes de desamortización civil (bienes de municipios y de fundaciones benéficas) y eclesiástica (bienes y derechos de monasterios, conventos, colegios y congregaciones de religiosos) supusieron la consumación del proceso.

que había quedado desarticulada. Sin embargo, esas necesidades seguían existiendo y de forma cada vez más acuciante por mor del propio proceso de la revolución industrial. Esta situación de abandono fue el caldo de cultivo propicio para la aparición de las ideologías revolucionarias ahora antiburguesas, que tienen como documento emblemático el *Manifiesto Comunista* de 1848. La situación social se hacía insostenible. Fue entonces cuando la clara visión política de un político conservador, Bismarck, a finales del siglo XIX, conduce al establecimiento del Estado Social. Bismarck era consciente de que para salvar al Imperio de una revolución social que lo destruiría, era necesario que se satisficieran las gravísimas necesidades sociales entonces existentes. Dado que la sociedad no atendía a las mismas, era necesario que el Estado supliese esa carencia. Se trataba de una aplicación del principio de subsidiariedad en el plano horizontal. Con el Estado Social, se implantaba una nueva especie del despotismo ilustrado (“todo para la sociedad, pero sin la sociedad”). No obstante, lo que pudo interpretarse al comienzo como una intervención subsidiaria y excepcional del Estado, terminó convirtiéndose en una función propia y ordinaria del mismo. Es el apogeo del Estado Social, que se produce, tras la siembra ideológica en el período de entreguerras (tanto en las democracias, como en los Estados fascistas y comunistas), a partir de 1945¹⁹⁸.

La dinámica propia del Estado Social conducía a un agigantamiento del Estado y, además, a resultados de ineficacia. Los burócratas de la Administración no podían conocer perfectamente todas las necesidades sociales ni controlar los procesos de intervención y ayuda del Estado. De ahí que ya a partir de los cincuenta, y de forma progresiva, se diera el paso hacia el Estado democrático en su más amplio sentido. No se trataba sólo de introducir la democracia en los procesos de elección de los representantes, o si se quiere, no se trataba sólo de garantizar la legitimidad de origen de los titulares del poder; sino que, además, se procuraba que éstos tuvieran legitimidad de ejercicio al insertarse mecanismos democrático-participativos en los procesos de ejecución de las políticas

198 Un útil análisis de los procesos de implantación del Estado social en los diversos países occidentales en Pablo LUCAS VERDÚ: *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

definidas por los representantes elegidos. De esta forma, las leyes van a procurar que en el funcionamiento de la Administración, al aplicar las políticas públicas, se dé una efectiva participación en los interesados que, en cuanto directamente implicados, van a disponer de una información y de un interés del que carecen los funcionarios de la Administración. Este es el marco del Estado Democrático Avanzado.

2. TRANSFORMACIONES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO AVANZADO

2.A. Sistema de fuentes

2.A.a. Contenido de la ley

El ordenamiento del Estado moderno, sobre todo tras la Revolución francesa, se ha caracterizado por un determinado contenido de la ley y por la primacía de la misma. Estos dos postulados van a sufrir serios embates.

La ley de la fase histórica del Estado social podría decirse que cumple una función regulativa-racionalizadora (al estilo del “Derecho autónomo”) que, por su propia lógica, exigía una posición previa de autorracionalidad finalista de los poderes públicos, en la que imperan los elementos racionalizadores activos conformadores o transformadores de la realidad o de la dinámica social. Se trata de lo que la doctrina alemana ha llamado “normas de programación final”.

En la nueva fase del Estado de Derecho que se ha dado en llamar Estado post-social, post-moderno o democrático avanzado, el contenido de la ley cambia para pasar a desempeñar una función legitimadora que constituye el soporte de su capacidad para atribuir espacios de autonomía y esferas de redistribución y autocontrol de la renta social. Se trata de un contenido adjudicativo-legitimador que coloca a los poderes públicos en una posición de control limitado *a posteriori* del nivel de gasto de la renta social sin que ello implique necesariamente una actitud explícita o apriorísticamente racionalizadora. En esta

fase, la ley sirve para garantizar *erga omnes* el reconocimiento de espacios de autonomía y autocontrol institucional por parte de los sectores sociales interesados¹⁹⁹. Este Derecho lo llama Porras Nadales “Derecho receptivo”²⁰⁰ y tiene relación con lo que Stewart llama “Derecho de la reconstitución”²⁰¹.

Se produce así el curioso fenómeno de que, mientras en las primeras fases jurídicas de la Modernidad la ley sirvió para anular los espacios de autonomía entonces existentes (Corporaciones, gremios, asociaciones), en los actuales momentos, el mismo instrumento, la ley, sirve para “reconstituir” un nuevo y vigoroso tejido social dotado de autonomía propia.

2.A.b. Primacía de la ley

El modelo histórico del Estado de Derecho se fundamentaba en los principios de legalidad, seguridad, uniformidad, generalidad y permanencia²⁰². Como afirma Hill, la “teoría de la esencialidad” derivada del principio del Estado de Derecho y del principio democrático postula que el legislador, en cuanto órgano deliberante de representación popular directa, debe afrontar todas las decisiones estatales esenciales por sí mismo, sin posibilidad de su delegación o remisión a otros poderes, significativamente el ejecutivo (la Administración)²⁰³, pero tampoco el judicial.

Sin embargo, en la nueva fase histórica del Estado de Derecho hay una necesidad de estrategias de flexibilización “ajustada a la situación” (*situationsgerechte*) para el mantenimiento de la capacidad funcional de la Administración y de la efectividad del cumplimiento de sus tareas²⁰⁴. La vinculación de la

199 PORRAS NADALES, “El Derecho intervencionista del Estado”, cit., p. 75 y 76

200 PORRAS NADALES, “El Derecho intervencionista del Estado”, cit., p. 75

201 Richard B. STEWART: “Principios estructurales del Derecho Constitucional y los valores del Federalismo: la experiencia de los Estados Unidos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* nº 1 (1988), p. 55 ss. (p. 71).

202 Antonio J. PORRAS NADALES: “La función de gobierno: su ubicación en un emergente modelo de Estado post-social”, *Revista de Estudios Políticos* nº 56 (1987), p. 77 ss. (p. 90).

203 Hermann HILL: “Rechtstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns”, *Die öffentliche Verwaltung*, cuaderno 20 (octubre 1987), p. 885 ss. (p. 893). Sobre la “teoría de la esencialidad” vid. Luciano PAREJO ALFONSO: *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991, 56 ss.

204 HILL: “Rechtstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns”, cit., p. 892.

Administración a la ley contiene muchas aperturas y espacios amplios que no sólo permiten, sino que incluso exigen una actuación administrativa flexible. La actuación administrativa aparece, en consecuencia, menos *vinculada* a la ley y más *dirigida* por la ley²⁰⁵. En efecto, se precisa una nueva juridicidad que no ha de depender exclusivamente de los principios de legalidad y conexos, en la medida en que dejen de satisfacerse principios operativos como el de flexibilidad, tratamiento individualizado o capacidad de respuesta de sectores interesados frente a los poderes públicos²⁰⁶. En la fase post-social la actuación del Estado responde a una doble serie de factores: por un lado, la generalización de mecanismos selectivos de participación de grupos sociales sobre el Estado en un proceso generador de consensos que no puede ser calificado como antidemocrático; y, por otro lado, a un intento de los órganos decisionales de la Administración de ganar cuotas de eficacia incrementando el índice de adecuación entre los soportes normativo-decisionales y la realidad final resultante²⁰⁷.

Este marco complejo no puede ser previsto dada su dinamicidad, por normas legales de superior rango expresivas de una concepción lógico-matemática del mundo que debía permitir el establecimiento de un orden *a priori* desde arriba, susceptible de ser expresado en leyes generales y permanentes²⁰⁸. De este modo, entra en crisis el principio de calculabilidad del impacto de las decisiones legislativas, quebrando el modelo de racionalidad legal-burocrática weberiano basado en el reconocimiento de la capacidad de organizar y dirigir el sistema social a través de los procesos de impulso que, desde los órganos legislativos, se transmite causalmente a los aparatos burocráticos de la Administración²⁰⁹.

205 PORRAS NADALES: "La función de gobierno: su ubicación en un emergente modelo de Estado post-social", cit., p. 90.

206 HILL: "Rechtstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns", cit., p. 893.

207 PORRAS NADALES: "La función de gobierno: su ubicación en un emergente modelo de Estado post-social", cit., p. 91.

208 PORRAS NADALES: "La función de gobierno: su ubicación en un emergente modelo de Estado post-social", ibid.

209 PORRAS NADALES: "La función de gobierno: su ubicación en un emergente modelo de Estado post-social", cit., p. 94.

Por tanto, la única posibilidad de racionalizar, al menos de forma limitada, la actuación del Estado habría que buscarla en los mecanismos de control *a posteriori* que, como afirma Porras Nadales siguiendo a Luhmann, quizá ahora deban articularse sobre una dogmática jurídica progresivamente desvinculada de todo componente político-legal. Ello implica la apertura del sistema de fuentes para reducir la actividad normativa a la fijación de las macrorreglas de juego o principios fundamentales funcionales y procedimentales de justicia (Derecho Constitucional), generando el plano operativo-intervencionista de la Administración un marco descentralizado de pluriesferas decisionales relativamente autónomas cuya dinámica apenas permite deducir un plano de relativa racionalidad *a posteriori*²¹⁰.

En esta nueva situación en la que el establecimiento de una racionalización normativa *a priori* aparece cuestionado, debe reconsiderarse el papel que juegan los principios generales del Derecho en el sistema de fuentes. Como señala Hernández-Gil, los principios generales del Derecho no responden a una estructura normativa típica, al paradigma usual de la norma (normas de conducta o normas de organización) pues por su generalidad y abstracción se dificulta el conocimiento de los supuestos de hecho y de las consecuencias jurídicas (35). Los principios generales del Derecho permiten eludir las rigideces ineficaces de una racionalización normativa *a priori*, permitiendo a la vez un control y una racionalidad *a posteriori* en la medida en que son fuente de Derecho aplicable por los jueces.

Esta cuestión ya se suscitó en la República Federal Alemana en 1977 con ocasión de la codificación del procedimiento administrativo. En aquel momento diversas voces (Ule, Laubinger, Püttner y Hill) se alzaron previniendo frente a una fijación por escrito de los, hasta ese momento, flexibles principios generales del procedimiento. Para este sector doctrinal, la fijación y “legalización” de tales principios dificultaría un desarrollo creativo del Derecho, la reacción del mismo ante problemas nuevos no previstos, así como la corrección de eventuales desarrollos defectuosos del Derecho. Frente a este sector, otro

210 Cit. en Joaquín ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990, p. 87 y 122.

grupo de autores opuso que la Codificación aumentaba la seguridad jurídica. En la actualidad Hill defiende una postura intermedia según la cual la codificación debe trazar estructuras fijas, pero a la vez debe estar abierta de cara a posteriores desarrollos flexibles²¹¹.

Frente a los principios generales del Derecho se han alegado dos argumentos. El primero hace referencia a la seguridad jurídica. Frente a él cabe contraargumentar, por una parte, que una seguridad jurídica absoluta exige una racionalidad a priori que la realidad actual, sumamente fluida, parece que no facilita, como ya se ha visto. Por otra parte, por encima de la seguridad jurídica está la justicia, siendo aquélla una parte integrante de ésta, no siendo admisible que la absolutización de aquélla pueda redundaren perjuicio de ésta. La justicia exige no sólo la regulación general justa, sino también la justicia del caso singular²¹². Finalmente, el objetivo de la eficacia no puede relegarse por consideraciones formalistas. Frente al formalista *fiat iustitia et pereat mundus* que conduce a la ineficacia, se erige el hegeliano *fiat iustitia ne pereat mundus*, armonización de la eficacia y la justicia.

Un segundo argumento frente a los principios generales del Derecho es su colisión o coincidencia con la Constitución. Si chocan con la Constitución, se dice, debe prevalecer ésta y si coinciden con la Constitución lo que se aplica no son aquéllos sino ésta. Sin embargo, por una parte, es seguro que los principios no chocan con la Constitución Española, pues según sostiene Arce, ésta los recoge (art. 1.1 y 10.1 CE)²¹³. Por otra parte, es indudable que los principios generales del Derecho no fueron inventados por la Constitución, pues tienen una larga historia, independientemente del rango que se les diera. Además, no es ocioso advertir que la estructura de los preceptos constitucionales que los recogen no es igual a la estructura de los demás preceptos constitucionales, lo que pone de relieve

211 HILL: "Rechtstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns", cit., p. 886.

212 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, cit., p. 87.

213 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, cit., p. 93 ss.

su diversa naturaleza y su carácter de principios. No sólo eso, sino que el hecho de que la CE acoja en su seno a los principios generales del Derecho, aleja las suspicacias de quienes para aceptar una determinada forma de flexibilidad del subsistema jurídico, exigen que, a la par que sea abierto, se elimine su abuso mediante el mantenimiento de un marco estable formado por el “consenso fundamental” (*Grundkonsens*) jurídico constitucional y social básicamente²¹⁴.

Lo expuesto anteriormente ofrece así la respuesta a la pregunta planteada por Hill acerca de en qué medida la Constitución y especialmente el principio del Estado de Derecho contiene cláusulas que permitan jurídicamente una apertura limitada, relativa, y una flexibilización de la actuación administrativa²¹⁵. En España existen ya casos en los que se recoge la virtualidad flexibilizadora y correctora de los principios generales del Derecho en el ámbito administrativo²¹⁶.

En definitiva, el sistema de fuentes del Estado post-social configura un Derecho principal superador del anterior Derecho legal y de las disfunciones que éste presenta en su versión clásica. Por el propio carácter del Derecho principal, el centro de gravedad se desliza progresivamente hacia los jueces.

2.B. Representación

2.B.a. Sistema electoral y legitimación

Al hablar de representación aludiremos a diversos aspectos que giran en torno a la misma, aunque en rigor no sean propiamente la misma representación. En primer lugar se tratará del sistema electoral y de la legitimación del Estado, para aludir posteriormente a los partidos políticos y al Parlamento.

214 HILL: “Rechtstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns”, cit., p. 892-893.

215 HILL: “Rechtstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns”, cit., p. 893.

216 STS de 16 de septiembre de 1988 (Ar. 7046). Esta sentencia afirma tajantemente que “se impone en el Derecho Administrativo el principio del valor superior de la justicia”, merced a lo cual da una respuesta flexible frente a los problemas que surjan ante la Administración.

En la fase histórica del Estado social de Derecho se produce el fenómeno señalado por Habermas de que la constante expansión de las políticas intervencionistas no va acompañada de procesos suplementarios de incremento de la legitimidad democrática, de modo que el sufragio universal se convierte en un *maximum inextensible*²¹⁷. Ibáñez, en la misma línea, de forma quizá exagerada dice que “la democracia totalitaria intenta reducir la participación de los ciudadanos a los votos: votar es necesario (hay que votar) y suficiente (no hay que hacer otra cosa que votar)”²¹⁸.

Ibáñez ha propuesto una interesante tricotomía relevante para nuestro estudio al señalar la existencia de tres niveles, a los que corresponden tres perspectivas, tres modos de participación política y tres dispositivos de investigación social. En primer lugar, se encuentra el nivel de los elementos, al que corresponde la perspectiva distributiva, cuyo dispositivo de investigación social es la encuesta, y cuyo dispositivo de participación política son las elecciones con voto individual y secreto. En segundo lugar, se halla el nivel de la estructura o de las relaciones entre los elementos, al que corresponde la perspectiva estructural, cuyo dispositivo de participación política son las conversaciones entre ciudadanos, fundamentales en la génesis de la opinión pública y cuyo dispositivo de investigación social es el grupo de discusión. En tercer lugar, aparecería el nivel del sistema o de las relaciones entre estructuras (relaciones entre relaciones), al que corresponde la perspectiva dialéctica, cuyo dispositivo de participación política son las asambleas o manifestaciones que pueden incidir en muchas decisiones y cuyo dispositivo de investigación social es el socioanálisis. A juicio de Ibáñez, si observamos un dispositivo de acción de un nivel determinado con un dispositivo de investigación social de diferente nivel, lo destruimos pues rompemos los enlaces o conexiones estructurales entre los elementos. De ahí que, en su opinión, la reducción de la democracia a dispositivos de participación política de tipo distributivo rompa la riqueza de la vida política

217 Cit. por PORRAS NADALES, “El Derecho intervencionista del Estado”, cit., p. 66.

218 IBÁÑEZ ALONSO: “Perspectivas de la investigación social: el diseño en tres perspectivas”, cit., p. 57.

y social²¹⁹. La misma idea late en Schmitt cuando sostiene que “el método del sufragio secreto transforma al ciudadano con derecho a voto en un particular aislado, y le permite manifestar su opinión sin abandonar la esfera de lo privado”, por lo que puede concluirse que “de una suma de la opinión *privada* de particulares no resulta ni una opinión *pública*, ni una auténtica decisión *política*” (cursivas nuestras)²²⁰.

En el Estado post-social se produce un incremento de legitimación del sistema, rompiendo esa barrera que señalaban Habermas, Ibáñez y Schmitt. En una sociedad organizada como la buscada por este Estado, la potencialidad participativa de la misma y su penetración múltiple y dispersa sobre los aparatos del Estado es mayor que en la fase anterior del Estado de Derecho, si bien, como señala Porras, ello puede aparecer como un factor de difuminación del convencional paradigma del Estado representativo, lo que explicará las dificultades de la doctrina para aceptar sus importantes consecuencias sobre la teoría del Estado contemporáneo²²¹. En este nuevo modelo de sistema democrático se haría recaer la carga de determinación del propio carácter democrático del sistema hacia el interior de la respectiva microestructura de las distintas unidades sociales autónomas (grupos o corporaciones semipúblicos o semiprivados) como soporte condicionador del contenido democrático final del Estado en su conjunto, obligando, por otra parte, a replantear las teorías sobre la representación al imponer un componente de Derecho privado ajeno a las tradicionales teorías del mandato representativo. Además, en este modelo tales unidades sociales operarían como instrumentos de articulación o representación inmediata y directa de sus propios intereses no generalizables²²².

De este modo, el impulso o la orientación política (*indirizzo politico*) como expresión de la fuerza dinámica orientadora de la acción estatal, debería dejar paso a un espectro dominante

219 IBÁÑEZ ALONSO: “Perspectivas de la investigación social: el diseño en tres perspectivas”, cit., p. 56-58.

220 Carl SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 1982 (1ª edición alemana, 1928), p. 272.

221 PORRAS NADALES, “El Derecho intervencionista del Estado”, cit., p. 67.

222 PORRAS NADALES, “El Derecho intervencionista del Estado”, cit., p. 68.

de macroimpulsos sociales cuya incidencia global final sólo sería constatable según el proceso resultante a posteriori. En este proceso se operaría una cierta sustitución de la tradicional legitimación estructural-representativa del Estado (lo que Ibáñez llama dispositivos distributivos de legitimación, esto es, elecciones con voto individual y eventualmente secreto), por una tendencial legitimación funcional deducida de la adecuación real de las respuestas intervencionistas del Estado a las demandas articuladas sobre los poderes públicos (lo que Ibáñez denomina dispositivos estructurales de legitimación, es decir, concertación social)²²³. Esto guarda cierto paralelismo con la distinción típica de la Escuela Española de teólogos-juristas entre legitimidad de origen (a la que correspondería la tradicional legitimación estructural-representativa del Estado o a los dispositivos distributivos de legitimación) y legitimidad de ejercicio (que aludiría a la legitimación funcional o a los dispositivos estructurales de legitimación)²²⁴.

En conclusión, el principio de participación democrático-selectiva de sectores interesados con capacidad para incidir sobre el momento decisonal mediante fórmulas operativas de consenso o con técnicas adjudicativas e incluso con una eventual autonomía o capacidad de autonormarse²²⁵, produciría un suplemento de legitimidad para el Estado que así compensaría, aunque de forma estructuralmente fragmentaria, el dilema habermasiano de la crisis de legitimación del Estado del capitalismo tardío (51). Por lo mismo, desde el planteamiento de Ibáñez, podría decirse que se produce un incremento democrático en la medida en que no sólo se aceptan los dispositivos de participación distributivos, sino también los estructurales encarnados por el consenso.

No obstante, en este momento de transición se producen aún ciertas disfunciones entre los dispositivos distributivos de participación política y los estructurales, o dicho de otra manera, entre la representación estructural y la funcional.

223 PORRAS NADALES, "El Derecho intervencionista del Estado", cit., p. 68-69.

224 La distinción se encuentra ya en Vitoria. Vid. Francisco de VITORIA: *Relectio de iure belli o paz dinámica*, traducción de Luciano Pereña Vicente, Centro Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1981, p. 283

225 PORRAS NADALES: "La función de gobierno: su ubicación en un emergente modelo de Estado post-social", cit., p. 90.

2.B.b. Partidos políticos y Parlamento

En el tránsito del Estado social de Derecho al Estado democrático avanzado los partidos políticos y el Parlamento deben cumplir una doble tarea: una tarea integradora y una tarea visual-legitimadora conectada con la anterior.

2.B.b.I. Tarea integradora.

Una de las causas que han determinado la crisis del Estado social ha sido la llamada por O'Connor "crisis fiscal del Estado". Este fenómeno ha sido bien estudiado por Buchanan y Wagner que han demostrado la necesidad de limitar constitucionalmente el gasto público como única solución ante el déficit público generado por el excesivo desprendimiento de los partidos gobernantes para renovar sus mayorías²²⁶. La fragmentación que trae consigo el Estado post-social implica que, en la medida en que las demandas sociales tengan un carácter financiero más que normativo, será necesario un cierto control, al menos financiero, aunque sea a posteriori en el que el Parlamento y los partidos deberían tener algo que decir.

Como dice Leibholz, la base estructural de las asociaciones y de los partidos es absolutamente distinta, pues las asociaciones son exponentes de los múltiples particulares intereses de la sociedad (siempre que se mantengan fieles a su carácter originario), mientras los partidos realizan decisiones verdaderamente políticas²²⁷. La suma de los intereses particulares y de las asociaciones no es igual al interés general que se dirige a la sustancia misma de lo político²²⁸. Por ello, los partidos políticos tienen la misión y el deber jurídico constitucional, según Leibholz, de obrar en un sentido integrador igualando y neutralizando los múltiples y antagónicos intereses sociales, procurando que este pluralismo de intereses de las asociaciones no haga peligrar la unidad política y estatal, conduciendo a una oligarquía y dominio de dichas asociaciones²²⁹.

226 James M. BUCHANAN y Richard E. WAGNER: *Déficit del sector público y democracia*, trad. de E. Galdón y J.L. López de Garayo, Rialp, Madrid, 1983, p. 173.

227 Gerhard LEIBHOLZ: "El orden social, estatal y las asociaciones", en *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, trad. de Eloy Fuente, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, p. 95 ss. (p. 122-123).

228 LEIBHOLZ: "El orden social, estatal y las asociaciones", cit., p. 124

229 LEIBHOLZ: "El orden social, estatal y las asociaciones", p. 130-131.

Ahora bien, para que los partidos políticos (y el Parlamento en el que aquéllos operan) cumplan esta función integradora, deberían cumplir dos requisitos, por un lado, que de impulsores del gasto público se convirtieran en constrictores del mismo y, de otro lado, que los partidos asumiesen decididamente su misión de asumir el interés general, lo que resulta interferido por la presencia de otros intereses (de clase, territoriales, etc.) en buen número de partidos. El primer requisito puede satisfacerse si se estableciese la medida preconizada por Buchanan de limitar constitucionalmente el gasto público, si bien por sí solo no basta. El segundo requisito, parece que se intenta cubrir por los que Kircheimer ha llamado partidos “coge-lo-todo” (*catch-all party*). En todo caso, sin el presupuesto de una comunidad ético-religiosa, económica o cultural el pluralismo de los partidos no integra, sino que desintegra la comunidad política²³⁰. Por lo demás, si los partidos y el Parlamento no asumen esa función integradora se corre un grave riesgo de que su protagonismo y significación pueda verse mermado por el empuje disgregador (Leibholz), pero también participativo (Porras) de la sociedad democrática avanzada.

2.B.b.II. Tarea visual-legitimadora

El eje partidos-Parlamento sufre cierto vaciamiento de las competencias funcionales de determinación de la acción programática del Estado a causa de la crisis del modelo tradicional de indirizzo político como circuito de articulación racional de los términos sociedad democrática-partidos políticos-representantes políticos (Parlamento)-subsistema político (Gobierno)-Administración pública-sociedad democrática, en el que se seleccionan las directrices programáticas públicas escalonadamente. Sucede que para la determinación del cada vez mayor número de políticas lo imprescindible es el acuerdo y la participación de los sectores sociales afectados, de suerte que toda regulación que carezca de este requisito corre grave riesgo de ser protestada o boicoteada o ineficaz. En esa situación las instancias parlamentarias se convierten en una instancia meramente expendedora de envolturas formal-legales de los

²³⁰ Carl SCHMITT: “Staatsethik und pluralistischer Staat”(1ª ed. 1930), en *Positionen und Begriffe*, Duncker und Humboldt, Berlín, 1988, p. 133 ss. (p. 140-141).

acuerdos, resultando irrevisable de hecho el contenido del acuerdo cuyo reconocimiento formal erga omnes se solicita.

En esta tesitura crítica en la que los partidos y el Parlamento ven vaciarse su función transmisora de la orientación política en buena medida, cabría interrogarse qué función cumplen. Parece que de constituir, como en la fase histórica del Estado social, el centro inicial de impulso sobre la esfera interna de la actuación burocrática, pasarían en el Estado post-social, a cumplir una función de proyección hacia afuera, mediante la reproducción visualizada del pluralismo subyacente y la relativa ocultación de los mecanismos de compromiso o consenso capaces de conducir a la unicidad resultante de la voluntad estatal, siendo esta proyección hacia afuera el gran soporte de legitimación de las decisiones políticas²³¹. Esta legitimación simbólico-visual no es baladí, sino que es absolutamente esencial en una sociedad como la actual en la que las imágenes y los medios de información intercomunican el conjunto del sistema.

Este carácter simbólico-visual del eje partidos-Parlamento se presta a dos consideraciones. En primer lugar, la investigación acerca de ese carácter simbólico-visual puede aprovecharse de los estudios existentes acerca de la caracterización de la Monarquía por esos rasgos. La pérdida por la Monarquía de su función de gobierno, o lo que es lo mismo, de determinación de las directrices programáticas de las políticas públicas (*potestas*), para conservar únicamente su función de reinado (*auctoritas*), no ha implicado necesariamente el abandono de la institución, sino más bien su reubicación²³². El caso de la Corona británica o de la española revelan la enorme importancia simbólico-visual de la institución y consiguientemente su fortísima capacidad integradora. Este reducto simbólico-visual no es un espacio desdeñable en absoluto y es un reto para el eje partidos-Parlamento el acotarlo con prudencia, pues de su adecuada adaptación a la nueva situación puede depender su capacidad legitimadora.

231 PORRAS NADALES: "La función de gobierno: su ubicación en un emergente modelo de Estado post-social", cit., 89.

232 SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, cit., p. 278; ID.: *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1983 (1ª ed. alemana y española en 1931), p. 218 ss.

La segunda reflexión que surge versa acerca del enorme poder que entraña ese tipo de legitimación visual, pero también acerca de su enorme debilidad. Su enorme poder consiste en la enorme capacidad de lo visual para estructurar directamente el psiquismo del sujeto receptor de la imagen por la facilidad de ésta de alcanzar la sensibilidad neurovegetativa anulando los filtros de lo racional²³³. La enorme debilidad de esta legitimación es la existencia en el mundo actual de una sucesión torrencial de imágenes, a veces incluso imperceptibles para la esfera consciente (como en el caso de la tachitoscopia) que hace necesaria una continuada exposición visual, pues de lo contrario se corre el riesgo de que otras imágenes impulsadas quizás por otros poderes, borren aquella imagen cuya impresión se buscó. Esto obliga, por tanto, a los Parlamentos y a los partidos a ejecutar con más seriedad que nunca, si cabe, sus importantísimas funciones, pues sólo de ellos mismos dependerá su “permanencia visual”. De este modo, aparte de una responsabilidad política, estos órganos contraen una grave responsabilidad social.

2.C. Administración

2.C.a. Sujeción de la Administración a los objetivos de la norma

En la actuación administrativa del Estado social se producían graves ineficacias debido a su propio carácter rígidamente determinado a priori por la ley. Así, los mandatos jurídicos de las instancias administrativas centrales, fiel cumplidoras del principio de legalidad, son rudos, disfuncionales y devienen rápidamente obsoletos. Los burócratas centrales no pueden reunir y procesar la vasta información necesaria para regular de forma ajustada las muchas variaciones de las circunstancias. Por imperativos de la racionalidad a priori y por reducción de costos se adoptan regulaciones uniformes para todo el ámbito nacional que no consiguen sus metas y producen efectos colaterales no intencionados cuando los funcionarios intentan aplicarlas a condiciones no previstas o alteradas por el tiempo²³⁴.

233 Ignacio GÓMEZ DE LIANO: *La mentira social. Imágenes, mitos y conducta*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 193-195.

234 STEWART: “Principios estructurales del Derecho Constitucional y los valores del Federalismo: la experiencia de los Estados Unidos”, cit., p. 65-66.

En contraste con esta situación se ha visto que en la actual fase del Estado post-social, los fines de las normas no están fijados de modo absoluto e inequívoco. En efecto, la exactitud del objetivo previamente establecido disminuye en relación a diversos factores, como alejado que el objetivo esté (en el tiempo, en el espacio y en lo burocrático), lo inseguro que sea el desarrollo de lo regulado y lo plural de las variables observables y de las instancias participantes en la adopción y realización de los objetivos. Los objetivos de las normas que deba ejecutar la Administración precisan de una sintonización, concreción y desarrollo en el caso concreto, no sólo entre las autoridades competentes, sino también en colaboración con los ciudadanos afectados. Así pues, en vez de simples programas de objetivos, aparecen cada vez más los programas de “relacionamiento” (*Relationisierungsprogramme*) que, en lugar de contener representaciones minuciosas y soluciones finales, sólo ofrecen direcciones y modelos que, a su vez, necesitan desarrollo y sintonización con la realidad. En este contexto los objetivos ya no son fijos, sino fluidos apareciendo los llamados procesos de aprendizaje cooperativo (*kooperativen Lernprozesses*)²³⁵.

2.C.b. Instrumentos de la actuación administrativa

En Alemania federal se ha discutido recientemente acerca de las llamadas “actuaciones informales” de la Administración que también han colisionado con los instrumentos clásicos de la actividad administrativa. Como medios clásicos de la Administración se pueden considerar las órdenes, las prohibiciones y los permisos. Sin embargo, estos medios tienen el inconveniente de que no sólo causan elevados gastos de control, sino de que paralizan la iniciativa de los destinatarios. Los instrumentos administrativos dotados de coacción jurídica, especialmente las órdenes y prohibiciones, deben ser utilizados, no como regla general cual sucede ahora, sino sólo como ultima ratio. Por ello, en esta nueva fase del Estado post-social, en sustitución de las órdenes y prohibiciones, aparecen la información, las llamadas, las obligaciones de anunciar las actuaciones, los modelos de actuación jurídico-privados o la propia flexibilización de las órdenes y prohibiciones²³⁶.

235 HILL: “Rechtstaatliche Bestimmtheit odersituationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns”, cit., p. 888.

236 HILL: “Rechtstaatliche Bestimmtheit odersituationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns”, cit., p. 890.

En este contexto, las “actuaciones informales” cobran todo su sentido. Entre éstas se entienden los acuerdos para “apartar” consecuencias normativas, los consejos o la tolerancia de situaciones antijurídicas debido a que no haya precedido a las mismas una autorización o a que dicha autorización fuera rechazada. En estos supuestos, un empleo formalizado del Derecho es visto como disfuncional y entorpecedor porque sin la observación de las reglas formales de Derecho pudiera conseguirse el objetivo pretendido de modo más rápido y efectivo. En estos casos, la Administración no emplea el Derecho de forma inmediata, sino que trata con el destinatario acerca del camino más indicado para solucionar el problema, y sólo si esta vía es infructuosa se acude a la coacción jurídica. Estas prácticas que Hill llama “actuaciones informales”, son denominadas por Isensee “ilegalidad necesaria o pragmática” y por Treutner “utilización estratégica de reglas jurídicas” o “Derecho como fuente aprovechable burocráticamente”²³⁷.

Aparecen, por tanto, en el horizonte formas de actuación administrativas que, pese a ser más efectivas, pueden chocar con las normativas presentes y con los hábitos de actuar surgidos por dichas normas.

3. EL ESTADO DEMOCRÁTICO AVANZADO Y LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de 1978 configura un Estado social y democrático de Derecho. La cuestión es examinar hasta qué punto el Estado democrático avanzado como categoría superadora del Estado social puede estar admitido en la Constitución. Desde este enfoque la Constitución define una triple secuencia Estado de Derecho-Estado social-Estado democrático de carácter cronológico de tal suerte que el Estado democrático sería la última fase evolutiva del Estado social a partir de la crisis de éste. La expresión significaría en este sentido un incremento de legitimación del sistema. Esta concepción del Estado democrático diverge de aquella en la que la expresión tiene un contenido mínimo: celebración periódica de elecciones.

237 HILL: “Rechtstaatliche Bestimmtheit anderssituationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns”, cit, p. 890.

Esa situación final del Estado democrático avanzado explica que tenga, por una parte, rasgos “modernos” y, por otra, rasgos “post-modernos”. Los rasgos “modernos” del Estado más destacables son, en primer lugar y en relación a la actuación política, la plasmación de la doctrina “clásica” del *indirizzo politico* (arts. 66.2, 99 y 97 CE), corroborada por la restricción de la iniciativa legislativa (art. 87 CE); y, en segundo lugar y por lo que respecta a la actuación administrativa, la consagración de los principios clásicos modernos: legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica (arts. 9.3 y 103.1 CE).

Lo anterior no significa que deba rechazarse una formulación de una teoría del Estado post-moderno, post-social o democrático avanzado. Por eso, y en relación sobre todo a ciertos preceptos constitucionales, se debe buscar una interpretación de la Constitución que nos permita encajar en la misma la nueva fase histórica del Estado que parece asomar. Este problema ha sido planteado en Alemania por Hermann Hill, quien busca una cobertura jurídica constitucional a su propuesta de una flexibilidad de la actuación administrativa ajustada a la situación (*situationsgerechte Flexibilität*) o de “apertura limitada”.

3.A. Ya se ha tenido ocasión de señalar que, de acuerdo con Arce, debe considerarse que *el art. 1.1 CE* recoge una formulación de los principios generales del Derecho conjuntamente con el art. 10.1 CE²³⁸, por lo que la constitucionalización de esos principios, en cuanto cláusulas de apertura, facilita el tránsito entre el Estado social y el Estado post-social legitimando constitucionalmente este último. Ahora bien, no cabe olvidar que, precisamente esa amplísima apertura de esas cláusulas cercena el principio de seguridad jurídica y mina las garantías del Estado de Derecho.

3.B. En cuanto a la superación del marco estricto del principio de legalidad y de reserva de ley, además de lo dicho anteriormente sobre la teoría de la esencialidad²³⁹, debe añadirse que tanto la CE como la GG contienen preceptos relativizadores de dicho

238 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, cit., p. 93 ss.

239 HILL: “Rechtstaatliche Bestimmtheit odersituationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns”, cit., p. 893.

principio. El art. 20.3 GG señala que el poder ejecutivo está sometido a la ley y al Derecho.

Por su parte, la jurisprudencia del TEDH también ha tenido ocasión, en materia de derechos fundamentales, de interpretar de forma flexible numerosos preceptos del CEDH que remitían a la ley ciertas limitaciones de los derechos²⁴⁰. Utilizando las versiones inglesa (“*prescribed by the law*”) y francesa (“*prévues par la loi*”) de estos preceptos, el Tribunal de Estrasburgo ha afirmado que las limitaciones no deben operarse únicamente por una ley en sentido formal, sino por una norma jurídica (que puede ser un reglamento y aun una sentencia judicial)²⁴¹.

En idéntico sentido, el *art. 103.1 CE in fine* dicta que la Administración actúe con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Lucas Verdú ha observado en múltiples ocasiones que esta referencia al “derecho” implica rebasar el estricto ámbito de lo legal, pues la distinción entre la *lex* y el *ius* no puede interpretarse sin recurrir a principios suprapositivos²⁴². Por ello debemos concluir que, en la medida en que los principios generales del Derecho son fuente de Derecho, son Derecho, queda abierta la puerta para una flexibilidad en la que la justicia y la equidad sean determinantes.

3.C. El *principio de seguridad jurídica* ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el sentido de que para que exista un engarce con la ley se exige una “suficiente seguridad”, lo que no supone una magnitud fija, sino un criterio ampliamente flexible que, debido a su apertura, ha sido calificado por algunos (Braun y Staupe) como una simple fórmula vacía. Lo cierto es que los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán para la seguridad jurídica se reducen a aquellos que han conducido en la práctica administrativa a fundamentar la necesidad de una “flexibilidad ajustada a la situación”²⁴³.

240 Por ejemplo: artículos 8.2 y 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

241 SSTEDH De Wilde, A 12, nº 47; Sunday Times, A 30, nº 47; Dudgeon, A 45, nº 44; Müller, A 133, nº 29; Salabiaku, A 141, nº 29; Chappell, A 152-A, nº 52; Markt intern Verlag, A 165, nº 30; Kruslin, A 176-A, nº 29; Huvig, A 176-B, nº 28.

242 Pablo LUCAS VERDÚ: *Estimativa y política constitucionales*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1984, p. 91.

243 HILL: “Rechtstaatliche Bestimmtheit odersituationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns”, cit, p. 893.

También el TEDH, en el marco de la protección de los derechos fundamentales, ha establecido que los requisitos de una “ley” (en el sentido antes indicado) para operar limitaciones en un derecho son los de accesibilidad y previsibilidad. Esta última, más cercana a la seguridad jurídica, se ha interpretado como aquella cualidad de la norma en virtud de la cual ésta debe formularse con la suficiente precisión como para permitir al ciudadano adecuar su conducta. Éste ha de estar en condiciones de prever (recabando para ello, si es necesario, consejos clarificadores) las consecuencias de un acto determinado. Estas consecuencias no tienen que conocerse necesariamente con una certidumbre absoluta: la experiencia revela que esto no es posible, sobre todo en los terrenos en los que los datos cambian en función de la evolución de las concepciones de la sociedad²⁴⁴. Según el TEDH, la certeza, aunque sea deseable, va acompañada frecuentemente de una rigidez excesiva. Sin embargo, el Derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación, por lo que muchas leyes se sirven, por la fuerza de las cosas, de fórmulas más o menos vagas cuya interpretación y aplicación depende de la práctica²⁴⁵. La previsibilidad de una norma depende en una gran medida del contenido del texto legal, del terreno que cubre y del número y calidad de los destinatarios y, en particular, depende de la materia sobre la que trate²⁴⁶.

El principio de seguridad jurídica también está garantizado en el art. 9.3 CE, por lo que las anteriores consideraciones pueden ser extensibles al Derecho español. Además, cabe reiterar aquí lo dicho supra acerca del nexo entre seguridad jurídica y justicia. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este extremo, asegurando que el principio de seguridad jurídica puede entenderse como “la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes”²⁴⁷. Ahora bien, el propio TC ha advertido que el principio de seguridad jurídica no puede convertirse en un valor absoluto por cuanto, en tal caso, “daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente,

244 SSTEDH Ezelin, A 202, nº 46; Open Door, A 246, nº 60.

245 SSTEDH Sunday Times, A 30, nº 49; Silver, A 61, nº 88; Müller, A 133, nº 29.

246 SSTEDH Malone, A 82, nº 68; Groppera Radio AG, A 173, nº 67; Kruslin, A 176-A, nº 30;

Huvig, A 176-B, nº 29; Andersson, A 226-A, nº 75; Herczegfalvy, A 244, nº 89.

247 STC 147/1986 (FJ 4.a).

siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso”²⁴⁸.

3.D. El *principio de igualdad* puede verse en conexión con el de seguridad jurídica y de previsibilidad de la actuación administrativa. Desde esta perspectiva, el principio de igualdad supone un argumento añadido a favor de la apertura en la medida en que no se entiende por tal una rígida uniformidad, sino la igualdad. De ahí que el art. 3.1 GG lo que postule no es el tratar igualmente todo, sino tratar igualmente lo igual y desigualmente lo desigual. Aquí se encuentra un mandato de justicia del caso concreto y de diferenciación. Las divergencias de la normalidad están permitidas si hay motivos materiales que así lo justifiquen. El límite reside en la prohibición de la arbitrariedad²⁴⁹.

En esta línea también se encuentra la jurisprudencia del TEDH sobre el principio de igualdad (artículo 14 del Convenio de Roma), conforme a la cual no toda discriminación vulnera el mismo, sino sólo aquella que, a la luz del caso concreto, carezca de una justificación objetiva y razonable. Tal justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Además, se vulnera la igualdad cuando no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida²⁵⁰.

La jurisprudencia constitucional española se entronca en la misma corriente. Como ha dicho insistentemente el TC, aludiendo expresamente a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, no toda discriminación vulnera el art. 14 CE, sino sólo aquella que sea injustificada por no perseguir una finalidad legítima, esto es, por no ser objetiva y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba

248 STC 126/1987 (FJ 11).

249 HILL: “Rechtstaatliche Bestimmtheit odersituationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns”, cit., p. 894.

250 SSTEDH régimen lingüístico belga, A 6, N^o I.B.10; Sindicato nacional de la policía belga, A 19, n^o 46; Marckx, A31, n^o 33; Rasmussen, A 87, n^o 38. Más recientemente, SSTEDH Darby, A 187, n^o 31; Fredin, A 192, n^o 60; Observer y Guardian, A 216, n^o 73; Sunday Times II, A 217, n^o 58; Pine Valley, A 222, n^o 64.

aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida²⁵¹.

3.E. Los *derechos fundamentales materiales* no prohíben al legislador la utilización con cierta extensión de cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados, ni reconocer a las autoridades un espacio de arbitrio. Estos derechos influyen sobre la reserva de ley en la medida en que en vez de una reserva de ley general, se formula una reserva de ley diferenciada en proporción al derecho fundamental y a la relevancia del derecho fundamental en la regulación. Por lo demás, estos derechos influyen sobre el principio de igualdad, de forma que la igualdad es proporcional en el sentido de que debe preservar la realización de un derecho fundamental. El mandato de una individualización proporcionada a los derechos fundamentales, debe ser cumplido por la Administración. Por tanto, en virtud de los derechos fundamentales, está ordenada una actuación administrativa flexible, ajustada a la situación en cooperación con el titular del derecho fundamental²⁵².

3.F. Ciertas *garantías institucionales* de la Constitución pueden entroncar con lo que aquí se denomina “Estado democrático avanzado”. El art. 36 CE contiene una garantía institucional de los Colegios profesionales preservando sus “peculiaridades propias”, es decir, su configuración como espacio social autónomo. La mencionada garantía institucional protege, incluso frente al legislador ordinario, un microespacio social en el que los interesados gestionan ellos mismos los asuntos que les afectan sin interferencias burocrático-estatales y con participación de todos²⁵³.

En un nivel inferior de protección, la Constitución no olvida otro tipo de asociaciones en las que los interesados pueden gestionar

251 SSTC 22/1981 (FJ 3); 23/1981 (FJ 4); 34/1981 (FJ 3); 7/1982 (FJ 2); 49/1982 (FJ 2); 75/1983 (FJ 2); 6/1984 (FJ 2); 76/1986 (FJ 3); 148/1986 (FJ 6), entre otras muchas.

252 HILL: “Rechtsstaatliche Bestimmtheit odersituationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns”, cit., p. 894.

253 Sobre los Colegios profesionales, vid. Gaspar ARIÑO ORTIZ y José María SOUVIRÓN MORENILLA: *Constitución y colegios profesionales*, Unión Editorial, Madrid, 1984.

y defender sus intereses propios. Es el caso de las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 51.2 CE) y las organizaciones profesionales (art. 52 CE), llamadas a protagonizar un importante papel en el emergente Estado postsocial²⁵⁴.

3.G. Otra manifestación de lo que se ha llamado Estado post-social, la constituyen los llamados convenios de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas suscritos al amparo del art. 16.3 CE²⁵⁵. Se dejan aquí al margen los convenios suscritos con la Iglesia Católica, cuya posición es clara en el sistema de fuentes en tanto que tienen el rango de tratados internacionales. Los demás convenios, sin embargo, presentan especial interés y algunos problemas.

Se trata de normas claramente encuadrables en el marco de lo que se ha llamado Estado post-social. En efecto, no son normas elaboradas según el esquema clásico del *indirizzo politico*. Antes, al contrario, el Parlamento no interviene en absoluto en las mismas. Son normas elaboradas en colaboración y con el acuerdo de los interesados.

En conclusión, parece que puede argumentarse que la Constitución está dotada de preceptos con la suficiente apertura como para permitir el tránsito del Estado social al Estado post-social o democrático avanzado sin traumatismos importantes y, creemos, sin necesidad de operar ninguna reforma constitucional, lo que, por otra parte, da muestras de su potencialidad. No obstante, todo tránsito de esta naturaleza genera una serie de disfunciones en la medida en que los hechos puedan ir más allá de lo previsto por las normas o cuando las normas se hallen más avanzadas que la realidad social que evoluciona más lentamente.

254 Ángel GARRORENA MORALES: *El Estado Español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 137-138.

255 Sobre este particular, véanse: Agustín MOTILLA DE LA CALLE: *Los acuerdos entre el Estado y las confesiones religiosas en el Derecho Español*, Bosch, Barcelona, 1985; y Javier MARTÍNEZ-TORRÓN: *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Comares, Granada, 1994.

V. EL JURADO COMO GARANTÍA DEMOCRÁTICA CONSTITUCIONAL

1. Justicia, participación popular y libertad. Breve apunte histórico. 2. La naturaleza poliédrica del Jurado: 2.A. El jurado como órgano del cuerpo electoral: a. Pueblo y Cuerpo electoral; b. El jurado y la creación del Derecho; c. El jurado y la función judicial; d. El jurado como control último de los órganos del Estado. 2.B. El jurado como derecho: a. Derecho del justiciable; b. Derecho del ciudadano. 2.C. El jurado como elemento de política legislativa: a. Jurado e integración política; b. Jurado y política criminal. 3. La configuración del jurado en el ordenamiento español: 3.A. El jurado como órgano del cuerpo electoral; 3.B. El jurado como derecho; 3.C. El jurado como elemento de política legislativa.

1. JUSTICIA, PARTICIPACIÓN POPULAR Y LIBERTAD. BREVE APUNTE HISTÓRICO

En algunas de sus formas primitivas, la justicia se impartía por el pueblo políticamente activo. Así se ve, en primer lugar, entre los germanos, donde la Asamblea popular de todos los

hombres libres con capacidad para empuñar las armas ejercía funciones judiciales en los asuntos que, como la traición, afectaban a toda la comunidad²⁵⁶. Por su parte, en la antigua Atenas, es sabido que la asamblea de los ciudadanos (*ecclesia*) tenía atribuidas importantes funciones judiciales como, por ejemplo, el conocimiento y condena al ostracismo. La asamblea elegía *dikasteria*, formados por unos 500 miembros titulares y mil suplentes, que representaban al pueblo e impartían justicia (*diké*), siendo tribunales de última instancia²⁵⁷.

En Roma, tras desterrar a los reyes, por la *lex Valeria de provocatione*, que la tradición fija en el 509 a.C. se reservó al pueblo (a los *Comitia centuriata*) el derecho de conocer en última instancia en los procesos judiciales y, además, lo que resulta de gran importancia, el recurso contra todos los magistrados (*provocatio ad populum*). Esta ley se contravenía frecuentemente, por lo que llegó a ser promulgada de nuevo tres veces, añadiéndose por la ley Duilia la pena de muerte a los contraventores. La importancia de esta ley es tal que Tito Livio la denomina fundamento de la libertad popular²⁵⁸. En Roma, por tanto, la atribución al pueblo de competencias judiciales tenía un doble sentido, aún hoy relevante. De un lado, suponía una garantía de que el Derecho, las normas singulares en que consisten las sentencias judiciales, serían creadas por el pueblo. De otro lado, significaba eliminar la posibilidad de que existieran magistrados que estuvieran libres de control y, en esa medida, que pudieran convertirse, de alguna forma, en “soberanos de hecho”, en perjuicio del pueblo.

2. LA NATURALEZA POLIÉDRICA DEL JURADO

2.A. El jurado como órgano del cuerpo electoral.

256 Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso de Historia de las Instituciones españolas*, Alianza, Madrid, 1982 (6 ed.), pp. 169, 209-210.

257 W. WARDE FOWLER: *The city-state of the greeks and romans*, Macmillan, Londres, 1966, p. 165-166.

258 Juan BODINO: *Los seis libros de la República*, selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1992, libro 1, cap. X, p. 78; MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro De Vega, Tecnos, Madrid, 1987, libro XI, cap. XVIII, p. 122 ss. Sobre los *Comitia centuriata* y sus competencias judiciales, véase Armando TORRENT RUIZ: *Derecho Público Romano y Sistema de fuentes*, Oviedo, 1982, p. 201 ss.

2.A.a. Pueblo y cuerpo electoral

El concepto de pueblo es ambivalente. Ya Schmitt distinguía entre el pueblo como magnitud no formada, no regulada en ley constitucional y el pueblo como entidad organizada y formada por ley constitucional. En el primer caso, el pueblo es una categoría pre- y supra- constitucional, mientras en el segundo es post- e infra- constitucional. En el primer sentido, puede hablarse de Pueblo como sujeto del poder constituyente, esto es, como soberano²⁵⁹. En el segundo sentido, el pueblo es un órgano constituido y, por tanto, no soberano, cuyas competencias están tasadas en la Constitución elaborada, precisamente, por el pueblo soberano²⁶⁰. Un término con el que suele denominarse al pueblo entendido como poder constituido es, precisamente, el de cuerpo electoral.

Según el art. 1.2 CE, la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado. Entre esos poderes podemos distinguir, en primer lugar, el poder legislativo, entendido en sentido amplio, que significa el poder de crear normas obligatorias, el conjunto de las cuales forma el sistema de fuentes del Derecho, y en segundo lugar, el poder judicial. Esas funciones cuya titularidad corresponde en el soberano, esto es, el pueblo español, van a ser, en parte, ejercidas por el pueblo, pero entendido como órgano constitucional. La figura del jurado es fundamental para la efectividad de estas determinaciones.

2.A.b. El jurado y la creación del Derecho

Como se ha indicado, uno de los poderes del Estado cuya titularidad corresponde al pueblo, entendido como soberano, es el poder legislativo en sentido amplio, es decir, el de poder dictar normas jurídicas. La Constitución, de un lado, atribuye ese poder normativo a órganos muy diversos (p. ej., Cortes Generales, Gobierno) y, de otro lado, articula ese poder en

259 Carl SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 1982 (1ª edición alemana, 1928), p. 245.

260 Pedro DE VEGA GARCÍA: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 18-20.

formas muy diversas con un régimen jurídico-constitucional propio que les confiere diverso valor y eficacia.

Aunque tradicionalmente sólo se consideraba como manifestación del poder normativo la emisión de normas generales, recientes tendencias han inducido a variar tal opinión. En primer lugar, la escuela del realismo jurídico norteamericano. Holmes, ya en 1897, sostenía que Derecho es profetizar lo que harán los jueces y tribunales en un caso dado. Jerome Frank, por su parte, desarrolla la afirmación anterior al decir que las normas jurídicas generales tienen una doble naturaleza: de un lado, son constataciones generales sobre lo que han hecho los tribunales, y de otro, son predicciones sobre lo que harán en el futuro²⁶¹. En este sentido, la Constitución, la ley, el reglamento no son Derecho propiamente hablando sino *fuentes* en las que bebe el juez para crear el único Derecho existente que es el judicial. En segundo lugar, Kelsen (y, con él, la Escuela de Viena por él fundada) afirma que la jurisdicción es una función absolutamente constitutiva de Derecho, es productora de Derecho en el propio sentido de la palabra. La sentencia es así una norma jurídica individual o singular, concreción de la norma general o abstracta, continuación del proceso productor del Derecho que va de lo general a lo individual²⁶².

La institución del jurado, desde este punto de vista, supone la participación **directa** del pueblo en la creación del Derecho a través de las sentencias. Esto es así tanto en las formas llamadas de jurado puro como en las de escabinado. En las primeras, el determinar singularmente una situación concreta de hecho a la cual se debe ligar una consecuencia jurídica específica, y la vinculación en particular de esta consecuencia a aquella situación, constituye en sí una forma de creación del Derecho²⁶³. En las segundas, la participación es aún más clara, pues el pueblo no sólo participa en la declaración de los hechos, sino también en la del Derecho. Por tanto, la capacidad del pueblo de juzgarse a sí mismo y de llevar las decisiones en materia civil o

261 Sobre estas posiciones, *vid.*, Luis LEGAZ Y LACAMBRA: *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979 (5 ed.), p. 225 ss.

262 Hans KELSEN: *Compendio de Teoría general del Estado*, trad. de Luis Recaséns Siches, Blume, Barcelona, 1979, p. 200-201.

263 KELSEN, *ibid.*

en cuestiones criminales al tribunal de los jurados significa que, al juzgar a sus conciudadanos, éstos se alan una norma de vida para sí mismos²⁶⁴.

Ciertamente, como ha afirmado Schmitt, si el juez depende de la ley, basta con que el legislador haga leyes populares para que así la aplicación por el juez profesional de esas leyes dé lugar a una justicia popular²⁶⁵. Ahora bien, el autor alemán parece olvidar (o pretende ocultarlo?) el enorme poder que ejercen los jueces al individualizar las normas generales. Ese enorme poder puede fácilmente llevar a unas interpretaciones “impopulares” de la norma general “popular”. El modo más seguro de conseguir un auténtico Derecho “popular” es que en las normas jurídicas individuales exista una intervención del pueblo. Con ello es más fácil obtener ese objetivo de la justicia popular que define Schmitt como “la coincidencia entre los fallos judiciales y la sensibilidad jurídica del pueblo”²⁶⁶.

2.A.c. El jurado y la función judicial

Uno de los atributos de la soberanía es, según los autores clásicos, la jurisdicción, es decir, el oír y decidir todas las controversias que puedan surgir en lo referente al Derecho y a los hechos en general, y el conocer de los asuntos en última instancia en particular. Sin una decisión en la controversia, no hay protección del súbdito contra las injurias de otro y emerge, como consecuencia del instinto de autoconservación, el derecho a protegerse a sí mismo usando de su fuerza²⁶⁷.

Si el pueblo es soberano, la facultad de ejercer la jurisdicción le corresponde a él. De la misma suerte que el pueblo es legislador supremo, también es el juez supremo, dice Schmitt²⁶⁸. La atribución al pueblo de la jurisdicción significa que la voluntad del pueblo se convierte en el punto de vista adecuado para

264 Una tesis no similar, pero sí próxima, en Adam FERGUSON: *Un ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, trad. de Juan Rincón Jurado, IEP, Madrid, 1974, p. 208-209.

265 SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 267.

266 SCHMITT, *ibid.*

267 Juan BODINO, *Los seis libros de la República*, cit., libro 1, cap. X, p. 78; Thomas HOBBS: *Leviatán*, traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, 1992, 2 parte, cap. 18, p. 151.

268 SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 266.

fallar procesos. Pero esto puede, a su vez, articularse de formas diversas. En primer lugar, cabría entender que la voluntad del pueblo resulta considerada cuando el Derecho es pronunciado por jueces nombrados siguiendo un procedimiento establecido por el pueblo mismo (ya sea la elección, ya sea la selección por medio de oposición o concurso). Pero también, en segundo lugar, podría sostenerse que es tomada en cuenta la voluntad del pueblo cuando hombres y mujeres del pueblo participen en la resolución de los negocios judiciales, especialmente en la jurisdicción. En el ejercicio de estas competencias el jurado se configura como un órgano del cuerpo electoral. Dada la imposibilidad de que todo el cuerpo electoral se pronuncie, encargado de realizar funciones judiciales²⁶⁹, va a ser un órgano de ese cuerpo electoral, el jurado, quien ejerza esos cometidos.

2.A.d. El jurado como control último de los órganos del Estado

Un principio fundamental del Estado de Derecho, recogido en nuestra Constitución (art. 9.3 CE), es la responsabilidad de los poderes públicos. Ahora bien, la cúspide de la organización significa siempre el límite del aseguramiento coactivo organizado del derecho. Esto se traduce en que la validez de gran parte del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional viene a depender exclusivamente de la situación de los intereses y de la buena voluntad, es decir, conforme a la norma, de los órganos estatales supremos, cuya voluntad, empero, no podrá por su parte asegurar la normatividad en el caso de que su obrar conforme a la norma se vea obstaculizado por poderes independientes de ella²⁷⁰. Lo que Heller llama límites normativo-transcendentes, se expresa en la famosa frase de Juvenal *sed quis custodiet ipsos custodes?*²⁷¹.

Ante esta situación extrema caben dos consideraciones. En primer lugar, se puede acudir a la doctrina de los órganos-límite de Verdross, discípulo de Kelsen. A su juicio, la amenaza

269 SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 267.

270 Hermann HELLER: *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, FCE, México, 1974 (7 reimp., 1 ed. alemana 1934), p. 288.

271 Es decir, "pero, quien vigilará a los propios vigilantes?", vid. Iuni Iuuenalis: "Saturarum libri V", Sátira VI, versos 347-348, en A. Persi FLACCI et D. Iuni IUVENALIS: *Saturae* (ed. de W.V. Clausen), Clarendon, Oxford, 1985 (6 ed.), p. 84.

de sanción deja de ser efectiva cuando se refiere a los órganos supremos, a los que se llama órganos-límite, toda vez que los órganos de control no pueden extenderse indefinidamente. Por ello, el controlador último del Derecho (y de la Constitución, en consecuencia) no puede ser otro que la voluntad ética de los órganos estatales de cumplir su cometido respetando firme y honorablemente el derecho. De ahí que para Verdross, la validez de las normas de un orden jurídico que prescriben a los hombres una conducta bajo la amenaza de una sanción, depende, en última instancia, de la regla moral que prescribe a los órganos-límite el estricto respeto del Derecho en todas sus decisiones²⁷².

Ahora bien, esta doctrina no resuelve el problema de quién debe resolver en última instancia acerca de las responsabilidades. Las exigencias del Estado de Derecho implican que, en buena medida, las responsabilidades (civiles, penales e incluso disciplinarias) sean exigidas por los jueces y tribunales (a salvo de las responsabilidades políticas que son exigidas por los correspondientes órganos constitucionales como el Parlamento). Es de notar que la afirmación del Estado de Derecho se hace conjuntamente con la del principio democrático. Este principio democrático conlleva que sea precisamente el pueblo quien pueda exigir responsabilidades a quien a su vez exigió responsabilidades, jurídicas o políticas. De esta suerte, el Parlamento exige responsabilidades políticas al Gobierno, pero es el pueblo quien exigirá responsabilidades al Parlamento en el momento de las elecciones (aunque esa posibilidad teórica puede quedar difuminada por la presencia de muy diversos factores políticos). Del mismo modo, son los jueces quienes exigen responsabilidades jurídicas a los ciudadanos, pero sus posibles conductas abusivas pueden, si son constitutivas de delito, ser objeto de responsabilidad ante el pueblo en el juicio por jurados. Como vio certeramente Hamilton, el jurado es una barrera no sólo contra la opresión de un monarca hereditario, sino también contra la tiranía de los magistrados populares. En palabras de perenne actualidad afirma este autor que las acusaciones arbitrarias, los métodos arbitrarios de perseguir

272 Alfred VERDROSS: *La Filosofía del Derecho del mundo occidental: visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, trad. de Mario de la Cueva; UNAM, México, 1962 (hay 2 ed. de 1985), p. 396-397.

pretendidos delitos, los castigos arbitrarios como consecuencia de sentencias arbitrarias han sido los grandes instrumentos del despotismo judicial. Todos ellos son asuntos criminales en los que el jurado interviene²⁷³. El jurado es así una pieza clave en el Estado democrático pues convierte al pueblo, entendido como órgano constitucional el control último sobre todos los demás poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial).

2.B. El jurado como derecho

2.B.a. Derecho del justiciable

Constituye una exigencia fundamental de la justicia el que las personas sean juzgadas por jueces objetivos e imparciales. Precisamente uno de los objetivos perseguidos en la Carta Magna inglesa es garantizar la imparcialidad en la administración de justicia mediante la participación de personas ajenas al Rey en esa labor²⁷⁴. La misma idea late en la Declaración de Derechos inglesa²⁷⁵. El mismo Hobbes nos informa que en su época los Lores poseían el privilegio de tener por jueces, en todos los crímenes capitales, sólo a quienes a su vez fuesen Lores. Por su parte, los súbditos del Común tenían como jueces a individuos del país en que había tenido lugar la controversia, pudiéndose recusar a los jueces hasta llegar a doce últimos jurados irrecusables que serían los encargados de juzgarles sin que pudieran así alegar imparcialidad en su contra²⁷⁶.

En las colonias norteamericanas la consideración del jurado va a ser igualmente importante. Ya la Declaración de Derechos de Virginia indicó que en las controversias referentes a la propiedad y en los litigios entre particulares, el juicio por jurados de doce hombres es “preferible a cualquier otro y debe ser mantenido como sagrado”²⁷⁷. La Constitución norteamericana, en sus enmiendas 5 y 6 va a consagrar la figura del jurado. La sexta

273 Alexander HAMILTON, John MADISON & John JAY: *The Federalist Papers*, Penguin, Nueva York, 1961 (1ª ed. Inglesa, 1787), n. LXXXIII (Hamilton), p. 499. Hay traducción española de Gustavo R. Velasco, FCE, México, 1994.

274 Carta Magna del Rey Juan (1215), ver párrafos 18, 19 y 50 (“juicio justo por sus pares”).

275 Ley de declaración de los derechos y libertades de los súbditos y determinando la Sucesión de la Corona, de 13 de febrero de 1689, artículo XI.

276 HOBBS, *op. cit.*, 2 parte, cap. 23, p. 199.

277 Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776, art. XI.

enmienda resulta fundamental en la medida en que atribuye al acusado como derecho fundamental el derecho “a un juicio rápido y público, por un jurado imparcial del Estado y distrito donde se hubiere cometido el crimen”.

Una forma de garantizar esa objetividad e imparcialidad es que el juez sea un “igual” que el justiciable, y así sea capaz de entender su causa. Si partimos de la existencia de diversas clases sería fácil comprender que en la sociedad estamental un juez burgués resultaría más imparcial que uno noble para juzgar a un burgués. Dice Montesquieu que es necesario que los jueces sean de la misma condición que el acusado para que éste no pueda pensar que cae en manos de gentes propensas a hacerle da o²⁷⁸.

Abundando en la misma idea, Hegel afirma que el derecho de la autoconciencia de la parte (momento de la libertad subjetiva, según este autor) está preservado tanto en la ley (norma general), como en la decisión (norma particular). Ese derecho de la autoconciencia de la parte encuentra su satisfacción en la confianza en la subjetividad de los que deciden. Tal confianza se fundamenta principalmente en la igualdad de las partes con ellos mismos según su peculiaridad, la clase y similares. La preservación de esto que llama “derecho de la autoconciencia” es el argumento decisorio, según Hegel, a favor de la implantación del tribunal de jurados, independientemente que la administración de justicia *podiera* ser bien ejercida por tribunales puramente técnicos. La ausencia del jurado lleva, según Hegel a una “alienación en la administración de justicia”, pues sin jurados el conocimiento de Derecho y la posibilidad de proseguir el Derecho se convierte en “propiedad” de una clase que se hace excluyente incluso mediante su terminología²⁷⁹.

2.B.b. Derecho del ciudadano

Lo peculiar del Estado democrático no es sólo el reconocimiento de unos derechos civiles (*status libertatis*), sino también la

278 MONTESQUIEU, op. cit., libro XI, cap. VI, p. 109.

279 Georg Wilhelm Friedrich HEGEL: *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, edición de K.H. Ilting, traducción de Carlos Díaz, Libertarias-Prodhufi, Madrid, 1993 (1ª ed. 1820), n 228, p. 659-660.

posibilidad de gozar de unos derechos políticos que garantizan una participación en la gestión de la cosa pública. No se trata así únicamente de que los ciudadanos puedan contar con una garantía en juicio que sería el jurado, sino que, además, por su misma esencia, los ciudadanos puedan reclamar su presencia en el jurado.

La configuración de este derecho resulta problemática. En primer lugar, pudiera sostenerse que no estamos tanto ante un derecho fundamental directo a formar parte del jurado, cuanto ante un derecho a ejercer la función de jurado. En tal medida, es posible que el ordenamiento fije determinados requisitos que deben reunir los ciudadanos que pretendan participar en el jurado, pudiendo válidamente excluir del mismo a aquellos que no consigan cumplir con tales requisitos.

En segundo lugar, se plantea el problema de en qué medida estamos ante la figura del derecho-deber o nos encontramos con un derecho *stricto sensu*. Si fuera lo segundo, sería perfectamente posible eludir la participación en el jurado sin sanción alguna por el ordenamiento. Si nos encontrásemos con lo primero, los ciudadanos no podrían evadirse del cumplimiento de este deber. La opción por una u otra figura parece que queda en función de criterios de oportunidad o de política legislativa que sólo el legislador puede determinar a la luz de las circunstancias.

2.C. El jurado como elemento de política legislativa

2.C.a. Jurado e integración política

Fue Rudolf Smend quien recalcó la importancia que tenían en la vida del Estado los procesos de integración política, proponiendo clasificarlos en tres categorías: integración personal, funcional y material. En la vida del Estado se requiere la creación y mantenimiento de unas convicciones jurídicas comunes²⁸⁰. Esta operación de integración es de tipo personal cuando se logra gracias a la actividad de diversas personas, por ejemplo, el monarca, la burocracia administrativa o los jueces. Según Smend, un juez o un funcionario de la Administración

²⁸⁰ Rudolf SMEND: *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. de José María Beneyto Pérez, CEC, Madrid, 1985 (1ª ed. Alemana, 1928), p. 72.

no son seres inanimados, sino también, y en cuanto seres de naturaleza espiritual, sociales. Por ello, la actividad que realizan se enmarca en el contexto de un todo espiritual que depende, se orienta e incide sobre dicha totalidad. La labor de funcionarios o jueces no sólo consiste en dominar la técnica del recurso procesal, sino que también estriba en la materialización de un contenido espiritual específico que está influyendo en él, y al que él mismo configura al determinar, a través de las sentencias que dicta o del trabajo administrativo que realiza, su contenido y la dirección que ha de seguir²⁸¹.

Esta tarea de integración personal puede verse obstaculizada o dificultada cuando los jueces o funcionarios, bien por su origen social o bien por la preservación de intereses corporativos se aíslan del pueblo impermeabilizándose contra el ambiente espiritual que le rodea. En estas circunstancias en que la integración puede bloquearse, la institución del jurado permite permeabilizar la administración de justicia al mundo espiritual circundante facilitando esa integración que consiste en la creación y mantenimiento de unas convicciones jurídicas comunes. Precisamente porque el jurado admite la plural composición del mismo y la renovación constante de sus miembros, es más fácil con esta figura captar cuáles son esas convicciones jurídicas comunes que, a través de la tarea judicial, van a ser creadas y mantenidas.

2.C.b. Jurado y política criminal

Ante las agresiones sufridas por los individuos, las primeras reacciones históricas consistían en la venganza privada, esto es, a manos de las propias víctimas o de sus familiares (en sentido más o menos amplio). A partir de entonces, se ha producido un gigantesco proceso objetivador y publicador al intentarse que el alcance de la venganza por el acto cometido no fuera medido por la propia víctima o su círculo, sino con arreglo a criterios objetivos y que la ejecución de dicha venganza no fuera realizada por la víctima y sus allegados, sino por la comunidad política en la que se insertaba la misma. Como advierte Hegel, el cambio de

281 SMEND, *op. cit.*, p. 75-76.

la venganza privada en castigo público implica que la represalia deja de ser sólo subjetiva y contingente mediante venganza y se transforma en pena, que supone, por un lado, una perspectiva objetiva como reconciliación de la ley que se restablece a sí misma por la eliminación del delito y, por otro lado, una perspectiva subjetiva como reconciliación del delincuente con una ley sabida por él y válida para él²⁸².

Ahora bien, la sed de venganza privada no se ahogaba totalmente con la objetivación y publicación de la misma. Si la resolución del órgano de la comunidad política encargado de juzgar (los jueces y tribunales) resultaba injusta a ojos de la víctima, el deseo de ésta de venganza no se apagaba y se intentaba legitimar como reacción ante la injusticia cometida por lo que podía ser estimado como un “burócrata” (el juez profesional) o un conjunto de “burócratas” (el tribunal de jueces profesionales). Las actuaciones de los jueces profesionales, en consecuencia, podían dar pie a una “legitimación” de la venganza privada, aunque la posibilidad efectiva de ésta se hallase dificultada por la presencia de los aparatos represivos de la comunidad.

Con el jurado se pretende conseguir que la resolución del conflicto no esté emitida por un “burócrata”, sino por el pueblo o por una comisión representativa del pueblo, que dé así una mayor legitimidad a la decisión, originando de esta suerte una mayor deslegitimación del acto privado de venganza contrario a esa resolución tomada por el pueblo a través del jurado.

3. LA CONFIGURACIÓN DEL JURADO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

3.A. El jurado como órgano del cuerpo electoral

3.A.a. Los datos jurídicos básicos para emprender el estudio del jurado se contienen en el art. 125 CE y la Ley del Jurado²⁸³ (en adelante, LOTJ). El capítulo II de la ley, dedicado a las personas que deben formar parte del jurado (los jurados), nos ofrece

282 HEGEL, *op. cit.*, n 220, p. 653.

283 Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado

datos suficientes como para poder sostener que el jurado se configura como un órgano del cuerpo electoral.

En efecto, en la determinación de las listas de candidatos a jurados juega un papel fundamental el censo electoral, esto es, la determinación de los ciudadanos que componen el Cuerpo Electoral. Para designar a los jurados se prescribe que “las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral efectuarán un sorteo por cada provincia... a fin de establecer la lista bienal de candidatos a jurados” (art. 13.1 LOTJ). Además, el proyecto aclara que “los candidatos a jurados a obtener por sorteo se extraerán de la lista del censo electoral vigente a la fecha del sorteo” (art. 13.2 LOTJ). Por último, al conocer la Audiencia Provincial de las reclamaciones contra el acto de sorteo de jurados, debe proceder a recabar informe del Delegado Provincial de la Oficina del Censo Electoral (art. 13.3 LOTJ). En consecuencia, puede considerarse que el Tribunal de jurado va a ser un órgano del propio cuerpo electoral formado a través de un sorteo entre los miembros de este último.

3.A.b. Si bien es cierto que el jurado parece configurarse como un órgano del cuerpo electoral, también es cierto que la ley española es extraordinariamente tímida para configurarlo como un control último de los demás órganos del Estado y, muy especialmente, de los jueces. Ya la propia exposición de motivos de la ley indica que la recepción del jurado se hace “desde una óptica distinta a la que tenía atribuida en su recepción en el Estado liberal burgués”, pues “no hay reticencia alguna al Juez profesional; no se trata de instaurar una Justicia alternativa en paralelo y menos aún en contradicción a la de los Jueces y Magistrados de carrera a que se refiere el artículo 122 de la Constitución”. A mayor abundamiento, esta Exposición afirma que el desarrollo del jurado es contemplada meramente como “una urgente necesidad en cuanto que pieza decisiva de una reforma en profundidad del conjunto de la Administración de Justicia”, olvidando así la importantísima virtualidad del jurado como órgano de control de los controladores habituales.

Los temores a una “des-sustancialización” del jurado que asoman en la Exposición de Motivos, cobran cuerpo en el articulado de la

ley. La ley ofrece una de cal y otra de arena. Por un lado, se define la competencia del Jurado para conocer, entre otros, de los “delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos” (art. 1.1.b), lo cual, evidentemente, incluye a los jueces y a sus posibles conductas prevaricadoras. Ahora bien, por otro lado, la ley ofrece, a nuestro entender, una deficiencia fundamental. Es cierto que, a pesar de que se presentaron enmiendas para evitarlo, la LOTJ deroga el desgraciado filtro del antejuicio, que podía ser utilizado corporativamente para obstaculizar el enjuiciamiento de la conducta de un juez profesional (disposición adicional 1 LOTJ). Ahora bien, se han excluido del conocimiento del jurado los delitos “contra la administración de justicia” (art. 1 LOTJ) donde se hallan los delitos cometidos por los jueces.

A la luz de todo esto puede concluirse que el jurado, tal y como se ha configurado no va a cumplir con las expectativas legítimas que cabe esperar de esta institución, pues no va a poder erigirse en órgano de control de ciertas conductas de los jueces (p. ej. prevaricación) que, en consecuencia, van a seguir siendo objeto de “autocontrol” por los mismos jueces, y es claro que el “autocontrol” no es auténtico control.

3.B. El jurado como derecho

En la ley no se establece la posibilidad de que el acusado pueda renunciar a ser juzgado por un jurado. Desde esta perspectiva, el jurado no aparece de forma nítida como un derecho del justiciable, sino como una exigencia procesal imperativa. Ahora bien, en la medida en que el jurado aparece como “juez ordinario predeterminado por la ley”, en el sentido del art. 24 CE, como afirma la Exposición de Motivos, la ausencia de un juicio por jurado allí donde éste sea preceptivo significa la vulneración de un derecho fundamental del justiciable a ser juzgado por un jurado, entendido éste como “juez ordinario predeterminado por la ley”.

Examinado desde el otro ángulo, en relación con los ciudadanos, la ley indica que la función de jurado es, por una parte, “un derecho ejercitable por aquellos ciudadanos en los que no

concurra motivo que lo impida” y, por otra parte, su desempeño es “un deber para quienes no estén incursos en causa de incompatibilidad o prohibición ni puedan excusarse” conforme lo prevenga la Ley del jurado (art. 6 LOTJ).

La configuración del jurado como un deber no ofrece dificultades constitucionales, a la luz de los arts. 31.3 y 118 CE. Sin embargo, sí que ofrece dudas el alcance del derecho a participar en el jurado. La Exposición de Motivos declara que el jurado enlaza, de forma indiscutible, con el derecho a participar directamente en los asuntos públicos (art. 23.1 CE). Ahora bien, la propia regulación de los requisitos para ser miembro de un jurado parece discutir esa premisa, pues se exige “saber leer y escribir” (art. 8.3 LOTJ). Por ello, una de dos, o el precepto transcrito es inconstitucional, al negar un derecho fundamental (el del art. 23.1 CE) a quienes no saben leer y escribir; o, en realidad, no estamos ante el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos.

A mi modesto entender la participación en el jurado puede configurarse como un derecho a participar en la función de jurado. En la medida en que la función de jurado es una función pública, opera el derecho del art. 23.1 CE. En consecuencia, las limitaciones en el ejercicio de ese derecho deben interpretarse restrictivamente, de ahí que, en mi modesta opinión el requisito de “saber leer y escribir” (art. 8.3 LOTJ) sea inconstitucional (los documentos le pueden ser leídos al jurado analfabeto), además de contradictorio con lo dispuesto en la ley electoral que, para proceder a una función de tanta trascendencia como la de elegir al Parlamento no excluye a los analfabetos.

3.C. El jurado como elemento de política legislativa.

La determinación de si el jurado, tal y como se va a conformar en España, va a servir a los fines de integración política y de política criminal sólo se puede contestar a la vista del proceso de puesta en marcha del jurado. En principio, la función de integración política parece que sí se llevará a cabo, al menos en ciertos tipos de delitos de gran relevancia social en los que el jurado es competente: contra la vida humana, cometidos por

los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, contra el honor, contra la intimidad y el domicilio, contra la libertad, de omisión de deber de socorro y contra el medio ambiente.

Por otro lado, averiguar cuál va a ser el alcance “deslegitimador” de las venganzas privadas que va a tener el jurado es también problemático. Pudiera, si acaso, aventurarse que, la exclusión del conocimiento de ciertos delitos cometidos por funcionarios y jueces (prevaricación, fundamentalmente) de la competencia del jurado, puede dar lugar a venganzas privadas fruto de la desesperación del particular que ve cómo los jueces o funcionarios, dictando resoluciones injustas (prevaricación), no atienden a sus intereses. En este sentido, parece que la normación sobre el jurado que se quiere establecer no va a reducir de forma sustancial o espectacular las venganzas privadas.

VI. LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Interés de la cuestión: 1.A. Interés teórico-constitucional: los derechos fundamentales en la realidad actual; 1.B. Necesidad de un replanteamiento de la tesis bidimensional clásica; 1.C. La confusión entre derechos fundamentales y garantías institucionales. 2. La multidimensionalidad de los derechos fundamentales: 2.A. Los derechos como derechos (dimensión subjetiva): 2.A.a. Vertiente negativa: derechos de defensa; 2.B.b. Vertiente positiva: derechos de prestación; 2.B. Los derechos como órganos y procedimientos (dimensión objetiva); 2.C. Los derechos como valores (naturaleza axiológica); 2.D. Los derechos como integración (naturaleza nacional).

1. INTERÉS DE LA CUESTIÓN

1.A. Los derechos fundamentales en la Teoría de la Constitución actual

El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 afirmaba que en aquella

sociedad en la que “la garantía de los derechos no esté asegurada y la separación de poderes determinada” no tiene Constitución. Los dos elementos centrales de este tipo de Constitución “ideal” han evolucionado de distinto modo: mientras la separación de poderes ha tendido a flexibilizar sus exigencias más radicales complicando el esquema tradicional, la exigencia de garantía de los derechos se ha hecho cada vez más rigurosa. El centro de gravedad sustancial de la Constitución está constituido ahora por los derechos fundamentales. Esto se aprecia en el debate sobre la naturaleza jurídica de la Unión Europea: si bien una parte de los reproches a la misma se dirigen a su discutible forma de organizar la división del poder, otra parte se interroga sobre la ausencia de una suficiente garantía de los derechos en su seno. La posición central de los derechos fundamentales en la Teoría de la Constitución (y en la Teoría del Derecho actual), en cuanto constituyen la parte de la Constitución de (cuando menos) mayor aplicación práctica ha sido, a su vez, la causa del auge del estudio de la interpretación constitucional. Esta cuestión, que algunos estiman actualmente como el punto central de la Teoría de la Constitución (y aun de la Teoría del Estado y del Derecho)²⁸⁴, no es sino una consecuencia lógica de la posición central que disfrutaban en este momento los derechos fundamentales en la Teoría de la Constitución (y en la Teoría del Derecho).

Si la Teoría de los derechos fundamentales constituye un tema central en el estudio de la Constitución, un capítulo importante dentro de esta Teoría estriba en la comprensión de lo que se ha dado en llamar la “naturaleza jurídica” de los derechos fundamentales. La noción de “naturaleza”, muy densa en el estudio de la Filosofía, bien pudiera ser entendida, de acuerdo con Aristóteles, como la esencia de las cosas que poseen una fuente de movimiento en sí mismas²⁸⁵. Desde un punto de vista jurídico-positivo, la naturaleza jurídica de un derecho (que, según la jurisprudencia, es uno de los modos de averiguar qué sea el “contenido esencial” de un derecho del que

284 Francisco RUBIO LLORENTE: “La interpretación de la Constitución”, en *La forma del Poder*, CEC, Madrid, 1993, p. 605 ss. (605).

285 ARISTÓTELES, *Metafísica*, traducción de Valentín García Yebra, Gredos, Madrid, 1997 (libro V, capítulo IV).

habla el art. 53.1 CE) es el modo de concebir o de configurar cada derecho. Como afirma el TC, para ello hay que establecer una relación entre el lenguaje utilizado por las disposiciones normativas y el “metalenguaje” de las mismas²⁸⁶. Desde este planteamiento, la búsqueda de ese “metalenguaje” se identifica con el esclarecimiento de la naturaleza jurídica del derecho fundamental. En definitiva, se trata de una tarea analítica en la que se trata de averiguar qué es lo que hay “más allá” de la pura formulación lingüística del derecho, esto es, con la “esencia” del derecho, el cual en sí mismo tiene la fuente de su movimiento.

1.B. Necesidad de superar la confusión entre derechos fundamentales y garantías institucionales

Con carácter previo, creemos necesario depurar la llamada dimensión “objetiva” de algunas adherencias (fomentadas por la propia jurisprudencia constitucional) que estimamos ajenas a los derechos fundamentales. En este sentido, ha habido algunas tendencias a subsumir en esa dimensión “objetiva”, ciertas concepciones de los derechos fundamentales como “garantías institucionales”²⁸⁷, siguiendo ciertamente una jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha contemplado los derechos a la libertad de expresión e información desde una doble perspectiva, como derechos subjetivos y como “garantías de una institución política fundamental” que es la “opinión pública”²⁸⁸. A nuestro modesto entender, esta jurisprudencia sólo ha producido confusión conceptual entre dos conceptos distintos: el de derecho fundamental y el de garantía institucional.

Ya Schmitt al teorizar sobre el particular subrayó que las garantías institucionales no eran derechos fundamentales²⁸⁹. Las razones por las que Schmitt distingue ambas nociones son diversas: en primer lugar, las garantías institucionales se referían a sujetos colectivos (con o sin personalidad jurídica) los cuales, para la teoría dominante de la época, no eran

286 STC 11/1981 (FJ 8).

287 José María BAÑO LEÓN: “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 24 (1988), p. 155 ss. (160, 170).

288 SSTC 6/1981 (FJ 3); 12/1982 (FJ 2); 30/1982 (FJ 4); etcétera

289 Carl SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 1982 (1ª edición alemana, 1928), p. 175 ss.

sujetos idóneos de derechos fundamentales; en segundo lugar, frente a la entonces discutible normatividad de los preceptos constitucionales que contenían derechos fundamentales, Schmitt quería asegurar la normatividad de las cláusulas que protegían estas “instituciones”; y, en tercer lugar, se trataba de garantizar la existencia de determinadas “instituciones” que, por lo demás, se hallaban generalmente ligadas al mundo político conservador en el que se movía el propio Schmitt (familia, Iglesias, ...). Ciertamente hoy en día la situación es muy distinta: por un lado, se ha ampliado extraordinariamente la titularidad de los derechos fundamentales admitiendo a los mismos no sólo a personas jurídicas, sino incluso a colectivos sin personalidad jurídica (el “pueblo judío”, por ejemplo); por otro lado, hoy nadie discute la normatividad de las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales. Queda en pie, sin embargo, la pretensión de garantizar la existencia de determinadas “instituciones” limitando la capacidad de configuración del legislador (p. ej. colegios profesionales del art. 36 CE) y esto, creemos que es claro, es algo muy distinto de un derecho fundamental o un derecho subjetivo.

Lo anterior ya nos permite vislumbrar que aún hoy la distinción tiene su vigencia. En efecto, mientras la dimensión objetiva de los derechos implica reconocer al legislador toda la actividad legislativa necesaria para conformar esos derechos y libertades con la máxima eficacia, la garantía institucional significa lo contrario, un desapoderamiento del legislador (en última instancia en favor del Tribunal Constitucional)²⁹⁰. Y ello, por no mencionar, la tremenda inseguridad jurídica que ha generado en la práctica la identificación entre “dimensión objetiva” y “garantía institucional”, sin ir más lejos, en materia televisiva²⁹¹.

1.C. Replanteamiento de la tesis bidimensional clásica

Un estudio sobre la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales implica, por tanto, una indagación sobre el

²⁹⁰ Carlos RUIZ MIGUEL, y Fernando A. DE ABEL VILELA: “Inactividad del legislador y activismo tardío del Tribunal Constitucional en materia televisada. Acerca de la eficacia de los derechos fundamentales”, *Revista Andaluza de Administración Pública* nº 33 (1999), p. 53 ss. (p. 63).

²⁹¹ RUIZ MIGUEL y DE ABEL VILELA, *op. cit.*, p. 64 ss.

“metalenguaje” o las ideas que subyacen en los derechos fundamentales, pero dado que las ideas sobre lo que son y lo que significan los derechos fundamentales han evolucionado, los planteamientos sobre la naturaleza jurídica de los derechos precisan hacerse eco de esa evolución. En este trabajo pretendemos hacernos eco de esa evolución, o si se quiere, pretendemos profundizar en el análisis de los derechos lo cual, podemos adelantar, nos lleva a considerar superada la posición que podríamos denominar “tradicional” sobre la “doble” naturaleza de los derechos fundamentales. Así, aunque compartamos con Häberle la necesidad de pasar de la tesis de la “doble naturaleza” a la de la “multidimensionalidad”²⁹², en nuestro análisis de esas dimensiones no seguiremos exactamente las propuestas del ilustre Profesor de Bayreuth. En este sentido, las reflexiones que presentamos pretenden diversos objetivos: en primer lugar, aportar un nuevo enfoque en lo que ya antes se denominaba como dimensión “subjetiva” de los derechos, pues englobaremos en el seno de la misma contenidos que a veces se intentan subsumir en la llamada dimensión “objetiva”; en segundo lugar, redefinir lo que a nuestro juicio cabe entender como dimensión objetiva, de la que creemos que deben excluirse algunos contenidos que a veces se la atribuyen, como el valorativo; en tercer lugar, aludir a otras dimensiones propias de los derechos que no estimamos subsumibles en las anteriores y que, creemos tienen un juego autónomo en la estructura del derecho fundamental.

2. LA MULTIDIMENSIONALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.A. Los derechos como intereses particulares jurídicamente protegidos (dimensión subjetiva)

Los derechos fundamentales son en primer lugar, derechos subjetivos. Aunque no sea este el momento de reproducir la

²⁹² Peter HÄBERLE: “El recurso de amparo en el sistema germano federal de jurisdicción constitucional” (trad. de C. Ruiz Miguel), en D. García Belaúnde y F. Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 225 ss. (258); ID: “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Exposición y doctrina” (trad. de F. Balaguer Callejón), en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 2 (1999), p. 9 ss. (16-17).

densísima discusión acerca del concepto de derecho subjetivo, sí es conveniente intentar analizar qué concepción de derecho subjetivo se sustenta en un derecho fundamental. En este sentido creemos conveniente realizar dos consideraciones. En primer lugar, creemos que el reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos y, en especial, su esgrimibilidad directa ante los tribunales (art. 53.1 CE), permiten considerarlos con Ihering como un “interés jurídicamente protegido”²⁹³. Los derechos fundamentales, en la medida en que están protegidos o garantizados gracias a su invocabilidad ante los tribunales constituyen algo más que una declaración moral y constituyen auténticos derechos subjetivos. Ahora bien, en segundo lugar, conviene precisar que esta concepción de los derechos como “derechos subjetivos” no implica una sustantivización del concepto “derecho subjetivo” como opuesto a “Derecho objetivo”.

De esta suerte, se pueden formular los derechos fundamentales como intereses de un sujeto, protegidos por la norma objetiva llamada Constitución; bien entendido que, de acuerdo con Kelsen, estimamos que la proposición “alguien tiene un derecho subjetivo” significa que una norma jurídica objetiva y general (en nuestro caso, la Constitución) establece como condición previa para que los poderes públicos adopten un acto coactivo que un particular realice una manifestación de voluntad (o interés); el que, según la norma objetiva está autorizado para realizar tal manifestación de voluntad (o interés) es el “titular” del derecho subjetivo²⁹⁴. En definitiva, el derecho subjetivo, así concebido, no es independiente del Derecho objetivo.

De ahí que el famoso pasaje de la jurisprudencia constitucional en el que muchos autores fundamental la tesis de la “doble” naturaleza (subjetiva y objetiva) de los derechos fundamentales signifique algo muy distinto de lo que generalmente se suele pensar. Cuando el Tribunal Constitucional dice que los derechos

293 Rudolf VON IHERING: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Benno Schwabe & Co. Verlag, Basilea, 1954 (8ª ed.), Tercera Parte nº LX, p. 339 (“Rechte sind rechtlich geschützte Interessen”). Existe una traducción parcial al castellano de esta voluminosa obra, *Abreviatura de El espíritu del Derecho Romano*, trad. De Fernando Vela, Revista de Occidente, Buenos Aires, 1947 (el pasaje central está en la p. 429).

294 Hans KELSEN: *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1934, p. 76.

fundamentales son “derechos subjetivos” pero, al propio tiempo constituyen “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional”²⁹⁵, está en realidad casi parafraseando a Kelsen cuando éste, al determinar cuál es su idea de derecho subjetivo afirma que “lo que como derecho subjetivo se contrapone aparentemente al objetivo, acaba por ser considerado en definitiva como un elemento del orden jurídico “uno”, y solamente definible como orden jurídico “objetivo”²⁹⁶.

2.A.a. Vertiente negativa: derechos de defensa

Los derechos fundamentales, en cuanto entendidos como derechos subjetivos, en la forma antexpuesta, a su vez, admiten nuevas matizaciones. Los derechos fundamentales estriban en un interés protegido por la Constitución, pero ¿en qué consiste ese interés? La respuesta puede venir por un análisis de la estructura de la relación jurídica. Si se reconoce un derecho, el mismo para ser efectivo debe implicar un correlativo deber u obligación. Pues bien, siguiendo la clasificación de las obligaciones comúnmente aceptada en el Derecho privado, las obligaciones pueden ser: de dar, de hacer o de no hacer. La asunción de estas categorías en el Derecho Público puede ayudarnos en nuestro propósito. En la medida en la que el derecho subjetivo en que consiste el derecho fundamental implique un correlativo deber cuyo contenido sea “no hacer”, nos encontraremos ante los llamados derechos “negativos” o de “defensa”²⁹⁷. Estos derechos son los también llamados de “primera generación” o “liberales”, aunque un análisis cuidadoso nos revela que casi ninguno de esos derechos de primera generación o liberales son derechos “negativos” en estado puro. Ejemplos de este modo de concebir los derechos los podemos encontrar en el derecho a “no” ser sometido a penas o tratos inhumanos (art. 15 CE) o el derecho a “no” ser obligado a declarar sobre la religión, ideología o creencias (art. 16.2 CE). No obstante, como veremos a continuación, es sumamente difícil concebir derechos “negativos” sin mezcla de “positividad”.

295 STC 25/1981 (FJ 5).

296 KELSEN, *ibid.*

297 Estos derechos se corresponden con los que Alexy llama derechos “a acciones negativas” (Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 189 ss.).

2.A.b. Vertiente positiva: derechos de prestación

Los derechos no sólo implican una exigencia de “respeto”, sino que generalmente reclaman una “protección”, no en vano son intereses jurídicamente (constitucionalmente) “protegidos”. Si aceptamos el presupuesto antes señalado, cabe plantearse que un derecho constitucionalmente reconocido implique el establecimiento de un correlativo deber consistente en un “hacer” o en un “dar” y ello precisamente para hacer efectiva esa “protección”²⁹⁸. Tales obligaciones de “hacer” o de “dar” pueden ser implícitas o explícitas. De modo implícito se encuentran en derechos como el derecho a la vida o a no ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15) o el derecho a no ser injustamente privado de la propiedad (art. 33.1 CE). En efecto, no basta que el Estado “no” mate o “no” torture, sino que es necesario que el Estado “haga” lo posible para que nadie mate o robe al individuo y, a tal efecto, se justifica el establecimiento de un servicio como la policía o la jurisdicción penal que tiene, por cierto, un coste económico evidente. Hemos escogido los ejemplos de derechos habitualmente considerados como de “primera generación” o “negativos” como el derecho a la vida o el derecho a la propiedad para poner de manifiesto la inescindible faceta “positiva” que tienen los derechos “negativos”. Por lo demás, todo ello está ya implícito en las formulaciones iniciales del Estado liberal como en la de Hobbes, donde queda claro que la relación política fundamental está basada en la correlación obediencia-protección: el súbdito sólo presta obediencia a aquel poder político capaz de suministrarle protección²⁹⁹ y ésta, siempre implica un “hacer” y, eventualmente, un “dar”. Desde esta perspectiva cabe contemplar el problema de los llamados derechos “sociales” o “de prestación” no tanto como un problema de recursos, cuanto como un problema de elección política sobre el destino de los recursos: todos los derechos fundamentales implican un gasto público y una asignación de recursos; la cuestión es determinar a qué derechos se destinan los recursos existentes. Así, la determinación de que los recursos existentes

²⁹⁸ Estas categorías se aproximan a lo que ALEXY llama “derechos a acciones positivas fácticas” (lo que llamamos obligación de “dar”) y “derechos a acciones positivas normativas” (lo que llamamos obligación de “hacer”). Véase, ALEXY, *op. cit.*, p. 194 ss.

²⁹⁹ Thomas HOBBS: *Leviatán*, trad. de M. Sánchez Sarto, Sarpe, Madrid, 1983, cap. XXI, p. 225.

se destine a prestaciones de “seguridad” (de la propiedad, por ejemplo) en lugar de “asistencia” es pura y simplemente una decisión política.

2.B. Los derechos como interés público jurídicamente protegido (dimensión objetiva).

Si los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos significan que el individuo queda dotado de un mecanismo para reaccionar contra los ataques que, efectivamente, se produzcan contra esa “su” esfera, los derechos fundamentales en su dimensión objetiva tienen otro significado y funcionalidad, a saber, que la defensa de los derechos fundamentales es de interés público, y no sólo particular, y que ese interés público se halla protegido por diversos instrumentos jurídicos. En nuestra opinión, la dimensión orgánico-procedimental de los derechos significa que al objeto de revestir a los derechos fundamentales de una mayor protección, el ordenamiento no se contenta con atribuir al “sujeto” un poder de reacción ejercitable por él mismo y por su personal iniciativa (“derecho subjetivo”), sino que le concede una garantía adicional de tipo objetivo³⁰⁰ que se articula en torno a dos ejes: el momento del ataque al derecho y la técnica para luchar contra ese ataque. Por lo que hace al primer eje, la dimensión objetiva, se proyecta a su vez en dos momentos: en primer lugar, y precisamente porque la consideración de “derechos subjetivos” de los derechos fundamentales implica que el sujeto sólo puede reaccionar después de que efectivamente haya sido lesionada su esfera protegida, se trata de introducir cautelas que de modo preventivo eviten tales ataques a la esfera del derecho del sujeto; en segundo lugar, si el ataque ya se ha producido, se trata de proporcionar al individuo defensas adicionales además de las que él mismo dispone en cuanto titular de un “derecho subjetivo”. Por lo que se refiere al segundo eje de la dimensión objetiva, a saber, el de las técnicas para luchar contra los ataques a los derechos fundamentales (ya sea preventiva, ya sea represivamente), nos encontramos que el derecho fundamental, aparte de la figura del “derecho subjetivo”, se ve enriquecido por otras aportaciones, a saber, el

300 Alexy plantea la posibilidad de considerar un “derecho subjetivo” a que el legislador sanciones determinados procedimientos u órganos, pero creo que no ofrece una solución definitiva al problema (ALEXY, *op. cit.*, p. 459-461).

establecimiento de determinados órganos y procedimientos cuya función es velar por el derecho en cuestión. De esta suerte, al proyectarse estas técnicas adicionales de protección sobre el momento en el que se ponen en peligro los derechos, la protección de los derechos fundamentales sale sensiblemente reforzada: por un lado, gracias a la dimensión objetiva pueden abortarse ataques a un determinado derecho fundamental aun antes de que se haya producido efectivamente la lesión del mismo, por otro lado, los que ponen en peligro un determinado derecho ya no sólo tienen que responder ante el “titular” del mismo, sino que además esa responsabilidad puede ser exigida ante otras instancias, de modo que si el sujeto se ve impedido (por ejemplo, por razones educativas o económicas) de reaccionar contra el ataque al derecho fundamental, éste no queda sin sanción.

2.B.a. En primer lugar, esta funcionalidad pública ha sido considerada en alguna ocasión como una especie de “*actividad de fomento* sobre los derechos fundamentales”³⁰¹, y aunque quizá estemos ante algo más que una actividad de “fomento”, esta idea al menos nos permite una aproximación a lo que significa la dimensión objetiva.

2.B.b. En segundo lugar, el que los derechos fundamentales sean de “interés público” conlleva la atribución a determinados *órganos* de competencias para defenderlos, incluso sin consentimiento o iniciativa del titular del derecho.

2.B.b.I. Una manifestación genérica de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se encuentra en los órganos del tipo *Ombudsman*, que en España recibe generalmente el nombre de Defensor del Pueblo (art. 54 CE, “Alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos fundamentales” y art. 46 LOTC), aunque existen otras denominaciones quizá más expresivas (en México se le llama “Comisión de Derechos Humanos”) y en la atribución al *Ministerio Fiscal* de la misión de velar por los derechos fundamentales (art. 124.1 CE y arts. 46 y 47.2 LOTC).

301 RUIZ MIGUEL y DE ABEL VILELA, *op. cit.*, p. 67.

2.B.b.II. Ejemplos de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales en relación a un derecho específico los podemos encontrar respecto al derecho a la intimidad o respecto a las libertades de la comunicación. Por lo que hace al primero, lo encontramos en la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal (LO 15/1999). Parece claro que, a pesar de lo que se diga, el art. 18.4 CE no establece un derecho “distinto” del derecho a la intimidad³⁰², pero con las consideraciones que siguen creo que se encontrarán nuevos argumentos en ese sentido a la par que una ilustración sobre la funcionalidad de la “dimensión objetiva” del derecho fundamental. Así, la protección del derecho a la intimidad no sólo queda a merced de la reacción del “titular” del “derecho subjetivo”, pues se crean determinados órganos y procedimientos para reforzar ese derecho. Por un lado, la creación de un órgano como la Agencia de Protección de Datos Personales lleva consigo un reforzamiento tanto preventivo como represivo del derecho fundamental: de una parte, la Agencia puede exigir a aquellos que traten con datos personales que den una serie de garantías (transmitir cuanta información estime necesaria la Agencia para verificar si se respeta el derecho, art. 35.c., i. y l., art. 40 LOPD) que precisamente son exigidas antes de que se haya producido una efectiva lesión del derecho subjetivo (pues, de otra forma no quedarían englobadas en la protección del derecho fundamental como “derecho subjetivo”); de otra parte, la Agencia puede exigir a quien efectivamente haya lesionado el derecho fundamental en este ámbito una responsabilidad (art. 37.g. y 43 y ss. LOPD; sanciones que pueden llegar a 100 millones de pesetas) que se añade a la que exigible en concepto de daños por el titular del derecho subjetivo. Además, por otro lado, se establecen determinados procedimientos que tratan de facilitar la defensa, tanto preventiva como represiva, del derecho, sin tener que acudir a la técnica del derecho subjetivo: por ejemplo, los procedimientos de acceso, rectificación o cancelación de datos

302 Aunque el Tribunal Constitucional en una sentencia en la que se debatía un recurso de inconstitucionalidad contra la anterior ley de protección de datos personales especuló sobre la eventual existencia de un “nuevo derecho” lo cierto es que en el fallo de la misma resuelve en función de la violación del derecho a la intimidad previsto en el art. 18.1 CE (STC 254/1993, de 20 de julio). Es la tesis defendiendo, Carlos RUIZ MIGUEL: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 94 ss.

personales (art. 17 LOPD). A través de estos procedimientos, bien se puede confirmar que no ha habido lesión del derecho o bien averiguar que sí la habido, en cuyo caso, operan tanto el derecho subjetivo del titular (exigiendo la correspondiente indemnización) cuanto el órgano de garantía (imponiendo la correspondiente sanción).

Por lo que hace a las libertades de la comunicación, el caso más ilustrativo en el Derecho español lo ofrecen las leyes creadoras de “Consejos audiovisuales” entre cuyas funciones se incluye la de velar “por el respeto de los derechos y libertades que, en el ámbito de los medios de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora, televisión y cualquier otro sistema de transmisión de sonido o imagen, son reconocidos en la Constitución y el Estatuto de Autonomía” así como “por el pluralismo político, religioso, social, lingüístico y cultural en el conjunto del sistema audiovisual”³⁰³. De ahí que se le dote de competencias que operan “antes” de que se produzca la vulneración de tales libertades³⁰⁴, pero también “después” de

303 Art. 1.2 de la Ley 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo del Audiovisual de Cataluña (LCAC) y artículo 115.a) y b) de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de comunicación audiovisual de Cataluña (LComAC); ver también arts.1 y 3.1 de la ley 1/2004, de 17 de diciembre, de creación del Consejo Audiovisual de Andalucía (LCAA) y art. 4.3 de la ley 2/2010, de 7 de junio, del Consejo Audiovisual de las Illes Balears (LCAIB). Sin embargo, el artículo 45.b) y c) de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual que crea el Consejo Estatal (sic) de Medios Audiovisuales (LGCA) que tiene por finalidad “velar y garantizar ... b) La plena eficacia de los derechos y obligaciones establecidos *en esta Ley*: en especial todo lo referente al menor. c) La transparencia y el pluralismo del sector de los medios de comunicación audiovisual”. En el mismo sentido, el artículo 47.1^a de la ley 7/2010.

304 Ejemplos: Art. 10 LCAC: “El Consejo del Audiovisual de Cataluña, en el ámbito de su actuación, tiene las siguientes funciones: (...) f) Adoptar instrucciones generales de carácter vinculante dirigidas a los operadores a fin de garantizar el cumplimiento de la legislación vigente en el ámbito de sus competencias, así como adoptar decisiones vinculantes para sus destinatarios en lo que se refiere a las quejas formuladas por los usuarios de los servicios de comunicación audiovisual. (...) h) Obtener de los operadores de servicios de comunicación audiovisual toda la información que les sea requerida para el ejercicio de las funciones del Consejo”; art. 15 LCAIB: “Instrucciones. 1. El Consejo Audiovisual, en el ámbito de sus competencias, puede elaborar instrucciones y recomendaciones dirigidas a los operadores audiovisuales en relación al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la legislación sobre comunicación audiovisual. 2. Estas instrucciones y recomendaciones se tienen que ajustar siempre a lo que determinen las Leyes y los reglamentos”; art. 48 LGCA: “El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales podrá: 1. Dictar las disposiciones y actos precisos para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuye la presente Ley y para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto. Las disposiciones adoptarán la denominación de Instrucción cuando tengan carácter vinculante, y de Recomendación en caso contrario”.

consumarse tal lesión³⁰⁵.

2.B.c. En tercer lugar, el hecho de que la defensa de los derechos fundamentales sea de “interés público” tiene una proyección en el establecimiento de determinados *procedimientos*. Existen algunas manifestaciones de esta técnica. Se trata de instrumentos procesales mediante los que una asociación, que asume la defensa de un interés general o colectivo, puede (o podía) llegar a defender el derecho de un particular, incluso aunque éste no quiera o se oponga a hacerlo.

2.B.c.I. La justificación doctrinal de esta técnica encuentra su primer mentor, a mi juicio, en Ihering. Luego, ya bien entrado el siglo XX, tendrá otro defensor con otra argumentación en Häberle.

Es Ihering, a mi juicio, quien primeramente es enteramente consciente de la dimensión objetiva que tiene la defensa de los derechos. Ihering recuerda que en el Derecho Romano existían “acciones populares” que “ofrecían al que quería la ocasión de hacerse representante de la ley y perseguir al culpable que la había violado”³⁰⁶. El autor alemán evoca estas “acciones populares” precisamente al tratar de la importancia que tiene el considerar que la violación del derecho de una persona es en realidad una violación del “Derecho todo” y que por eso la defensa del derecho lesionado de un individuo es algo más, pues es en realidad la defensa del Derecho de toda la Nación³⁰⁷.

305 Ejemplos: Art. 11 LCAC: “Régimen sancionador. 1. El Consejo del Audiovisual de Cataluña ejerce la potestad sancionadora que las leyes reguladoras de la comunicación audiovisual y de la publicidad otorgan a la Generalidad en lo referente al ámbito de actuación y las funciones del Consejo establecidas en la presente Ley. 2. La desatención de los requerimientos formulados en virtud de lo que establece la letra h del artículo 10 de la presente Ley es una infracción leve y debe ser sancionada con una multa de hasta 30.000 euros, en el marco de las competencias del Consejo del Audiovisual de Cataluña, sin perjuicio de lo que establece el apartado 1”; art. 16.1 LCAIB: “El Consejo Audiovisual puede ejercer, por delegación del Gobierno, la potestad sancionadora en materia de infracciones de los contenidos audiovisuales y de publicidad”; art. 57 LGCA: “Son infracciones muy graves: 1. La emisión de contenidos que de forma manifiesta fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social. 2. La emisión de comunicaciones comerciales que vulneren la dignidad humana o utilicen la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio”.

306 Rudolf von IHERING: *La lucha por el derecho*, traducción de Adolfo Posada, Doncel, Madrid, 1976 (1ª ed. Española, 1881; 1ª ed. Alemana, 1873), p. 88.

307 IHERING, *La lucha por el derecho*, cit., p. 88 y 97-98.

Esta comprensión “procedimental” de los derechos fundamentales tiene, sin duda, la paternidad de Peter Häberle que la formula en un trabajo ya clásico en el que sostiene que la garantía clásica de la “reserva de ley” debe ser entendida hoy como “reserva de procedimiento”, el cual permite un contraste de los distintos puntos de vista antes de que estalle el conflicto. Según Häberle, la reserva de ley entendida como reserva de procedimiento significa que los poderes públicos sólo deben realizar actividades de prestación en materia de derechos fundamentales cuando se garantice un mínimo de “debido proceso”³⁰⁸. Häberle vincula fuertemente la dimensión procedimental a la vertiente prestacional de los derechos. Nosotros, partiendo del pensamiento del maestro, creemos que se puede ir aún más lejos: por una parte, como hemos visto, todos los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos tienen una vertiente negativa, pero también otra positiva o prestacional; por otra, la entidad de esta dimensión orgánico-procedimental no se presta a ser englobada en la idea de prestación, con todo lo que evoca (derechos positivos)³⁰⁹.

2.B.c.II. En el marco del procedimiento penal en España existe la “*acción popular*” prevista en el artículo 125 de la Constitución Española³¹⁰ que permite (o permitía) incluso la defensa del derecho de una persona incluso aunque la víctima no quisiese o incluso se opusiese a defender su derecho. La “acción popular” nace en la Constitución de 1812 pensada para censurar los delitos de los jueces³¹¹ y decenios después fue establecida de un modo nuevo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882³¹². Esta idea

308 Peter HÄBERLE: “Grundrechte im Leistungstaat” (1972), reproducido en *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein, 1980, p. 163 ss. (véase especialmente, las páginas 185-187).

309 Ello nos hace diferir de las posiciones defendidas por Alexy (ALEXY, op. cit., p. 430) que engloba en una misma categoría los “derechos a protección”, los “derechos a organización y procedimiento” y los “derechos a prestaciones en sentido estricto”.

310 Art. 125 CE: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine”

311 Constitución de 19 de marzo de 1812, artículo 255: “El soborno, el cohecho y la prevaricación de los magistrados y jueces producen acción popular contra los que los cometan”.

312 Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882, Artículo 270: “Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querrellarse, ejercitando la acción popular”.

de la “acción popular” resultaba coherente con la comprensión de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que consideraba que la protección de los mismos no era sólo un interés particular (articulable en un derecho subjetivo), sino que era un interés colectivo. El hecho de que, al menos en el ámbito penal, se pudiera activar la defensa del derecho del afectado aun con la oposición de éste, trataba precisamente de reforzar el interés público en que no se permita la violación de los derechos fundamentales ni siquiera cuando existe un consentimiento de la víctima, consentimiento éste que puede llegar a estar viciado (siendo difícil a veces probar este vicio). Ahora bien, esta forma de entender la “acción popular” acabó tras una importante sentencia del Tribunal Supremo español (el llamado “caso Botín”). Según la “doctrina Botín”, si en un delito hay un perjudicado concreto y ni él ni el Ministerio Fiscal emprenden la acción penal, no es admisible la acción popular³¹³. Ahora bien, en un caso posterior se matizó esta doctrina (de forma bastante incongruente con el asunto “Botín”) al afirmarse que si en el delito no hay un perjudicado concreto o éste no ha instado la acción (y, por tanto, no hay “acusación particular”), el hecho de que el Ministerio Fiscal no inste la acción penal no enerva la iniciativa de la “acción popular”³¹⁴.

313 STS (Sala 2ª) 1045/2007, de 17 de diciembre. El Tribunal Supremo utiliza como argumento una lectura literal del texto del artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual: “Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez (...)”. La omisión de una referencia expresa en ese precepto a la “acusación popular” fue entendida, literalmente, como que, aun con la presencia de la misma, la solicitud del Ministerio Fiscal y la acusación particular determinaba el archivo. Parece claro que, con esa lectura literal, se quiso evitar la conclusión a la que llevaba una interpretación sistemática y teleológica que determinaría que esa literalidad sólo estaba prevista para el supuesto en que NO HUBIERA acusación popular.

314 STS (Sala 2ª) 54/2008, de 21 de enero (aunque fechada oficialmente el 8 de abril por una huelga de funcionarios).

En el ámbito civil, en España la Constitución no contiene previsiones al respecto, pero sí lo hace la Ley de Enjuiciamiento Civil que ha introducido las llamadas “*acciones colectivas*”³¹⁵.

En otros ordenamientos, como en Colombia, también reconoce la Constitución instrumentos procesales de este tipo, como la llamada “acción popular” que, pese a la similitud nominal, no opera en procesos penales, sino en procesos civiles y contencioso-administrativos³¹⁶.

2.C. Los derechos como valores (naturaleza axiológica).

La consideración axiológica de los derechos fundamentales tiene la indudable paternidad de Rudolf Smend. Para Smend, los derechos fundamentales, independientemente de su validez jurídica entendida como eficacia directa, constituyen la expresión de un sistema de valores concreto.

315 Artículo 11 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil:

“Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.

1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, *así como los intereses generales de los consumidores y usuarios*.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

4. Asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”.

La LEC contiene también un artículo 11 bis que regula la “Legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres”. Sin embargo, las asociaciones que actúen en defensa de ese derecho de los afectados por una violación de ese derecho deben actuar “siempre con su autorización”. No se trata, por tanto, de una acción puramente “objetiva”.

316 Art. 88 de la Constitución de 1991: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. (...). Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”. Este artículo se halla desarrollado por la ley 472 de 1998 por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.

2.C.a. Lo primero que debe decirse aquí es que, a nuestro juicio, la dimensión axiológica de los derechos fundamentales no puede ser subsumida en la dimensión objetiva, y ello por tres razones. En primer lugar, porque, como hemos visto, una y otra en el modo en el que han sido expuestas tienen una virtualidad muy distinta: la dimensión objetiva implica reforzar la garantía del derecho con la introducción de órganos y procedimientos; mientras la dimensión axiológica lo que hace es aportar un principio de legitimidad del que se nutre el criterio interpretativo del “mayor valor” de los derechos fundamentales. En segundo lugar, la configuración analítica de los derechos fundamentales tanto en su vertiente de derechos subjetivos como en la vertiente objetiva (órganos y procedimientos) se vierte bajo la forma de “reglas” (lo que, a nuestro juicio, conlleva una interpretación institucionalizada mediante lo que McCormick llama “razones de autoridad”), mientras que la vertiente axiológica de los derechos fundamentales se traduce analíticamente en su configuración como “principios” (que creemos que supone una interpretación puramente práctica apelando a “razones sustantivas”)³¹⁷. Pero además, en tercer lugar, no es menos importante subrayar algo que, aunque a algunos nos parece obvio, a saber, que los valores no son objetivos. En efecto, los intentos de algunos pensadores de considerar a los valores como algo objetivo³¹⁸, creo que han sido refutados por una amplia literatura filosófica³¹⁹ y es que los valores no *son* (no pertenecen al orden del ser), sino que *valen*.

2.C.b. En cuanto sistema de valores, los derechos fundamentales cumplen determinadas funciones importantísimas en el Estado constitucional democrático, según Smend. En primer lugar, los derechos fundamentales proporcionan al ordenamiento jurídico positivo del Estado constitucional el componente de

317 Alexy explica que las “reglas de valoración” pueden ser concebidas como “reglas” (ALEXY, *op. cit.*, p. 144-145); ahora bien, los “criterios de valoración” que es lo que normalmente se entiende por “valores” sólo pueden ser adecuadamente aprehendidos desde el punto de vista analítico bajo la forma de “principios” (ALEXY, *op. cit.*, p. 138-139, 144, 147). En relación con los dos modos de argumentar, véase Neil McCORMICK: “Argumentation and interpretation in Law”, en *Argumentation* n.º 9 (1995), p. 467 ss. (468-469).

318 José ORTEGA Y GASSET: “Introducción a una Estimativa: ¿Qué son los valores?”, en *Obras completas*, t. VI, Revista de Occidente, Madrid, 1961 (5ª ed.), p. 315 ss., p. 315 (p. 322 ss.).

319 Martin HEIDEGGER: “Nietzsches Wort <Gott ist tot>”, en *Holzwege*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1950, p. 193 ss. (p. 209-210).

“legitimidad” que desapareció con la caída de las Monarquías y el abandono del principio de legitimidad dinástica; y, en segundo lugar, los derechos fundamentales (insistimos, descontado su posible eficacia directa) proporcionan ciertos criterios para la interpretación del Derecho positivo³²⁰. Entendidos de esta forma, la interpretación de los mismos más bien se corresponde a la de un “principio” que a la de una “regla”³²¹, es decir, su interpretación invita al abandono del formalismo³²². Ello supone un evidente riesgo para la seguridad jurídica que ya fue en su momento denunciado por Forsthoff³²³. Es, por lo demás, sabido, que esta concepción axiológica de los derechos fundamentales fue acogida en la segunda postguerra por la jurisprudencia³²⁴ y parte de la doctrina constitucional alemana (Gaiger, Dürig), si bien un sector de la misma que entronca con Schmitt ha insistido en su rechazo (Forsthoff, Böckenförde). En España, esta idea también ha tenido pronta recepción por la jurisprudencia³²⁵ y parte de la doctrina (Lucas Verdú), siendo rechazada por otros autores (Aguar).

2.C.c. La doble funcionalidad que asigna Smend a la dimensión axiológica se ha traducido en el Derecho Constitucional en dos técnicas.

2.C.a.I. En primer lugar, en cuanto fuente de legitimación, permite fundamentar con un mínimo de racionalidad el principio interpretativo del “mayor valor” de los derechos fundamentales del que ha hecho uso la jurisprudencia constitucional³²⁶. Ese “mayor valor” de las cláusulas que contienen derechos fundamentales respecto a las demás cláusulas constitucionales

320 Rudolf SMEND: *Constitución y Derecho Constitucional* (1ª ed. alemana, 1928), trad. de José María Beneyto, CEC, Madrid, 1985 (1ª ed. Alemana, 1928), p. 232-235.

321 Sobre las categorías analíticas de “principio” y “regla”, puede verse ALEXY, *op. cit.*, p. 86-87; Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 9.

322 SMEND, *op. cit.*, p. 233-234 (nota 106).

323 Ernst FORSTHOFF: “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, en H. Barion, E. Forsthoff y W. Weber (eds.), *Festschrift für Carl Schmitt*, Duncker und Humblot, Berlín, 1959, p. 35 ss. La crítica coincide con la que se efectúa en el Voto Particular del magistrado Rubio Llorente a la STC 53/1985 que introduce el modo de pensar axiológicamente los derechos fundamentales.

324 La famosa sentencia Lüth, de 1958, *BvefGE*, 7, 198

325 VP de Tomás y Valiente a la STC 5/1981, SSTC 21/1981 (FJ 10), 53/1985 (FJ 4).

326 Expresamente recogido en la STC 66/1985 (FJ 2), aunque sin explicar “por qué” los derechos fundamentales tienen más “valor” que otras cláusulas constitucionales.

(y, por tanto, ubicadas en preceptos de igual rango “formal”) sólo se explica por esa dimensión valorativa que significa nada más y nada menos que la legitimidad del Estado constitucional actual descansa en los derechos fundamentales. El fundamento constitucional de la tesis del mayor valor se halla fundamentalmente en dos preceptos: por un lado, y desde una perspectiva sustantiva, el art. 10.1 CE (que proclama que la dignidad humana y “los derechos inviolables que le son inherentes” constituyen el “fundamento del orden político y de la paz social”), por otro lado, y desde una perspectiva procesal, el art. 53.2 CE (que establece el principio de “preferencia” para los recursos de amparo ordinario, lo cual es la consecuencia del “mayor valor” sustantivo de los derechos fundamentales).

2.C.b.II. En segundo lugar, la dimensión axiológica (que tiene implicaciones culturales) permite explicar la “*posición preferente*” de ciertos derechos en particular respecto a otros. Es la dimensión axiológica, en cuanto cultural, la que explica por qué en un determinado Estado, cuando dos derechos reconocidos en la Constitución entran en conflicto se valora más uno que otro, dando al primero una primacía o posición preferente. Estados Unidos la libertad de expresión tiene un “mayor valor” que otros derechos fundamentales (doctrina de la *preferred position*³²⁷), mientras que en Europa continental razones culturales explican su menor significación (piénsese, por ejemplo, en Ku-Klux-Klan), o que en España el “honor” sea un derecho fundamental mientras la Constitución norteamericana ni lo menciona. El hecho de que los derechos fundamentales en su dimensión axiológica tengan su traducción jurídico-analítica en la consideración de “principios” (como veremos después) nos lleva a considerar la importancia de esta dimensión de cara a una eventual “ponderación” entre derechos, pues la técnica de la ponderación no opera entre reglas sino entre principios³²⁸. En este punto la dimensión axiológica experimenta una

327 En torno a algunos derechos fundamentales (básicamente las libertades de prensa, expresión y religión) en los Estados Unidos, se ha ido imponiendo como criterio interpretativo frente al *balancing test* (que se reconoce en *Communications Assn. v. Douds*, 339 U.S. 382, 399 [1950]), la doctrina de que estas libertades se hallan en una “posición preferente” (doctrina ya expresada en *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516, 529 30 [1945]).

328 Joaquín RÓDRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ: “En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales”, *Derechos y Libertades* nº 6 (1998), p. 397 ss. (400 ss.).

intersección con la dimensión integradora (nacional) de los derechos fundamentales.

2.D. Los derechos como integración (naturaleza nacional).

Es también Rudolf Smend quien formula la dimensión “integradora” o nacional de los derechos fundamentales distinguiéndola de la dimensión axiológica. Según Smend, la integración material es una parte de la realidad política por la cual el Estado y la vida estatal se convierten en una realidad, gracias a un contenido material que les confiere sustancia y que posibilita la integración del pueblo de modo permanente, renovándose y desarrollándose continuamente³²⁹. El catálogo de derechos fundamentales (y Smend lo dice en un momento en el que la dimensión jurídico-subjetiva no está claramente admitida o se atribuye al ámbito infra-constitucional) cumple dos sentidos: regular un sistema de valores (dimensión axiológica) y regularlo “en tanto que sistema nacional” afirmando el carácter nacional de valores más generales y confiriendo así a los miembros de ese Estado, aun cuando tenga distintas componentes, un status material único. Gracias a este status se convierten en un pueblo, tanto respecto a sí mismos cuanto frente a otros pueblos (dimensión integradora). De este modo los derechos fundamentales se convierten en un elemento integrador de primer orden³³⁰. Siguiendo la estela de Smend, Schmitt considera también a los derechos fundamentales como una de las “garantías expresas de homogeneidad” que se precisan en un Estado Federal y que permiten la existencia de una homogeneidad entre todos sus miembros, que es el presupuesto sin el cual la Federación perdería su razón de ser³³¹.

Una clasificación habitualmente utilizada, distingue entre dos tipos o formas de entender la nación: la cultural y la política. En primer lugar, la nación es concebida como un espacio cultural y, desde esta perspectiva, existen ciertas manifestaciones en los derechos fundamentales que se relacionan con la cultura

329 SMEND, *op. cit.*, p. 225.

330 SMEND, *op. cit.*, p. 230-231.

331 SCHMITT, *op. cit.*, p. 356-357.

nacional. En este sentido, por un lado, existen ciertos derechos que tienen más relación con unas culturas que con otras. Este fenómeno (también contemplado en el examen de la perspectiva axiológica de los derechos fundamentales por su virtualidad para definir en supuesto de ponderación de derechos fundamentales cuál de ellos tiene “más valor”) permite explicar el por qué ciertos derechos pueden ser extraordinariamente importantes en una Nación (hasta el punto de ser considerados como fundamentales) y, sin embargo, no ser a veces siquiera derechos en otra nación. Sólo así cabe explicar cómo es posible que el derecho a llevar armas, sea un derecho fundamental en los Estados Unidos de América (donde se halla consagrado en la segunda enmienda constitucional) y en España (en Europa, en general) hoy día no sea siquiera un derecho del ciudadano. El derecho a llevar armas se configura así como uno de los elementos conformadores de la identidad nacional norteamericana y dice mucho de esa historia que, en buena medida, ha sido recogida en el cine. Esta perspectiva también nos ayuda a entender por qué en España, el honor es un derecho fundamental, mientras en los Estados Unidos (y en muchas otras naciones) no lo es: el honor subyace tanto en episodios históricos que han conformado la entidad nacional (como el de Guzmán el Bueno) como en la literatura (Calderón). Por otro lado, existen derechos cuyo objeto es, directamente, un elemento cultural y, en tal medida, constituyen un elemento integrador nacional importante: piénsese en el derecho a utilizar la lengua castellana en todo el territorio nacional (art. 3.1 CE).

Pero la Nación ha sido definida también desde un punto de vista político, como un espacio de libertad en la igualdad, lo que se traduce en la igual garantía de una serie de derechos a todos los connacionales. Esta idea tiene también virtualidad para el ordenamiento español y, de hecho, ha sido acogida por la jurisprudencia constitucional en varias resoluciones. La dimensión integradora nacional, en su sentido político, se encuentra en diversas manifestaciones. Así, en primer lugar, cabe entender que la competencia para el “desarrollo” de los derechos fundamentales y de las libertades públicas corresponde a las Cortes Generales en cuanto órgano del Estado global, las cuales la llevan a cabo mediante la ley orgánica (art. 81 CE). En segundo

lugar, la propia concepción de los derechos fundamentales como derechos subjetivos cuya fuente está en un ordenamiento objetivo implica que son los derechos fundamentales quienes dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado, y no lo están por la sencilla razón de que el ordenamiento objetivo del que dimanar es la Constitución, norma suprema e igual para todos: Estado central, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales. Por ello, puede decirse que los derechos fundamentales por cuanto fundamentan un status jurídico constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del Estado Central y las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el art. 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales “establecen una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna”³³². En tercer lugar, esta dimensión encuentra un apoyo normativo en el art. 149.1.1 CE que concede al Estado competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. No es menos cierto, sin embargo, que esta competencia ha sido matizada (a nuestro modesto entender, más que “matizada” ha sido “desvirtuada”) por la jurisprudencia constitucional. Para el TC, ese principio de igualdad no puede ser entendido como una rigurosa uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional se tienen los mismos, derechos y obligaciones, sino como una obligación de que haya unas condiciones “básicas” en la posición jurídica de las ciudadanas sin merma de la diversidad de status jurídicos. El Tribunal Constitucional ha justificado este razonamiento restrictivo de la dimensión integradora de los derechos fundamentales en dos órdenes de razones. De un lado, en que, con excepción de la reserva de ley orgánica para el “desarrollo” de los derechos fundamentales (que corresponde al Estado, art. 81.1 CE), la reserva de ley para su regulación

332 STC 25/1981 (FJ 5); y también de modo implícito en SSTC 114/1984 (FJ 4) y 159/1986 (FJ 6).

(art. 53.1 CE) no equivale a reserva de ley “estatal”, pudiendo una ley autonómica incidir también en este terreno; de otro lado, en que para el TC no puede sostenerse que el ejercicio de las competencias que las CC.AA. tienen atribuidas pueda “bloquearse” por el hecho de que tal ejercicio pueda incidir en los derechos de los ciudadanos de su territorio³³³. Al razonamiento del TC cabría replicar que, el art. 149.1.1 ciertamente no implica una uniformidad del ordenamiento: en efecto, las condiciones de ejercicio de los derechos pueden ser distintas y al Estado sólo le compete competencia sobre las condiciones “básicas”; pero lo que el TC parece olvidar es que, a pesar de esas diferentes condiciones de ejercicio debe haber “igualdad” (no “ semejanza” o algo parecido) de “todos los españoles” en el ejercicio de los derechos constitucionales. En efecto, el precepto en cuestión da por sentado que la “titularidad” de esos derechos es “igual”, pues así queda establecida en la norma suprema y común, la Constitución; la novedad que introduce el precepto, y que a nuestro modesto entender ha quedado perjudicada por la jurisprudencia constitucional, es que además de una igualdad en la titularidad debe haber una igualdad “en el ejercicio”³³⁴. Por lo demás, no se ve la razón de depreciar el “mayor valor” de los derechos fundamentales al subordinarlos a la autonomía territorial, pues no se olvide que los derechos fundamentales lo son del individuo, no del Estado.

333 SSTC 37/1981 (FJ 2); 37/1987 (FJ 9); 46/1991 (FJ 2).

334 Compartimos las consideraciones de José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR: “Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1.1 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 1 (1981), p. 133 ss.



TERCERA PARTE

LAS DESVIACIONES DEL MODERNO CONSTITUCIONALISMO

- VII. La desviación normativa:
 - VII.1 La mutación del Derecho Constitucional Europeo.
 - VII.2 La llamada inconstitucionalidad por omisión.

- VIII. La desviación cultural: el multiculturalismo.

- IX. La desviación política: la indefensión del poder constituyente.



VII. LA DESVIACIÓN NORMATIVA:

VII.1. LA MUTACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

1. Los modelos de Derecho Constitucional: 1.A. El Derecho Constitucional americano: el poder judicial, centro de gravedad del sistema; 1.B. El Derecho Constitucional europeo. 2. La mutación del Derecho Constitucional Europeo: 2.A. Causas endógenas; 2.B. Causas exógenas. 3. Balance y perspectivas.

1. LOS MODELOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

1.A. El Derecho Constitucional americano: el poder judicial, centro de gravedad del sistema.

1.A.a. La Constitución norteamericana, entendida como norma jurídica, y las circunstancias políticas concurrentes han contribuido a la formación de un Derecho Constitucional con características peculiares. La Constitución “jurídica” norteamericana resulta ser un producto de elevadas dosis de politicad, eticidad y normatividad. Ello explica, su alto grado

de cumplimiento, su gran aceptación social y su importante desarrollo técnico. Esta Constitución nace por y para un sistema de división de poderes ... de los tres poderes. La expresión de Montesquieu de que el poder judicial es “de alguna manera inexistente”, va a ser releída por Hamilton en el sentido de que el poder judicial sí existe pero se le considera “de alguna manera inofensivo”, precisamente porque tiene “razón” (o “juicio”), pero no “voluntad” (ni “fuerza”) para imponer sus criterios³³⁵. Al ser “inofensivo” se le asignaron unas tareas importantísimas que lo han configurado como el más poderoso que se encuentra en el Derecho comparado. Esto se comprende si analizamos los elementos que configuran el poder judicial en los Estados Unidos.

En primer lugar, en cuanto a su *origen*, en el modelo norteamericano todos los poderes tienen legitimidad democrática: no sólo el ejecutivo y el legislativo, sino también el judicial. Es importante recordar que una gran parte de los jueces de los Estados son cargos de elección popular y que los jueces federales no llegan al cargo a través de un procedimiento de selección técnica objetiva e impolítica (como es la oposición, siguiendo el modelo maxweberiano de burocracia), sino por nombramiento del jefe del ejecutivo, con el consejo y consentimiento de la principal cámara del legislativo. Esta circunstancia se refuerza al recordar que la Constitución norteamericana no establece ningún requisito para ser juez federal: ni siquiera ser licenciado en Derecho, aunque obviamente siempre se procure designar a una persona que demuestre conocimientos jurídicos. Es decir, en el momento de la elección, el presidente y el Senado de los EE.UU. son conscientes de que no están eligiendo simplemente a un iurisperito, sino a un jurista con sensibilidad política.

En segundo lugar, en cuanto a su *posición orgánica*, el juez norteamericano no está sometido directamente al legislativo (y, en consecuencia, a la ley), sino sólo a la Constitución. Como

335 Alexander HAMILTON, John MADISON & John JAY: *The Federalist Papers*, Penguin, Nueva York, 1961 (1ª ed. Inglesa, 1787), nº 78 (Hamilton), pp. 465-466, 469: “si (los tribunales) estuviesen dispuestos a poner en ejercicio la VOLUNTAD en vez del JUICIO, la consecuencia sería la misma de sustituir su deseo al del cuerpo legislativo”. Hay traducción española de Gustavo R. Velasco, FCE, México, 1994. [<http://memory.loc.gov/const/fed/fedpapers.html>]

consecuencia de su legitimidad democrática, el poder judicial es un poder configurado en una posición de aparente paridad respecto al poder legislativo y al ejecutivo, pues los tres están sometidos a la Constitución. La posición del poder judicial pretende estar equilibrada porque, de un lado, es cierto que puede anular actos del Ejecutivo y leyes del Parlamento mientras ni Ejecutivo ni Legislativo pueden anular sentencias del Judicial, pero de otro lado, las decisiones de los jueces sólo pueden ser ejecutadas por el Ejecutivo y su responsabilidad, como se verá se puede exigir ante el Legislativo.

En tercer lugar, en cuanto a sus *competencias*, el juez norteamericano está investido de un formidable poder como consecuencia de la inserción del principio de constitucionalidad en un sistema judicial de *common law*. En efecto, en el sistema de *common law*, el juez puede hacer *todo lo que la ley no le prohíbe* expresamente. Pero incluso una prohibición legal de actuar puede ser superada porque el propio juez puede declararla inconstitucional.

En cuarto lugar, como contrapartida a tan amplios poderes, los jueces están sometidos a una amplia *responsabilidad*. De esta suerte, al juez norteamericano se le puede exigir una difusa responsabilidad política, cuyas infracciones no están (ni pueden estar) tipificadas. Por lo demás, esta responsabilidad no es sustanciada ante otros jueces, es decir, ante miembros del mismo poder judicial, sino ante miembros de un poder distinto, el legislativo.

1.A.b. Todo lo anterior, ha conducido a que el poder judicial sea el centro de gravedad del sistema, lo que tiene diversas consecuencias científicas y políticas.

En primer lugar, es un hecho cierto que la construcción científica del Derecho de la Constitución ha sido obra muy fundamentalmente de los tribunales, quedando las aportaciones académicas relegadas a una tarea secundaria de comentario o crítica a la obra de los jueces. Sin embargo, esto debe ser matizado en dos sentidos. Por un lado, existe una gran permeabilidad entre la Universidad y los tribunales que, creemos que muy

sabiamente, está facilitada en los Estados Unidos. De esta suerte, no sólo es que los jueces sean llamados a ejercer como profesores de la Universidad, sino que muchos prestigiosos profesores son llamados a ejercer como jueces. Pensemos, por ejemplo, en Louis D. Brandeis, profesor de la Universidad de Harvard que luego fue designado magistrado del Supremo. Por otro lado, conviene hacer notar que no siempre la Universidad trabaja “a remolque” de las decisiones jurisprudenciales pues no faltan ocasiones en las que construcciones pergeñadas por profesores universitarios tiempo después terminan siendo asumidas por los tribunales. Por seguir con el ejemplo anterior, el citado Brandeis fue coautor con Warren de un famoso artículo publicado en 1890 en la Revista Jurídica de Harvard sobre el derecho a la intimidad que, décadas después, terminó siendo acogido (aunque no fuera exactamente en sus mismos términos) por la jurisprudencia del Tribunal.

En segundo lugar, políticamente hablando, el rasgo más llamativo del Derecho norteamericano (no de la “ciencia del Derecho”) es la gran importancia que tienen las decisiones judiciales en comparación con las leyes y normas del ejecutivo. No se puede decir que “Derecho es lo que dicen los jueces”, pero sí que “casi todo el Derecho es lo que dicen los jueces”.

1.A.c. El modelo norteamericano de Derecho Constitucional, sin embargo, no resulta enteramente pacífico. Si a comienzos del siglo XX se llegó a calificar al sistema norteamericano como un “gobierno de los jueces”³³⁶, a finales del XX se han acentuado las críticas en la medida en la que el objeto del Derecho ha ido abarcando cada vez más cuestiones de índole moral o ética. El meollo de este proceso es que la “premisa” para el juicio se ha ido considerando cada vez con más laxitud, o al menos así se ha hecho por las posiciones judicialmente “activistas”. Muy posiblemente, el autor que con más perspicacia ha denunciado este fenómeno ha sido Robert H. Bork desde una perspectiva de defensa de posiciones “originalistas” o de interpretación estricta de las premisas del juicio. Según Bork, el razonamiento legal no

³³⁶ Édouard LAMBERT: *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Marcel Giard, París, 1921.

es sino un silogismo que presupone unas premisas que le vienen dadas externamente al juez (y que, por tanto, éste no crea). Si al evaluar la tarea del juez atendemos sólo a las consecuencias o resultado de su sentencia y no al procedimiento para llegar a él, según Bork se hace imposible justificar el por qué un tribunal es preferible para tomar una decisión a, por ejemplo, el Alto Estado Mayor (que, además, puede imponerlo con muchos más medios)³³⁷. Este desarrollo denunciado por Bork significaría la aproximación de los Estados Unidos al tipo de Estado que Schmitt llama “Estado jurisdiccional”. Según Schmitt, “la expresión típica del Estado jurisdiccional es la decisión de casos concretos, en la que el derecho justo, la justicia y la razón se manifiestan de manera inmediata, sin la mediatización de normas generales previamente elaboradas y sin caer, por tanto, en el normativismo de la mera legalidad”³³⁸.

Este fenómeno de transformación del Derecho Constitucional, sin embargo, tiene dos poderosos frenos. Por una parte, el propio activismo tiene un freno considerable en la necesidad de referirse siempre a un texto que es el de una Constitución de gran antigüedad y conformada sólo por normas de organización y normas de derechos fundamentales, es decir normas en las que los elementos de politicidad, eticidad y normatividad están equilibrados. Por otra, los propios jueces a pesar de sus amplias facultades creativas se hallan en todo momento sometidos a la responsabilidad política que pueda exigirles el poder legislativo, por lo que, para evitar la misma procurarán que sus decisiones, por osadas que sean, tengan una previsible aceptación social.

1.B. El Derecho Constitucional europeo

En Europa las circunstancias que rodearon el nacimiento y evolución del concepto de Constitución condujeron a un modelo de Derecho Constitucional que difiere del americano. En Europa la Constitución “política” tenía una alta dosis de politicidad, una discutible eticidad y una escasa normatividad. La consecuencia es

337 Robert H. BORK: *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Touchstone/Simon & Schuster, Nueva York, 1991, pp. 264-5.

338 Carl SCHMITT: *Legalidad y Legitimidad*, trad. de José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971 (1ª ed. Alemana, 1932), p. 6. Reproducido en en *Carl Schmitt, teólogo de la política* (prólogo y selección de textos de Héctor Orestes Aguilar), FCE, México, 2001, p. 245 ss.

que las normas del Derecho Constitucional europeo en su primera etapa histórica eran mayormente normas sujetas a constantes polémicas o costumbres. La aplicación de esta Constitución quedaba así sometida mayormente al Ejecutivo y al Parlamento, con escasa intervención judicial.

Mientras el centro científico y político del Derecho Constitucional en los Estados Unidos del Derecho Constitucional era la judicatura, en Europa lo fue el Parlamento. Por eso, a este modelo de Estado dominante en Europa le dio Schmitt el nombre de “Estado legislativo”, es decir, aquel “Estado dominado por normas impersonales -es decir, generales- y predeterminadas -es decir, concebidas como duraderas-, de contenido mensurable y determinable, en el que la ley está separada de su aplicación al caso concreto y el que el legislador está separado de los órganos de aplicación de la ley”³³⁹. Esta centralidad parlamentaria era lógica en un Estado que se proclamaba o aspiraba a ser democrático, pues el Parlamento era el único órgano elegido por el pueblo. Lo cierto es que la definitiva afirmación del principio de soberanía nacional y del principio democrático no trajo consigo la elección por el pueblo de los otros dos poderes. El poder judicial, antes designado por el monarca, será reclutado por métodos de racionalidad burocrática que atienden a su capacidad técnica exclusivamente. El poder ejecutivo, antes designado por el monarca y que, en el mejor de los casos, *también* tenía que gozar de la confianza del parlamento, una vez eliminado el poder del monarca será elegido *sólo* con la confianza del parlamento.

2. LA MUTACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

2.A. Causas endógenas

2.A.a. Desplazamiento del centro de gravedad del Estado

2.A.a.I. El Derecho Constitucional Europeo es un Derecho surgido en el ámbito del “Estado”. Pero este Estado ha evolucionado desde el Estado “liberal” clásico hasta el llamado “democrático

³³⁹ SCHMITT, “Legalidad y legitimidad”, cit., p. 4.

avanzado” o “postsocial”, tras pasar por el “social”³⁴⁰. En la actuación administrativa del Estado social se producían graves ineficacias debido a su propio carácter rígidamente determinado *a priori* por la ley. Así, los mandatos jurídicos de las instancias administrativas centrales, fieles cumplidoras del principio de legalidad, son rudos, disfuncionales y devienen rápidamente obsoletos. Los burócratas centrales no pueden reunir y procesar la vasta información necesaria para regular de forma ajustada las muchas variaciones de las circunstancias. Por imperativos de la racionalidad *a priori* y por reducción de costos se adoptan regulaciones uniformes para todo el ámbito nacional (o regional) que no consiguen sus metas y producen efectos colaterales no intencionados cuando los funcionarios intentan aplicarlas a condiciones no previstas o alteradas por el tiempo³⁴¹. En contraste con esta situación se ha visto que en la actual fase del Estado post-social, los fines de las normas no están fijados de modo absoluto e inequívoco. En efecto, la exactitud del objetivo previamente establecido disminuye en relación a diversos factores, como lo alejado que el objetivo esté (en el tiempo, en el espacio y en lo burocrático), lo inseguro que sea el desarrollo de lo regulado y lo plural de las variables observables y de las instancias participantes en la adopción y realización de los objetivos. Los objetivos de las normas que deba ejecutar la Administración precisan de una sintonización, concreción y desarrollo en el caso concreto, no sólo entre las autoridades competentes, sino también en colaboración con los ciudadanos afectados. Así pues, en vez de simples programas de objetivos, aparecen cada vez más los programas de “relacionamiento” (*Relationisierungsprogramme*) que, en lugar de contener representaciones minuciosas y soluciones finales, sólo ofrecen direcciones y modelos que, a su vez, necesitan desarrollo y sintonización con la realidad. En este contexto los objetivos ya no son fijos, sino fluidos apareciendo los llamados procesos de aprendizaje cooperativo (*kooperativen Lernprozesses*)³⁴².

340 Me he referido a esta cuestión en “El Estado democrático avanzado ante la teoría clásica del Estado”, *Dereito* vol. III nº 2 (1994), p. 97 ss.

341 Richard B. STEWART: “Principios estructurales del Derecho Constitucional y los valores del Federalismo: la experiencia de los Estados Unidos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* nº 1 (1988), p. 55 ss., p. 65-66.

342 Hermann HILL: “Rechtstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns”, *Die öffentliche Verwaltung*, cuaderno 20 (octubre 1987), p. 885 ss., p. 888.

En Alemania se ha discutido recientemente acerca de las llamadas “actuaciones informales” de la Administración que también han colisionado con los instrumentos clásicos de la actividad administrativa. Como medios clásicos de la Administración se pueden considerar las órdenes, las prohibiciones y los permisos. Sin embargo, estos medios tienen el inconveniente de que no sólo causan elevados gastos de control, sino de que paralizan la iniciativa de los destinatarios. Los instrumentos administrativos dotados de coacción jurídica, especialmente las órdenes y prohibiciones, deben ser utilizados, no como regla general cual sucede ahora, sino sólo como *ultima ratio*. Por ello, en esta nueva fase del Estado post-social, en sustitución de las órdenes y prohibiciones, aparecen la información, las llamadas, las obligaciones de anunciar las actuaciones, los modelos de actuación jurídico-privados o la propia flexibilización de las órdenes y prohibiciones. En este contexto, las “actuaciones informales” cobran todo su sentido. Entre éstas se entienden los acuerdos para “apartar” consecuencias normativas, los consejos o la tolerancia de situaciones antijurídicas debido a que no haya precedido a las mismas una autorización o a que dicha autorización fuera rechazada. En estos supuestos, un empleo formalizado del Derecho es visto como disfuncional y entorpecedor porque sin la observación de las reglas formales de Derecho pudiera conseguirse el objetivo pretendido de modo más rápido y efectivo. En estos casos, la Administración no emplea el Derecho de forma inmediata, sino que trata con el destinatario acerca del camino más indicado para solucionar el problema, y sólo si esta vía es infructuosa se acude a la coacción jurídica. Estas prácticas que Hill llama “actuaciones informales”, son denominadas por Isensee “ilegalidad necesaria o pragmática” y por Treutner “utilización estratégica de reglas jurídicas” o “Derecho como fuente aprovechable burocráticamente”³⁴³.

2.A.a.II. Este desarrollo del Estado, en una primera fase supone un progresivo desapoderamiento del legislativo en beneficio del ejecutivo. O si se quiere, implica un paso del “Estado legislativo” que llama Schmitt al que este autor denomina “Estado administrativo”, es decir aquél “cuya expresión específica

343 HILL, *op. cit.*, p. 890.

la constituye la adopción de medidas tan sólo en atención a la naturaleza de las cosas, a la vista de una situación concreta y con puntos de vista puramente objetivos y prácticos³⁴⁴. Sin embargo, en una segunda fase, conduce a una judicialización de la actividad del Estado. El argumento de que el ejecutivo tiene más y mejor información que el legislativo para evaluar cuál es la decisión más correcta ante un determinado problema quizá haya servido para transferir poder del parlamento al ejecutivo, pero esto no significa que el beneficiario último sea éste. En efecto, desde el momento en que se establece en el Estado europeo la *judicial review* de toda la actividad de la Administración, aquellas decisiones que han sido trasladadas desde el legislativo al ejecutivo serán, en última instancia, resueltas siempre por el judicial. Obviamente, el judicial no dispone de más y mejor información que el ejecutivo para tomar ciertas decisiones. Por esta razón, si se acepta la transferencia de decisiones del legislativo al ejecutivo con ese argumento sería incongruente aceptar que la decisión última fuera del judicial. Sin embargo, el argumento que fue útil contra el parlamento no ha podido contrarrestar el dogma de la *judicial review*. Sobre esta cuestión, precisamente, ha girado una de las más interesantes polémicas que se han producido en el Derecho público español de los últimos años, en la que un sector ha defendido la idoneidad del Ejecutivo para tomar ciertas decisiones finales³⁴⁵, a lo que se ha opuesto otro aferrado al dogma de la *judicial review* (y a una interpretación judicialista estricta del artículo 24 de la Constitución Española)³⁴⁶. Lo interesante de esta polémica entre defensores del ejecutivo y del judicial es que nadie salió en defensa del legislativo.

2.A.b. El proceso de construcción de la Unión Europea

2.A.b.I. Los intentos de lograr una unidad política europea están suficientemente documentados como para que en este

344 SCHMITT, "Legalidad y legitimidad", cit., p. 7.

345 Luciano PAREJO ALFONSO: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993; Miguel SÁNCHEZ MORÓN: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994; Nuria GARRIDO CUENCA: *El acto de gobierno*, Cedecs, Barcelona, 1998 (prólogo de Luis Ortega).

346 Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000 (5ª ed.).

momento tengamos que evocarlos³⁴⁷. Lo cierto es que el proceso de unión política europea que se desarrolla en la actualidad está condicionado por un contexto, el europeo, en el que la expresión máxima de unión política es el “Estado” o la “Federación” (que es un tipo de Estado, precisamente) y en el que la traducción jurídica de esa unión máxima es la “Constitución”. Es evidente que las categorías “Estado”, “federación” o “Constitución” han obtenido un prestigio indiscutible debido a que los Estados constitucionales han conseguido los mayores niveles de libertad política y prosperidad económica de la historia de la humanidad. No es por ello casual que las categorías “federación” o “federalismo” y “Constitución” se empleen en el debate acerca de la unión política europea, pues con esos conceptos lo que se procura es, justamente, otorgar mayor relieve y atractivo a la unión europea. Ahora bien, en este debate teórico se corre un riesgo grave de incurrir en el juego de una “jurisprudencia de conceptos” o, aún peor, en el puro “nominalismo”. De esta suerte, se manejan con excesiva alegría conceptos (“federación”, “Constitución”) que no se corresponden con la realidad del objeto analizado, pero que contribuyen a prestigiarlo.

2.A.b.II. La atribución del término “Constitución” (o “Carta constitucional”) para referirse a las normas básicas de la Comunidad Europea se debe al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

La primera vez que utilizó este concepto para aludir al Tratado CEE fue en una sentencia de 1986, siendo reiterada esta doctrina en varias ocasiones posteriores. En esa ocasión el tribunal afirmó que “debe subrayarse que la Comunidad Económica Europea es una Comunidad de Derecho en la que ni sus Estados miembros ni sus instituciones escapan al control de la conformidad de sus actos a la *carta constitucional* [cursivas mías] de base que es el Tratado (CEE)”. Según el tribunal, “en virtud de sus artículos 173 y 184, por una parte, y de su artículo 177, por otra, el tratado ha establecido un sistema

³⁴⁷ Una espléndida exposición de este proceso se encuentra en Dusan SIDJANSKI: *El futuro federalista de Europa. De los orígenes de la Comunidad Europea a la Unión Europea*, trad. de Gaizka Aranguren Urroiz y Enrique Martínez Gutiérrez, Ariel, Barcelona, 1998 (1ª ed. francesa, 1992).

completo de recursos y procedimientos destinado a confiar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones”³⁴⁸. Por tanto, el tribunal, por primera vez, calificó al tratado CEE como una “Carta constitucional” y dejó entender que el propio tribunal de justicia y su competencia de control de la legalidad de los actos de las instituciones eran algo homologable a un “Tribunal constitucional” que efectúa una operación de “control de constitucionalidad de las leyes”.

En 1991 el tribunal insistió en esta idea nuevamente al sostener que “el tratado CEE, si bien fue concluido bajo la forma de un acuerdo internacional, no por ello deja de constituir la *carta constitucional* de una comunidad de derecho”. El tribunal añade que “según una jurisprudencia constante del tribunal de justicia, los tratados comunitarios han instaurado un nuevo orden jurídico en beneficio del cual los Estados han limitado, en terrenos cada vez más extendidos, sus derechos soberanos y cuyos destinatarios no son sólo los Estados miembros, sino también sus ciudadanos (ver, en especial, la sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos, 26/62, Rec. p. 1). Las características esenciales del orden jurídico comunitario así constituido son, en particular, su primacía en relación con los derechos de los Estados miembros así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus ciudadanos y a los propios Estados”³⁴⁹.

2.A.b.III. La osadía del Tribunal de Justicia al calificar de “carta constitucional” a un tratado internacional fue considerada quizá como excesiva. De ahí que el Tribunal de Justicia empezara a moderar un poco sus pronunciamientos. Sin embargo, muy poco después esa expresión “carta constitucional” sería acogida por algunos sectores de la Unión Europea.

348 STJCE de 23 abril de 1986 (asunto 294/83), Partido ecologista “Les Verts” contra Parlamento europeo, [1986] Rec. p. 1339 (parágrafo 23, p. 1365). Esta doctrina fue reiterada en la ordenanza de 13 de julio de 1990 (asunto C-2/88 Imm.), J. J. Zwartveld e.a., [1990] Rec. p. I-3365 (parágrafo 16, p. 3372). También en la STJCE de 23 de marzo de 1993 (asunto C-314-91), Beate Weber contra Parlamento Europeo, [1993] Rec. I-01093 (parágrafo 8, p. I-1109).

349 Dictamen del TJCE de 14 de diciembre de 1991 (dictamen 1/91), sobre el Proyecto de acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra, relativo a la creación del Espacio Económico Europeo, [1991] Rec. p. I-6079 (parágrafo 21, p.I-6102).

Así, en primer lugar, en la cumbre de Colonia de junio de 1999 se acordó que “en el presente estado de la Unión Europea, los derechos fundamentales aplicables en el nivel comunitario deberían consolidarse en una *Carta* [cursiva mía] para hacerse más evidentes” (nº 44). El resultado fue la *Carta* de los derechos fundamentales de la Unión Europea que fue proclamada en el Consejo Europeo de Niza de Diciembre de 2000.

En segundo lugar, también en el Consejo Europeo de Niza de diciembre de 2000 como anexo al Tratado de Niza se incluyó una “declaración sobre el futuro de la Unión” (la nº 23) especialmente importante. En virtud de lo dispuesto en la misma (parágrafo 5) debía iniciarse un proceso dirigido a examinar las siguientes cuestiones: a) la forma de establecer y supervisar una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad; b) el estatuto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza, de conformidad con las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia; c) la simplificación de los Tratados con el fin de clarificarlos y facilitar su comprensión, sin cambiar su significado; d) la función de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea. Una vez concluidos los trabajos preparatorios se convocaría “una nueva Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en 2004, para tratar las cuestiones antes mencionadas con miras a introducir las correspondientes modificaciones en los Tratados” (parágrafo 7). En definitiva, lo que el tratado de Niza establecía era una modificación *de los tratados* que clarificara los mismos *sin cambiar su significado*. ¿Qué es lo que ocurrió? Lo que ocurrió fue algo, en mi opinión, escandaloso. Ocurrió que la Convención (prefigurada en el parágrafo 3 de la declaración sobre el futuro de Europa) vulneró el mandato conferido en Niza en la forma y en el fondo. Lo hizo en la forma cuando, en lugar de proponer una modificación de los tratados, realizó una propuesta de aprobación de una llamada “*Constitución*”³⁵⁰. También lo hizo en el fondo al introducir cambios sustanciales en el significado del Tratado de Niza (como el sistema de votación del Consejo).

350 La denominación oficial del texto es “Proyecto de *tratado* por el que se instituye una *Constitución* para Europa”. Este proyecto fue presentado en el Consejo Europeo reunido en Salónica el 20 de junio de 2003 y fue, al menos inicialmente, rechazado en diciembre de 2003.

Esta llamada “Constitución para Europa” en su propio Preámbulo contiene una cita extraordinariamente reveladora de Tucídides. En la misma el historiador griego hablaba de “nuestra *politeia*”. Pues bien, el citado Preámbulo traduce el griego “*politeia*” por “Constitución”. Sin embargo, parece haber acuerdo en dos ideas. En primer lugar, en que el término “*politeia*” no parece que tenga en “Constitución” su traducción más correcta. Piénsese, a título de ejemplo que “*politeia*” es como San Pablo califica a la forma de gobierno de Israel del Antiguo Testamento (Efesios 2, 12). Por lo demás, parece más conveniente traducir la *politeia* griega como “forma de gobierno en la cual la mayoría del pueblo libre participaba en gobierno”. En segundo lugar, parece haber acuerdo en que el mundo griego no conoció la idea de “Constitución” tal y como se ha concebido en nuestro espacio cultural.

2.A.b.IV. De todo lo anterior se deduce que tanto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como los redactores del proyecto de la sedicente Constitución europea cuando hablan de “Constitución” o de “Carta constitucional” no están hablando de una Constitución con todos sus elementos (politicidad, eticidad y normatividad). Del mismo modo que es inexacto calificar de “Constitución” a la “*politeia*” antigua ya que en la misma están ausentes las ideas de “supremacía normativa” y la de libertades fundamentales del individuo; resulta improcedente hablar de “Constitución” para referirse al contexto europeo en el que están ausentes el elemento de la politicidad (falta un pueblo soberano o *demos* con su poder constituyente³⁵¹) y el de la normatividad (se trata de un texto que tiene una dudosa “supremacía normativa” y que, indiscutiblemente, no tiene carácter originario, sino derivado)³⁵².

351 Esta es la tesis que sostiene Grimm, en la línea de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en su sentencia sobre el Tratado de Maastricht (*BverfGE* 89, 155). Cfr. Dieter GRIMM: “Does Europe need a Constitution?”, *European Law Journal* vol.1 (1995), p. 282 ss.; ID.: “Le moment est-il venu d’élaborer une constitution européenne?”, in Renaud Dehousse (ed.), *Une constitution pour l’Europe*, Presses de Science Po, Paris, 2002, pp. 69-78.

352 Por ello disintimos de aquellos autores como McCormick que afirman que “This amounts to a fairly thick body of law that is thoroughly and fully constitutional in any reasonable interpretation of ‘constitution’” (Neil Mac CORMICK: “Democracy, Subsidiarity and Citizenship in the ‘European Commonwealth’”, *Law and Philosophy* vol. 16 (1997), p. 331 ss. (p. 337).

2.B. Causas exógenas

2.B.a. La conversión de los EE.UU. en la primera potencia mundial del planeta, no sólo por su poderío militar, sino también por su pujante economía, su vitalidad política y su actividad cultural no ha podido sino influir en el, nunca mejor dicho, “viejo” continente. De este modo, Europa se encuentra bajo la tutela militar norteamericana, integrada en organizaciones económicas supranacionales (la OMC) de clara inspiración norteamericana, carece de iniciativas políticas serias al margen de las norteamericanas y se halla cada vez más influida por las creaciones norteamericanas en los más diversos ámbitos de la cultura, muy especialmente en el Derecho. Nunca como ahora, autores (piénsese únicamente en Rawls, Nozick o Dworkin) y construcciones jurídicas norteamericanas habían tenido en Europa el impacto que cualquiera puede constatar. Este impacto también se percibe en el Derecho, tanto en el Derecho Privado (sobre todo en responsabilidad civil, seguros o sociedades) como en el Público (administraciones independientes, servicio público).

El Derecho Constitucional no es una excepción a este fenómeno. El Derecho Constitucional norteamericano ha ejercido una notable influencia sobre el Derecho Constitucional europeo: tanto en los conceptos como en las técnicas. Este proceso se ha plasmado fundamentalmente en la influencia que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos ha ejercido sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Éste a su vez ha difundido las categorías en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde donde se han proyectado a todos los demás países europeos. Paradigmática a este respecto es la jurisprudencia sobre el derecho a la igualdad. El proceso puede ser reconstruido aunque unos tribunales no citen a otros. La primera doctrina se encuentra en una sentencia norteamericana de 1897³⁵³, desarrollada en otras sucesivas. Esta doctrina aparece claramente recogida en la jurisprudencia elaborada por el TCFA³⁵⁴, de donde a su vez es probablemente tomada por el

353 *Gulf, C. & S.F.R. Co. v. Ellis*, 165 US 150 (1897).

354 *BverfGE* 1, 14 (52), de 23 de octubre de 1951.

TEDH³⁵⁵ para finalmente recalar en el TC español³⁵⁶. Este proceso de reconstrucción podría hacerse también con otras técnicas constitucionales norteamericanas que han llegado a Europa: es el caso de la técnica interpretativa de la “ponderación de bienes”, la técnica decisoria de la llamada “inconstitucionalidad por omisión” o la técnica procesal del examen “*in camera*” de ciertos documentos.

2.B.b. Junto al problema planteado por una recepción distorsionante del Derecho Constitucional norteamericano, asistimos a otro fenómeno exógeno sumamente perturbador. Existe una tendencia a simplificar y homogeneizar los fenómenos políticos. No es este el lugar para indagar sobre las causas de esta tendencia, aunque se pueden aventurar dos causas. Una sería el deseo de participar del prestigio que conllevan algunas palabras (“democracia”, “Constitución”...); otra puede ser la necesidad de los medios de comunicación de poder manejar un material informativo lo más simple y homogéneo posible (si para un periodista ordinario puede resultar difícil comprender el Derecho Constitucional de su propio Estado ¿cuanta mayor dificultad entrañaría que todo el Derecho Público de los demás Estados sobre los que debe informar fuesen sustancialmente distintos del de su propio Estado? Lo cierto es que asistimos a una utilización “universal” del término “Constitución”. Ello provoca que se aplique el término “Constitución” a realidades que distan de reunir los tres elementos (politicidad, eticidad y normatividad) que, como vimos, se encuentran en la misma. De este modo observamos que se aplica el término “Constitución” para aludir a leyes fundamentales de países islámicos (Afganistán, Irán, Pakistán, ...) que, en tanto en cuanto sitúan a la *sharia* (o ley islámica) como origen de todo derecho y como norma suprema cercenan el elemento de la normatividad de la Constitución. Y no sólo eso: se trata de instrumentos jurídicos que mutilan el elemento de la eticidad al admitir conductas que en nuestra civilización se consideran gravemente atentatorias de las libertades fundamentales del individuo (como la atribución a la mujer de un status inferior o la negación de la libertad religiosa).

355 STEDH A 6 (de 23 de julio de 1968) relativa a ciertos aspectos del régimen lingüístico educativo belga (nº 11 de los fundamentos jurídicos).

356 STC 49/1982, de 14 de julio (Díez-Picazo), FJ 2º.

La consecuencia del uso impropio del término “Constitución” en estos contextos resulta paradójica: por un lado, se tiende a prestigiar ante la mirada occidental a un Derecho que está muy lejos de lo que nuestra civilización considera aceptable; por otro, la propia idea occidental de “Constitución” queda desprestigiada al asimilarse a la de Estados de las características antedichas.

3. BALANCE Y PERSPECTIVAS

3.A. El Derecho Constitucional europeo se enfrenta a un dilema ciertamente difícil: el Derecho Constitucional quiere abarcar más pero sin apretar menos. Esto conduce a un reforzamiento de los poderes ejecutivo y judicial en detrimento del legislativo que, en última instancia es un reforzamiento sobre todo del poder judicial. Esta judicialización viene dada por dos circunstancias.

Por un lado, las Constituciones están ampliando su contenido incluyendo normas de un contenido ético y político extraordinariamente vago, abstracto y de extraordinaria amplitud. A diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos donde existe una “continuidad constitucional” y la Constitución sigue siendo *la misma* que en 1789 con las (escasas) *adiciones* aprobadas desde entonces, en Europa no existe esa continuidad. El resultado es que se redactan nuevos textos que cada vez abarcan más. Junto a la materia “tradicional”, los textos constitucionales pretenden crecer en “eticidad” introduciendo cláusulas que, sin embargo, no pueden gozar del mismo nivel de “normatividad” que los preceptos tradicionales. La heterogeneidad de las normas constitucionales es, por tanto, mayor que antes: si en el “primer” constitucionalismo europeo el núcleo de las Constituciones son normas de organización, a las que se añaden normas de derechos fundamentales en el “segundo” constitucionalismo, ahora el campo se amplía con la introducción de “principios” y “normas de fines del Estado”.

Por otro lado, junto al fenómeno anterior, se está acentuando la “judicialización” de las Constituciones, de suerte que cada vez está más extendida la idea de que si la Constitución es “norma jurídica” *toda* ella debe poder ser objeto de aplicación por los

jueces (tanto ordinarios como del Tribunal Constitucional). El hecho de que la “normatividad” sea el logro más reciente del Constitucionalismo europeo hace que sea también el que tiene un “*élan vital*” más poderoso. Si los jueces norteamericanos por su origen y su responsabilidad prestan atención no sólo al momento de la “normatividad”, sino también al de la “politicidad” y al de la “eticidad”, los jueces europeos por su diferente origen (burocrático) y por su responsabilidad (ante otros jueces) centran su preocupación en la “normatividad” con explicable descuido de la “politicidad” y la “eticidad”. En aras de esa normatividad tienden a homogeneizar todos los preceptos constitucionales con olvido de su heterogeneidad.

El resultado de este proceso es que las normas legislativas dejan un espacio decisorio cada vez más amplio al ejecutivo y que los jueces pretenden decidir sobre todos los preceptos constitucionales y legales, por heterógeneos que resulten y además ampliando sus facultades de decisión con la adopción de nuevas técnicas generalmente importadas de un modelo judicial *distinto* cual el norteamericano (que van desde la “ponderación de bienes” hasta la llamada “inconstitucionalidad por omisión”). En este proceso, el Derecho Constitucional europeo pierde su rasgo distintivo, la centralidad parlamentaria, para convertirse en un Derecho “administrativizado” y ulteriormente “judicializado”. Sin embargo, la centralidad parlamentaria del Derecho Constitucional europeo era la consecuencia lógica en un Estado constitucional que afirma el principio democrático y que tiene como único órgano directamente legitimado por el pueblo al Parlamento. La centralidad ejecutiva y, sobre todo, judicial del Derecho Constitucional europeo aparece así como una grave mutación, patológica: ¿cómo explicar que el centro de gravedad del Estado constitucional democrático resida en los órganos que no son de elección directa por el pueblo? Y en el caso de los jueces con un agravante, que es el que no tienen ni origen ni responsabilidad democráticos. Si el Estado constitucional democrático europeo quiere seguir siendo tal sólo tiene dos salidas par esta grave disfuncionalidad. O bien el Derecho Constitucional vuelve a su propia esencia y recupera la centralidad parlamentaria o bien intenta adaptar su nueva configuración al principio democrático (estableciendo la

elección directa del jefe del Ejecutivo y modificando el sistema de reclutamiento y responsabilidad de los jueces). La primera solución, quizás deseable, parece improbable. Pero entonces, si no se puede o quiere adoptar esta solución, la segunda alternativa aparece como la gran urgencia de nuestro Derecho Constitucional.

3.B. El intento de construcción política de la Unión Europea está obligando a ampliar el concepto de Constitución hasta privarlo de su propia sustancia. No otra cosa puede significar que a un tratado internacional (derecho esencialmente derivado) se le pueda calificar igual que a un derecho esencialmente originario (como es la Constitución). Ese carácter derivado, por lo demás, repercute en su pretensión de supremacía. Y esa discutible supremacía se conecta con el hecho de que ese tratado no sea elaborado por un “poder constituyente” por un demos o pueblo soberano.

Y lo mismo sucede con la atribución del término “Constitución” a realidades exógenas como las de los países islámicos. Resulta verdaderamente contradictorio que a un ordenamiento que, por definición, no tiene carácter originario y supremo (en tanto esa originariedad y supremacía se atribuyen a la ley coránica) se le denomine con un término que denota, precisamente, originariedad y supremacía normativas. El deseo de prestigiar este tipo de formaciones políticas lleva a reclamar el nombre de “Constitución”. Pero el coste de prestigiar lo no prestigiable es el desprestigio de lo prestigiable. Y no sólo eso: está desapareciendo el elemento de la normatividad, que implica, por un lado, que una “Constitución” es una norma originaria por cuanto elaborada directamente por el poder constituyente, manifestación de la soberanía que actúa *legibus solutus* y, por otro lado, que esa norma es superior a todas las demás.

3.C. La idea de Constitución en Europa está experimentando una mutación en su “normatividad” que ha repercutido gravemente en su “politicidad” y en su “eticidad”. Ahora bien, el concepto de Constitución de nuestra época histórico-espiritual se caracteriza, precisamente, por esos elementos: “politicidad” (obra de un poder soberano) “eticidad” (democracia y respeto del individuo) y

“normatividad” (carácter originario y supremacía normativa). La destrucción del elemento de la normatividad de la Constitución (admitir como tal un documento que no tiene carácter originario y supremo), sumada al cercenamiento del elemento de la politicidad (provocada por la no afirmación del principio democrático y por el desplazamiento del centro de gravedad del Estado desde los órganos elegidos por el pueblo hacia los no elegidos) y al deterioro del elemento de la eticidad (con la relativización de la idea de la soberanía nacional y del respeto de las libertades del individuo) equivale a inutilizar el propio concepto de “Constitución”. Si se argumentara que en la actualidad ya no existe el poder soberano, ni el principio democrático, ni la necesidad de respetar la libertad del individuo, ni que sea posible que una norma tenga carácter originario y supremo, tendríamos que admitir que nos hallamos ante una nueva circunstancia histórico-espiritual. Pero si ese fuera el caso, la utilización de los conceptos (como el de “Estado”, “democracia” o “Constitución”) de la anterior época histórica dejaría de tener validez para la nuestra y, por tanto, su uso sólo podría entenderse como el fruto de la ignorancia o de una voluntad deliberada de engaño. Y de aquello que falsea su nombre debiera desconfiarse.

VII. LA DESVIACIÓN NORMATIVA:

VII.2. LA LLAMADA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

1. Justificación y propósito del estudio. 2. Presupuestos conceptuales: 2.A. La insuficiencia de la concepción judicialista del Derecho; 2.B. La relatividad del valor jurídico de la Constitución; 2.C. El carácter no monopólico de la defensa de la Constitución; 2.D. La separación de poderes como dogma constitucional; 2.E. El control de la actividad del legislador en el esquema de la separación de poderes. 3. Las aporías sustantivas del control de la inactividad del legislador. 4. Las aporías orgánico-procedimentales del control de la inactividad del legislador. 5. Supuestos impropios de la llamada "inconstitucionalidad por omisión". 6. Reflexiones finales. 7. Bibliografía.

1. JUSTIFICACIÓN Y PROPÓSITO DEL ESTUDIO

La institución de la llamada "inconstitucionalidad por omisión" ha sido objeto de una vasta producción doctrinal que, sin embargo, no se corresponde con su realidad normativa. En efecto, esta realidad se caracteriza por dos notas: el reconocimiento

de la “inconstitucionalidad por omisión” en muy pocos ordenamientos y los decepcionantes resultados prácticos de su puesta en práctica. Este fracaso evidente no ha amilanado a los defensores de la figura que de forma inversamente proporcional a la eficacia de la misma multiplican los estudios laudatorios.

Este trabajo quiere constituir un contrapunto. No se pretende aquí realizar un estudio “cuantitativo” o “estadístico” sobre la relevancia real de esta figura y sobre los resultados de la misma. Antes al contrario, ante el cada vez mayor número de trabajos doctrinales preconizando el establecimiento del constructo y sus virtudes aquí se quiere defender la idoneidad de la no introducción de esta figura en un ordenamiento constitucional.

Para ello, declararemos cuáles son los presupuestos conceptuales de que partimos, a saber: una concepción del Derecho no judicialista, la idea de la relatividad del valor jurídico de la Constitución, el carácter no monopólico de la defensa de la Constitución, el principio de separación de poderes y la razón de atribuir el control de la constitucionalidad de las leyes a un órgano judicial.

Sentados esos presupuestos argumentaremos que la introducción de la llamada “inconstitucionalidad por omisión” en un ordenamiento plantea gravísimos problemas de orden sustantivo y procedimental. Sustantivamente se halla aquejada de graves obstáculos, como los relativos a la falta de apoyo en el Derecho positivo (en algunos lugares en los que la doctrina reclama su aplicación); a la falta de consideración de la peculiaridad y heterogeneidad de las normas constitucionales; y la falta de determinación del plazo para proceder a una actividad legislativa positiva. Procedimentalmente no son menores los problemas: la resolución de un proceso por “inconstitucionalidad por omisión” con una sentencia meramente declarativa no sólo es algo inútil sino que incluso tiene efectos contraproducentes; la posibilidad de una resolución con efectos sancionatorios no está contemplada en los ordenamientos europeo-continetales; la atribución del litigio a un órgano no jurisdiccional sólo tendría una respuesta coherente si el mismo fuera el propio Parlamento, en cuyo caso el supuesto problema vuelve al punto de partida.

Tras examinar todas estas cuestiones, se argumentará que el constructo llamado “inconstitucionalidad por omisión” pretende lograr la coherencia del sistema jurídico pero de forma difícilmente compatible con los principios esenciales que estructuran el Estado constitucional: el principio democrático y el principio de supremacía de la Constitución.

2. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES

2.A. La insuficiencia de la concepción judicialista del Derecho

Aunque no sea éste el lugar para estudiar en profundidad el concepto de Derecho, todo estudio mínimamente serio de la institución llamada “inconstitucionalidad por omisión” no puede dejar de plantearse en qué medida resulta aceptable, como premisa básica, la concepción judicialista del Derecho. La asunción o el rechazo de esta premisa tendrá consecuencias relevantes a los efectos de este estudio.

2.A.a. La concepción judicialista del Derecho, que tiene un antecedente remoto en la teoría del Derecho de Calvino³⁵⁷ y un antecedente próximo en la escuela del realismo jurídico norteamericano (Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank), sostiene la tesis de que “Derecho es lo que dicen los jueces”. De acuerdo con la misma, para poder hablar de Derecho, tiene que haber una pretensión judicializable, de suerte que cuando algún enunciado no pueda ser objeto de confirmación, interpretación o revisión por los jueces, tal enunciado carecería de naturaleza jurídica. La concepción judicialista es, por lo tanto, un positivismo pues sólo es Derecho lo que ha sido “puesto” por los jueces.

2.A.b. A nuestro juicio, sin embargo, la concepción judicialista del Derecho no constituye una premisa aceptable para comprender el Derecho. En efecto, el judicialismo incurre en varios vicios lógicos: el primero, el de tomar la parte por el todo y el segundo el de dar por sentada, sin demostrarla, la premisa que establece que el juez tiene competencia para decir el Derecho.

³⁵⁷ Francisco ELÍAS DE TEJADA Y SPÍNOLA: *Tratado de Filosofía del Derecho*, t. II, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1976., p. 137 ss.

2.A.b.I. En primer lugar, es cierto que todo lo que dicen los jueces es Derecho, pero no lo es menos que también es Derecho aquello que pueden decir o hacer otros órganos o sujetos. De esta suerte, la existencia de una “justiciabilidad” del enunciado no resulta constitutiva de lo jurídico y podemos considerar como Derecho normas o enunciados que no son dichos o no pueden ser confirmados o confirmables, interpretados o interpretables, revisados o revisables por los jueces.

En esta posición nos sentimos confortablemente acompañados por muy diversos teóricos del Derecho: desde el gran representante del normativismo positivista que es Kelsen, hasta uno de los más sugerentes autores del neoiusnaturalismo fenomenológico como Cotta, sin olvidar también al positivista Hart.

Para Kelsen, el Derecho es un orden normativo globalmente eficaz y provisto de sanciones³⁵⁸. Tal orden jurídico debe conllevar diversos niveles de normas y, como mínimo tres: las normas de producción de normas que permitirán determinar y modificar el contenido de las obligaciones, prohibiciones y autorizaciones; las normas generales y abstractas; y las normas individuales y concretas³⁵⁹.

Por su parte, Cotta considera que el *Ur-phänomen* del Derecho consiste en la eliminación de la posible injusticia mediante la coordinación estable y regular de las acciones, la superación de la enemistad mediante la razón y la regla unificadoras, sin recurrir a la fuerza, que es reducida a puro instrumento de garantía del acuerdo³⁶⁰.

Finalmente, Hart, que se considera positivista ha formulado en varios trabajos su llamada “teoría del contenido mínimo del Derecho Natural”, de acuerdo con la cual al plantear la

358 Hans KELSEN: *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, trad. de Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1989 (26ª ed.), p. 70

359 Otto PFERSMANN: “Carré de Malberg et <la hiérarchie des normes>”, *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 31 (1997), p. 481 ss. (Hay traducción castellana de Carlos Ruiz Miguel en Cuadernos Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* nº 4 [2001], p. 153 ss.), p. 487 (del original francés)

360 Sergio COTTA: *Itinerarios humanos del Derecho*, trad. de Jesús Ballesteros, Eunsa, Pamplona, 1978, p. 99-100.

cuestión de qué normas deben regir en una sociedad, hay que suponer que los hombres que la componen pretenden vivir, de donde se deduce que “hay ciertas reglas de conducta que toda organización tiene que contener para ser viable”³⁶¹. Sobre la base de la teoría del profesor de Oxford se ha postulado que el Derecho “sirve a la supervivencia de la vida social”, entendida como “razón explicativa” y al mismo tiempo como “razón justificativa”. Precisamente porque una sociedad debe existir deben establecerse ciertas normas que regulen su funcionamiento y que no pueden tener un contenido cualquiera: por ejemplo, no se debe permitir el homicidio, etc.³⁶².

2.A.b.II. En segundo lugar, el judicialismo dar por sentada una premisa sin demostrarla: que el juez tiene competencia para decir el Derecho. Pfersmann ha desmontado brillantemente las premisas sobre las que se basa la ideología judicialista a través de cuatro argumentos. 1) Por un lado, la tesis judicialista no prueba jurídicamente nada, sino un “hecho”: que los jueces “dicen” algo. Pero para que ese “algo” que “dicen” sea considerado Derecho se exige que los jueces tengan una “competencia” reconocida constitucional, o legalmente para “decir Derecho”. 2) Por otro lado, si los jueces pueden hacer algo es porque hay una norma que los ha creado como órganos del Estado y ha establecido las condiciones para que puedan hacerlo. 3) En tercer lugar, el judicialismo dice partir de las “decisiones” de los “casos”, pero lo que hace es extraer reglas generales a partir de las “opiniones” que han fundamentado esos casos. Pero entonces, el judicialismo entra en contradicción con sus premisas porque si afirma que las normas generales no dicen nada sobre los problemas particulares, no se puede pretender mediante problemas particulares formular “normas generales” válidas más allá de ese único particular. 4) Finalmente, el judicialismo considera que “resolver un caso” es equivalente a “formular las razones para llegar a un resultado”. Sin embargo, como afirma Pfersmann, la corrección o incorrección de la argumentación es algo abierto al debate sobre lo que los jueces

361 Herbert Lionel Adolphus HART: *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 238.

362 Benjamín RIVAYA GARCÍA: “Teorías sobre la Teoría del contenido mínimo del Derecho Natural”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* n° 15 (2000), p. 39 ss., p. 62-63.

y tribunales no tienen de ningún particular privilegio porque, a diferencia del poder para “decidir”, el poder para “razonar” no puede ser atribuido mediante normas de competencia³⁶³.

2.A.c. Estas visiones no judicialistas son las que permiten considerar como Derecho el llamado “*soft law*”, es decir, aquellas normas que se encuentran en los ordenamientos actuales y que no son susceptibles de una ejecución forzosa por orden jurisdiccional. El Derecho “*soft*” (esto es, no susceptible de ejecución forzosa), no se considera como un fenómeno patológico ni disfuncional (no es una *lex imperfecta*), sino como algo necesario e idóneo en determinados contextos que, por su flexibilidad, puede desplegarse allí donde el *hard law* no puede ni osa aventurarse. Su papel, por tanto, es extender el imperio del Derecho. El *soft law* no sólo es “necesario” en función de determinadas circunstancias (*soft law* como función promocional o como normas de aspiraciones), pues también puede ser “idóneo” para afrontar ciertos problemas y, como tal, una elección consciente³⁶⁴. Aunque la categoría del “*soft law*” ha sido objeto de especial elaboración en el campo del Derecho Internacional eso no significa que se halle ausente de otras ramas del Derecho Público. Por ello estimo que resultan fecundas para el Derecho Constitucional las elaboraciones de los internacionalistas sobre el particular.

2.B. La relatividad del valor jurídico de la Constitución

El control del legislador, como es sabido, es una consecuencia del valor que se asigne a la Constitución³⁶⁵. En este sentido, se ha planteado la cuestión del valor de la Constitución en términos alternativos: o bien tiene esta un “valor político” o bien tiene un “valor jurídico”. Ahora bien, creemos que esta aproximación puede ser matizada en tres sentidos.

363 Otto PFERSMANN, Otto Pfersmann, “Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l’interprétation,” *Revue Française de Droit Constitutionnel* No 50 (2002) , p. 279 ss. y No 52 (2002) p. 789 ss. Una síntesis de sus argumentos en ID., “Unconstitutional constitutional amendments: a normativist approach”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht* No. 67 (2012), p. 81 ss. (p. 99-100).

364 (Reisman, p. 139-141; Abi-Saab, p. 64- 66)

365 Roberto BLANCO VALDÉS: *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza, Madrid, 1994, p. 32

En primer lugar, es conveniente aclarar el alcance de lo que se entiende por “valor político” de la Constitución, y ello porque contra lo que suele pensarse el modelo histórico que atribuye un “valor político” a la Constitución no implica el negar a la Constitución consideración de norma. Ocurre que se trata de una norma que, ya sea en atención a las materias que regula (“se limita a organizar y disciplinar el ámbito funcional de los poderes del Estado”³⁶⁶), ya sea por sus destinatarios (resulta “aplicable a los operadores políticos”, *ibid.*) no es susceptible de fiscalización jurisdiccional. Desde esta perspectiva, la Constitución no sería “*hard law*”, pero sí quedaría subsumida en lo que la terminología anglosajona llama “*soft law*”, esto es, aquellas disposiciones normativas no susceptibles de fiscalización y judicial y de ejecución forzosa. Así, el “valor político” de la Constitución no sólo aludiría a su “naturaleza” normativa, pero de “*soft law*”, sino también al carácter de la materia regulada (de alto contenido político) y de los destinatarios de esa norma (los actores políticos por excelencia).

En segundo lugar, y aun considerando que una Constitución tiene “valor jurídico”, resulta muy esclarecedor averiguar si “todos” sus preceptos tienen el mismo “valor jurídico” o cabe establecer graduaciones en este punto. Debe recordarse a este respecto el dato fundamental de que la Constitución es, sí, una norma jurídica, pero una norma jurídica peculiar en la que los efectos jurídicos “se ven matizados de ordinario por un complicado sistema de reenvíos y de normas interpuestas que completan la sumariidad inicial del texto en un grado cuantitativa y cualitativamente más intenso que el que se utiliza en las normas ordinarias”³⁶⁷. La peculiaridad de la norma constitucional es manifiesta en dos órdenes de cuestiones: por un lado, porque en muchos de sus preceptos coinciden la figura del autor de los preceptos con la del destinatario (en preceptos tales como “el Estado deberá”, “los poderes públicos promoverán”, “la ley regulará”); por otro lado, porque en caso de que estos destinatarios incumplan la norma coinciden en la persona del Estado la figura del destinatario-cumplidor y la del destinatario-aplicador (los tribunales del Estado), ya

366 BLANCO VALDÉS: *El valor de la Constitución*, cit., p. 31

367 Alejandro NIETO GARCÍA: “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública* n.º 100-102 (1983), p. 371 ss. (p. 399)

que la coacción que utilizan los órganos del Estado que son los tribunales es la que pone a su servicio ese otro órgano del Estado que es el Ejecutivo³⁶⁸.

En tercer lugar, debe hacerse constar que la Constitución no sólo es una norma jurídica peculiar sino, además, heterogénea. En su seno se distinguen muy diversos tipos de normas: derechos fundamentales, garantías institucionales, normas de organización, mandatos al legislador, principios fundamentales, fines del Estado. La eficacia de tales normas no es siempre la misma. El gran jurista que diseñó las líneas maestras de la teoría del “valor jurídico” de la Constitución y de la “*judicial review*” de la legislación, ya advirtió este fenómeno en su obra señera. Según Marshall, ciertamente y como regla general “no puede presumirse que haya sido intención del constituyente establecer cláusulas en la Constitución que queden sin efecto, por lo que una construcción que defienda esa tesis es inadmisibles”. Ahora bien, esta regla admite una excepción según Marshall, para quien las normas constitucionales tienen eficacia normativa “a menos que el texto literal así lo exija” (*unless the words require it*)³⁶⁹. Es decir, el propio padre del control judicial de la constitucionalidad de las leyes admite en el texto fundacional de la sentencia *Marbury v. Madison* que el propio poder constituyente puede establecer normas con la intención de que no tengan efecto (mediato o inmediato). Por centrarnos en el caso español, mientras las normas de derechos contenidas en los arts. 14 a 38 tienen eficacia jurídica directa e inmediata teniendo como destinatarios a “todos” los poderes públicos de acuerdo con el art. 53.1 CE, las normas de los arts. 39 a 53 sólo tienen eficacia jurídica indirecta y mediata, pudiendo ser alegadas ante los tribunales sólo de acuerdo con las leyes que los desarrollen (art. 53.3 CE).

2.C. El carácter no monopolístico de la defensa de la Constitución

Aceptando que la Constitución es una norma jurídica peculiar y heterogénea y que el Derecho no se reduce a la actividad

368 NIETO GARCÍA: “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, cit., p. 402-403)

369 *Marbury v. Madison*, 5 US 137 (Cranch), 174-175 (*It cannot be presumed that any clause in the constitution is intended to be without effect; and therefore such construction is inadmissible, unless the words require it*).

judicial, no es difícil llegar a la conclusión de que la Defensa de la Constitución no se reduce a la actividad jurisdiccional. Así se puso de manifiesto, ya desde un primer momento, tanto en Norteamérica como en Francia, cunas de los modelos de “valor jurídico” y “valor político” de la Constitución. En Norteamérica, además de la técnica que finalmente prevaleció (la *judicial review*) se puso de manifiesto la función garantizadora de la Constitución que implicaba, por un lado, la exigencia de forma expresa, solemne y competente para modificar la norma suprema que es la Constitución³⁷⁰ y, por otro, el establecimiento de ciertas instituciones de control político (no judiciales) que se idearon para defender la Constitución: el “Consejo de Censores” de Pennsylvania y de Vermont, el “Consejo de Revisión” de Nueva York³⁷¹. En Francia, por su parte, y precisamente por la propia configuración del modelo de “valor político” tan precisamente analizado por Blanco Valdés, atenderemos a una floración de propuestas de instituciones no judiciales de defensa de la Constitución: desde la rigidez de la Constitución (instituto no judicial pero indudablemente jurídico) hasta el Senado o el veto real, pasando por la posibilidad de censura popular de las leyes y actos contrarios a la Constitución, la creación de un “tribunal de censores” o el derecho a la insurrección, entre otros³⁷². Todavía hoy en un teórico como Häberle, nada sospechoso de “antijudicialismo”, se percibe un eco de esta tesis cuando tras reconocer que la tarea de los tribunales constitucionales no sólo es “jurídica” sino también “política”, afirma: “no sólo los tribunales constitucionales, ¡todos nosotros somos (políticamente) <guardianes de la Constitución>!”³⁷³.

2.D. La separación de poderes como dogma constitucional

Si estimamos que puede hablarse de una ciencia del Derecho Constitucional, uno de los axiomas de la misma es la división de poderes. En palabras de Montesquieu, “es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar

370 BLANCO VALDÉS: *El valor de la Constitución*, cit., p. 111 ss.

371 BLANCO VALDÉS: *El valor de la Constitución*, cit., p. 123

372 BLANCO VALDÉS: *El valor de la Constitución*, cit., p. 249, 262 ss.

373 Peter HÄBERLE: “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional” (trad. de Carlos Ruiz Miguel), en D. García Belaúnde y F. Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson/Ediciones Jurídicas/E.Esteva/Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 1997, p. 225 ss. (p. 244).

de él yendo hasta donde encuentra límites”³⁷⁴. Precisamente por eso, el propio Montesquieu consideró necesario separar tres esferas del poder: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. En relación con el poder judicial, a su juicio, el aseguramiento de la libertad depende de la separación de la potestad de juzgar de las potestades legislativa y ejecutiva. Si la potestad de juzgar estuviera unida a la legislativa, el juez sería al propio tiempo legislador y el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario; si la potestad de juzgar va unida a la ejecutiva el juez podría tener la fuerza de un opresor³⁷⁵. Ciertamente, el principio de la separación de poderes formulado por Montesquieu es muy radical y por ello hoy en día es más ajustada a la realidad la lectura de este principio llevada a cabo por Madison, en virtud de la cual, lo que rechaza MONTESQUIEU no es tanto que un órgano no pueda ejercer otras funciones distintas a las de su propio “poder”, sino que todo el poder de un órgano sea ejercido por quien posea todo el poder de otro órgano, pues sería eso subvertiría los principios fundamentales de una Constitución libre³⁷⁶.

2.E. El control de la actividad del legislador en el esquema de la separación de poderes.

La facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes se concibe como un poder limitado, ya se atribuya al poder judicial ordinario o a un tribunal constitucional. En el modelo constitucional norteamericano se podría decir con Hamilton, como regla general, pero con las matizaciones anteriormente realizadas, que la interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Esta idea viene acompañada de otras dos: por un lado, que la Constitución es también una ley, la ley fundamental; por otro lado, que “en tanto en cuanto el poder judicial se mantenga verdaderamente separado del legislativo y del ejecutivo”... es decir, mientras no tenga FUERZA ni VOLUNTAD propias, es el menos peligroso. A

374 MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*, trad. de Pedro de Vega y Mercedes Blázquez, Tecnos, Madrid, 1987, libro XI, cap. IV, p. 106.

375 MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*, libro XI, cap. VI, p. 107)

376 Alexander HAMILTON, John MADISON & John JAY: *The Federalist Papers*, Penguin, Nueva York, 1961 (1ª ed. Inglesa, 1787), nº XLVII (Madison), p. 302-303. Hay traducción española de Gustavo R. Velasco, FCE, México, 1994.

los tribunales corresponde declarar el significado de las leyes; ahora bien, “si estuviesen dispuestos a poner en ejercicio la VOLUNTAD en vez del JUICIO, la consecuencia sería la misma de sustituir su deseo al del cuerpo legislativo”. En esta cláusula podría adivinarse ya una prevención frente a la posibilidad de que los jueces vayan más allá de la posibilidad de declarar nulos los actos del legislativo para pretender legislar ellos mismos. En efecto, si tal hicieran, sostiene Hamilton “no debiera haber jueces independientes de ese cuerpo (el legislativo)”³⁷⁷.

Coherentemente con lo antes expuesto, cuando Kelsen considera que el control de la constitucionalidad de las leyes debe conferirse a un órgano especial, afirmar que la relación entre el poder legislativo y el tribunal con poder de anular las leyes podría entenderse como una división del poder legislativo en dos sujetos: por un lado, el órganos legislativo *stricto sensu* que se dedica a la “formación” de la ley; por otro, el órgano encargado de su eventual “anulación”³⁷⁸. En este esquema distributivo de poderes, al Tribunal Constitucional no le corresponde la función de legislador positivo, sino la de legislador negativo y sólo la de legislador negativo, pues si asumiera también la de legislador positivo quedarían subvertidos los principios de una Constitución libre (caso de que ello se hubiese hecho por disposición constitucional) y el Tribunal Constitucional habría consumado un auténtico golpe de Estado (en el supuesto de que tal operación hubiese sido realizada sin apoyo en el texto constitucional).

Como indica Pérez Royo, el Tribunal Constitucional no puede dar respuesta de manera positiva a las demandas de la sociedad, que están detrás de la Ley aprobada por el Parlamento. A las demandas de la sociedad sólo puede dar respuesta en positivo un órgano político democráticamente legitimado. El Tribunal Constitucional,

377 *The Federalist Papers*, cit., nº LXXVIII (Hamilton), p. 465 ss. Hamilton afirma respecto al poder judicial “it may truly be said to have neither FORCE nor WILL but merely judgment”. Sobre esa base puede sostener que “the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power” y que “the general liberty of the people can never be endangered from that quarter (el poder judicial); I mean so long as the judiciary remains truly distinct from the legislative and executive powers”.

378 Hans KELSEN: “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, trad. de Juan Ruiz Manero, en H. Kelsen, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, p. 109 ss. (p. 130)

por tanto, no se concibe para imponer una interpretación propia de la Constitución, sino que para rechazar aceptar o rechazar una interpretación ajena. Este carácter de legislador negativo es el que permite entender la regulación constitucional y legislativa de instituciones como la sentencia de los procedimientos de inconstitucionalidad con todas sus características: publicación en el diario oficial, publicación de votos particulares, supresión de *vacatio legis*, inexistencia de recursos frente a la misma, plenos efectos erga omnes, subsistencia de la ley en la parte no afectada de inconstitucionalidad, nulidad de los preceptos impugnados declarados inconstitucionales, etc³⁷⁹. Si se admitiera que el Tribunal pudiera ser legislador positivo, el significado de todas estas notas características de la sentencia constitucional se vería tan gravemente alterado que llevaría a la disolución de dicho concepto.

3. LAS APORÍAS SUSTANTIVAS DEL CONTROL DE LA INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR

La admisión del constructo (en el sentido hayekiano de la palabra) del control de la constitucionalidad de la inactividad u omisión del legislador plantea importantes problemas sustantivos que distan de estar adecuadamente resueltos. Estos problemas radican en la necesidad de declarar el concepto de Derecho del que se parte, en la desconsideración de la peculiaridad y la heterogeneidad de la norma constitucional y en el carácter judicialista del constructo que impide dar una solución satisfactoria a la cuestión de cuando existe “dilación”.

3.A. En primer lugar, toda construcción dirigida a defender la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la inactividad del legislador, debe declarar ante todo, qué concepto de Derecho se utiliza como punto de partida. Si el punto de partida es la asunción del positivismo judicial de acuerdo con el cual “es inconstitucional lo que así declaren los jueces”, el mismo debe estar justificado de forma positiva, pero ¿dónde está el apoyo positivo de este constructo? Ciertamente, algunos ordenamientos

³⁷⁹ Javier PÉREZ ROYO: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1995 (2ª ed.), p. 658-660).

han positivizado el mismo, pero donde esto no se ha hecho, ¿cómo justificar su introducción? Sólo si la Constitución le confiere una tal facultad un órgano puede asumir la tarea de examinar la posible disconformidad de una inactividad legislativa respecto a un precepto constitucional que contenga un mandato de legislar. No es coherente defender el constructo desde una posición que pretende “superar el positivismo” cuando lo que se está haciendo es, precisamente, defender un positivismo judicial en virtud del cual sólo puede contemplarse la normatividad de la Constitución en tanto en cuanto la misma pueda ser objeto de interpretación y declaración por los jueces. La causa de ello está en la sustitución del Derecho de la Constitución “constituyente” y democrática por el de la Constitución “ya constituida” con lo que el momento de la aplicación asfixia y oculta el de la creación de la norma constitucional³⁸⁰. El resultado es que la interpretación de la Constitución por los Tribunales Constitucionales, más que un acto de interpretación, “lo que efectivamente representa es un acto de creación constitucional”, cuya única justificación sólo puede encontrarse en la conversión “tautológica y subrepticia de la Constitución, que obtiene su legitimidad del poder constituyente, en criterio definidor autónomo y apócrifo no sólo de su propia legitimidad, sino además de todas las legitimidades del sistema”³⁸¹.

Frente a tales desviaciones, debe recordarse que los jueces no son un poder constituyente, sino un poder constituido, son órganos del Estado, no órganos de la “Justicia” entendida como principio moral distinto del Derecho o creador del mismo en última instancia. Además, en el sistema continental-europeo, los jueces y tribunales sólo pueden hacer aquello para lo que tengan competencia, y las competencias de cada órgano se fijan por el Derecho, concretamente por la ley. Es más, argumentando “más allá del positivismo”, el hecho de que el TC sea un órgano límite hace que la “autolimitación” o “autorestricción” en el ejercicio de sus poderes sea aún más apremiante³⁸².

380 Ángel GARRORENA MORALES: “Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 51 (1997), p. 37 ss. (p. 41)

381 Pedro De VEGA GARCÍA: “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, en VV.AA., *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX*, UNAM, México, 1998, p. 3 ss. (p. 36)

382 Hans Peter SCHNEIDER: *Democracia y Constitución*, trad. de Joaquín Abellán, CEC, Madrid, 1991, p. 198.

3.B. En segundo lugar, la técnica de la “inconstitucionalidad por omisión” tal y como ha sido propuesta por diversos autores lleva consigo el las normas constitucionales sin consideración a su peculiaridad. Como se ha visto, no todas las normas constitucionales tienen un mismo destinatario, algunas se dirigen al ciudadano y otras a los poderes públicos. Esto obliga a diferenciar adecuadamente los supuestos, diferenciación que no se encuentra en la mayor parte de las defensas doctrinales del constructo.

3.B.a. Caso de que las normas tengan a los ciudadanos como destinatarios, habría que determinar, primero, si estos podrían ser titulares de un “derecho”, segundo, si ese derecho tiene el grado de concreción suficiente para ser ejercido (en cuyo supuesto el problema desaparece prácticamente) y, en caso contrario, en tanto en cuanto la inactividad del legislador les cause un perjuicio se podría hablar de una responsabilidad patrimonial. Sólo entonces el plano siguiente de la discusión sería si cabe solicitar una indemnización de daños o perjuicios por las acciones (u omisiones) del legislador, cuestión ésta no pacífica y que tiene diferentes soluciones en Derecho Comparado.

3.B.b. Caso de que las normas tengan como destinatarios a los poderes públicos se daría la paradoja de que el destinatario-cumplidor (poderes públicos) y el destinatario-aplicador (tribunales del Estado) son todos ellos órganos de la misma persona, el Estado. Ahora bien, al ser “órganos” y de la misma “persona”, sólo pueden hacer aquello para lo que tienen “competencia”. En el constructo objeto de discusión, tanto el legislador como el órgano que controla su inactividad forman parte de la misma persona jurídica. La situación a la que se aboca es la siguiente: ¿puede un tribunal del Estado sancionar a otro órgano en cuanto tal (no a sus miembros *uti singuli*)? Sería absurdo que un tribunal impusiese a un parlamento una sanción de multa por haber omitido una actuación de la que se dice que es “debida”. Muy distinta sería la situación si el destinatario-cumplidor y el destinatario-aplicador fueran órganos de distintas personas jurídicas, que es lo que ocurre en el Derecho Comunitario, donde se contempla la posibilidad de que el TJUE imponga multas a los Estados que no cumplan las sentencias del

Tribunal obligando a actuar al Estado para cumplir un mandato del Derecho Comunitario³⁸³. Ahora bien, esta solución, propia de un ordenamiento muy peculiar como es el comunitario resulta, sin embargo, difícilmente trasladable al Derecho Constitucional de un Estado porque en el caso comunitario es un órgano de una persona jurídica (la Unión Europea o las Comunidades Europeas -dejemos de lado el debate al respecto) impone una multa a otra persona jurídica distinta (el Estado miembro). En el Derecho Constitucional, sin embargo, el proceso por inconstitucionalidad se basa en que un órgano (el Tribunal Constitucional) de una persona jurídica (el Estado) juzga a otro órgano (Parlamento) de la misma persona jurídica.

3.C. En tercer lugar, este constructo ignora la heterogeneidad de las normas constitucionales. En efecto, las normas constitucionales son heterogéneas no sólo por sus destinatarios (como se ha visto), sino también por su estructura. No puede tratarse igualmente una norma que establece “finés del Estado” que una norma de estructura condicional clásica. El tratar igualmente ambos tipos de normas constitucionales supone, de un lado, aceptar un concepto de Constitución cerrada (no precisamente pacífico) estrechamente conectado con una idea del Derecho propia del positivismo judicialista; y, de otro, asumir una ideología constitucional que puede calificarse como no-democrática³⁸⁴.

3.D. En cuarto lugar, el carácter judicialista del constructo (pues en la actualidad no existen formulaciones que atribuyan el control de la constitucionalidad de la inactividad legislativa a órganos distintos de los jueces) en la aplicación del mismo conduce a problemas que no han podido ser resueltos, cual el de quien debe interpretar el “plazo” para legislar. Existen relaciones normativas en las que el desarrollo o concreción está fijado en plazos precisos: así sucede en la relación entre

383 Así, por ejemplo, la STJUE de 4 de julio de 2000, (C-387/97)

384 Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: *Staat und Gesellschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, p. 413, 419-420; Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat* n^o 29 (1990), p. 1 ss. (p. 30-31); Ulrich SCHEUNER: “Staatszielbestimmungen” (1972), en Manfred Friedrich (ed.), *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*, Wissenschaftlicher Buchgesellschaft, Darmstadt, 1978, p. 346-347)

normas generales del Derecho Comunitario (directivas) y normas generales estatales o de lo que sucede en la relación entre determinadas dos normas generales estatales (ley-reglamento) o entre normas generales y normas singulares del Estado (relación entre la ley o el reglamento con la sentencia o el acto administrativo). Sin embargo, las normas constitucionales generales que necesitan de concreción para su aplicación no disponen habitualmente un plazo para realizar tal concreción. Se plantea así el problema de cuándo hay que dar cumplimiento al mandato que eventualmente contenga la Constitución.

Los autores y alguna jurisprudencia hablan de un “plazo razonable”. Ahora bien, esto plantea numerosas dificultades.

Por una parte, si el término para dar cumplimiento a un mandato legislativo no está fijado por el poder constituyente ¿es legítimo que un poder constituido lo establezca? Generalmente se incluye un mandato al legislador sin fijar el plazo de cumplimiento del mismo como resultado de un “compromiso apócrifo” que se expresa en una legislación constitucional confusa, ambigua y polisémica. Con ello, a la hora de interpretar y custodiar el cumplimiento de esa voluntad por parte de los Tribunales Constitucionales, “lo que realmente ocurre es que de guardianes del poder constituyente pasan a transformarse en sus sustitutos”³⁸⁵.

Por otra parte, en el difícil supuesto de que se conteste afirmativamente a la primera cuestión, nos asalta una pregunta ulterior: ¿qué poder constituido debiera estar legitimado para juzgar la “razonabilidad” del plazo? o, en otros términos, ¿quien debe defender en este terreno la Constitución? Parece que el parlamento, a quien se le encomienda la tarea de la legislación positiva, que conoce la complejidad del problema y que, por si fuera poco, está directamente elegido por el pueblo debería ser el más indicado para determinar el momento y afirmar si una dilación es o no es razonable. No cabe extender al problema de la inactividad legislativa el tratamiento que se da a la cuestión de la inactividad administrativa o judicial, pues la ley determina con

385 De VEGA GARCÍA: “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, cit., p. 36.

precisión los plazos en los que deben actuar la administración o los jueces. Es más, de acuerdo con la jurisprudencia de órganos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal Constitucional español no siempre la actuación de un juez fuera de los plazos marcados por la ley supone una “dilación indebida”. ¡Los propios Tribunales (Tribunal Constitucional Español, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) actúan fuera de los plazos que les marca la normativa que les es aplicable!

4. LAS APORÍAS ORGÁNICO-PROCEDIMENTALES DEL CONTROL DE LA INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR

Aun habiendo superados todos los problemas (a nuestro juicio, aporías) sustantivos antes mencionados, en el caso de que se admitiera el constructo en un ordenamiento constitucional, cabría plantearse mediante qué técnica orgánico-procedimental se podría concretar este control. La primera cuestión es en qué medida la atribución competencial del constructo a un órgano como el Tribunal Constitucional vulnera el principio de división de poderes. La segunda será hasta qué punto puede salvarse el anterior obstáculo encomendando la tarea a otros órganos.

4.A. Debemos plantearnos cuál es la compatibilidad del constructo con el principio de división de poderes partiendo de la idea generalmente asumida de que la competencia para llevar a cabo este control debe corresponder a los tribunales. Este punto se halla estrechamente relacionado con la cuestión de qué consecuencia jurídica tendría el control de la inactividad del legislador. Todos los escritos acerca del constructo se enfrentan a la dificultad de atribuir una “consecuencia jurídica” a ese supuesto de hecho llamado “inactividad legislativa”. Aquí el panorama del Derecho comparado no ofrece muchos datos para el optimismo.

4.A.a. Si la consecuencia jurídica del incumplimiento es una sentencia meramente declarativa tal y como ocurre, por ejemplo, en Portugal, Alemania o la Unión Europea (en relación con el recurso de carencia, inactividad u omisión, no así respecto al

recurso de incumplimiento), nos encontraríamos con dos problemas. El primero sería plantearnos en qué medida una tal resolución constituye verdaderamente un acto jurisdiccional, esto es, en qué medida ello constituye una “solución a un caso”. La objeción no es sólo de principio, es también práctica, pues la posibilidad de que un tribunal emita fallos que no tiene posibilidad de imponer, en el caso de que los mismos sean efectivamente ignorados conduce a una pérdida de “autoridad” que puede contaminar peligrosamente al resto de sus resoluciones, provocando un efecto letal sobre el prestigio del tribunal. El segundo problema, consistiría en que, admitiendo que esta fórmula pudiera salvar la compatibilidad del constructo con el principio de división de poderes, el coste sería negarle cualquier eficacia práctica, en cuyo caso debemos plantearnos si, efectivamente, merece la pena introducirlo y si tan pobrísimo resultado sirve al objetivo que se marcan los defensores del constructo, a saber que la Constitución, en tanto norma jurídica, sea “cumplida y aplicada”.

4.A.b. En el extremo opuesto se encontrarían los mandamientos emitidos por algunos jueces norteamericanos. Estos mandamientos son de dos tipos: un primer tipo consiste en auténticas órdenes legislativas dictadas por los jueces en los supuestos de inacción legislativa juzgada inconstitucional constatados en algunos casos habidos en los Estados Unidos angloamericanos (por ejemplo, un mandamiento judicial estableciendo un impuesto, a pesar del principio constitucional *no taxation without representation* que exige que los impuestos sean ordenados por el Parlamento); y un segundo tipo de orden que consiste en encarcelar o multar a los legisladores que se nieguen a legislar³⁸⁶.

Ante este tipo de mandamientos judiciales de legislar cabe hacer varias objeciones. En primer lugar, debe recordarse nuevamente que las consecuencias jurídicas no son iguales respecto a todas las normas constitucionales (pueden variar los

386 Robert A. SCHAPIRO: “The legislative injunction: a remedy for unconstitutional legislative inaction”, *The Yale Law Journal* vol. 99 (1989), p. 231 ss. (Hay traducción española de Carlos Ruiz Miguel y Joaquín Brage Camazano, con apéndice del autor a la misma: “El mandamiento judicial de legislar: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 20-21 (1997), p. 73-96 (in toto)

destinatarios o el grado de concreción de la norma). No es igual una resolución que ordena indemnizar a un perjudicado por la inactividad legislativa (lo que exigiría previamente superar el problema de si cabe solicitar tal responsabilidad patrimonial al legislador incluso por su actividad legislativa positiva) que una resolución que ordena legislar bajo pena de cárcel o de multa o que establece ella misma una disposición legislativa. En segundo lugar, la posibilidad de dotar de un mecanismo de sanción judicial a la llamada “inconstitucionalidad por omisión” se halla estrechamente ligada a la cuestión de la naturaleza jurídica de los órganos judiciales. Se tiende a olvidar la sustancial diferencia entre los tribunales del ordenamiento norteamericano y los de tipo continental-europeo. Para los primeros, es posible todo lo que no les prohíba la Constitución, mientras que para los segundos es posible sólo lo que les permita la ley. Así las cosas, el establecimiento de una pena o de una sanción en los sistemas continental-europeos, es inconcebible, de acuerdo con el principio de legalidad penal, si previamente una ley no tipifica como infracción la inactividad legislativa. En tercer lugar, la posibilidad de que el propio tribunal dicte una orden legislativa (como, por ejemplo, el establecimiento de un impuesto para sufragar una prestación) no sólo es algo incompatible con la naturaleza de los tribunales continental-europeos (que, repito, sólo pueden hacer lo que les permita la ley), sino que además constituye una grave violación del principio de separación de poderes en tanto en cuanto el Poder Judicial no sólo asumiría la tarea de legislador negativo, sino también la de legislador positivo llegando a una situación en la que prácticamente todo el poder de un órgano (tanto el poder legislativo negativo como el positivo) sería ejercido por quien posee todo el poder de otro órgano (el poder judicial), lo cual subvertiría los principios fundamentales de una Constitución libre. No puede extrañarnos, por tanto, que se haya podido decir que “las exageraciones en el entendimiento de la interpretación (constitucional) conducen a la impropcedente identificación del proceso de legislación y el proceso de interpretación hasta el punto de que, por terminar cumpliendo los mismos efectos, pueda afirmarse de ellos que son la misma cosa”³⁸⁷.

387 De VEGA GARCÍA: “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, cit., p. 40.

4.B. Para intentar salvar las anteriores objeciones podría pensarse en configurar el constructo como una institución no “jurisdiccional” y, por lo tanto sin que la consecuencia jurídica fuese una sentencia tan siquiera de tipo “declarativo”. Se podría pensar en atribuir al Tribunal entonces una competencia de tipo “consultivo”, siendo el pronunciamiento en tal caso no una “sentencia”, sino un “dictamen”. Esta pretensión está aquejada de diversos puntos débiles.

En primer lugar, los tribunales, y en especial los constitucionales (incluyendo, naturalmente, a los tribunales norteamericanos) son órganos “jurisdiccionales”, de “*potestas*”, de control y ya en el siglo XVIII en Norteamérica se planteó la cuestión de si una tal naturaleza era compatible con la atribución a los mismos de una competencia de “*auctoritas*” o “consultiva”. Desde aquella temprana fecha quedó zanjada la cuestión: un tribunal sólo puede ocuparse de “*cases and controversies*”, siendo rechazada de plano la posibilidad de que un tribunal emitiese dictámenes consultivos (posibilidad de que un tribunal emitiese dictámenes consultivos³⁸⁸). Y es que, como se vio, admitir esto podría implicar que la ineficacia inherente a las competencias consultivas “contamine” las competencias decisorias, restando fuerza a las mismas sentencias.

En segundo lugar, si desconociendo la experiencia se atribuyese a un tribunal una competencia consultiva no sólo se desnaturalizaría ipso facto al órgano jurisdiccional, sino que, se estaría introduciendo un “virus” consistente en que a largo plazo lo que empieza siendo competencia consultiva acabe siendo competencia jurisdiccional, es decir, de “*potestas*”, que es lo que se pretendería evitar. Debe evocarse a este respecto un fenómeno que no ha dejado de repetirse: quien tiene “*auctoritas*” tiende a tener “*potestas*”. Así, los tribunales de justicia, actualmente dotados de “potestad” jurisdiccional comenzaron siendo órganos consultivos de “*auctoritas*” del órgano que tenía tal potestad, el monarca³⁸⁹. Algo parecido ha ocurrido con el “Consejo de Ministros” que de “consejo” ya no tiene nada. Cuando

388 En especial *Muskrat v. United States* (219 US 346)

389 Carlos RUIZ MIGUEL: “Advisory Function in the Inter-American System of Human Rights. A comparative approach. The Chrysalis of a Supra Constitutional Jurisdiction?”, en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, t. 47 (1999), p. 15 ss. (p. 16-18)

a un órgano se le atribuyen dos competencias tan opuestas, como una “ejecutiva” (o “potestativa”) y otra “consultiva” se produce una tensión interna que en última instancia se resuelve en “ejecutivizar” o “potestatizarlo” todo (con lo cual el Tribunal en cuestión queda convertido en un usurpador del legislativo) o se “consultiviza” todo (con lo que el Tribunal termina por convertirse en un órgano inútil o desprestigiado). En definitiva, la defensa del constructo bajo ese prisma de “*auctoritas*” supone introducir en el edificio constitucional una bomba de relojería, un virus, que a largo plazo acaba por destruirlo.

4.C. Si, atendidas las razones anteriores, declinamos conferir a un Tribunal la tarea de controlar la constitucionalidad de las inactividades legislativas, cabría plantearse en qué medida sería conveniente atribuir tal competencia a otro órgano. Pero entonces, la cuestión es ¿a qué órgano? El procedimiento de selección del mismo debería ser muy distinto al del Tribunal Constitucional, porque la función sería muy distinta. El control de la inactividad del legislador es una tarea muy poco técnica. Por poner un ejemplo: declarar antes de la aprobación de una ley del jurado que el precepto constitucional que establece que “la ley establecerá la institución del jurado” no había sido ejecutado o desarrollado era algo evidente: para eso no hay que ser jurista. Se trataría entonces de un órgano “político” pues aquí no estamos ante cuestiones jurídicas complicadas, y esto nos lleva al inicio del problema en un auténtico círculo vicioso: ¿qué órgano “político” puede tener más legitimidad que el propio Parlamento?

5. SUPUESTOS IMPROPIOS DE LA LLAMADA “INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN”

Los autores que defienden la introducción del constructo llamado “inconstitucionalidad por omisión” suelen incluir en la categoría a supuestos que en realidad no constituyen un auténtico juicio de la inconstitucionalidad de la inactividad del legislador. En estos supuestos que aducen lo que se juzga no es la inconstitucionalidad de la inactividad del legislador, sino en realidad la inconstitucionalidad de la actividad de otro

órgano del Estado, sea la administración o sean los jueces. La jurisprudencia constitucional española muestra varios casos en los que se pone de manifiesto este fenómeno, todos ellos, en relación con los derechos fundamentales, entendiéndose por tales a los que constituyen verdaderos derechos con eficacia directa vinculante para todos los poderes públicos (y no a supuestos “derechos” que no son tales en tanto en cuanto una ley no los establezca, supuesto previsto en el art. 53.3 de la Constitución Española). En estos casos encontramos dos tipos de situaciones. En primer lugar, aquellas en las que una actividad singular (del Ejecutivo o Judicial) vulnera derechos constitucionales (que tienen eficacia directa), pero en los que existe una inactividad del Legislativo que ha omitido dictar una ley de desarrollo de los mismos. Así ha ocurrido respecto al derecho a la objeción de conciencia³⁹⁰, al derecho a crear medios de comunicación entendido como consecuencia de los derechos a la libertad de información y de expresión³⁹¹. En segundo lugar, nos encontramos situaciones en las que una actividad singular (del Ejecutivo o Judicial) vulnera derechos constitucionales (que tienen eficacia directa), pero en los que existe una inactividad del Legislativo en tanto que ha dictado una ley “incompleta”. Es el supuesto del derecho al secreto de las comunicaciones³⁹².

Es importante deslindar estas situaciones de la llamada “inconstitucionalidad por omisión” ya que no tienen nada que ver. Y esto es así por dos razones. En primer lugar, porque en todos estos casos lo que se juzga es la conformidad con la Constitución de una acción, de una actividad (del poder ejecutivo o del judicial) y no de una omisión o inactividad (del legislativo). Precisamente porque se juzga una actividad y no una “omisión”, es por lo que en estas ocasiones el Tribunal Constitucional anula un acto o sentencia que ha vulnerado el derecho fundamental invocado. En segundo lugar, en estos casos el objeto juzgado es una norma singular, un acto administrativo o una resolución judicial, no una actividad normativa positiva general (como es la ley) o una inactividad normativa general.

390 STC 15/1982, de 13 de abril.

391 STC 31/1994, de 31 de enero; 47/1994, de 16 de febrero; 98/1994, de 11 de abril; 240/1994, de 20 de julio; y 307/1994, de 15 de noviembre.

392 STC 67/1998, de 18 de marzo; STC 184/2003, de 23 de octubre.

6. REFLEXIONES FINALES

6.A. El constructo discutido no se cohonesta bien con el principio democrático. Si seguimos este principio en toda su lógica, no hay discusión alguna acerca del hecho de que el Parlamento tiene mayor legitimidad democrática que el Tribunal Constitucional. Por su parte, el principio de división de poderes tiene como objetivo evitar una de las posibles consecuencias del principio democrático: la tiranía de la mayoría. Esto significa que si anulamos el principio de división de poderes nos veríamos abocados a una de estas dos consecuencias: bien la afirmación del principio democrático radical (que implicaría la supresión del Tribunal Constitucional, pues bastaría con el Parlamento), bien la afirmación del principio aristocrático³⁹³ radical (que implicaría la supresión del Parlamento, pues bastaría con el Tribunal Constitucional). El principio de división de poderes es la más alta construcción del Derecho Público de los últimos siglos y constructos como el impugnado debieran ponderar más las consecuencias que producen sobre la misma. La pretensión de controlar la inactividad del legislador pone en peligro el principio de división de poderes y lo hace siempre en un sentido aristocrático y antidemocrático.

6.B. El constructo impugnado, aunque nace del deseo de llevar a las últimas consecuencias el principio de supremacía de la Constitución, puede producir un resultado contrario a ese deseo. Aquí late el problema de la interpretación de la Constitución. Porque esta es la cuestión, en qué medida bajo la invocación retórica de la “supremacía de la Constitución”, en la práctica no se produce una subrepticia consagración de la “supremacía del Tribunal Constitucional”, convertido en la práctica en el titular del poder constituyente. Lo paradójico es que se defienda esto en una época en la que los adelantos tecnológicos y de comunicación hacen más fácil que nunca la “*provocatio ad populum*”, el recurso al propio pueblo, a la reforma constitucional para solucionar esas cuestiones. ¿Por qué no se hace así? Se podría parafrasear a Fromm hablando de “miedo a la democracia”.

393 Lucio PEGORARO: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Turín, 1998, p. 130.

6.C. Una de las notas que caracteriza un ordenamiento jurídico es la pretensión de coherencia. A todos nos preocupa que haya provisiones constitucionales que puedan incumplirse, como a todos nos preocupa que haya provisiones legales o actos administrativos o sentencias judiciales que también puedan incumplirse (que también las hay). Ambos supuestos implican una quiebra en la coherencia del ordenamiento. Pero también es cierto que no hay ningún ordenamiento absolutamente coherente. Al evaluar la coherencia de un ordenamiento podemos adoptar dos perspectivas: realista o utópica. Para mí, no hay duda de la elegible. Mientras una perspectiva utópica resulta, en su pureza conceptual, ineficaz para comprender la realidad; una perspectiva realista, resulta científicamente más provechosa. Partiendo del hecho (universalmente constatado) de que es imposible conseguir el ordenamiento jurídico de perfecto (esto es, sin ningún incumplimiento o con sanción de todos los incumplimientos); cabe plantearse, la siguiente pregunta: en caso de que el ordenamiento sufriera incumplimientos, ¿cuáles de ellos serían más tolerables o menos dañinos para el sistema democrático? O dicho en otros términos: ¿en qué condiciones la voluntad popular aparece menos despreciada? En esta materia, para mí, siempre y en todo caso, me parece preferible que la voluntad decisiva sea la del parlamento en lugar de la del Tribunal Constitucional, pues el primero tiene más legitimidad democrática directa y se somete a una responsabilidad política, a diferencia del segundo que carece de la primera y no se somete a la segunda.

6.D. La pretensión de buscar la coherencia del ordenamiento mediante la introducción del constructo controlador de la inactividad del legislador resulta incoherente con sus propios puntos de partida. La admisión del constructo se argumenta apelando al principio democrático, pretendiendo dar cumplimiento a la “voluntad del constituyente”, para lo cual defiende un desapoderamiento del Parlamento en beneficio de un órgano técnico-jurídico como el Tribunal Constitucional. Sin embargo, ¿a quien beneficia este desapoderamiento en favor de una élite de “juristas”? No al pueblo ciertamente, sino a ciertos grupos entre los que se mueve esa élite. El constructo discutido corre el riesgo así de convertirse en la vía para establecer

un nuevo despotismo ilustrado o para sustituir un Derecho democrático por un “Derecho de juristas”. Nadie duda de que la ideología del *“juristen Recht”* pueda ser defendida, pero resulta un sarcasmo que esto se haga apelando al principio democrático.

6.E. Por todas las razones que se han expuesto aquí se sostiene que estamos ante un artefacto cuya encaje en el edificio constitucional trabajosamente construido durante dos siglos es sumamente discutible. Resulta imposible no evocar aquellas consideraciones de Octavio Paz sobre “El ogro filantrópico”. El constructo que hemos impugnado, en manos del TC convierte a éste precisamente en eso, en el “ogro constitucional filantrópico”.

VIII. LA DESVIACIÓN CULTURAL: EL MULTICULTURALISMO

1. Cambios demográficos globales y Constitucionalismo. 2. Cultura y Multiculturalismo. 3. Cultura y Derecho. 4. Cultura y Constitución: 4.A. La cultura constitucional; 4.B. El constitucionalismo cultural. 5. Multiculturalismo y Constitución: 5.A. ¿Multicultura constitucional?; 5.B. ¿Constitucionalismo multicultural? 5.C. Multiculturalismo, Constitución y Religión. 6. Conclusión.

1. CAMBIOS DEMOGRÁFICOS GLOBALES Y CONSTITUCIONALISMO

El mundo occidental está asistiendo a una transformación social extraordinaria. Esta transformación tiene su causa última en razones demográficas y económicas. El estancamiento, cuando no disminución del número de pobladores de Europa y del espacio occidental conocido como “primer mundo” en general ha contrastado con el espectacular crecimiento de individuos en las áreas geográficas menos occidentalizadas distintas de ese “primer mundo”. Este desequilibrio demográfico se halla en una relación inversamente proporcional al aumento del “bienestar”

en el Occidente o “primer mundo” y en el mundo no occidental o “tercer mundo”. El resultado ha sido una emigración desde los espacios del tercer mundo hacia el primero. El hecho de las emigraciones de un determinado espacio geo-cultural hacia otro no es nuevo. Sin embargo, sí creemos que es nuevo el hecho de que esta emigración se produzca en un volumen tan alto y en tan corto período de tiempo. El elevado volumen de los nuevos pobladores y la rapidez con la que llegan ha producido un impacto en el “primer mundo” de amplias consecuencias sociales, económicas, políticas y culturales. El Derecho en general y la Constitución en particular se encuentran ante un reto inesperado e imprevisto. Instituciones del llamado “Derecho privado” de las áreas de la familia o las sucesiones e instituciones de Derecho público como los propios derechos fundamentales tal y como han cristalizado en el Estado moderno occidental se han visto así cuestionados.

El propósito de este estudio es ofrecer una respuesta a la cuestión angustiosa de si la emergente ideología “multiculturalista” es compatible con la idea de Constitución. Para ello, en primer lugar, se expondrá en primer lugar qué se entiende aquí por Cultura y Multiculturalismo. A continuación, en segundo lugar, examinaremos las relaciones que guarda la Cultura con el Derecho. En tercer lugar reflexionaremos sobre la relación entre Cultura y Constitución. En este punto analizaremos, por un lado, cómo determinadas culturas han exigido o posibilitado la idea de Constitución y, por otro lado, como la Constitución ha promovido o salvaguardado una cultura. En cuarto lugar, intentaremos averiguar si la existencia de “multiculturas” puede exigir o posibilitar la idea de Constitución y si la Constitución puede promover o salvaguardar cualesquiera culturas. Finalmente, se intentará argumentar que la idea de Constitución, quizá podrá sobrevivir desprendida de esa determinada idea de Cultura que se halla en su origen, pero lo que no podrá es coexistir con la ideología del multiculturalismo o con alguna otra cultura esencialmente incompatible con la idea constitucional.

2. CULTURA Y MULTICULTURALISMO

2.A. No hay un acuerdo acerca de qué deba entenderse por *cultura*. Se han contabilizado cientos de definiciones³⁹⁴ que se han intentado agrupar en torno a cuatro grupos de ideas: la de educación clásica griega; las combinación de resultados conjuntos de esfuerzos del espíritu; el ideal o finalidad espiritual; la solución que ofrecen los comportamientos de los hombres o grupos humanos en la vida, la naturaleza o la sociedad³⁹⁵. Sin embargo, estas definiciones, como veremos, admiten solapamientos que las hacen poco prácticas a estos efectos: piénsese, por ejemplo, en e caso de un individuo que fortalezca su cultura (en el primer sentido) valiéndose de una serie de ideales o finalidades espirituales (tercer sentido). Por ello, aquí nos decantaremos por una noción de cultura distinta y que resulte debidamente operativa.

Esa idea de cultura que vamos a utilizar es la expuesta por el gran Hermann Heller. Para este autor la cultura aparece como “la inserción de fines humanos en la naturaleza”³⁹⁶. Este autor habla de la cultura en dos sentidos: como “cultura subjetiva” y como “cultura objetiva”. La “cultura subjetiva” es “aquella porción del mundo físico que cabe concebir como formación humana encaminada a un fin”. El hombre al labrar la tierra, construir casas, crear obras de arte o formarse a sí mismo o a los demás de modo consciente o inconsciente, es portador de cultura, posee y crea cultura. La “cultura objetiva”, por su parte, es aquella en la que aparecen reunidas, como patrimonio cultural o como espíritu objetivo, todas las formaciones del hombre emanadas de la conexión de sus vivencias, siendo indiferente que se hayan proyectado fuera de la psique, insertándose en la naturaleza o no. Ahora bien, como afirma Heller, en última instancia, sólo existe “cultura subjetiva” pues todos los bienes culturales (“cultura objetiva”) sólo son una “posibilidad” de cultura. Así, por ejemplo, las objetivaciones técnicas de los griegos o de los romanos no constituyeron para los bárbaros un bien de cultura. De ahí que

394 Jesús PRIETO DE PEDRO: *Cultura, culturas y Constitución*, CEC, Madrid, 1983, p. 25; Javier TAJADURA TEJADA: “La Constitución cultural”, *Revista de Derecho Político* n 43 (1997), p. 97 ss. (p. 107 ss.).

395 George USCATESCU: *Breve teoría e historia de la cultura*, Reus, Madrid, 1973, P. 30-31.

396 Hermann HELLER: *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, FCE, México, 1942 (1 ed. alemana, 1934), p. 50.

se pueda decir que “la cultura está en el hombre y sólo en él” y que “el espíritu objetivo sólo cobra realidad como espíritu subjetivo y carece, en absoluto, de existencia si no es vivido y comprendido, con realidad psíquica, por los hombres”³⁹⁷.

2.B. Parece haber algo más de acuerdo en la noción de “*multiculturalismo*”. Siguiendo a Sartori, podemos entenderlo de dos maneras: por un lado, como un *hecho*, una expresión que registra la existencia de una multiplicidad de culturas; y por otro lado, como un *valor*, que implica una “política de reconocimiento” de las diversas culturas. Este “reconocimiento” exige que todas las culturas no sólo merezcan “respeto” (como en el pluralismo), sino un “mismo respeto”, por la sencilla razón de que para el multiculturalismo todas las culturas tienen “igual valor”³⁹⁸. Este postulado ha sido duramente criticado por Sartori con razonamientos difícilmente rebatibles, a saber, que atribuir a todas las culturas “igual valor” equivale a adoptar un relativismo absoluto que destruye la noción misma de valor pues “si todo vale, nada vale: el valor pierde todo valor”³⁹⁹.

3. CULTURA Y DERECHO

Unavez puestos los conceptos de “cultura” y “multiculturalismo”, el siguiente paso es el de aclarar la relación que tiene la “Cultura” con el “Derecho”. Y para ello, lo primero que debe hacerse es aclarar qué entendemos aquí por Derecho. A partir de la idea de un destacado fenomenólogo de la política según la cual el Derecho es una “dialéctica de la Política y la Ética”⁴⁰⁰, hemos dado un paso más proponiendo definir el Derecho como una decisión política con pretensiones éticas articulada en forma normativa⁴⁰¹. El Derecho, por tanto no es “cualquier” dialéctica entre Política y Ética, sino sólo la formulada de modo normativo. Pues bien, si el elemento formal del Derecho (la articulación del mismo normativamente) puede ser considerado como “neutro”

397 HELLER, *Teoría...*, cit., p. 54.

398 Giovanni SARTORI: *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, trad. Miguel Ángel Ruiz de Azúa, Taurus, Madrid, 2001, p. 61 y 79.

399 SARTORI, *La sociedad multiétnica...*, cit., p. 79-80.

400 Julien FREUND: *L'essence du politique*, Sirey, París, 1965, p. 5.

401 Carlos RUIZ MIGUEL: “La transformación del Derecho Constitucional Europeo”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* nº 14 (2002), p. 85 ss.

culturalmente, no ocurre lo mismo con los otros dos elementos sustanciales del mismo: el político y el ético. Para comprobar la conexión que tiene la Cultura con el Derecho intentaremos mostrar la conexión de la Cultura con dos de los elementos de lo jurídico cual son lo político y lo ético.

3.A. El antes citado Freund ha advertido, recogiendo la tradición hobbesiana que uno de los presupuestos de la política es la relación entre el mandato y la obediencia⁴⁰². El mandato sólo es estable si establece profundas raíces en la sociedad a la que se dirige. Así pues, el mandato, si bien es cierto que con sus decisiones, leyes y demás instituciones modela el orden social, no lo es menos que la manera en que se hace obedecer y la forma del orden resultante pueden ora vivificar, ora deteriorar, su autoridad. De esta suerte, el mandato necesita, por una parte, el consentimiento tácito de la sociedad y, por otra, el apoyo directo o la participación más o menos activa de ciertas capas sociales convencidas de la justicia de su causa y de la orientación de su política. Al asiento social del mandato, en tanto que se apoya en una o varias clases sociales, se le llama “poder”. En la fenomenología política se encuentra la figura del “partidario” o “partisano” que es quien reivindica (justificadamente o no) la dominación privilegiada de tal o cual clase o capa social. El poder se encuentra en todos los lugares en los que existe una dominación del hombre por el hombre: no sólo a través de la coacción física, sino también mediante la dominación ideológica o espiritual de los medios de información o de cultura⁴⁰³.

A tenor de lo dicho hasta ahora va perfilándose la relación entre política y cultura. Así, por un lado, sabemos que la “cultura subjetiva” es “aquella porción del mundo físico que cabe concebir como formación humana encaminada a un fin”; por otro lado, se ha dicho que la “política” tiene como uno de sus presupuestos la relación entre el mandato y la obediencia, que dicho mandato sólo adquiere una eficacia duradera cuando se apoya en unas capas sociales convencidas de la justicia de su causa, y que la dominación resultante no sólo se consigue por la coacción física sino también por la dominación cultural. La conclusión es que alguno de los

402 FREUND, *L'essence...*, cit., p. 101 ss.

403 FREUND, *L'essence...*, cit., p. 246, 247, 249.

finas a los que se encamina cierta acción humana sobre el mundo físico pueden coincidir con los fines de dominación establecidos en un mandato que reclama obediencia. Como afirma Heller, “un poder político es tanto más firme cuanto más consiga hacer que sea reconocida la pretensión de obligatoriedad para sus propias ideas y ordenaciones normativas y para las reglas de la costumbre, moral y derecho por él aceptadas y que son, al mismo tiempo, su fundamento”. En efecto, “su prestigio político crece si se logra que el tipo de cultura representado políticamente por él sea adoptado como modelo para la formación de la vida” y así, “las mismas formas del lenguaje, la literatura, la música y las artes plásticas pueden, en determinadas circunstancias, obrar eficazmente en provecho del poder político. La conclusión que deriva Heller entonces es que “ningún Estado puede renunciar a la utilización de los poderes espirituales para sus fines”⁴⁰⁴. Así pues, la política no es lo mismo que la cultura, pero una política duradera pretende siempre asentarse en una cultura.

3.B. El dato fundamental del que parte la Ética no es otro que la libertad, como se ha puesto de manifiesto por Savater en una obra ya clásica. Lo que vaya a ser nuestra vida es, al menos *en parte*, resultado de lo que quiera cada cual. Y, en efecto, si nuestra vida fuera algo completamente determinado y fatal, irremediable, todas las disquisiciones éticas carecerían del más mínimo sentido. No hay animales *malos* ni *buenos* en la naturaleza⁴⁰⁵. El ser humano, ciertamente, no puede hacer cualquier cosa que quiera, pero no es menos cierto que no está obligado a querer hacer una sola cosa. Savater precisa aún más el alcance de la libertad en dos sentidos. En primer lugar, si bien no somos libres de elegir lo que nos pasa, sí que lo somos para responder a lo que nos pasa de tal o cual modo. En segundo lugar, el ser libres para intentar algo no tiene nada que ver con lograrlo indefectiblemente, pues no es lo mismo la libertad que la omnipotencia: “hay cosas que dependen de mi voluntad (y eso es ser libre), pero no todo depende de mi voluntad (entonces sería omnipotente)”. Debe reconocerse que existen muchas fuerzas que limitan nuestra libertad, pero también nuestra libertad es una fuerza en el mundo, nuestra fuerza⁴⁰⁶.

404 HELLER, *Teoría...*, cit., p. 225.

405 Fernando SAVATER: *Ética para Amador*, Ariel, Barcelona, 2000 (36ª ed.), p. 23

406 SAVATER, *Ética...*, p. 28-29.

Si el dato fundamental de la Ética es la libertad, el “fin” de la misma es la felicidad. Ya en la obra clásica de Aristóteles se considera que cualquier arte, doctrina, acción o elección se endereza a algún bien, definiéndose éste como aquello a lo que todas las cosas se enderezan⁴⁰⁷. Para el Estagirita, el último y sumo bien de todos nuestros hechos es la “felicidad”, el “vivir bien y el obrar bien”⁴⁰⁸. La felicidad es algo que “por su propio respecto la escogemos, y por respecto de otra cosa nunca”, la felicidad es usar del alma conforme a razón, es un “ejercicio del alma conforme a perfecta virtud”⁴⁰⁹. La virtud en materia de costumbres, no es algo que esté naturalmente en nosotros, pues para Aristóteles lo que somos es naturalmente aptos para recibirlos; recibimos “potencias”, pero las mismas tenemos que desarrollarlas en “actos”. Así, obrando cosas justas nos hacemos justos, ya que los hábitos salen conformes a los actos⁴¹⁰

La cultura, tal y como se entiende en el sentido que le da Heller y que nosotros utilizamos, no se puede confundir con la Ética. Recordemos que para este autor la “cultura subjetiva” es “aquella porción del mundo físico que cabe concebir como formación humana encaminada a un fin”. Pero si bien es cierto que la cultura no es equiparable a la ética, no por ello es ajena a la misma. En efecto, los “fines” a los que puede encaminar el ser humano ciertas porciones del mundo físico pueden ser fines éticos. La cultura puede ser creada, en consecuencia, para perseguir ese fin ético por excelencia que es la felicidad.

4. CULTURA Y CONSTITUCIÓN

Se han formulado múltiples conceptos de Constitución⁴¹¹ pero en nuestros días y en nuestra civilización ya nadie discute que la Constitución es una norma jurídica, la norma jurídica *suprema* en las relaciones políticas. Como hemos dicho, a nuestro entender, el Derecho es una dialéctica entre la Política,

407 ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, trad. de Pedro Simón Abril, Orbis, Barcelona, 1984, vol I, p. 47 (nº 1094a).

408 ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, vol I, p. 50 (nº 1095a)

409 ARISTÓTELES, *Ética...*, p. 57 (1097b), 58 (1098a), 68 (1102a)

410 ARISTÓTELES, *Ética...*, p.75-76 (1103a-1103b).

411 Carl SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 1982 (1 ed. alemana, 1928), p. 29 ss.

la Ética y la Lógica: es una decisión política de contenido intencionalmente ético formulada normativamente. En cuanto que “político”, todo Derecho tiene siempre presente a la cultura para intentar consolidar su presencia. En cuanto que “ético”, el Derecho puede perseguir fines que son los mismos a los que se encamina la creación de cultura. La Constitución, precisamente por ser Derecho es Cultura ya que “la cultura de hoy es una cultura jurídica” y consecuentemente “es la propia cultura la que, como cultura jurídica, devuelve, si preciso fuera, juridicidad a la Constitución”⁴¹².

Se ha dicho también que la Constitución no es una norma jurídica “ordinaria”, sino “peculiar”. Esa “peculiaridad” de la norma jurídica constitucional radica justamente en que es la norma más “política” y más “ética” del ordenamiento y, por eso mismo, también la más “cultural”. Estas ideas, no coinciden, pero se aproximan a las formuladas por Häberle, según el cual, la Constitución no es sólo un texto jurídico o un conjunto de reglas normativas, sino que también es expresión de un determinado nivel de desarrollo cultural, es expresión de la autorrepresentación cultural de un pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas⁴¹³. En este sentido, toda Constitución es Cultura. Esto nos conduce a una paradoja.

Por un lado, una Constitución es un objeto o creación de una determinada Cultura y puede decirse, justamente, que la “idea de Constitución” es una creación de la cultura occidental o que una determinada Constitución (por ejemplo la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica) es la expresión de una determinada cultura (en el caso antecitado, de la cultura anglosajona). La expresión “Cultura constitucional” o “constitucionalista” nos aproxima a este entendimiento de la relación entre ambos.

Ahora bien, por otro lado, la Cultura es objeto o creación de una determinada Constitución y no es aventurado afirmar que

412 Pedro CRUZ VILLALÓN, “Constitución y cultura constitucional”, *Revista de Occidente* nº 211 (1998), p. 11 ss., p. 21.

413 Peter HÄBERLE: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker und Humblot, Berlín, 1982, p. 19.

el respeto por ciertos bienes culturales (en sentido amplio, por ejemplo, del patrimonio arqueológico) pueda ser creación de una determinada Constitución o que una Constitución cree en un país una “cultura” (cultura democrática, cultura participativa, etc.) que antes bien pudiera no existir. En este último sentido se puede hablar de “Constitución cultural”.

En el presente trabajo vamos a utilizar ambos conceptos, el de “Cultura constitucional” y el de “Constitución cultural” y en este sentido, intentaremos mostrar las interrelaciones que existen entre ambos y que explican el diverso modo en que se han producido las relaciones entre Cultura y Constitución en los dos últimos siglos.

4.A. La Cultura Constitucional

4.A.a. El presupuesto ético-religioso de la cultura constitucional

Si, como hemos visto, la idea de Constitución es la de una ley (esto es, una decisión política de inspiración ética formulada lógico-normativamente) con carácter supremo, la misma sólo será posible en una cultura que admita, precisamente, que una ley civil pueda tener carácter supremo, cuando menos, en los asuntos políticos. El hecho es que la cultura europea reunía las condiciones para que se pudiera desarrollar esa idea de Constitución por tres razones. En primer lugar, en el ámbito europeo existía desde la antigüedad griega una tradición política de “gobierno limitado” y de intento de sustituir el “gobierno de los hombres” por el “gobierno de las leyes” que, al menos teóricamente, se mantuvo hasta el surgimiento del constitucionalismo. Esta tradición ciertamente hizo mucho más aceptable la idea de Constitución entendida como un nuevo intento de garantizar ese “gobierno de las leyes” que permite evitar la arbitrariedad de los hombres. En segundo lugar, en Europa existió una tradición ética, también desde los griegos, que era plural, pues variadas fueron las propuestas acerca del mejor modo de alcanzar la felicidad. Esta pluralidad ética dio al Derecho y, como consecuencia a la idea de Constitución suficiente flexibilidad para desarrollarse. Finalmente, en tercer

lugar, en Europa, desde la aceptación del Cristianismo, se dio la premisa para que una religión tan unánimemente compartida no bloqueara el pensamiento político. Esa premisa, fundamental, fue la separación entre la esfera de la religión y la de la política. Esta premisa se halla sentada en dos importantes textos neotestamentarios⁴¹⁴ y se desarrolla en toda la Edad Media.

4.A.b. La Cultura constitucional liberal

El Constitucionalismo, esto es, la idea conforme a la cual las relaciones políticas de una sociedad deben estar regidas por una Constitución, nace a finales del siglo XVIII y es la cristalización en el ámbito de lo político de una serie de ideas dominantes en la Cultura de la época, ideas que conformarán un ámbito específico de la misma que puede llamarse la “Cultura constitucional”.

4.A.b.I. La primera idea que preside esta fase es la de racionalidad. El paradigma filosófico de la Modernidad se fundamenta en un postulado básico: la separación de la *res cogitans* y la *res extensa* por obra de Descartes⁴¹⁵. Dicha separación e independización de la *res cogitans* es un corolario del principio teológico del libre examen. La escisión se radicalizará hasta considerar a la *res extensa* como algo absolutamente subordinado a la *res cogitans*. Desde esta perspectiva, surgirá el constructivismo racionalista que considerará a la *res extensa* como algo inerte y *moldeable ilimitadamente* por la *res cogitans*, esto es, por la Razón. Este esquema de pensamiento dominará la Modernidad y se manifestará de múltiples formas según cómo se llene de contenido a los conceptos de *res cogitans* y *res extensa*. Además de la escisión cartesiana, otros postulados caracterizarán a la Modernidad, combinándose con aquel: el optimismo antropológico y su corolario, la idea del progreso, el mecanicismo, la técnica, etc., también configurarán este paradigma.

Por lo que respecta al Estado, es en Hobbes donde por primera

414 “Dad a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César” (Mt. 22, 21; Mc. 12, 17; Lc. 20, 25). “Todos deben someterse a las autoridades, pues no hay autoridad que no venga de Dios y las magistraturas existen por voluntad de Dios” (Rom. 13, 1).

415 Renato DESCARTES: *Discurso del método. Reglas para la dirección de la mente*, trad. de Antonio Rodríguez Huéscar, Orbis, Barcelona, 1983 [1ª edición en francés del “Discurso del método” en 1637], p. 72.

vez ese enfoque cartesiano se proyecta sobre la teoría política⁴¹⁶. La consideración del legislador o gobernante como instrumento racionalizador (*res cogitans*) de la sociedad (*res extensa*), aparte de ser causa de la aparición de las ideologías y de las utopías, determinará, jurídicamente hablando, una determinada forma de entender el Derecho que otorga al Estado autonomía para la conformación activa, desde arriba, de la realidad social⁴¹⁷. La Constitución será considerada como un “código escrito -racional, ordenado y sistemático-, que regula orgánica y funcionalmente el estatuto de los poderes del Estado, que emana del poder constituyente, que sólo puede modificarse expresamente a través de un procedimiento de reforma previsto en el propio texto constitucional” y que contiene los “principios políticos fundamentales de una comunidad”⁴¹⁸. Por tanto, la Constitución es, fundamentalmente, un intento “racional” de ordenar la comunidad política⁴¹⁹, lo cuál no es sino la aplicación en el terreno político de una idea (el Racionalismo) previamente formulada en el ámbito filosófico y que va a definir una nueva etapa de la Historia de la Cultura a la que se le suele atribuir el nombre de “Modernidad”.

4.A.b.II. La segunda idea que preside la Cultura de este momento histórico es la de la homogeneidad. La sociedad en la que se produce esta cultura, la sociedad europea, puede considerarse como “homogénea” en este momento histórico. Esta homogeneidad es, principalmente espiritual, pero también, de algún modo, socioeconómica. Si bien, el inicio del Constitucionalismo significa una mutación en la sustancia de esa homogeneidad.

La “homogeneidad” espiritual estriba en una común aceptación de la idea de “orden”. Así, por más que unos tomen como unidad de referencia de la Cultura a la “humanidad” y otros a un determinado “pueblo”⁴²⁰, no cabe ninguna duda de que existe una aceptación voluntaria y espontánea de unos *principios* que son aceptados de

416 Julien FREUND: *L'aventure du politique*, Criterion, París, 1990, p. 17-18.

417 Antonio J. PORRAS NADALES: “El Derecho intervencionista del Estado”, *Revista de Estudios Políticos* n 63 (1989), p. 65 ss., p. 70.

418 Roberto L. BLANCO VALDÉS: “El estado social y el Derecho político de los norteamericanos”, *Fundamentos* n 2 (2000), p. 97 ss., p. 106.

419 BLANCO VALDÉS, “El estado social...”, cit., p. 98 y 104.

420 TAJADURA TEJADA, “La Constitución cultural”, cit. p. 107 ss.

forma general en la unidad de referencia considerada: hay *una* Cultura humana, o *una* Cultura española o *una* Cultura alemana. La proclamación y el ejercicio de la *libertad* de pensamiento no constituye un óbice a la existencia de esta homogeneidad⁴²¹ pues tal homogeneidad constituye precisamente el *humus*, el marco previo en el que se desarrolla esa libertad. Y, en efecto, las proclamaciones de libertad de pensamiento van a ser consecuencias de una previa proclamación de libertad religiosa que, sin embargo, se produce como resultado de una diversidad de interpretaciones de la única religión generalmente aceptada en Europa, el Cristianismo. La libertad religiosa se proclama sobre un *pluralismo limitado* de religiones. En este pluralismo religioso también se encuentran *algunas* otras religiones: por un lado, el judaísmo cuya presencia en el solar europeo es incluso anterior al nacimiento del cristianismo con el que tiene vínculos de parentesco; por otro, el deísmo (en sus diversas manifestaciones). Pero el pluralismo no existe para todas las religiones. Cuando se proclama la libertad religiosa en Europa o en América no se hace pensando en el hinduismo o en el islam (pues precisamente en el mismo momento en que este derecho se proclama se está combatiendo contra esta religión que pretendía conquistar militarmente el viejo continente). Esto se pone de manifiesto claramente en el proceso de elaboración de la Constitución norteamericana. Así, Jay puede decir que la América independiente es un país unido por la existencia de los “mismos ancestros”, la “misma lengua”, la “*misma religión*” y los “mismos principios de gobierno”⁴²². Se podría argüir que Madison habla de la pluralidad de “opiniones religiosas” o “sectas” religiosas⁴²³; sin embargo, una interpretación conjunta de las opiniones de Jay y de Madison nos revela que esa “pluralidad” de sectas o de opiniones religiosas comparten “algo en común” y no se hallan radicalmente opuestas.

Existe, en consecuencia, el reconocimiento de un orden divino como previo que constituyó el marco común, el elemento de

421 Pablo LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho Político*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, p. 356; TAJADURA, “La Constitución cultural”, cit., p. 130-131 y 133; parece que en contra, Agustín RUIZ ROBLEDO: “La Constitución cultural Española”, *La Ley* (1999), p. 1691 ss., p. 1694.

422 Alexander HAMILTON, John MADISON & John JAY, *The Federalist Papers*, Penguin, Nueva York, 1961 (1ª ed. Inglesa, 1787), nº 2 (p. 38). Hay traducción española de Gustavo R. Velasco, FCE, México, 1994.

423 HAMILTON, MADISON & JAY, *The Federalist Papers*, cit., nº 10 (p. 79), 51 (p. 324).

homogeneidad, sobre el que se construyó la Cultura europea de este momento histórico. Ahora bien, no es menos cierto que con el inicio del Constitucionalismo ese orden va a ser interpretado de modos bien distintos por el Cristianismo, por un lado y por el Deísmo, por otro. Esa creencia fundamental en un orden divino es la base sobre la que se sustentan, desde las Constituciones democráticas liberales de esa época (ej. la de los Estados Unidos de Norteamericana, hecha “el 17 de septiembre del año de Nuestro Señor de 1787” o la Española de 1812 realizada “en el nombre de Dios Todopoderoso”) hasta los postulados antidemocráticos tradicionalistas.

Junto a esta homogeneidad espiritual básica, va a existir una ficción de homogeneidad socioeconómica. En efecto, aunque tanto en el Antiguo Régimen como en el Nuevo Régimen que afloraba existía una diversidad de status sociales y de situaciones económicas, la misma quedaba oculta por el hecho de que sólo las clases socioeconómicas dirigentes (en el Antiguo Régimen, la nobleza y el clero; en el Nuevo, la burguesía sumada a las anteriores) determinaban lo que debía entenderse por cultura de una sociedad. Las aportaciones de las clases socioeconómicamente dominadas eran marginadas y, por tanto, carecían de visibilidad, de repercusión y de relevancia, con lo cual la imagen ofrecida era de notoria homogeneidad, aunque la misma sólo fuera una ficción. Ahora bien, ya sabemos que las ficciones también son operativas sobre la realidad.

4.A.c. La Cultura Constitucional socialista

Tras los momentos fundacionales del Estado constitucional nos vamos a encontrar que, durante el segundo tercio del siglo XIX, se irán produciendo cambios en los elementos fundamentales de la Cultura constitucional del momento fundacional liberal: menos radicales en el elemento de la racionalidad, pero más en el de la homogeneidad.

4.A.c.I. La teoría marxista que se elevará contra las ideas liberales, sigue manteniendo la idea de racionalidad, pero mezclada con elementos que irán deteriorando la misma. El elemento de continuidad está expresado en la undécima de

las *Tesis sobre Feuerbach* (1845) de Marx, según la cual hasta entonces los filósofos se habían limitado a *interpretar* el mundo de modos diversos, pero había llegado el momento de *transformarlo*⁴²⁴. Esta tesis no es, en el fondo, más que una lógica derivación de la idea del racionalismo cartesiano: si el mundo tiene una lógica, el conocimiento de la misma puede ser utilizado para operar sobre el mundo. En este sentido, el marxismo no constituye propiamente hablando un momento de ruptura con la Cultura que alumbró al Constitucionalismo. Esta pretensión “transformadora” tendrá su acogida en la Constitución con la inclusión en la misma de las llamadas “normas de fines del Estado” o “normas programáticas”. Estamos así ante lo que Gomes Canotilho llamó la “Constitución dirigente”⁴²⁵.

Ahora bien, el marxismo introducirá varias ideas que minarán la visión clásica de la idea racionalista. Así, en primer lugar, y contra la tradición anterior, la teoría del conocimiento de Marx (expresada en *La ideología alemana*) defenderá que no existe el razonamiento “puro” y que todo juicio racional, todo conocimiento, está “contaminado”, deliberada o inconscientemente, por la presencia y el servicio de unos intereses determinados: es el paso de la “racionalidad” a la “ideología”. En segundo lugar, y relacionada con la anterior, está la idea expresada en la *Crítica de la Economía política* (1859) de Marx de que la cultura, las ideas, no constituyen sino una “superestructura” que está determinada en todo momento por las condiciones económicas del momento, por la “infraestructura”⁴²⁶. El determinismo económico y gnoseológico de estas proposiciones conduce a un grave cuestionamiento de la racionalidad como principio vertebrador de la cultura. Sin embargo, y aquí está el elemento que todavía vincula a Marx aún con la tradición, esas ideas contra la posición de la racionalidad en el mundo, están expuestas “racionalmente”.

4.A.c.II. El cambio sustancial en este momento se va a producir en relación con la idea de homogeneidad. Se va a poner en tela de

424 Karl MARX & Friedrich ENGELS: *Ausgewählte Schriften*, Dietz Verlag, Berlín, 1985, t. II, p. 372

425 José Joaquim GOMES CANOTILHO: *A Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, 1982.

426 MARX & ENGELS, *Ausgewählte Schriften*, cit., t. I, p. 335-336

juicio que la sociedad europea sea homogénea tanto espiritual como socioeconómicamente.

El cuestionamiento de la homogeneidad espiritual de la nueva sociedad vendrá dado por dos vías. Por un lado, los defensores del pensamiento tradicional y del mundo pre-constitucional estimarán que el Constitucionalismo constituye un movimiento incompatible con los principios tradicionales. Esta lucha se percibe en múltiples modalidades y lugares, pero valga como botón de muestra la pugna de la que es testigo la tierra española entre los tradicionalistas (carlistas) y los liberales y que condujo a sangrientas guerras. Por otro lado, los defensores de las nuevas ideas socialistas, como Engels, van a considerar que el Estado (que es tanto como decir el Constitucionalismo) es una creación no del pensamiento “humano” (desde una perspectiva universal), ni siquiera del pensamiento “nacional” de un determinado país, sino pura y sencillamente del pensamiento de la clase social dominante, la “burguesía”, contra los intereses de las demás clases sociales⁴²⁷.

El cuestionamiento de la homogeneidad socioeconómica, vendrá dado por la importancia que el socialismo dará a la existencia de diversas clases sociales y, más en concreto, tal y como quedó expresado en *El manifiesto comunista* (1848), a la importancia que la “lucha de clases”, la contraposición entre ambas, tiene para la marcha de la historia⁴²⁸. Desde esta perspectiva, la Constitución será entendida, como hizo Lassalle, como la expresión de la relación de las fuerzas de poder⁴²⁹. En consecuencia, este cuestionamiento de la homogeneidad en el fondo se hace sobre la afirmación del mismo principio anterior, a saber, la posibilidad de definir *un* orden socio-político, nuevo, distinto, pero *uno*.

4.A.d. La cultura constitucional nihilista

4.A.d.I. El comienzo del siglo XX ha visto cómo en todos los órdenes de la cultura, en sentido amplio, se ha ido quebrando

427 MARX & ENGELS, *Ausgewählte Schriften*, cit., t. I, p. 570-572.

428 MARX & ENGELS, *Ausgewählte Schriften*, cit., t. I, p. 26.

429 Ferdinand LASSALLE: *¿Qué es una Constitución?*, trad. de Wenceslao Roces, Ariel, Barcelona, 1989 (1ª ed. Alemana, 1862), p. 92.

la idea de racionalismo y de orden. De esta suerte, el proceso iniciado en la fase del Estado social se acentúa. Aunque el desarrollo económica de los pueblos occidentales (el llamado “Primer Mundo”) mitigue las fracturas socioeconómicas, la quiebra en la homogeneidad espiritual se va acentuar, quedando magnificados los efectos por la pérdida de la centralidad del elemento de la racionalidad. En efecto, las creaciones culturales que se van alumbrando en el siglo XX parecen conspirar para romper con las ideas vertebradoras del paradigma cultural anterior.

La idea de racionalidad va a verse atacada desde diversos frentes. Por un lado, por la teoría del psicoanálisis de Freud va a poner de manifiesto la importancia del subconsciente; por otro lado, por el desarrollo de nuevos medios de comunicación audiovisuales con una enorme capacidad para estructurar directamente el psiquismo del sujeto receptor de la imagen por la facilidad que tiene ésta para alcanzar la sensibilidad neurovegetativa anulando los filtros de lo racional⁴³⁰.

Por su parte, las ideas de “principio” y de “orden” quedarán seriamente dañadas por los ataques recibidos desde diversos ángulos. En primer lugar desde la Filosofía del conocimiento, donde las aportaciones convergentes de Nietzsche y del pragmatismo tendrán efectos devastadores sobre la idea de “principio”. En el sistema del autor alemán, los puntos de vista o perspectivas humanas sobre la realidad son, de modo irreductible tantos como individuos la contemplan o como situaciones desde las cuales se hace la contemplación⁴³¹. Por su parte, el pragmatismo considera al hombre no como un ser racional o sujeto cognoscente, sino como un ser volitivo y activo cuyo cometido fundamental consiste en la acción⁴³². En segundo lugar, desde el Arte, tanto el cubismo en la pintura (Picasso), como el dodecafonismo atonal en la música (Schönberg) prescinden completamente de la idea de un “principio” vertebrador de un “orden”.

430 Ignacio GÓMEZ DE LIAÑO: *La mentira social. Imágenes, mitos y conducta*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 193-195.

431 Eustaquio GALÁN Y GUTIÉRREZ: *Introducción al estudio de la Filosofía jurídica*, Gráficas González, Madrid, 1947, p. 345.

432 GALÁN, *Introducción...*, cit., p. 183.

La sustitución de la idea de “principio” por la de “relación” y la de “orden” por la de “caos”, en definitiva, la expansión del nihilismo, conduce a una pérdida de referentes. Este fenómeno será mucho más acentuado en Europa que en los Estados Unidos. Desde el punto de vista de la libertad religiosa esto va a suponer una inusitada expansión ilimitada. Dado que no se acepta la existencia de una homogeneidad espiritual (ni positiva –afirmación del cristianismo como base-, ni negativa –afirmación del ateísmo-) el resultado será una postura que oscilará entre el “indiferentismo” religioso y la “cooperación” con las religiones, bien entendido que en ambos casos no se hacen distinciones “sustantivas” entre religiones sea cual sea su contenido. Se podría decir que desde esta perspectiva “todas las religiones son iguales” para el Estado, ya sea para ignorarlas ya sea para regularlas, con independencia de sus contenidos.

4.A.d.II. El desarrollo de la Cultura europea, en este contexto, conduce a una desintegración interna de las sociedades, faltas de un elemento de cohesión espiritual. En una situación así la Constitución es entendida de dos modos.

En primer lugar, como una simple regla de juego: concepto “procedimental” de Constitución; en segundo lugar, como la fuente de valores (y no ya el producto de una idea ético-religiosa): concepto “sustantivo” de Constitución. Ambas ideas de Constitución fueron en su momento severamente criticados por Schmitt. En el primer sentido, la Constitución “procedimental” configura unas reglas de juego en las que el premio del ganador es la conquista del Estado. Un planteamiento de estas características supone un serio riesgo para la estabilidad del Estado y la propia pervivencia de la Constitución⁴³³. Un autor como Sartori, afirma que, ciertamente, “el consenso más importante de todos es el consenso acerca de las reglas de resolución de los conflictos”, pero él mismo advierte que el “pluralismo” liberal-constitucional exige algo más, un consenso “en el terreno de los *fundamentals*, de los principios fundamentales”⁴³⁴.

433 Para una crítica del concepto “procedimental” de Constitución es inexcusable Carl SCHMITT: *Legalidad y Legitimidad*, trad. de José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971 (1ª ed. Alemana, 1932), p. 22, 36, 62-63, 71-72, 80-81. Esta obra se ha publicado también en la compilación de trabajos efectuada por Héctor Orestes Aguilar, *Carl Schmitt, teólogo de la Política*, FCE, México, 2001.

434 SARTORI, *La sociedad multiétnica...*, cit., p. 36.

En el segundo sentido, el recurso a los valores se plantea como una salida frente al legalismo positivista formalista o al normativismo puro. Ahora bien, la Constitución “sustantiva” de valores plantea el problema de qué valores se establecen y quien los interpreta o incluso eventualmente los crea. En este terreno se presentan gravísimos problemas en torno al papel de los tribunales en la medida en la que al “normativizar” constitucionalmente unos determinados valores, los jueces pretenden erigirse en “autoridades éticas” al interpretar cláusulas valorativas imponiendo ciertas interpretaciones sobre otras que quizás son apoyadas por la mayoría del pueblo⁴³⁵. Por estas razones, el método “valorativo” de la interpretación constitucional ha producido grandes resistencias en atención a la seguridad jurídica, principalmente. Forsthoff, se ha enfrentado al método por él denominado “científico-espiritual” (que mana en última instancia de Smend) por considerar que reconduce el orden jurídico a un orden de valores, carente de contornos agudos, que está detrás de él y que, en su opinión, no permite una determinación suficientemente clara, por lo que no es adecuado para la interpretación de las normas jurídicas⁴³⁶. A su juicio, al pasar a una interpretación dirigida a contenidos materiales, el Derecho Constitucional ha perdido racionalidad y evidencia⁴³⁷ lo que le lleva a una situación de disolución parcial⁴³⁸.

4.B. El Constitucionalismo cultural

4.B.a. El Constitucionalismo cultural liberal

Hemos analizado cuál es la “Cultura constitucional” de este momento histórico, pero ¿cuál es su “Constitución cultural”? Un análisis superficial podría llevarnos a una conclusión sorprendente, esto es, que no hay ninguna “Constitución cultural” por la sencilla razón de que la “Cultura” está completamente

435 Parece que el primer crítico de los valores en la Constitución fue también Schmitt que aplicó al Derecho la crítica que Heidegger hizo a los valores en el plano filosófico. Cfr. Carl SCHMITT: “La tiranía de los valores”, *Revista de Estudios Políticos* nº 115 (1961), p. 65 ss.

436 Ernst FORSTHOFF: “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, en VV.AA., *Festschrift für Carl Schmitt*, Duncker und Humblot, Berlín, 1959, p. 35 ss., p. 40. No es casual que Forsthoff sea un discípulo de Schmitt.

437 FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 51 y 60.

438 FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 59.

ausente de las Constituciones de la época liberal⁴³⁹. Podría incluso decirse que este momento existe un “Estado de cultura” entendido como de libertad estatal para la cultura⁴⁴⁰. Partiendo de que una Constitución es un “código escrito -racional, ordenado y sistemático-” que contiene los “principios políticos fundamentales de una comunidad”, el hecho de que en el mismo no se recojan *expresamente* menciones a la Cultura (cuya conexión con lo político ya se ha puesto de relieve) puede dar lugar a dos interpretaciones opuestas.

En primer lugar, que precisamente el carácter espiritualmente “homogéneo” de las sociedades que se dan esas Constituciones y el consiguiente carácter indiscutido de los principios que vertebran su cultura, hace innecesario proclamar con la solemnidad y garantías propias de una Constitución lo que es comúnmente estimado como obvio. De esta suerte, la ausencia expresa en la Constitución de la Cultura, en realidad traduce una presencia presupuesta e indiscutida de esa misma Cultura.

Pero, en segundo lugar, cabría entender que, precisamente porque la homogeneidad de la sociedad que se dota de Constitución es sólo ficticia, las Constituciones sí que positivizan una determinada Cultura, pero lo hacen implícitamente. De esta forma, sería precisamente en el conjunto del diseño político del Estado dónde se encontraría plasmada una determinada Cultura, con exclusión precisamente de otras y sería esta la causa del por qué combatirían tan radicalmente la Constitución primero las posturas más tradicionalistas y luego las más socialistas.

Tanto una como otra interpretación permitirían explicar por qué la ausencia “constitucional” de la Cultura no es ausencia “legal”, como se comprueba en el hecho de que en el ámbito menos “político” de la legalidad ordinaria, sí que se encuentran diversas normas relacionadas con el ámbito de la cultura⁴⁴¹.

439 Jesús PRIETO DE PEDRO, *Cultura, culturas y Constitución*, cit., p. 16 y 21.

440 Ernst Rudolf HUBER: “Zur Problematik des Kulturstaats” (1958), en Peter Häberle (comp.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1982, p. 122 ss., p. 126.

441 PRIETO DE PEDRO, *Cultura, culturas y Constitución*, cit., p. 17-18; Juan Manuel ALEGRE ÁVILA: *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994, t. I, p. 41 ss.

4.B.b. El Constitucionalismo cultural socialista

La nueva realidad cultural producida por la formulación del socialismo no podrá dejar de tener en su momento un reflejo en la Constitución y en la ley. No deja de ser significativo que las primeras menciones *expressis verbis* a la Cultura en los textos constitucionales se produzcan en los textos que se conviene en considerar como esenciales para la conformación del “Estado social”: la Constitución mexicana de Querétaro de 1917, la Constitución alemana de Weimar de 1919 y la Constitución española de 1931 (a las que cabría añadir la Constitución peruana de 1920 y la polaca de 1921). El art. 3 de la Constitución mexicana de 1917 alude a la cultura en un contexto importante: el de la educación. De acuerdo con este precepto, la educación será “democrática” y “nacional”. Tanto lo democrático como lo nacional quedan definidos no sólo por referencia a lo político, sino también a lo económico, social y cultural. La educación y la cultura se convierten así en un fin del Estado, que busca de esta forma producir un consenso que ha quedado en peligro de desaparición por el deterioro de la homogeneidad interna. El art. 18 de la Constitución alemana de 1919, por su parte, también alude al factor cultural como criterio para determinar las unidades políticas de la Federación alemana. La Constitución española de 1931, finalmente, dará una amplia acogida al fenómeno cultural sintetizando y profundizando las dos aportaciones anteriores: por un lado, considera que la cultura es un fin del Estado, que será prestado a través de un sistema educativo unificado, lo cual permite reconstruir la homogeneidad socio-cultural que se hallaba en crisis (art. 48); por otro lado, considera a la cultura como un elemento importante para definir la estructura territorial del Estado (art. 11). Pero además de lo anterior, la cultura se convierte en un elemento de integración territorial interior e identificación respecto al exterior (art. 50).

El Estado liberal, amenazado en sus fundamentos por las nuevas ideas del socialismo y por importantes fracturas sociales intentará integrar en su seno a los sectores que se van alejando progresivamente de él. Ahí radica el “telos” del Estado social. La integración se efectuará, fundamentalmente a través del “servicio

del Estado a la cultura”⁴⁴². El presupuesto de esta construcción es que existe una cultura, autónoma respecto al Estado, no creada por él, pero a la que se considera con virtualidad suficiente para dotar de homogeneidad social al mismo.

4.B.c. El Constitucionalismo cultural nihilista

Las consecuencias de la transformación de la Cultura europea por obra del nihilismo se hicieron notar después sobre el Estado y la Constitución, al fin y al cabo, una parte de la realidad cultural. La irrupción de lo subconsciente en un terreno hasta entonces dominado por la idea de racionalidad tendrá su primer impacto en el art. 118 de la Constitución alemana de Weimar que excluye del régimen general de la libertad de expresión al cinematógrafo. Esta exclusión no es casual ya que “el problema político del influjo de masas por el cinematógrafo es tan significativo que ningún Estado puede dejar sin control este poderoso instrumento psicotécnico; tiene que sustraerlo a la política, neutralizarlo, lo que en realidad significa -puesto que la política es inevitable- ponerlo al servicio del orden existente, aun cuando no tenga el ánimo de utilizarlo abiertamente como medio para la integración de una homogeneidad psicológico-social”⁴⁴³.

El segundo y más brutal impacto (dejando al margen el caso de la Rusia soviética, no completamente subsumible en categorías europeas) de esta desintegración de las ideas clásicas se producirá con el advenimiento del Estado totalitario nacionalsocialista. Este Estado, que tuvo a gala ser un modelo del anticonstitucionalismo, se basó en el desprecio de la racionalidad (a diferencia de la Rusia soviética que cayó en el extremo opuesto) y “el triunfo de la voluntad” (por utilizar el título de la famosa película de Leni Riefenstahl). En este cometido tuvo un papel importantísimo la utilización de la propaganda audiovisual.

Tras la derrota del nazismo el Estado europeo quiso volver al Constitucionalismo, pero la Cultura había cambiado

⁴⁴² HUBER, “Zur Problematik des Kulturstaats”, cit., p. 129

⁴⁴³ Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 173.

sustancialmente y ello tuvo que traducirse en un nuevo modo de entender la Constitución. Así, en primer lugar, se mantiene la idea de racionalidad, pero ya no se ignora la importancia que tiene el subconsciente y uno de los nuevos “temas” de la Constitución va a ser el relativo al régimen de los medios de comunicación (en especial, audiovisuales), que serán uno de los vehículos fundamentales de creación, transmisión y recepción de la Cultura susceptibles de llegar al subconsciente sin pasar por el filtro de lo racional. La Constitución va a conferir al Estado poderes para controlar la cinematografía y, sobre todo, la televisión. Ya en un texto “cuasiconstitucional” como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, a la par que se reconoce el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de opinión y a la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, se establece que ello “no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa” (art. 10.1). Disposiciones similares o próximas se encontrarán en la Constitución irlandesa de 1937 (art. 40.6.1 .i), la Ley Fundamental de Bonn alemana de 1949 (arts. 5 y 18), la griega de 1975 (art. 15), la portuguesa de 1976 (art. 38), la española de 1978 (art. 20.3) la holandesa de 1983 (art. 7).

La sustitución de la idea de “principio” por la de “relación” y a la de “orden” por la de “caos”, en definitiva, la expansión del nihilismo, conduce a una pérdida de referentes. El desarrollo de la Cultura europea, en este contexto, conduce a una desintegración interna de las sociedades, faltas de un elemento de cohesión espiritual. En una situación así la Constitución es entendida como una simple regla de juego en el que el premio del ganador es la conquista del Estado, que no sería otra cosa que un aparato represivo y recaudador. Un planteamiento de estas características supone un serio riesgo para la estabilidad del Estado y la propia pervivencia de la Constitución. Triste ejemplo de ello lo constituye el destino sufrido por la Alemania de Weimar.

De ahí que, ante una situación como esta el Estado trate de suplir el déficit de homogeneidad producido por la cultura nihilista: a falta de una cultura autónoma y *previa* a la Constitución que constituya el sustrato de la homogeneidad al Estado, será

necesaria una cultura creada *a posteriori* por la Constitución con el fin de conseguir la necesaria homogeneidad. Nos encontramos ante el Estado de cultura entendido como el Estado que lleva a cabo una “activa configuración de la Cultura”⁴⁴⁴. Esta activa configuración se llevará a cabo, fundamentalmente, en el ámbito de la educación. Así, nos encontramos con textos que confieren al Estado la competencia de llevar a cabo una determinada educación o al menos de garantizar que en la misma existan ciertos “principios” o ideas de inexcusable respeto: Constitución finlandesa de 1919 (art. 80), Constitución irlandesa de 1937 (art. 42.3.2), Constitución francesa de 1946 (Preámbulo), Constitución italiana de 1947 (art. 33), Ley Fundamental de Bonn de 1949 (art. 5.3), Constitución griega de 1975 (art. 16.1 y 2), Constitución portuguesa de 1976 (art. 23.2), Constitución española de 1978 (art. 27.2), Constitución holandesa de 1983 (art. 23.2), Constitución belga de 1994 (art. 24.3). De lo anterior se desprende que en la base del Estado democrático moderno, del actual Estado de cultura, no está solo el aparato coactivo, sino también el persuasivo. Así ha podido decirse que “la cultura ha dejado de ser el mero adorno, confirmación y legitimación de un orden social que también sostenían procedimientos más violentos y coactivos; actualmente es el medio común necesario, el fluido vital, (...), la atmósfera común mínima y única en que los miembros de la sociedad pueden respirar, sobrevivir y producir. Tratándose de una sociedad determinada, debe ser una atmósfera en que puedan hacerlo *todos*, de modo que debe ser una *misma* cultura”⁴⁴⁵.

5. MULTICULTURALISMO Y CONSTITUCIÓN

5.A. ¿Multicultura constitucional?

La aceptación del multiculturalismo implica la posibilidad de valorar igualmente todas las culturas. El problema es que, pese a la retórica y ya manida acusación de “etnocentrismo”, la libertad política y la idea constitucional nacieron en el contexto de una

444 HUBER, “Zur Problematik des Kulturstaats”, cit., p. 130.

445 Ernst GELLNER: *Naciones y nacionalismo*, trad. de Javier Setó, Alianza, Madrid, 1988 (1ª ed. inglesa, 1983), p. 56

cultura (la cultura europea, occidental o cristiana) y sólo han sido asumidas por algunas culturas (la japonesa, por ejemplo), pero no por todas. No es ningún secreto que la cultura más resistente a las ideas de libertad política y Constitución sea la islámica. Y se plantea la cuestión. El valorar *igualmente* la cultura europea y la cultura islámica, ¿constituye o puede constituir un presupuesto para crear una “cultura constitucional”? O, por decirlo en otros términos, ¿puede ser valorada la cultura islámica como “constitucionalmente adecuada”?

Sartori se ha pronunciado en contra de esta posibilidad. En la cultura islámica, “incluso cuando no hay fanatismo sigue siendo verdad que *la visión del mundo islámica es teocrática* (cursivas de Sartori) y que no acepta la separación entre Iglesia y Estado, entre política y religión”. Sin embargo, prosigue este autor, “esta separación es sobre la que se basa hoy –de manera verdaderamente constituyente- la ciudad occidental”. Del mismo modo, añade, “la ley coránica no reconoce los derechos del hombre (de la persona) como derechos individuales universales e inviolables” otro fundamento, añade Sartori “de la civilización liberal”. Como colofón, añade el italiano, “el occidental no ve al islámico como un ‘infidel’, pero para el islámico el occidental sí lo es”⁴⁴⁶. El hecho cierto, innegable, es que la cultura islámica tal y como se ha configurado hasta hoy reconoce como ley suprema en *todos* los ámbitos de la vida la *sharia* (la “ley islámica” compuesta por el texto del Corán y *también* por los dichos y hechos de Mahoma)⁴⁴⁷ y no admite que ninguna ley pueda ser superior a la misma. Y este hecho cierto, innegable, plantea la cuestión de si una cultura que no admite ninguna ley superior a la *sharia* en ningún ámbito de la vida puede admitir que la Constitución sea ley suprema y, por tanto, ley superior a la *sharia*, aunque sólo lo fuera en *algunos* aspectos de la vida. Porque aquí radica, precisamente la cuestión: mientras el cristianismo y otras religiones admiten que en algunos asuntos, como en la política, la ley civil, la

446 SARTORI, *La sociedad multiétnica...*, cit., p. 53.

447 Aquí está la raíz de algunas prácticas musulmanas contrarias a los derechos humanos. En ocasiones se argumenta, con razón, que no están “en el Corán”, pero basta que las mismas hayan sido dichas o hechas por Mahoma para que tengan el mismo valor legal que si constaran en el Corán y por eso, precisamente, forman parte de la *sharia*. Sólo por ignorancia de verdades tan elementales sobre la religión musulmana o por mala fe se explica que algunos insistan en defender la compatibilidad de la religión islámica tal y como la conocemos hoy con los derechos constitucionales.

Constitución pueda ser suprema; el islam no admite que ninguna ley civil pueda ser superior a la ley islámica en ningún asunto.

Que en el futuro esto vaya a seguir siendo así no se puede afirmar con seguridad. Siempre es posible (aunque, en este momento es altamente improbable) que se produzca una nueva lectura de la religión islámica que rompa con lo que han sido estos catorce siglos. Por lo demás, alguno podría aducir el ejemplo de Turquía, pero creo que quizá el ejemplo sea poco afortunado. No es en absoluto casual que Turquía, el único país que, sin lograrlo hasta ahora, se ha acercado a las mismas lo ha hecho al precio de reprimir duramente las manifestaciones públicas de la cultura islámica (prohibición del velo en todos los centros públicos, prohibición de barbas en funcionarios, autorización de la venta de alcohol, etc.). Y todo ello sin olvidar que, con carácter previo a esa “laicización” hay dos significativos hechos: el primer genocidio del siglo XX (el llevado a cabo contra los armenios, cristianos por cierto) y la masiva expulsión de la población griega (cristiana, casualmente también). Es decir, la “laicización” se opera tras una auténtica limpieza étnica de la población no musulmana del país.

5.B. ¿Constitucionalismo multicultural?

Como hemos tenido ocasión de ver, la Constitución ha sido hasta ahora la salvaguarda jurídica de una cultura bien previamente existente, bien creada a su servicio por la propia Constitución. En ambos supuestos, las disposiciones constitucionales protectoras de la cultura no han hecho sino reforzar los presupuestos culturales sin los cuales no existiría la propia idea de Constitución. Sin embargo, el Multiculturalismo critica tres principios básicos del Constitucionalismo: la neutralidad del Estado, la separación del “cargo” de la “persona” que lo ocupa y la generalidad (omniinclusividad) de la ley⁴⁴⁸. Este último es quizá el rasgo fundamental. La “política del reconocimiento” de las culturas que exige el multiculturalismo implica leyes “sectoriales”, y, por tanto, desiguales. Así, en nombre del “multiculturalismo” se puede impedir que en las escuelas públicas todas las alumnas

⁴⁴⁸ SARTORI, *La sociedad multiétnica...*, cit., p. 92 ss.

vistan igual, que en los comedores públicos (escolares, militares) se pueda impedir que todos los comensales coman el mismo menú o que las leyes sanitarias sobre sacrificios de animales no sean iguales para todos. El “respeto” a esas culturas se alega para introducir diferencias, pero lo cierto es que así se está quebrando el presupuesto de la propia idea de Constitución, la igualdad jurídica de los ciudadanos. Y la cuestión ahora es, ¿puede la Constitución proteger culturas que no sólo refuerzan la idea de Constitución sino que la anulan? Por poner un caso extremo. Imaginemos que el Estado firma un convenio con una determinada religión para que, en centros públicos y con cargo a fondos públicos, se adoctrine a los alumnos en la misma. ¿Qué ocurre cuando esos profesores difunden en escuelas públicas y con fondos públicos una cultura que niega que la Constitución pueda ser la norma suprema?

5.C. Multiculturalismo, Constitución y religión

A la vista de lo anterior cabe preguntarse qué perspectivas tiene el tipo actual de Estado constitucional en el nuevo contexto de un multiculturalismo determinado por el factor religioso.

La creación de una Cultura y de un orden de valores por el Estado, por la Constitución, constituye, sin duda, un mecanismo lógico a la vista de la situación espiritual de la Europa del siglo XX y de comienzos del XXI. Sin embargo, en la medida en que dicha Cultura y el mencionado orden de valores no se generan en la propia Sociedad queda abierta la posibilidad de que se desarrollen en el seno de esta última Culturas u órdenes espirituales que pueden llegar a preconizar ideas contrarias a las postuladas por la Cultura o el orden de valores promovidos desde la Constitución. Los ejemplos de ellos se empiezan a ver, cada vez más, en nuestros días. ¿Qué ocurre, por ejemplo, cuando la consideración de la mujer establecida en la Constitución no coincide con la que defiende una determinada religión profesada por un número importante de habitantes del país?

Ante este tipo de conflictos caben varias respuestas. La primera sería la “*multiculturalista*”, reconocer que esta pluralidad de concepciones en estas cuestiones es valiosa: podríamos

hablar de un irenismo que pretende rehuir el conflicto. La segunda sería la que Sartori llama “pluralista”, que intentaría combatir estas contradicciones oponiendo a una “religión” una determinada “ética constitucional”. La tercera, pensable teóricamente aunque sin defensores en la práctica, sería la “religiosa”, que procuraría resolver esta contradicción en el lenguaje que le es propio, que es de las religiones, de suerte que a las pretensiones de una “religión” en un Estado se opondrían las pretensiones de otra “religión” que alegaría como título el haber aportado los principios que han dado lugar a ese Estado, en cuanto Estado (empezando por la separación entre el poder político y la autoridad religiosa). Parece probable que el Estado constitucional adopte la segunda respuesta (la “pluralista”). Sin embargo, queda la duda, que sólo el tiempo resolverá de si es posible la argumentación en lenguajes tan distintos entre sí.

6. CONCLUSIÓN

La idea de Constitución no ha surgido sobre la Nada. Es una idea que ha sido posible en una determinada cultura. Y es una idea que se ha podido adaptar a alguna determinada cultura distinta de la que la gestó. Incluso, desaparecida aquella cultura que fue la “condición de posibilidad” de la idea de Constitución, ésta ha podido pervivir creando su propia cultura. Lo que resulta mucho más discutible es que la idea de Constitución pueda pervivir admitiendo, cobijando y protegiendo culturas que no admiten ni hasta ahora han demostrado que puedan admitir la idea de Constitución. Si en el futuro lo podrán hacer es cosa que no sabemos. Lo que sí sabemos es que en las actuales configuraciones (por distintas que sean) de estas culturas la idea de Constitución *no puede existir*. Las consecuencias que se pueden derivar de estas ideas son múltiples. No es el momento de desarrollarlas aquí. Baste apuntar aquí que, si las conclusiones anteriores son ciertas, es urgentemente necesario revisar conceptos fundamentales de nuestro Derecho Constitucional (como el derecho fundamental a la libertad religiosa, el derecho de la nacionalidad) que, pensados en un contexto *anterior* al multiculturalismo, pueden ser letales en la nueva situación post-multiculturalista. Letales para la idea de Constitución, pero también letales para nosotros.

IX. LA DESVIACIÓN POLÍTICA: LA INDEFENSIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE

1. Premisas y propósito de este análisis. 2. La defensa de los poderes constituidos del Estado. 3. La defensa del poder constituyente: la especial vía jurisdiccional del art. 161.2 CE. 4. Ataques sin respuesta: las proclamaciones regionales del “derecho de autodeterminación” (1989-1998). 5. El llamado “plan Ibarreche” (2003) y sus consecuencias: 5.A. La naturaleza constituyente del llamado “plan Ibarreche”; 5.B. Crítica del auto del Tribunal Constitucional de inadmisión de la impugnación contra el “plan Ibarreche”. 6. El Estatuto catalán de 2006, la neutralización del ataque al poder constituyente y las resoluciones concomitantes: 6.A. La admisión a trámite del “plan Ibarreche” como precedente para el nuevo Estatuto catalán de 2006; 6.B. La STC 31/2010; 6.C. Las resoluciones anteriores y posteriores a la sentencia. 7. Las declaraciones municipales y parlamentaria catalanas de “soberanía”. 8. Conclusión.

1. PREMISAS Y PROPÓSITO DE ESTE ANÁLISIS

1.A. Aquí se pretende suscitar una reflexión en el sentido de que una adecuada interpretación de la Constitución exige la admisión de todas las posibilidades que conduzcan a su preservación frente a los intentos de aniquilación de la misma. La Constitución establece así mecanismos para la defensa de sus principios (entre ellos, en España, el del Estado autonómico). En estas líneas se argumentará que la Constitución contiene diversos medios para su defensa, variados según el tipo de ataque se produzca: bien sea contra el poder constituyente o bien contra un poder constituido. A tenor de lo argumentado se quiere formular la tesis de que el art. 161.2 CE lejos de ser un enunciado “aparentemente vacío” constituye una pieza esencial para la defensa del poder constituyente que dio lugar a la Constitución y, por ende, del Estado autonómico en ella establecido. Es una defensa que opera, por tanto, frente a ataques “pacíficos” que no se operen contra un poder constituido (sea por vía de una “ley” o de un “acto administrativo”). Como trataremos de argumentar, el art. 161.2 es una *cláusula de cierre jurisdiccional de defensa de la Constitución frente a eventuales ataques al poder constituyente* (extraordinarios y, por tanto, no previstos) por alguno de los componentes del Estado, justamente, por aquellos que niegan la existencia de un poder constituyente unitario. La desactivación de este art. 161.2 deja indefensa a la Constitución ante los intentos premeditados de su destrucción “legal”.

El artículo 161.2 no es el único medio para proteger el poder constituyente. Existen otros procedimientos extraordinarios de carácter político para la defensa de la Constitución, a saber, los previstos en los arts. 116.3 y 4 y 155 CE). Sin embargo, aquí no nos detendremos en ellos.

El Estado Autonómico ha sido objeto de cuatro oleadas de ataques a lo largo de su historia: la primera de tipo violento y las otras de tipo parlamentario. En un principio existía el peligro de golpe de Estado que tuvo su realización más dramática el 23 de febrero de 1981, el Estado Autonómico fue atacado en cuanto “autonómico”, siendo la abolición o, cuanto menos, la modificación del principio de autonomía uno de los objetivos

del fracasado golpe de Estado producido en tal fecha. Un decenio después (1989-1990), se aprobaron por los parlamentos vasco y catalán sendas “proposiciones no de ley” afirmando el “derecho de autodeterminación” de esas regiones. Otro decenio más tarde (2003-2006), los ataques se combinaron con unas supuestas “reformas” estatutarias. Y en el siguiente decenio (2010-2103) aparece por primera vez una declaración expresa de proclamación de la “soberanía” de un parlamento regional.

Todos esos ataques se han sucedido, unas veces con menos estruendo y otras con más, unas veces de forma directa con declaraciones de “soberanía” o de “autodeterminación y otras de forma más sutil mediante la técnica de las “reformas” de los Estatutos de autonomía (que escondían una demolición de la Constitución donde el Estado autonómico, sin embargo, ha sido atacado en cuanto “Estado”). La reacción del Estado a estos ataques sólo se inició después de que en el mes de octubre de 2003, siendo la abolición del principio de unidad el objetivo del llamado “plan Ibarreche” (oficialmente llamado “Propuesta de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi”) y del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña.

1.B. Este trabajo se sostiene sobre varias premisas fundamentales: 1) la distinción entre “poder constituyente” y “poder constituido”; 2) la consideración de que la “reforma constitucional” es un instituto distinto del “poder constituyente”; 3) la idea de que la “reforma constitucional” tiene límites, y no sólo formales, sino también materiales; y 4) la Constitución, como el resto del Derecho es producto de una mayoría que se impone a una minoría y no el fruto de la unanimidad.

1) La distinción entre “poder constituyente” y “poder constituido” es la condición de existencia del propio Derecho Constitucional. Sin esa distinción todo legislador ordinario es también constituyente y, por lo mismo, no ha lugar al estudio de un Derecho “Constitucional” separado del “Parlamentario” o del “legal”. La destrucción de esa distinción constituye, por tanto, la destrucción del Derecho Constitucional y de su producto: el Estado constitucional. Ahora bien, la distinción entre “poder constituyente” y

- “poder constituido” no es una cesura absoluta. Existen dos instituciones que enlazan ambos: el “control de la constitucionalidad” y la “reforma constitucional” lo que nos lleva a la siguiente premisa.
- 2) En segundo lugar, la consideración de que la “reforma constitucional” es un instituto distinto del “poder constituyente”. Esta tesis presupone la existencia de límites a la reforma constitucional pues en otro caso, sin ese límite no habría ninguna diferencia entre “reforma constitucional” y “poder constituyente”.
 - 3) En tercer lugar, la idea de que la “reforma constitucional” tiene límites, y no sólo formales, sino también materiales. Se sigue, por tanto la tesis sostenida en su día por Carl Schmitt distinguiendo las nociones de “reforma” y de “destrucción” de la Constitución⁴⁴⁹.
 - 4) En cuarto lugar, la Constitución, como el resto del Derecho es producto de una mayoría que se impone a una minoría y no el fruto de la unanimidad⁴⁵⁰. Lo más deseable es que cualquier norma jurídica se apruebe y se aplique con el unánime apoyo de sus destinatarios. Si ello fuera así, el establecimiento de un mecanismo de sanciones carecería de importancia. A falta de lo anterior, sería al menos deseable que la norma primaria fuera adoptada por unanimidad, aunque sólo fuera para establecer “unánimemente” la regla de la mayoría. Pero el hecho cierto es que esa unanimidad, teóricamente posible, puede decirse que prácticamente nunca ha existido. Esto significa que lo habitual es que una mayoría imponga una norma a una minoría. En algunos casos

449 Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 1982 (1ª ed. Alemana, 1928), p. 114. Esta tesis es compartida en España por Pedro DE VEGA (*La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 235-236) y Javier RUIPÉREZ (*Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, Biblioteca Nueva, Madrid, p. 81).

450 Sieyes sostiene, en un trabajo inédito de 1794, que si hay un acto que exige la unanimidad ese es el acto de asociación, aunque sea para decidir que, una vez creada la asociación todo se decidirá por mayoría (“un acte qui exige l’unanimité, c’est l’acte d’association. Puisque chaque individu y reste, il y reste librement, c’est sa volonté (...). L’acte d’association est donc une convention tacite ou formelle de reconnaître pour loi la volonté de la majorité des associés”). Cfr. Emmanuel Joseph SIEYÈS, “Límites de la souveraineté” (¿1794)?, en Pasquale Pasquino, *Sieyès et l’invention de la Constitution en France*, Odile Jacob, Paris, 1998, p. 177 ss.

esa mayoría es más numerosa que en otras, pero lo cierto es que existe una minoría que se opone a la aprobación o aplicación de una norma. Esa minoría o parte de la misma puede “resignarse” en su derrota y aceptar la aprobación o aplicación de la norma que no apoyó. Pero puede ocurrir que, lejos de resignarse se resista a la norma. Esto último se ha demostrado como muy frecuente en la experiencia histórica. De ahí que el Derecho establezca mecanismos de defensa de la aplicación de la norma aprobada para vencer los intentos de quienes se oponen a la misma. Los mecanismos de defensa serán distintos según que el ataque de la minoría se dirija contra una norma de un poder constituido o contra la norma del poder constituyente.

1.C. La Constitución Española de 1978 es una ilustración de lo que se ha dicho:

- 1) Es fruto de la distinción entre “poder constituyente” y “poder constituido”. Con independencia de las dudas existentes acerca del carácter constituyente de las Cortes elegidas en 1977⁴⁵¹, no cabe duda de que el referéndum de 6 de enero de 1978 sí tuvo una inequívoca significación constituyente.
- 2) considera que la “reforma constitucional” es un instituto distinto del “poder constituyente”. No otra cosa puede significar el que la reforma constitucional esté sometida a un procedimiento específico, algo que lo distingue del poder constituyente que actúa *legibus solutus*.
- 3) establece límites, no sólo formales, sino también materiales a la “reforma constitucional”. Por esta misma razón, compartimos la opinión que considera gravemente equivocada la doctrina establecida, muy irreflexivamente, por el Tribunal Constitucional⁴⁵² que se hace eco de una opinión doctrinal que, amparándose en una interpretación literal del artículo 168 de la Constitución, y con independencia de que el resultado expuesto pueda resultar absurdo, niega

451 Cfr. Eustaquio GALÁN Y GUTIÉRREZ, *Estudio crítico del Anteproyecto de Constitución y otras lecciones de Filosofía del Estado*, Madrid, 1978.

452 STC 48/2003, de 12 de marzo (FJ 7º).

la existencia de límites materiales implícitos al poder de reforma bien directamente⁴⁵³ o bien indirectamente⁴⁵⁴. Esta opinión, además, ignora completamente un límite expreso a cualquier reforma fijado por la propia Constitución en sus artículos 10.1 (que habla de los derechos “inviolables”) y 2 (que establece la “indisoluble” unidad de la Nación española que es la patria “indivisible” de “todos” los españoles). Se ha podido argumentar así que tanto el art. 10.1 como el 2 CE son claros límites expresos frente a una hipotética reforma constitucional⁴⁵⁵.

- 4) la Constitución, como el resto del Derecho es producto de una mayoría que se impone a una minoría y no el fruto de la unanimidad. Ciertamente fue aprobada por un amplio *consenso*, pero ese consenso nunca ha sido sinónimo de *unanimidad*. De ahí que, con buen criterio, contemplara mecanismos de defensa frente a los eventuales ataques lanzados por quienes no aceptan su aplicación.

2. LA DEFENSA DE LOS PODERES CONSTITUIDOS

La Constitución establece unos principios fundamentales (unidad, autonomía, solidaridad y cooperación) y unas reglas que atribuyen determinadas competencias a determinados poderes constituidos. Como bien ha señalado Pérez Royo, las actuaciones o normas de un poder constituido (ya sea de una Comunidad Autónoma o del Estado central) que vulneren alguno de estos principios o reglas constitucionales son, materialmente, una ley de reforma de la Constitución. Ahora bien, cuando esa reforma “material” no se hace por el debido procedimiento

453 Javier TAJADURA TEJADA, “La dimensión externa del principio de constitucionalidad de los partidos políticos en el ordenamiento jurídico español”, *Teoría y Realidad Constitucional* nº 12-13 (2003-2004), p. 223 ss. (p. 238 ss.).

454 Javier PÉREZ ROYO, *La reforma de la Constitución*, Congreso de los diputados, Madrid, 1987, p. 202 (en el art. 168 “lo que se pretende *no es revisar la Constitución, sino impedir su revisión*”). Cursivas de Pérez Royo.

455 Sobre el art. 10.1, cfr. Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”, *Revista de Derecho Político* nº 7 (1980); sobre el art. 2, cfr. mi libro *O Dereito Público de Galicia*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997, p. 64; Recensión a la obra “Constitución y Autodeterminación”, de Javier Ruipérez Alamillo, en *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública* nº 29 (1997), p. 367-373.

“formal”, la misma es anulada⁴⁵⁶.. Precisamente para anular esas reformas “materiales” (regulaciones que cambian lo establecido en la Constitución al contradecirla), la Constitución prevé la existencia de controles. Esos mecanismos permiten evitar que en su actividad *ordinaria* los poderes *constituidos*, los órganos del Estado (tanto central como descentralizado) vulneren la Constitución. Así, se pretende que la producción de normas generales con rango de ley, o de normas generales de carácter infralegal o de normas singulares (actos administrativos) se lleve a cabo con respeto a lo dispuesto en la norma suprema.

2.A. El control sobre la actividad legislativa. Sin duda la actividad políticamente más relevante en condiciones ordinarias (esto es, en la actuación de los poderes constituidos) es el ejercicio de la actividad legislativa. Esta actividad es generalmente controlada por el Tribunal Constitucional y, en ciertos casos, por las Cortes Generales.

2.A.a. El Tribunal Constitucional tiene la facultad de conocer de la constitucionalidad de las normas con rango de ley: tanto de las que provienen de los órganos del Estado central (ley ordinaria, ley orgánica, reglamento parlamentario, real decreto ley y real decreto legislativo) como de los que provienen de los órganos del Estado descentralizado (leyes ordinarias, reglamentos parlamentarios y decretos legislativos). Así se desprende de diversos preceptos: arts. 153.a., 161.1.a. y 161.2 CE además de los arts. 27.2.e. e f. Y 67 LOTC. La conformidad de estas normas con la Constitución se garantiza, como es sabido a través de dos procedimientos: el recurso de inconstitucionalidad (art. 161.1.a CE y arts. 27, 31 ss., y 67 LOTC) y la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE y arts. 27 e 35 ss. LOTC). En relación con el “recurso de inconstitucionalidad” la regulación sobre la legitimación para interponer el mismo se ha revelado muy problemática. En efecto, cuando la norma con rango de ley proviene de un órgano del Estado central la misma puede ser recurrida por ciertos órganos centrales (Presidente del Gobierno y Defensor del Pueblo), por otros autonómicos (ejecutivos y legislativos) y *por la propia oposición nacional* (50 diputados ó 50 senadores). Sin embargo,

⁴⁵⁶ Javier PÉREZ ROYO, “¿Juez de la constitucionalidad de la ley o censor parlamentario?”, *El País*, 6-1-2004, p. 10.

cuando la norma proviene un órgano del Estado descentralizado la misma puede ser recurrida por los mencionados órganos del Estado central y del Estado descentralizado, *pero no por la oposición regional*⁴⁵⁷. El resultado es que cuando existe alguna agresión al orden constitucional por una mayoría de una comunidad autónoma, la minoría de esa comunidad autónoma no puede recurrir. De esta forma, queda velada la naturaleza de ciertos conflictos regionales que tienen su causa en la negación de la pluralidad interna de esa región autónoma y lo que es un eventual conflicto *intrarregional* producido por una opresión eventualmente inconstitucional de una mayoría regional sobre una minoría regional se convierte en un conflicto *estatal* entre *toda la región y todo el Estado central*. De esta forma los conflictos, lejos de atenuarse, se amplifican y el victimismo regional tiene un motivo más para enfrentarse al Estado central.

2.A.b. El art. 150.1 CE trata de la posibilidad de que las **Cortes Generales** dicten una “ley marco” por la que se posibilite a las CCAA dictar leyes autonómicas que respeten el marco fijado por una ley de las Cortes Generales. Pero añade ese precepto que las Cortes Generales, en dicha ley marco, pueden establecer los controles que consideren convenientes. Esos controles pueden ser parecidos a los que ejercen las Cortes sobre los Decretos legislativos donde el Gobierno hace uso de una delegación hecha por las Cortes.

2.B. *El control sobre la producción de normas generales de carácter infralegal.* La producción de estas normas (mayormente, la actividad reglamentaria) está sometida a diversos tipos de controles realizados por los tribunales ordinarios, el Tribunal Constitucional y el Gobierno Central.

2.B.a. Con carácter general, los arts. 106 y 153.c) CE encomiendan a los **Tribunales ordinarios** la tarea de controlar la legalidad de la potestad reglamentaria. Este control, por tanto, compete a los tribunales que forman el poder judicial

⁴⁵⁷ Ya en su momento me pronuncié sobre la conveniencia de ampliar la legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad a la oposición regional y las disfunciones que provoca la situación actual. Cfr. *Consejo de Estado y Consejos Consultivos Autonómicos*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 205 y *O Dereito Público de Galicia*, cit., p. 221.

que es único para toda España. Ahora bien, la CE también prevé la posibilidad de la existencia de un Tribunal Superior de Justicia (que es parte del poder judicial nacional) en las CCAA del art. 151 (algo que después se amplió a las otras CCAA). Cuando las normas reglamentarias provienen del Estado central el control corresponderá a tribunales de alcance nacional (Salas de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo) y cuando provengan del Estado descentralizado el control lo efectuarán las Salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia de la CA respectiva en única instancia.

2.B.b. En segundo lugar, el **Tribunal Constitucional** puede controlar la actividad reglamentaria de las CCAA por dos vías: el conflicto de competencias y el recurso de amparo.

El *conflicto de competencias* puede ser positivo (cuando las dos partes pretenden la titularidad de la competencia) o negativo (cuando ninguna quiere asumir dicha competencia). En el caso de los conflictos positivos, cuando el gobierno central considere que un reglamento autonómico no respete el orden de competencias establecido por la Constitución, los Estatutos de autonomía o las leyes orgánicas correspondientes (el llamado “bloque de la constitucionalidad”), puede formalizar, en el plazo de dos meses, conflicto positivo de competencias ante el Tribunal Constitucional (arts. 61.1 y 62 LOTC). Por su parte, también los gobiernos autonómicos pueden promover conflicto positivo de competencias contra el gobierno central (art. 63 LOTC). En el caso de los conflictos negativos, el Tribunal Constitucional decidirá quien debe ejercer una competencia cuando la administración central del Estado o alguna administración periférica se niegan a tramitar una instancia presentada por un ciudadano por considerar que el conocimiento de la misma no es de su competencia (arts. 68 ss. LOTC).

El *recurso de amparo* puede ser un instrumento de control cuando el reglamento viole derechos fundamentales. Ciertamente en un caso así, el examen del mismo se llevará a cabo inicialmente por los tribunales ordinarios siguiendo el correspondiente procedimiento de amparo ordinario, pero la

eventual lesión de derechos fundamentales abre la posibilidad de que la cuestión también puede llegar a ser conocida por el Tribunal Constitucional por la vía del amparo constitucional (arts. 53.2 e 161.1.b CE y arts. 41 ss. LOTC).

2.B.c. El art. 153.b) CE establece que el **Gobierno central** previo dictamen del Consejo de Estado puede controlar el ejercicio de las potestades delegadas a las CCAA por la vía del art. 150.2 CE. Este precepto permite que por ley orgánica sean transferidas o delegadas competencias de titularidad estatal a las CCAA. Mientras la “transferencia” supone una descentralización, la delegación no, pues hace posible la revisión de los actos del delegado por la autoridad delegante. Precisamente porque se trata de competencias “delegadas” y no transferidas es posible el control por el gobierno (las transferidas sólo pueden ser controladas por los tribunales).

2.C. *El control sobre la producción de normas singulares o actos.* El control sobre las normas singulares o actos que puedan violar la Constitución se lleva a cabo por los tribunales ordinarios, por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal de Cuentas.

2.C.a. Los mismos preceptos constitucionales que fundamentan la intervención de los **tribunales ordinarios** para controlar las normas generales de carácter infralegal, sirven para fundar la intervención de estos mismos tribunales sobre los “actos administrativos” de los órganos del Estado. El art. 2.a de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dice que “el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a. (...) los elementos reglados (...) en relación con los actos del Gobierno (...) cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”. El tenor literal de este precepto pretende acabar con la categoría de los “actos de gobierno” o “actos políticos”, pretensión ésta que se halla lejos de merecer unánime aprobación⁴⁵⁸. La lectura de este precepto, por tanto, nos conduciría a la conclusión de que *todos* los actos o normas singulares de los órganos ejecutivos serían revisables por la

458 Nuria GARRIDO CUENCA, *El acto de Gobierno*, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 733.

jurisdicción contencioso-administrativa, lo que como se verá más adelante, no siempre resulta razonable ni funcional.

2.C.b. El **Tribunal Constitucional** también puede controlar la producción de normas singulares o actos por dos vías: la del recurso de amparo y la del conflicto de competencias.

El *recurso de amparo constitucional* (arts. 53.2 y 161.1.b CE y arts. 41 ss. LOTC) protege contra las violaciones de los derechos fundamentales (arts. 14-29, además del 30.2 CE) que sean originadas por disposiciones (no legales, sólo infralegales), actos jurídicos o simple vía de hecho de los órganos ejecutivos colegiados de las CCAA o sus autoridades o funcionarios o agentes, siempre que previamente hubiese sido agotada la vía judicial del amparo ordinario (art. 43.1 LOTC).

Los arts. 61, 62 y 63 de la LOTC, básicos en la regulación de los *conflictos positivos de competencias*, que pueden surgir entre el Gobierno de la Nación y las Comunidades Autónomas o entre dos de estas Comunidades, exigen claramente que se trate de “disposiciones, resoluciones y actos”, que no respeten el orden de competencias establecido en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía, o en las Leyes correspondientes. El contenido de la expresión “actos”, según el TC ha de entenderse como comprensiva de los actos administrativos, procedentes del ejercicio no reglamentario de las potestades o facultades que le están atribuidas a la Administración Pública, y cuyo vario contenido es evidente, aunque una de sus más trascendentales manifestaciones doctrinales diferencie los “actos resolutorios” que ponen fin a los procedimientos administrativos, de los “actos de trámite” que instrumentan el procedimiento, al ordenar sus fases previas de diferente condición, pero necesarias todas ellas para hacer viable la resolución definitiva, pudiendo unos y otros originar conflictos de competencias al no existir ningún límite expreso que restrinja dicho concepto y que rebaje su alcance natural, ni tampoco razón alguna para distinguir dentro de los actos de simple trámite, los que sean de trámite cualificado de los que no tengan tal condición⁴⁵⁹. El Tribunal Constitucional

⁴⁵⁹ STC 143/1985, de 24 de octubre, FJ 3º.

ha llegado a incluir como objeto del “conflicto positivo de competencias” disposiciones como “circulares” o “instrucciones” emanadas de un Ministerio⁴⁶⁰, un simple oficio de un Director General a otro⁴⁶¹ o incluso puras actuaciones materiales⁴⁶².

2.C.c. Finalmente, el **Tribunal de Cuentas** puede llevar a cabo un control sobre la actividad económico contable de los órganos del Estado. Esta actividad económico contable puede, eventualmente, ser atentatoria no sólo de las leyes contables, sino también de la Constitución. El art. 153.d. CE encomienda al Tribunal de Cuentas nacional el control sobre la actividad económica y presupuestaria de las CCAA. Esta previsión complementa al art. 136 CE en el que se recoge la figura del Tribunal de Cuentas como “supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público”. El art. 4 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas incluye a las CCAA en el “sector público”, pero esto no era necesario porque el Tribunal de Cuentas es un órgano del Estado global y no sólo del Estado central.

Dos cuestiones merecen ser recordadas aquí: la primera es la relativa al sujeto controlante; la segunda se refiere al significado del control.

En cuanto al sujeto controlante, el art. 153.d. CE es claro: el Tribunal de Cuentas controla la actividad económica y presupuestaria de las CCAA. Sin embargo, por un lado, el art. 1 de la LO del Tribunal de Cuentas (que dice que este órgano tiene competencia sobre todo el territorio nacional “sin perjuicio de los órganos fiscalizadores de cuentas que para las CCAA puedan preverse en sus Estatutos”) y, por otro, el art. 22 de la LOFCA (que declara que corresponde al Tribunal de Cuentas el control económico y presupuestario de las CCAA “además de los sistemas e instituciones de control que pudieran adoptar en sus respectivos Estatutos”) complican la cuestión. La solución parte del principio de que la CE es la norma suprema y las leyes no pueden contradecirla. Desde esta perspectiva está fuera de

460 STC 57/1983, de 28 de junio, FJ 1º.

461 STC 220/1992, de 11 de diciembre

462 STC 101/1995, de 22 de junio

discusión que la competencia del Tribunal de Cuentas para juzgar y fiscalizar la actividad económica y presupuestaria de las CCAA es indisponible para el legislador. La ley no puede privar al Tribunal de Cuentas de una competencia que le fue otorgada por la Constitución. Por lo tanto, la competencia de “control” (entendido en su sentido técnico-jurídico) de las CCAA corresponde exclusiva y necesariamente al Tribunal de Cuentas nacional. Los órganos autonómicos no pueden substituir la tarea del Tribunal de Cuentas, sólo pueden ayudarlo. Es incluso inaceptable delegar en los órganos autonómicos las funciones de estricto control. Lo único posible es delegar las tareas de instrucción o de preparación previas al ejercicio do control.

En relación con el significado del control, el Tribunal de Cuentas ejerce dos funciones en relación con las cuentas de las CCAA y de los demás poderes públicos. En primer lugar, “fiscaliza” las cuentas y juzga si las mismas cumplen con los requisitos legales y contables. Si no es así, puede emitir un informe censurando esas cuentas. En la tarea de fiscalización, el Tribunal de Cuentas no ejerce un control en sentido propio y, por eso mismo, esa actividad sí es delegable en los órganos autonómicos. Pero además, en segundo lugar, ejerce “jurisdicción contable”. En el ejercicio de esta jurisdicción el Tribunal exige a los servidores públicos que indemnicen a la administración pública por los daños y pérdidas causados con su actuación. Esta función sí es propiamente de “control” e no puede ser delegada en los órganos autonómicos. Precisamente porque ejerce “jurisdicción”, el art. 136.3 CE exige para sus miembros la misma independencia, inmovilidad e incompatibilidades que la existente para los jueces. Las decisiones del Tribunal de Cuentas en el ejercicio de su función de “enjuiciamiento” pueden recurrirse ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

3. LA DEFENSA DEL PODER CONSTITUYENTE: LA ESPECIAL VÍA JURISDICCIONAL DEL ARTÍCULO 161.2 CE

3.A. Acabamos de ver que existen unos mecanismos para defender a los poderes constituidos del Estado frente a ataques “ordinarios” (ya se produzcan a través de una “norma con rango

de ley” o de un “reglamento” o “acto administrativo”). Este tipo de ataques a los poderes constituidos son relativamente frecuentes. Pero, como se dijo al principio, los ataques efectuados, no contra un poder constituido, sino contra el poder constituyente, que tienen una naturaleza distinta y no sólo poseer un carácter “extraordinario” o infrecuente. Imaginemos por ejemplo un ataque al Estado autonómico consistente en la proclamación de la independencia de un territorio. Parece claro que una tal declaración de independencia no se puede hacer a través de un “acto administrativo” ni a través de una “ley”, por la sencilla razón de que ninguna ley permite a la Administración llevar a cabo tal acto y ninguna disposición de la Constitución habilita a un parlamento autonómico a dictar una ley independizando una parte del territorio nacional. En consecuencia, un intento como ese, extraordinario, se lleva a cabo a través de medios también extraordinarios que pueden ser violentos o “pacíficos”. La respuesta a un intento de minar el poder constituyente por medios violentos está claramente prevista en el ordenamiento. Pero, ¿qué ocurre si el ataque al poder constituyente se realiza por medios “pacíficos”? En este último caso ese carácter pacífico lleva consigo el que un tal intento pretenda estar revestido de una “apariencia” de legalidad. Un ejemplo de ello sería una “declaración de independencia” de un territorio.

3.B. En tal supuesto, es lógico que los medios de defensa sean distintos de lo habitual. Ante un ataque al Estado autonómico del tipo de una “declaración de independencia” se han planteado dos posibilidades.

3.B.a. La primera es la pura y simple inacción⁴⁶³. De acuerdo con estas interpretaciones, en tanto en cuanto no hay una “ley” o un “acto administrativo” falta el objeto para reaccionar. La consecuencias no sería otra, en un ejemplo como el antes formulado a título de hipótesis que contemplar cómo un o unos órganos creados al amparo de la Constitución del Estado

⁴⁶³ Francisco RUBIO LLORENTE y Manuel ARAGÓN REYES, “La jurisdicción constitucional”, en Eduardo García de Enterría y Alberto Predieri, *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1980, p. 855 y 856. De la misma opinión, incluso después de la aprobación de la LOTC, era Fernando GARRIDO FALLA, “Comentario al artículo 161.2”, en IDEM (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 2367-2368.

y financiados con los impuestos estatales dedican su tiempo y recursos a destruir la Constitución y el Estado mientras gozan de inmunidad en su labor de destrucción en tanto en cuanto no lleguen a dictar una “ley” o un “acto administrativo”. El resultado de esta interpretación sería que el Estado tendría que asistir, maniatado de pies y manos, al espectáculo de la destrucción del Estado por un órgano del propio Estado (aunque sea un órgano del Estado descentralizado). El destructor tendría plena libertad de acción (mientras, eso sí, no haga violencia ni dicte una “ley” o un “acto administrativo”) y el destruido tendría que sufrir calladamente la operación.

Lo absurdo de semejante conclusión nos pone de manifiesto que ante un intento de destrucción del Estado por sus enemigos, pertenece a la naturaleza de las cosas que tenga que haber otra posibilidad, a saber, que el Estado pueda defenderse. En efecto, conviene recordar algunas consideraciones de los clásicos sobre la ley (y la Constitución es la ley suprema). La ley ha de tener como objeto el “bien común”⁴⁶⁴ y por eso se puede imponer legítimamente. Como dice Suárez “así como las leyes se imponen a una comunidad, deben darse principalmente por el bien de la comunidad”⁴⁶⁵. En esta argumentación se acepta que la Constitución Española se impone a la comunidad española porque se ha dado en bien de la misma. Por eso mismo, a la hora de interpretar la ley (la Constitución) hay que atender a una finalidad: conseguir el bien de la comunidad que persigue la norma y no su destrucción. Suárez recuerda un principio del Digesto según el cual: “cuando una frase se ajusta a dos pensamientos, se ha de preferir el que se ajusta mejor a la cosa que se trata de hacer”⁴⁶⁶. Por tanto, si lo que se trata de hacer es el “bien común” de España, de las interpretaciones posibles de la Constitución habrá que elegir la que promueve ese bien común (y, en concreto, su bien más primario, la propia preservación de la comunidad para la que se dicta esa ley llamada Constitución) y no la que pretende su destrucción.

464 Domingo DE SOTO, *De la justicia y el Derecho*, trad. de Marcelino González Ordóñez, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, libro I, cuestión I, artículo II (tomo I, p. 11).

465 Francisco SUÁREZ, *Tratado de las Leyes y de Dios legislador*, trad. de José Ramón Eguillor Muniozguurren, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, libro I, capítulo VII (tomo I, p. 39).

466 Francisco SUÁREZ, *Tratado de las Leyes*, cit., libro VI, capítulo I (tomo IV, p. 627).

3.B.b. Pero habría otra posibilidad que sería entender que ante un ataque de esa naturaleza sí que existen medios de defensa. Ese sería el papel del art. 161.2 CE. El art. 161.2 CE es uno de esos preceptos cuya singularidad reside en que la importancia del mismo para atender satisfactoriamente a un problema ni siquiera llegó a ser imaginada por los autores de la Constitución⁴⁶⁷. La Constitución norteamericana de 1787 con sus primeras adiciones de 1791 es pródiga en ejemplos que también podemos encontrar en otras Constituciones. El hecho de que el art. 161.2 CE hable de la posibilidad de impugnar (es decir, “combatir”, combatir un ataque precisamente) “disposiciones” y “resoluciones” constituye precisamente la sustancia del medio defensivo previsto en la Constitución. En definitiva, ¿cuál es el *objeto* de la impugnación del 161.2? El texto habla de “disposiciones” y “resoluciones”. Ciertamente, el claro tenor del 161.2 CE ha quedado perturbado por una indebida traducción de la LOTC y así lo que en la CE son, sencillamente, “disposiciones”, en la LOTC se convierten en “disposiciones *normativas* sin fuerza de ley” (art. 76 LOTC).

La tesis según la cual la “impugnación” del art. 161.2 CE podría ser utilizado para defender el poder constituyente ha sido cuestionada por algunos autores. Para éstos, por “disposiciones” y “resoluciones” hay que entender “una norma jurídica” (Portero Molina), “una disposición normativa” (Rubio Llorente) o una “manifestación de voluntad” que ponga fin término a un procedimiento porque decide sobre el fondo o hace imposible su continuación (Rubio Llorente). Así las cosas esta corriente doctrinal aproxima la “impugnación” a los procedimientos ordinarios de control de la constitucionalidad convirtiéndola en poco más que una especialidad procesal para examinar los mismos objetos que pueden ser evaluados con otros mecanismos. En efecto, ya en 1979 Rubio Llorente (junto con Aragón Reyes) sostuvo que en el 161.2 no se establecían nuevas competencias del TC ni otros procedimientos de impugnación que no fuesen los previstos en

⁴⁶⁷ Tomás Ramón FERNÁNDEZ recuerda, con razón, que “la Ley nunca tiene, «prima facie», una respuesta inequívoca y concluyente por la sencilla razón de que su autor no pudo siquiera adivinar que tales situaciones pudieran llegar a plantearse” (Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Sobre la viabilidad de la impugnación”, *ABC* 14-XI-2003, p. 12. Cfr. la versión ampliada de este trabajo, “Sobre la viabilidad de la impugnación jurisdiccional del Plan Ibarretxe”, *Teoría y Realidad constitucional* nº 14 [2004], p. 117 ss.).

el 161⁴⁶⁸. Posteriormente, cuando la LOTC no compartió sus tesis y estableció la sustantividad propia de la impugnación ambos autores volvieron a criticar esta configuración⁴⁶⁹.

Frente a la anterior opinión doctrinal cabe contraargumentar que el *objeto* de la “impugnación” del art. 161.2 es *distinto* del de los procedimientos ordinarios de defensa de la Constitución. En efecto, para combatir “leyes” y “actos administrativos” ya hay mecanismos específicos, como se ha dicho. Aquí, precisamente, reside la idoneidad del art. 161.2 CE, en que *su objeto es algo distinto de las “leyes” y los “actos administrativos”*⁴⁷⁰. El objeto del 161.2 (“disposiciones” y “resoluciones”) se determina así por vía negativa (esto es, lo que *no* sean “actos administrativos” ni “leyes”) y no por vía positiva, pues la esencia del precepto es constituir una *cláusula de cierre jurisdiccional de defensa de la Constitución frente a eventuales ataques extraordinarios* (en cuanto no previstos en los procedimientos ordinarios de control de la constitucionalidad) al Estado por alguno de sus componentes⁴⁷¹. Por eso mismo, el art. 76 LOTC al establecer como objeto de la impugnación “disposiciones *normativas* sin fuerza de ley” está restringiendo, en mi opinión, inconstitucionalmente el objeto de la impugnación constitucionalmente previsto que sólo habla de “disposiciones” (aparte de las “resoluciones”). Por ello, el criterio para determinar el objeto debe ser la CE y no la LOTC. Se ha dicho que los acuerdos impugnados no disponen ni resuelven nada. Pero no es así. Lo que esos acuerdos han dispuesto es, nada más y nada menos, que la apertura de un proceso constituyente en el país vasco.

468 Francisco RUBIO LLORENTE y Manuel ARAGÓN REYES, “Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de la constitucionalidad”, *REP* n° 7 (1979), p. 165 y 166.

469 Francisco RUBIO LLORENTE y Manuel ARAGÓN REYES, “La jurisdicción constitucional”, en Eduardo García de Enterría y Alberto Predieri, *La Constitución Española de 1978*. Estudio sistemático, Civitas, Madrid, 1980, p. 855 y 856. De la misma opinión, incluso después de la aprobación de la LOTC, era Fernando GARRIDO FALLA, “Comentario al artículo 161.2”, en IDEM (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 2367-2368.

470 Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “Comentario al artículo 76”, en Juan Luis Requejo Pagés (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, p. 1229.

471 Ya en 1988, Manuel Aragón defendía, con reticencias una posición muy parecida al decir que el 161.2 es “una medida de cierre del sistema ... pero aun como medida de cierre no deja de plantear determinados problemas” (Manuel ARAGÓN REYES, Comentario al artículo 161, en Óscar Alzaga, *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, tomo XII, Edersa, Madrid, 1988, p. 225.

3.C. La jurisprudencia constitucional, lejos de desautorizar la opinión que defendemos sobre la naturaleza de la “impugnación” del art. 161.2 como se ha dicho⁴⁷², creemos que más bien, lo avala. En primer lugar, la STC 64/1990 avala que este procedimiento no es el cauce para recurrir lo que por otros cauces (recurso de inconstitucionalidad, conflicto positivo de competencias) puede ser recurrido⁴⁷³, aunque una sentencia posterior haya desdibujado esta doctrina permitiendo el uso del 161.2 para impugnar lo que también podría ser recurrido por otra vía⁴⁷⁴. *A sensu contrario*, debemos admitir que hay vulneraciones de la Constitución que no pueden ser frenadas por el recurso de inconstitucionalidad ni por el conflicto de competencias. Para hacer frente a esta objeción se podría argumentar, utilizando las palabras de la STC 64/1990 que el 161.2 pretende configurar una especie de “recurso de inconstitucionalidad” frente a reglamentos o actos administrativos. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha considerado como objeto impugnable resoluciones que, por sí misma no pueden ser consideradas ni como un reglamento ni como un acto administrativo. Así, la STC 16/1984, considera impugnable la resolución del Presidente del Parlamento de Navarra proponiendo a S. M. el Rey la designación de don José Angel Zubiaur Alegre como Presidente del Gobierno de Navarra, todo ello a pesar de que como es notorio el presidente sólo lo es después del Real Decreto de nombramiento y no después de la

472 Margarita URÍA ETXEBARRÍA, “El Constitucional y el Estado preventivo de Derecho”, *El País* 16-XI-2003, p. 25.

473 STC 64/1990, de 5 de abril (ponente: García-Mon), FJ 1º: “Los arts. 76 y 77 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional configuran a tal fin *un procedimiento* que, aun cuando coincidente en sus trámites con el conflicto positivo de competencias (por remisión del art. 77 a los arts. 62 a 67 de la Ley Orgánica), encuentra *sustantividad propia precisamente en supuestos*, como el presente, en los que el Gobierno imputa a una disposición sin fuerza de ley de Comunidad Autónoma o, en su caso, a una resolución de alguno de sus órganos un vicio de inconstitucionalidad que, no consistiendo en la infracción del orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, *no podría ser, en razón del rango infralegal de la disposición impugnada, eficazmente denunciado a través del recurso de inconstitucionalidad*, únicamente procedente contra ‘disposiciones normativas o actos con fuerza de ley’ [art. 2.1 a) de la LOTC], *ni se averdría tampoco, en razón del objeto de la pretensión deducida, a los límites del conflicto positivo de competencias*, legalmente contraído a las controversias que opongan al Estado y a las Comunidades Autónomas o a éstas entre sí acerca de la titularidad de las «competencias asignadas directamente por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las Leyes Orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y las Comunidades Autónomas» (art. 59 LOTC)” (cursivas mías).

474 STC 184/1996, de 14 de noviembre (ponente: Vives), FJ 1º “dada la remisión que el art. 77 LOTC efectúa a los arts. 62 a 67 también de la LOTC que regulan los conflictos de competencia, nada impide que resolvamos en este proceso la controversia planteada declarando la titularidad de la competencia controvertida”.

proposición del presidente de la cámara⁴⁷⁵. En el mismo sentido, la STC 44/1986 considera impugnabile (y, de hecho, anula) una resolución del presidente de la Generalidad de Cataluña que “presta aprobación al Convenio, no fechado, suscrito con el Presidente del Consejo Regional de Murcia”. A juicio del Tribunal, la resolución de un presidente regional aprobando un convenio materialmente inconstitucional convierte a esa resolución en algo ya impugnabile por cuanto que el convenio materialmente inconstitucional sólo podría llegar a tener vigor merced a la sucesión de una serie de actos que se refieren al mismo. Por eso, tales actos sí son recurribles⁴⁷⁶. Como se puede comprobar, este caso presenta importantes similitudes con el caso relativo a la aprobación del “plan Ibarreche”.

A tenor de lo anterior, cabe afirmar que este precepto constitucional, lejos de ser un “enunciado vacío” como algunos han pretendido, tiene todo su sentido como medio de defensa frente a ataques sinuosos que, sin empleo de violencia, pretenden destruir el Estado por vías sedicentemente pacíficas distintas de la “ley” y del “acto administrativo”.

3.D. Admitiendo que la impugnación del 161.2 tiene un objeto distinto, se plantea el problema de cuál puede ser el *contenido de la sentencia* que resuelva la impugnación. En principio, la

475 STC 16/1984, de 6 de febrero (ponente: Díez de Velasco), FJ 4º: “no cabe duda de que el acto compuesto de nombramiento, el cual comprende cada uno de los que lo forman, ha de incluirse en su conjunto y en cada una de sus partes dentro de la materia constitucional, por lo que el T.C. no puede compartir la tesis de que la cuestión planteada sea de mera legalidad ya que trasciende de la misma para incidir en el orden constitucional. (...) tampoco puede admitirse que el acto del Parlamento Foral sea de mero trámite, dado que culmina el procedimiento a seguir por la Comunidad Foral dotada de personalidad jurídica, al que pone fin. Por ello se configura como un acto de carácter resolutorio, sin perjuicio de que, dada la naturaleza de acto compuesto que tiene el nombramiento, la decisión de la Comunidad pase a integrarse en tal acto, del que forma parte”.

476 STC 44/1986, de 17 de abril (ponente: García-Mon), FJ 4.b: “La resolución del Presidente de la Generalidad aprobatoria del Convenio no es susceptible de recurso, según otro de los motivos de oposición del representante de Cataluña. Razona para ello que la aprobación impugnada no puede separarse del Convenio y que, por tanto, no procede la impugnación de un acto que aisladamente considerado no tiene contenido recurrible. El argumento carece de consistencia y viabilidad a los efectos pretendidos. Porque si bien es verdad que el Convenio es una unidad como tal, también lo es que, como ocurre con los negocios jurídicos en general, nace a la vida del derecho tras un iter en el que han de producirse una serie de actos que, en cuanto tales, son separables y enjuiciables desde la perspectiva de las normas que a ellos concretamente se refieren. Y esto es lo que se ha hecho: Denunciar la aprobación por falta de los requisitos a que está sometida”.

regulación del procedimiento del 161.2 hecha por la LOTC peca de lo mismo que sucedía con su objeto. Del mismo modo que el art. 76 LOTC convierte en “disposiciones *normativas* sin fuerza de ley” lo que en el art. 161.2 CE son simplemente “disposiciones”, el art. 77 LOTC parece difuminar la especificidad del precepto constitucional al establecer que el *procedimiento* de las “impugnaciones” del 161.2 sea el mismo que el de los “conflictos positivos de competencia”. De acuerdo con tal procedimiento, el conflicto positivo de competencias se concluye con una sentencia de un doble contenido: declaratorio (la sentencia “declarará la titularidad de la competencia controvertida”) y anulatorio (acordará, “en su caso, la anulación de la disposición, resolución o actos”). Y, en efecto, el escrito de impugnación presentado por el abogado del Estado pide que el Tribunal “declare inconstitucionales y nulos” los dos acuerdos impugnados.

Para analizar esta cuestión conviene recordar, de entrada, que el hecho de que la impugnación del 161.2 tenga establecido el mismo procedimiento que el conflicto positivo de competencias no significa que tengan la misma *sustancia*. A la luz de esta premisa, la sentencia tiene un contenido ineludible: *declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del objeto impugnado*. Dado que no estamos ante un conflicto positivo de competencias no tiene por qué declarar la “titularidad” de ninguna “competencia”, entre otras cosas porque el “poder constituyente” no es una “competencia”. En cuanto al segundo contenido de la sentencia, a mi juicio, no es de contenido necesario en las impugnaciones del 161.2, aunque en algún caso sí que podría resultar procedente: a saber la *anulación, en su caso, del objeto impugnado*.

4. ATAQUES SIN RESPUESTA: LAS PROCLAMACIONES REGIONALES DEL “DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN” (1989-1998)

4.A. La primera vez que se produce un ataque al poder constituyente, sin empleo de la violencia, es en 1989. El 12 de diciembre de 1998, la Comisión de Organización y Administración de la Generalidad y de Gobierno Local del Parlamento regional

catalán aprobó la Resolución 98/III⁴⁷⁷ a raíz de una proposición no de ley en la que se declaraba que el “pueblo catalán” tenía “derecho a la autodeterminación”. El texto de esta resolución aprobada por la citada Comisión era el siguiente:

“El Parlamento de Cataluña:

1. *Declara, solemnemente, que Cataluña forma parte de una realidad nacional diferenciada en el conjunto del Estado, hecho que el pueblo catalán ha sostenido en todo momento, tanto por sus fuerzas políticas, de las instituciones culturales y civiles del país, como por la conciencia de la mayoría de sus ciudadanos y ciudadanas.*
2. *Manifiesta que el acatamiento del marco institucional vigente, resultado del proceso de transición política de la dictadura a la democracia, no significa la renuncia del pueblo catalán a su derecho a la autodeterminación, tal como establecen los principios generales de los organismos internacionales y se deduce implícitamente del Preámbulo del Estatuto de autonomía de Cataluña de 1979.*
3. *Afirma, en consecuencia, que en el momento que lo crea oportuno, y a través de las actuaciones previstas en el propio ordenamiento constitucional, podrá incrementar las cotas de autogobierno hasta donde lo crea conveniente y, en general, adecuar la regulación de los derechos nacionales a las circunstancias de cada momento histórico”.*

4.B. Apenas dos meses después, esta vez para ser debatidas en el Pleno del Parlamento vasco se presentaron sendas proposiciones no de ley “sobre el derecho de autodeterminación del pueblo vasco”.

La primera fue presentada por los grupos parlamentarios del Partido Nacionalista Vasco y Euskadiko Eskerra y en ella se declaraba que:

⁴⁷⁷ Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, nº 120/3 (18-XII-1989), p. 7791-7792.

- “1º. Que el pueblo vasco tiene derecho a la autodeterminación. Este derecho reside en la potestad de sus ciudadanos para decidir democráticamente su status político, económico, social y cultural, bien dotándose de un marco político propio o compartiendo, en todo o en parte, su soberanía con otros pueblos.*
- 2º. Que el ejercicio del derecho a la autodeterminación es un proceso dinámico, gradual y democrático, integrado por el conjunto de decisiones, incluidas, en su caso, las de carácter plebiscitario, que el pueblo vasco vaya adoptando a lo largo de su historia atendiendo a los condicionamientos internos o externos de la coyuntura histórica, sus posibilidades reales y el interés de los vascos.*
- 3º. Que el Estatuto de Autonomía y la profundización de su desarrollo constituyen, aquí y ahora, la única vía de plasmación del ejercicio de la voluntad popular. Significa también el marco libre y mayoritariamente aprobado por los ciudadanos vascos para resolver sus problemas y avanzar en la construcción de su futuro como pueblo.*
- 4º. Que, siendo el pueblo vasco el titular de este derecho a la libre autodeterminación, es el Parlamento Vasco, como institución democrática legítima, el depositario del mismo”⁴⁷⁸.*

La segunda proposición no de ley, presentada por “Eusko Alkartasuna” tenía un lenguaje menos matizado y declaraba que:

“La aceptación del régimen de autonomía no implica la renuncia del derecho de libre determinación. En tal sentido afirmamos que: (...)

2.2. El pueblo vasco tiene derecho a la autodeterminación y los ciudadanos han de poderlo ejercitar soberanamente, sin ninguna limitación externa”⁴⁷⁹.

478 Boletín Oficial del Parlamento Vasco nº B-IV-134a (22-I-1990), p. 1-6.

479 Boletín Oficial del Parlamento Vasco nº B-IV-135a (22-I-1990), p. 1-4

Finalmente, tras la presentación de ambas proposiciones y a la vista de las enmiendas presentadas por otros grupos, el Pleno del Parlamento vasco aprobó un texto en que “proclamaba”:

“El Parlamento Vasco proclama:

- 1. Que el Pueblo Vasco tiene derecho a la autodeterminación. Este derecho reside en la potestad de sus ciudadanos para decidir libre y democráticamente su estatus político, económico, social y cultural, bien dotándose de un marco político propio o compartiendo, en todo o en parte, su soberanía con otros pueblos.*
- 2. Que el ejercicio del derecho a la autodeterminación tiene como finalidad la construcción nacional de Euskadi. En tal sentido, la construcción nacional es un proceso dinámico, gradual y democrático, integrado por el conjunto de decisiones, incluidas, en su caso, las de carácter plebiscitario, que el Pueblo Vasco vaya adoptando a lo largo de su historia atendiendo a los condicionamientos internos o externos de la coyuntura histórica, sus posibilidades reales y el interés de los vascos.*
- 3. Que el Estatuto de Autonomía, resultado de un pacto refrendado libremente por la ciudadanía vasca, constituye un punto de encuentro de su voluntad mayoritaria y el marco jurídico del que la sociedad vasca se dota en un determinado momento histórico para acceder al autogobierno y regular la convivencia pacífica, representando, en consecuencia, la expresión legítima de la propia voluntad del Pueblo Vasco. En tal sentido, la estrategia estatutaria y la profundización en el autogobierno a través del pleno y leal desarrollo de todos y cada uno de los contenidos del Estatuto representan para los ciudadanos vascos el marco válido para la resolución progresiva de los problemas de la sociedad vasca, así como para avanzar en la construcción nacional de Euskadi.*
- 4. Que siendo el Pueblo vasco el titular del derecho a la libre determinación, son sus instituciones representativas, según la organización política existente y, en particular, el Parlamento*

Vasco, en cuanto depositarias de su soberanía, las únicas legitimadas para impulsar su ejercicio.

En tal sentido, la legitimidad de todas las ideas políticas expresadas democráticamente tiene en el marco parlamentario la vía de defensa y, en su caso, de incorporación al ordenamiento jurídico de cualquier reivindicación. Por tanto, este Parlamento está legitimado para promover y decidir las iniciativas que tuviesen por objeto hacer posible la consecución de las aspiraciones de los ciudadanos vascos planteando, en su caso, las reformas de todo tipo que considere oportunas, de conformidad con los procedimientos establecidos al efecto”.

4.C. Nueve años después de haber aprobado su primera resolución declarando el “derecho a la autodeterminación” de Cataluña, el parlamento de esta región aprobó una nueva resolución que, aunque no dedicada específicamente a este asunto, reiteraba ese “derecho”. La particularidad es que esta resolución era aprobada por el pleno, y no por una comisión. La Resolución 679/V de 1 de octubre de 1998, sobre la orientación política general del Consejo Ejecutivo⁴⁸⁰, decía:

“1. El Parlamento de Cataluña, en el marco de la celebración del cincuenta aniversario de la Declaración universal de los derechos humanos, ratifica una vez más el derecho del pueblo catalán a determinar libremente su futuro como pueblo, en paz, democracia y solidaridad”.

4.D. Ninguna de estas declaraciones tuvo respuesta del Estado y no fueron objeto de impugnación por la vía del art. 161.2 CE. Estas declaraciones constituyen el germen de los futuros intentos de secesión, a saber, el “derecho de autodeterminación”. En efecto, resulta oportuno recordar que el “derecho de autodeterminación” está conectado estrechamente con el principio de integridad territorial. Tienen ese derecho los “pueblos” reconocidos por Naciones Unidas. Si el País Vasco o Cataluña no estuvieran reconocidos como parte del “pueblo español”, se podría llegar a argumentar que tendrían un

480 Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya nº 327/5 (13-X-1998), p. 25974

derecho de autodeterminación. Pero tal reconocimiento no existe. Precisamente por ello, el derecho de autodeterminación no existe cuando se trata de *partes* de un pueblo. Dicho de otra manera: cuando rompe la *integridad territorial* de un pueblo. El derecho de autodeterminación se reconoce por la ONU cuando un pueblo está sometido a *otro* pueblo (por ejemplo, cuando los pueblos del Sáhara Occidental, Namibia o Timor Este se hallaban sometidos a los pueblos de Marruecos, Sudáfrica o Indonesia). Pero el derecho de autodeterminación no se reconoce por la ONU cuando *una parte* (Gibraltar, Hong Kong, Ifni) de un pueblo (España, China, Marruecos) está sometida a *otro* pueblo (Reino Unido, España).

Estas dos “proposiciones no de ley” constituían el objeto idóneo para una impugnación del 161.2 pues se trataba de unas “resoluciones” que, sin ser una “ley” ni un “acto administrativo” resultaban flagrantemente contrarias a la Constitución⁴⁸¹. Lo cierto es que tales “resoluciones” no fueron recurrida en aquel momento y ahora tenemos la continuación de la misma. No se sabe si por razones de debilidad política (en 1989-1990 el Gobierno estaba apoyado parlamentariamente por el PNV y por CiU, a pesar de contar con 175 diputados, uno menos que la mayoría absoluta) o por razones supuestamente tácticas (apaciguar al nacionalismo) que el tiempo ha demostrado radicalmente equivocadas, pero lo cierto es que ya entonces se podría haber puesto a prueba el 161.2 de forma menos dramática de lo que ocurre ahora.

5. EL LLAMADO “PLAN IBARRECHE” (2003)

5.A. La naturaleza constituyente del llamado “Plan Ibarreche”.

Se conoce como “plan Ibarreche” a la «Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi». No es necesario analizar aquí con detalle el articulado de esta “Propuesta”. Baste, por el momento, decir que en su preámbulo esta propuesta afirma que “el Pueblo Vasco tiene derecho a decidir su propio

⁴⁸¹ Así lo defendí en *O Dereito Público de Galicia*, cit., p. 228.

futuro, tal y como se aprobó por mayoría absoluta el 15 de febrero de 1990 en el parlamento vasco y de conformidad con el derecho de autodeterminación de los pueblos”. Esta afirmación encuentra su desarrollo, principalmente, en los artículos 1, 2 y 18 de la “Propuesta”. Según el art. 1 “Como parte integrante del Pueblo Vasco o Euskal Herria, los Territorios vascos de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa, así como los ciudadanos y ciudadanas que los integran, *en el ejercicio del derecho a decidir libre y democráticamente su propio marco de organización y de relaciones políticas*, y como expresión de su nacionalidad y garantía de autogobierno, se constituyen en una Comunidad vasca libremente asociada al Estado español bajo la denominación de Comunidad de Euskadi”. El art. 2.2, por su parte, dispone que “desde el respeto al principio democrático, podrán agregarse a la Comunidad de Euskadi los enclaves territoriales que, estando situados en su totalidad dentro de su territorio, se manifiesten, libre y democráticamente a favor de su incorporación”, todo ello omitiendo la voluntad soberana de España en cuyo territorio se encuentran (Villaverde de Trucíos, Treviño). Finalmente, el art. 18.1 afirma que “*los Poderes de Euskadi emanan de su ciudadanía*, a quién corresponde, en todo caso, la legitimidad de su articulación y su ejercicio a través de sus propias Instituciones de Autogobierno”. Por tanto, esos poderes dejan de emanar del poder constituyente español (art. 1.2 CE: “La *soberanía* nacional reside en el pueblo *español*, del que emanan los *poderes* del Estado”). La lectura de estos preceptos revela que estamos ante una negación, pura y simple, del poder constituyente español, aludido en el Preámbulo y en los arts. 1.2 CE (citado) y 2 CE.

Esta “Propuesta” dejó de ser un mero informe a partir del acuerdo del Gobierno Vasco de 25 de octubre de 2003, mediante el que se *aprueba* esta “Propuesta” y se *da traslado* de ella al Excmo. Sr. Presidente del Parlamento Vasco “de conformidad con lo exigido por el artículo 46.1.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco”. A este acuerdo del gobierno vasco de 25 de octubre de 2003, se le suma otro acuerdo, no menos importante, el acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco adoptado en su reunión de 4 de noviembre de 2003, mediante el que *admite a trámite* “la propuesta de reforma, para su tramitación conforme

al procedimiento legislativo ordinario, y ordena su remisión a la Comisión Parlamentaria de Instituciones e Interior y su publicación en el Boletín Oficial del Parlamento Vasco, abriendo además un plazo para que presenten enmiendas “los miembros del Parlamento y los grupos parlamentarios”.

5.A.a. El “plan”, entendido como la “Propuesta” sumada al acuerdo del gobierno vasco de 25 de octubre de 2003 y el acuerdo de la Mesa del parlamento vasco de 4 de noviembre de 2003, a nuestro juicio, ni es un “acto administrativo”, ni una “ley”, ni siquiera una “reforma constitucional”.

5.A.a.I. En primer lugar, en mi opinión, *no estamos ante un “acto administrativo”*. Ciertamente, existen varias demandas presentadas ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en vía contencioso-administrativa contra el acuerdo del gobierno vasco de 25 de octubre aprobando la “Propuesta”: las del “Colectivo de Funcionarios Públicos “Manos Limpias””⁴⁸²; la Diputación Foral de Álava y la Diputación Foral de Navarra. La demanda del colectivo “Manos Limpias”, que recurrió aduciendo que el “plan Ibarreche” modificaba el estatuto de los funcionarios públicos (que, hasta ahora, es competencia del Estado) ha sido admitido, habiendo el TSJPV rechazado las alegaciones del gobierno vasco de incompetencia del tribunal y de falta de legitimación del recurrente (auto de 22 de marzo de 2004). Sin embargo, el TSJPV (auto de 17 de diciembre de 2003) se negó a acceder a la petición de “Manos Limpias” de suspender cautelarmente el acto recurrido. La Diputación Foral de Álava, por su parte, también ha recurrido el acuerdo del gobierno vasco de 25 de octubre de 2003 aduciendo falta de audiencia, habiendo sido admitida su demanda mediante auto del TSJPV de 18 de noviembre de 2003. Finalmente, el TSJPV también ha admitido la demanda de la Diputación Foral de Navarra.

Además de la impugnación por la vía contencioso-administrativa, el gobierno navarro ha abierto la puerta al planteamiento de un conflicto positivo de competencias ante el TC. Como paso previo, en noviembre de 2003 efectuó un

⁴⁸² Procedimiento ordinario nº 2827/2003 seguido ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

requerimiento al gobierno vasco para que anulara su propuesta (el acuerdo de 25 de octubre de 2003). El gobierno vasco lo rechazó el 16 de noviembre. A través de este eventual conflicto positivo, el gobierno de Navarra pretendería que se reconozca a Navarra la exclusividad de algunas competencias que el “plan” considera, sin embargo, exclusivas de la Comunidad Vasca: así por ejemplo el “plan Ibarreche” afecta a la facultad exclusiva de Navarra para establecer relaciones con el Estado y con el resto de las Comunidades Autónomas o para acometer de manera autónoma la reforma de la propia ley orgánica de reintegración y amejoramiento del régimen foral.

Ciertamente la “ultrajudicialista” proscripción de la categoría de los “actos políticos” o “actos de gobierno” (presentes, por lo demás, en otros países de nuestro entorno como los Estados Unidos de América o el Reino Unido) expresada en el art. 2.a de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, complica la situación. El citado art. 2.a de la ley 29/1988 dice que “el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a. (...) los elementos reglados (...) en relación con los actos del Gobierno (...) cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”. Y, en efecto, son ya varios los autos de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que afirman la posibilidad de controlar en vía contencioso-administrativa el acuerdo del gobierno vasco de 25 de octubre de 2003 (autos de 17 de noviembre de 2003 y 22 de marzo de 2004). Esta es la solución que propugna Tomás Ramón Fernández que recuerda que, a efectos impugnatorios, el art. 25.1 de la ley 29/1998 equipara las “resoluciones” a los “actos de trámite” cuando estos decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o “produzcan indefensión” o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Según Fernández, es indudable que el acuerdo del gobierno vasco produce indefensión a Álava⁴⁸³. Pero ante este argumento cabe hacer varias objeciones. Por un lado, hay pie para dudar esa actuación del gobierno vasco sea una actuación

483 Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Sobre la viabilidad de la impugnación”, *cit*, p. 12.

“administrativa”, ya que más bien resulta pura y sencillamente, política (no en vano el texto se califica como “Estatuto *político*” de la Comunidad Vasca) por lo que, como tal, debe ser tratada⁴⁸⁴. Por otro, este planteamiento deja sin solucionar el qué se hace con el acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco adoptado en su reunión de 4 de noviembre de 2003, mediante el que admite a trámite “la propuesta de reforma, para su tramitación conforme al procedimiento legislativo ordinario”, pues este acuerdo no puede ser recurrido en vía contencioso-administrativa.

5.A.a.II. En segundo lugar, *el llamado “plan Ibarreche” tampoco es una “ley” ni un “Estatuto de autonomía”*. Aunque el Congreso de los Diputados aceptara su admisión a trámite como si fuera una “proposición de ley” (y, concretamente, como “reforma de un Estatuto de autonomía”⁴⁸⁵) su apariencia y su contenido es notoria e inconfundiblemente otra. Su contenido no es el de una ley, sino un texto constitucional.

5.A.a.III. En tercer lugar, no sólo no es una ley ni un “Estatuto de autonomía”, sino que formalmente, *tampoco es una “reforma” de un instrumento jurídico anterior. Antes bien, es una derogación del Estatuto de autonomía vasco vigente*. La Mesa del Congreso lo calificó como “reforma de Estatuto de Autonomía”, realizando esta fraudulenta calificación con una notoria violación de la normativa vigente⁴⁸⁶, pues la disposición final primera del “Plan Ibarreche” deja claro que no es una

484 De esta opinión es Jorge DE ESTEBAN “La impugnación”, *El Mundo* 14-XI-2003, p. 10. Tomás Ramón FERNÁNDEZ, sin embargo, considera que al recurso de la Diputación de Álava “tampoco podría oponerse hoy la antigua y ominosa excepción del acto político felizmente eliminada en el artículo 2.a) de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el cual corresponde en todo caso a los Tribunales de dicha jurisdicción la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (aquí el de audiencia y defensa ya citado), así como el de los elementos reglados (la competencia del órgano siempre lo es) de los actos de los Consejos de Gobierno de las Comunidades autónomas «cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos». Sobre, pues, especular con esa naturaleza.” (Ibid.).

485 La Mesa del Congreso de los Diputados publicó la iniciativa en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados Núm. B-149-1 de 21/01/2005 Págs. 1 y ss. Esta publicación se hizo dentro de la “Serie B: PROPOSICIONES DE LEY”.

486 La Mesa del Congreso en su reunión de 21 de enero de 2005 acordó admitir a trámite el “plan Ibarreche” y lo calificó como “Propuesta de reforma de Estatuto de Autonomía”. Para ello adujo unos supuestos fundamentos jurídicos totalmente fraudulentos (“Al amparo de lo dispuesto en el artículo 31.1.4.º del Reglamento” y “de conformidad con el punto séptimo de la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados sobre procedimiento a seguir para la tramitación de la reforma de los Estatutos de Autonomía, de 16 de marzo de 1993”).

reforma sino una derogación expresa de todo el Estatuto de Autonomía vigente⁴⁸⁷.

5.A.a.IV. En cuarto lugar, *tampoco opera una “reforma de la Constitución”*. Éste ha sido el punto en el que la confusión doctrinal ha sido mayor. Han sido varias las opiniones que han considerado que, materialmente, este plan supone una “reforma de la Constitución”, tanto en vía doctrinal como en vía judicial⁴⁸⁸. Pero como bien vio el profesor Pérez Royo, este plan va mucho más allá de una “reforma constitucional” porque es una “propuesta constituyente”⁴⁸⁹. Como ha dicho certeramente el profesor Pérez Royo, “el plan Ibarretxe tiene como punto de partida la afirmación de un “pueblo vasco”, titular de un poder constituyente originario, que lo ejerce de manera limitada, integrándose en el Estado español”. Este plan “rechaza que el poder constituyente español pueda extenderse al País Vasco y reclama el ejercicio no del derecho a la autonomía, sino del derecho de autodeterminación para integrarse en el Estado español”. En consecuencia, está meridianamente claro que el llamado “plan Ibarreche” no reforma la Constitución porque destruye al sujeto constituyente (la Nación Española). No es una reforma porque ésta debe hacerse *salva rei substantia* y aquí des-substancializado el núcleo de la Constitución que es el poder constituyente español. El “plan Ibarreche” no es por tanto una “reforma” de la Constitución Española, sino que pretende ser, ni más ni menos, la Constitución de Euskadi. Por eso mismo, resulta absurdo esperar a que termine el “procedimiento legislativo” en el parlamento vasco para que el plan pueda ser bloqueado en el “procedimiento legislativo” de las Cortes Generales, a donde iría a parar el proyecto si, verdaderamente fuera una iniciativa de reforma de la ley orgánica del Estatuto de autonomía del país vasco o de “reforma de la Constitución”. Resultaría inaceptable que el Tribunal Constitucional vedara

487 “... el presente Estatuto político sucederá y sustituirá, a su entrada en vigor, al que fuera aprobado por la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco”.

488 Tomás Ramón FERNÁNDEZ opina que “conlleva una reforma constitucional tan indisimulada como indiscutida, adolece de un vicio de nulidad absoluta o de pleno derecho por dos razones inobjetables: la manifiesta incompetencia del Gobierno vasco para abordar una reforma de este porte y la omisión total y absoluta del procedimiento establecido a estos efectos por el Título X y el artículo 87 de la Norma Fundamental” (Ibid.).

489 Javier PÉREZ ROYO, “Una propuesta constituyente”, *El País* 31-X-2003, p. 22.

los ataques a la Constitución consistentes en la aprobación de una “ley” autonómica que prive de eficacia a una ley estatal dictada conforme con la Constitución⁴⁹⁰ y, sin embargo, no se pudiera impedir un ataque a la Constitución consistente en la aprobación de ciertas resoluciones encaminadas a privar a la propia Constitución, no ya sólo de “eficacia”, sino incluso de “validez”.

5.A.b. La prohibición de que un poder constituido usurpe el poder constituyente no creemos que admita dudas en nuestro ordenamiento. Y esto se puede comprobar desde dos perspectivas.

En primer lugar, cumple recordar que, como se ha dicho, el “plan Ibarreche” reconoce la soberanía de la comunidad vasca al margen de la soberanía española. Desde el momento en que esa “propuesta” es impulsada por el Gobierno y el parlamento vascos (a través de los acuerdos impugnados por el Gobierno) no estamos ya sólo ante una “propuesta”, sino ante la verdadera apertura de un nuevo proceso constituyente, un proceso constituyente vasco, un proceso para aprobar una *Constitución vasca* fruto de la soberanía nacional vasca. Al disponer y resolver la apertura de un nuevo proceso constituyente el gobierno y el parlamento vascos obran como un poder constituyente y no como poderes constituidos. Ahora bien, la decisión de convertirse en un poder constituyente vulnera frontalmente el

490 STC 46/1990, FJ 4º: “Incurrir en inconstitucionalidad porque el legislador canario, mediante esta técnica legislativa, ha infringido el principio de sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1), ha tratado de impedir la eficacia de las disposiciones normativas sobre la materia (...). La vulneración de la obligación de todos los poderes públicos (incluidos naturalmente los autonómicos) de acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, que implica un deber de lealtad de todos ellos en el ejercicio de sus propias competencias de modo que no obstaculice el ejercicio de las ajenas, la ha efectuado el legislador canario por la vía de pretender aplazar sine die en el tiempo (y a través de la promulgación de sucesivas leyes de suspensión) la entrada en vigor de una Ley estatal, válidamente promulgada y con respecto a la cual este Tribunal, además, ha declarado su plena conformidad con nuestra Ley fundamental. Mediante esta censurable actuación legislativa el Parlamento canario ha excedido los límites de su potestad legislativa al legislar con una pretendida fuerza normativa superior a la que le corresponde, ya que nunca un legislador autonómico puede disponer nada acerca del ámbito legislativo propio del legislador estatal, ni puede decir nada sobre el momento de entrada en vigor de las leyes del Estado. No ha respetado, pues, el legislador canario los límites y las relaciones entre los ordenamientos estatal y autonómico, y, por invadir aquél, sus leyes han incurrido en inconstitucionalidad al pretender la inaplicación más allá del plazo razonable previsto en la Ley estatal de Aguas de una Ley aprobada por las Cortes Generales con la consiguiente violación de la voluntad del legislador estatal y vulneración de la eficacia de la potestad legislativa del Estado (art. 66.2 C.E.)”.

art. 9.1 de la Constitución que establece que los ciudadanos y los poderes públicos estarán sometidos a la Constitución, o lo que es lo mismo: los poderes públicos creados por la Constitución (y el gobierno y parlamento autonómicos lo son) son poderes constituidos y, por eso, están sujetos a la Constitución, están por debajo de ella y no pueden disponer de la misma. Los acuerdos impugnados, en tanto en cuanto, disponen la conversión de dos poderes constituidos (el gobierno y parlamento autonómicos vascos) en un poder constituyente violan así, directamente, el art. 9.1 de la Constitución. Por esto mismo, a la impugnación de esos acuerdos no se le puede reprochar el ser ningún tipo de “recurso previo”, porque la violación de la Constitución ya se ha producido.

Desde la segunda perspectiva, los acuerdos impugnados disponen la obligación de que un órgano constituido el Parlamento vasco discuta un plan de secesión. El acuerdo del gobierno autonómico vasco de remitir el llamado “plan Ibarreche” obliga al Parlamento vasco a estudiarlo. Se produce así una violación de “la obligación de todos los poderes públicos (incluidos naturalmente los autonómicos) de acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, que implica un deber de lealtad de todos ellos en el ejercicio de sus propias competencias” (STC 46/1990)⁴⁹¹. En la aprobación del llamado “plan Ibarreche” por el gobierno vasco y en su admisión y calificación por la Mesa del parlamento autonómico, se produce no sólo una deslealtad manifiesta al ordenamiento constitucional, sino un desafío a su misma existencia. Nos encontramos así ante un supuesto similar al contemplado en la STC 44/1986 en virtud de la cual la resolución de un presidente regional aprobando un convenio materialmente inconstitucional (pero que no está aún en vigor y que necesita para su validez de esa resolución aprobatoria) convierte a esa resolución en algo ya impugnable por cuanto que el convenio materialmente inconstitucional sólo podría llegar a tener vigor merced a la sucesión de una serie de actos que se refieren al mismo.

⁴⁹¹ STC 46/1990, de 15 de marzo (ponente: Gimeno Sendra), FJ 4º.

Es obvio, por lo dicho hasta ahora, que esa declaración de independencia o “Constitución vasca” que se pretende aprobar por el parlamento vasco a través de una mayoría ya conocida, es *materialmente* inconstitucional. Pero no es menos obvio que tal “Constitución vasca” sólo podría llegar a entrar en vigor si se cumplen una sucesión de actos *formales* que se refieren a la misma. Esos actos son, justamente, los que se han impugnado por la vía del 161.2. Ahora bien, dado que esos actos formales no son ni una “ley” ni un “acto administrativo”, la defensa de la Constitución frente a este ataque tampoco podrá ser la ordinaria (el “recurso de inconstitucionalidad” o el “conflicto de competencias”). La defensa debe ser idónea para el ataque y la única defensa jurisdiccional existente para hacer frente a ese ataque es la impugnación del art. 161.2 CE.

5.A.c. La discusión planteada sobre el alcance del 161.2 para impugnar el llamado “plan Ibarreche” podría haberse resuelto hace ya unos años si el Estado, en su momento, hubiese abortado el germen del presente intento de secesión, a saber, el “derecho de autodeterminación del pueblo vasco”. Es cierto que el “pueblo vasco” carece del derecho de autodeterminación como dice el abogado general del Estado⁴⁹². Ahora bien, no es menos cierto que el llamado “plan Ibarreche” en su preámbulo invoca una “resolución” del Parlamento vasco aprobada como “proposición no de ley” el 15 de febrero 1990⁴⁹³ que aprobaba un tal “derecho de autodeterminación” para el país vasco y que tal “resolución” no fue recurrida en aquel momento y ahora tenemos la continuación de la misma.

5.B. Crítica del auto del Tribunal Constitucional de inadmisión de la impugnación contra el llamado “Plan Ibarreche”

5.B.a. La impugnación del Gobierno de la Nación del llamado “plan Ibarreche”⁴⁹⁴ sufrió un procedimiento, cuando menos,

492 Escrito del abogado del Estado de 13 de noviembre de 2003, ante el Tribunal Constitucional, de impugnación del acuerdo del gobierno vasco de 25 de octubre y del acuerdo de la Mesa del parlamento vasco de 4 de noviembre.

493 Una resolución similar fue aprobada poco después, también como “proposición no de ley” por el Parlamento catalán.

494 Escrito del abogado del Estado de 13 de noviembre de 2003, citado.

anómalo que parece debido a causas diversas, jurídicas y políticas.

En primer lugar, el escrito de la abogacía del Estado adolecía de un grave defecto argumental, presente en otros escritos evacuados en los procedimientos que se siguen contra el “plan Ibarreche” en el TSJPV⁴⁹⁵, a saber, la confusión entre “apertura de un proceso constituyente” y “reforma constitucional”. Esta confusión, hábilmente utilizada por algunos juristas opuestas al gobierno entonces en el poder, era letal para el éxito de la impugnación. En efecto, si el “Plan Ibarreche” sólo pretendiese una “reforma constitucional”, la impugnación por la vía del art. 161.2 carecería de sentido, porque como bien vio Pérez Royo todas las leyes inconstitucionales son, materialmente “reformas de la Constitución”⁴⁹⁶. Ello explicó que, de forma sorprendente e inusual, mediante providencia de 4 de diciembre de 2003, el Pleno del Tribunal acordase requerir al Abogado del Estado, al Gobierno Vasco y a la Mesa del Parlamento Vasco para que, en el plazo común de diez días, y dando traslado a estos últimos del escrito de impugnación presentado por el primero, alegaran lo que estimasen conveniente “sobre la concurrencia o no del presupuesto procesal insubsanable de constituir objetos idóneos de la impugnación regulada en el art. 161.2 CE y en el título V LOTC” los Acuerdos impugnados. El escrito de alegaciones del Abogado del Estado se registró en el Tribunal el 18 de diciembre de 2003 y subsanó esa confusión. En el mismo, por un lado, se argumenta que en la interpretación del art. 161.2 CE se impone configurar un concepto constitucional propio y autónomo de “resolución” y, por otro, que los dos actos impugnados impulsan un verdadero proceso *constituyente*. Por su parte, en su escrito de alegaciones, el parlamento vasco argumentó que la tramitación del “plan Ibarreche” era un ejercicio del “procedimiento *legislativo*” (y, por tanto, de la iniciativa y de la potestad legislativas) idea en la que coincide el gobierno vasco.

495 Así se comprueba, por ejemplo, en el escrito de 16 de febrero de 2004 de la representante del Ministerio Fiscal (Dña. Blanca Gómez) en la causa 2827/2003 (recurso de “Manos Limpias”).

496 Javier PÉREZ ROYO, “¿Juez de la constitucionalidad de la ley o censor parlamentario?”, *El País*, 6-I-2004, p. 10.

En segundo lugar, frente a lo que es habitual en estos casos, a saber, una admisión casi automática tras constatar una simple presencia de los elementos formales requeridos, el debate apareció viciado a través de una discusión de fondo acerca de los méritos de la impugnación. En este sentido tuvo repercusión en un sector, que luego se comprobó mayoritario, de la opinión de Rubio Llorente, Portero Molina y otros autores, según el cual el “Plan Ibarreche” no dispone nada y por eso no puede pedírsele a su autor que lo derogue o lo anule, como cabría hacer según la misma Ley del Tribunal (artículos 62 y 63) si fuese una disposición que viole el orden competencial⁴⁹⁷. De esta suerte, el debate en el momento de la admisión no se centró en el único punto debatible, a saber, si el objeto impugnado (acuerdo del gobierno vasco de 25 de octubre de 2003 y acuerdo de la mesa del parlamento vasco de 4 de noviembre de 2003, son “resoluciones” en el sentido del art. 161.2 CE independientemente de cuál sea su contenido.

En tercer lugar, el plazo para resolver la admisión de la impugnación fue inusualmente largo (¡5 meses! Entre el 13 de diciembre y el 20 de abril). Parece que la razón de estas dilaciones es que desde el primer momento hubo una mayoría de 7 magistrados partidarios de la inadmisión y el presidente confió en que esos magistrados modificaran su criterio. Finalmente, se mantuvo la correlación 7-5 que se prefiguró desde el principio.

5.B.b. Finalmente, el TC dictó su auto de 20 de abril de 2004 que declara la inadmisión de la impugnación presentada por el Gobierno. La decisión de la mayoría se construye en torno a unas premisas que, a nuestro juicio, son radicalmente falsas: 1) que los acuerdos impugnados forman parte del “procedimiento legislativo”⁴⁹⁸; 2) que el acuerdo del gobierno dando curso al plan supone una iniciativa de “*reforma* del Estatuto” por más que ésta “sólo pueda prosperar con éxito si antes se *reforma* la

497 Francisco RUBIO LLORENTE, “Una impugnación equivocada”, El País 8-XI-2003, p. 13-14; José Antonio PORTERO MOLINA, “¿Qué van a recurrir?”, La Opinión de Coruña 9-XI-2003, p. 36; Margarita URÍA ETXEBARRÍA, “El Constitucional y el Estado preventivo de Derecho”, El País 16-XI-2003, p. 25; José Ramón RECALDE, “Formas necesarias y juegos prohibidos”, El País 10-XII-2004, p. 11-12.

498 Auto de 20 de abril de 2004, FJ 5º (“Pese a que los Acuerdos del Gobierno y del Parlamento Vascos forman parte y se integran en un mismo procedimiento *legislativo*, en concreto, son secuencias consecutivas del procedimiento de *reforma del Estatuto* de Autonomía de la Comunidad Autónoma del País Vasco...”). Las cursivas son mías.

Constitución”⁴⁹⁹, premisa que se reitera en relación con el acuerdo de la mesa⁵⁰⁰; y 3) que la reforma es materialmente equivalente (pero no formalmente) a un proceso constituyente puesto que *no hay límites materiales a la reforma constitucional*⁵⁰¹. A partir de estas premisas se arguye que los acuerdos impugnados son puros actos de trámite del procedimiento legislativo que sólo podrían recurrirse si vulneraran los derechos fundamentales⁵⁰² y que, por tanto, no son objetos idóneos del procedimiento de impugnación del art. 161.2 CE. La conclusión es que estos acuerdos sí que podrían recurrirse si vulneran derechos fundamentales (por la vía del amparo) ¡pero no pueden recurrirse si vulneran el principio constitucional que afirma el poder constituyente del pueblo español! Y, lo que es más grave: una vez que surge un

499 Auto de 20 de abril de 2004, FJ 6º (“Decir que el contenido de la “Propuesta” del Gobierno Vasco es contrario al ordenamiento vigente, no es decir nada que no pueda decirse de cualquier norma que pretenda, justamente, la *reforma* de ese ordenamiento”; “La ‘Propuesta’ impugnada se presenta de manera un tanto confusa -como alega el Abogado del Estado- como una iniciativa de *reforma* del Estatuto Vasco. Iniciativa para la que el Gobierno autonómico tiene legitimación. El hecho de que semejante iniciativa sólo pueda prosperar con éxito si antes se *reforma* la Constitución, tal y como sostiene el Abogado del Estado, no convierte a la “Propuesta” en sí (ni, por conexión, al Acuerdo que la formaliza) en una iniciativa inconstitucional.” [adviértase que esa tesis -la de la reforma- la sostiene el abogado del Estado en su escrito inicial de 13 de noviembre; pero en el escrito de alegaciones sostiene que estamos ante un proceso constituyente]; “ Las cursivas son mías.

500 Auto de 20 de abril de 2004, FJ 7º (“Es, pues, un acto de calificación y tramitación de la propuesta de iniciativa de *reforma* del Estatuto de Autonomía presentada por el Gobierno Vasco, a través del cual se da curso parlamentario a la misma, sin predeterminar en modo alguno, más allá de las decisiones que se plasman en el propio Acuerdo, el devenir y, en su caso, el resultado del procedimiento legislativo. Se trata, en definitiva, de un acto de trámite del procedimiento de *reforma* del Estatuto de Autonomía puesto en marcha con el acto de iniciativa del Gobierno Vasco...”). Las cursivas son mías.

501 Auto de 20 de abril de 2004, FJ 6º (“sentado que ‘la Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, *no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos*, ni somete el deber de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento’ (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7), la necesaria defensa jurisdiccional del ordenamiento no puede verificarse sino cuando cabe hablar propiamente de infracciones normativas, sólo susceptibles de ser causadas, obviamente, por normas, y nunca por proyectos o intenciones normativas, que, en cuanto tales, pueden tener cualquier contenido.....”). Las cursivas son mías.

502 Auto de 20 de abril de 2004, FJ 8º (“Los Acuerdos que se impugnan, como *puros actos de tramitación* insertados en un *procedimiento parlamentario*, sólo despliegan efectos ad intra de ese procedimiento en tanto éste no concluya con la aprobación de la norma que a su través pretende generarse. La eventual inconstitucionalidad de los actos parlamentarios sólo es relevante cuando concluyen con una resolución, disposición o acto que se integra en el Ordenamiento (y deberá verificarse con motivo del juicio de constitucionalidad que eventualmente se inste respecto de esa disposición, resolución o acto), o cuando, *sin finalizar el procedimiento en el que se insertan, producen una lesión inmediata de derechos fundamentales de los sujetos legitimados para participar en el procedimiento*. Aquel control se verificará por vía del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad; éste mediante el recurso de amparo.....”). Las cursivas son mías.

nuevo poder constituyente, un nuevo soberano ¿cómo puede impugnarse una decisión suya ante otro soberano distinto?

Frente al criterio de la mayoría, la minoría manifestó su disidencia mediante tres votos particulares firmados por los magistrados Jiménez de Parga, Cachón, y conjuntamente por Jiménez, García-Calvo y Rodríguez-Zapata. El presidente, Jiménez de Parga, insiste en que el parlamento vasco no tiene facultades ilimitadas para discutir cualquier propuesta, sobre todo si contradicen al poder constituyente español⁵⁰³. El magistrado Cachón Villar alega que los acuerdos recurridos son objetos idóneos de impugnación y los magistrados Jiménez, García-Calvo y Rodríguez-Zapata sostienen que en el juicio de admisión “sólo la manifiesta inexistencia de los presupuestos esenciales para la apertura del proceso puede dar lugar en esta fase del procedimiento a que se acuerde la inadmisión a trámite de la impugnación”. Tras un cuidadoso análisis concluyen que ambos acuerdos debieran ser considerados “resoluciones” y, por tanto, objeto idóneo para la impugnación.

5.B.c. La mayoría que decidió la inadmisión de la impugnación del llamado “plan Ibarreche” ha utilizado como argumento principal que lo dos acuerdos impugnados no podían ser considerados “resoluciones” en el sentido del art. 161.2 CE. Ahora bien, para determinar si son o no “resoluciones”, el Tribunal no ha tenido más remedio que hacer justamente lo que ha reprochado al Abogado del Estado. En efecto, el TC reprocha a este último que diga que “la infracción crea la resolución”. Según la mayoría del tribunal “ese modo de razonar, como ..., hace supuesto de la cuestión” ya que “lo correcto es exactamente lo contrario: sólo si previamente son resoluciones o disposiciones pueden, después, ser calificadas de infracciones constitucionales, pues el simple enunciado de una proposición contraria a la Constitución no constituye objeto de enjuiciamiento por este Tribunal”⁵⁰⁴. Ahora bien, si admitimos

503 Auto de 20 de abril de 2004, Voto Particular del magistrado Jiménez de Parga: “No todo puede discutirse libremente en un debate parlamentario en la Cámara vasca. Autonomía no es soberanía (STC 32/1981, de 28 de julio, fundamento jurídico 3). Los principios constitucionales, entre ellos la atribución de la titularidad del poder constituyente a la Nación española, vinculan y obligan a todas las instituciones, parlamentarias o de cualquier otra clase; y esto hasta que no se reforme la vigente Constitución a través de los procedimientos establecidos en su título X”.

504 Auto de 20 de abril de 2004, FJ 2º.

como hace el TC que los acuerdos impugnados forman parte del “procedimiento *legislativo*” y que el acuerdo del gobierno dando curso al plan supone una iniciativa de “*reforma* del Estatuto” ¿estamos ante simples *enunciados*? La prueba de que no son simples “enunciados” es que la propia mayoría reconoce que estos acuerdos sí que podrían recurrirse si vulnerasen derechos fundamentales (por la vía del amparo)... luego no estamos ante simples “enunciados” como quiere hacer creer la mayoría.

Por lo demás, llama poderosamente la atención que la mayoría califique los acuerdos impugnados como actos del “procedimiento *legislativo*” o de una iniciativa de “*reforma* del Estatuto”. En efecto, es extraño que el TC no quiera calificar esos actos como *constituyentes*. La explicación es que sería bastante escandaloso que se pudiera admitir que esos acuerdos pueden ser recurridos cuando vulneran “derechos fundamentales” contenidos en la Constitución y no pudiesen serlo cuando destruyesen el poder constituyente que da origen a esa misma Constitución. Tras la repetida insistencia del abogado del Estado en su escrito de alegaciones de 18 de diciembre de 2003 en que los acuerdos impugnados suponían la apertura de un proceso constituyente que destruía el poder constituyente originario de la Constitución Española resulta injustificable que el TC no haya argumentado por qué considera, en su caso, que tales actos *no tienen naturaleza constituyente*. La falta de argumentación de la mayoría en este punto proyecta sombras de incongruencia sobre el auto del TC que debilitan enormemente la decisión mayoritaria.

6. EL ESTATUTO CATALÁN DE 2006, LA NEUTRALIZACIÓN DEL ATAQUE AL PODER CONSTITUYENTE Y LAS RESOLUCIONES CONCOMITANTES

6.A. La admisión a trámite del “Plan Ibarreche” como precedente para el nuevo Estatuto catalán

6.A.a. Tras el fracaso de la impugnación del “plan Ibarreche” ante el Tribunal Constitucional por la vía del art. 161.2 de la Constitución, quedaba aún una defensa y era la parlamentaria. En efecto, el Parlamento y el gobierno vascos, por las razones

políticas que fueran, decidieron no proclamar unilateralmente el “plan Ibarreche” y lo enviaron al Congreso de los Diputados. Una vez allí, el Congreso podía haber constatado que aquel texto no era susceptible de tramitación por no ser ni una iniciativa legislativa ni una iniciativa de reforma constitucional. Pero, sin embargo, como se ha dicho, el 21 de enero de 2005, la Mesa del Congreso de los Diputados admitió a trámite la iniciativa y la calificó como “reforma de Estatuto de Autonomía”⁵⁰⁵.

El hecho de que posteriormente esa iniciativa no fuera tomada en consideración⁵⁰⁶ no resta ni un ápice de gravedad al hecho de calificar como “reforma estatutaria” a un plan de secesión que destruía la Constitución. En adelante, fuera cuál fuera lo que un Parlamento autonómico llevara a las Cortes Generales se creaba el clima político para calificarlo como “reforma estatutaria”.

6.A.b. El proyecto de nuevo Estatuto catalán sólo era comprensible a la luz de la tramitación del Plan Ibarreche. Todo lo ocurrido respecto a éste ha servido para allanar el camino de aquél. Con esos antecedentes, quedaba preparado el camino para el segundo asalto a la soberanía nacional: el proyecto de nuevo Estatuto catalán. Una vez que el Tribunal Constitucional descalificó el intento de que el Gobierno defendiera la soberanía nacional mediante la impugnación prevista en el art. 161.2 de la Constitución, nadie podría exigir al nuevo presidente que acudiera a esta vía frente al texto presentado por el Parlamento de Cataluña. Una vez que se aceptó que la aprobación de lo que materialmente era una Constitución vasca fuera calificada como “reforma estatutaria” nada impediría que el Parlamento Español diera curso al nuevo proyecto de destrucción de la Constitución: el nuevo Estatuto catalán.

La proposición de nuevo Estatuto catalán, ya en su mismo Preámbulo confesaba que pretendía “determinar *lliurement* el seu futur com a poble” de Cataluña. Es decir, a Cataluña le correspondería un derecho de libre determinación, que

505 *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados* Núm. B-149-1 de 21/01/2005 Págs. 1 y ss.

506 *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados* Núm. B-149-3 de 04/02/2005 Pág. 25.

no es sino una de las manifestaciones de un poder soberano constituyente. Ese anuncio se confirmaba en otro pasaje del Preámbulo (que ha quedado aprobado en la redacción definitiva) que hablaba del “dret *inalienable* a l’autogovern” que es tanto como decir que el poder constituyente español no podría (como hizo en otras Constituciones distintas de la de 1978) no reconocer a Cataluña un “derecho” al “autogobierno”. Ese es uno de los que el Preámbulo llama “drets nacionals de Catalunya”. Una de las manifestaciones de la soberanía es la de dotarse de una Constitución y, en efecto, la proposición de nuevo Estatuto catalán confirmaba su carácter soberanista al considerar que sigue la tradición de las “*constitucions i altres drets de Catalunya*”. Es decir, nos anuncia la vocación de “Constitución” que tiene. Este Preámbulo insistía en que el nuevo Estatuto define las relaciones “*defineix les institucions de la nació catalana i les seves relacions amb els pobles d’Espanya en un marc de lliure solidaritat amb les nacionalitats i les regions que la conformen, compatible amb el desenvolupament d’un Estat plurinacional*”. El corolario de esta afirmación no explícita, pero no por ello menos indubitada, de la *soberanía* de Cataluña es claro: por un lado, el Preámbulo afirmaba que “Catalunya és una *nació*”, mientras que España no lo es, ya que “Catalunya considera que Espanya és un *Estat plurinacional*”; por otro, y como consecuencia de esa atribución, no explícita, pero sí clara, de soberanía, se decía que “el dret català és aplicable de manera *preferent*”.

El texto propuesto del Preámbulo experimentó algunos cambios, pero en la versión definitivamente aprobada quedó la expresión que aludía al “derecho *inalienable* de Cataluña al autogobierno” (cursiva mía) y la referencia a las “*constitucions i altres drets de Catalunya*”.

Todas estas afirmaciones estaban contenidas en lo que el nuevo Estatuto llamaba (y llama) expresamente “Préambulo”. Ahora bien, el “Préambulo” es una institución propia de una Constitución, por más que el Estatuto de 1979 también incluyera un “Préambulo” aunque mucho más breve y de menor densidad política. La diferencia entre las Constituciones y las leyes en la técnica normativa es que mientras las Constituciones tienen

“Preámbulos” las leyes tienen “exposición de motivos”. En efecto, el legislador y el poder ejecutivo, son poderes constituidos y, por eso mismo, no pueden hacer todo lo que quieran. De ahí que *deban motivar* el por qué hacen una ley. Sin embargo, el poder constituyente, al ser soberano, no tiene obligación hacia nadie y, por eso, no hace una “exposición de motivos”. Antes bien, proclama solemnemente lo que hace. El Preámbulo es el texto que sintetiza las afirmaciones políticas más importantes de la parte normativa de una Constitución. Esto da al Preámbulo un valor interpretativo importante. Justamente por ello, el hecho de que las anteriores afirmaciones se contengan en un “Preámbulo” no sólo no resta gravedad a las mismas, sino que la aumenta.

Y, en efecto, la lectura de la parte dispositiva de la proposición de nuevo Estatuto confirmaba esos temores. La primera premisa explicitada en el articulado es la de que “Catalunya és una nació” (art. 1.1). Este precepto desapareció de la redacción definitiva del articulado tras introducir en el Preámbulo dos frases: que “El Parlamento de Cataluña, recogiendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña, ha definido de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación” y que “La Constitución Española, en su artículo segundo, reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad”. La otra premisa explicitada que es la de que “Los poderes de la Generalitat *emanan del pueblo de Catalunya y se ejercen* de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y la Constitución.” (art. 2.4, cursivas mías) se ha mantenido. Este artículo, quizá el más importante de todo el Estatuto diferencia claramente la titularidad y el ejercicio del poder. Y la conclusión es clara: la *titularidad* del poder emana “del *poble de Catalunya*”. Por tanto, la titularidad del poder de la Generalidad, es decir, el poder originario, está en el “poble de Catalunya” y ya no en el pueblo español, como afirma el artículo 1.2 de la Constitución Española. Ese poder, cuya titularidad es del “poble de Catalunya” *se ejerce* “d’acord amb el que estableixen *aquest Estatut i la Constitució*”. Algo que reiteraba el art. 1.2 de la proposición de Estatuto (“Catalunya exerceix el seu autogovern per mitjà d’institucions pròpies, constituïda com a comunitat autònoma *d’acord amb la Constitució i aquest Estatut*”). No tiene nada de particular porque los poderes cuya *titularidad* originaria corresponde al pueblo español también pueden ser *ejercidos*

por la Unión Europea o por otros organismos internacionales, según lo previsto en el art. 93 de la Constitución Española. Pero lo importante es que son de titularidad española y el titular del poder puede, en todo momento, decidir que se ejerzan de otra manera. El Estatuto ha afirmado la soberanía nacional del “poble de Catalunya” que aparece como *titular* del poder. Ese titular podrá determinar en el futuro que en lugar de ejercerse “de acuerdo con la Constitución y el Estatuto” se ejerzan sólo de acuerdo con este Estatuto o con otro futuro Estatuto que llegue.

6.A.c. Un autor clásico, Carl Schmitt, distinguió de forma irrefutable entre “reforma” y “destrucción” de la Constitución. Esa distinción ha sido retomada en España por el ex-presidente del Tribunal Constitucional, Manuel Jiménez de Parga, para decir que hay normas “inconstitucionales” y propuestas “anticonstitucionales”, entre las que se encuentra el proyecto de nuevo Estatuto catalán. En efecto, una ley “inconstitucional” pretende “reformular” ilegítimamente la Constitución, pero no destruye los pilares fundamentales de esa Constitución. Una ley que regule el estatuto de los funcionarios públicos sin reconocerles el derecho a la huelga puede ser “inconstitucional”, pero difícilmente se podrá decir que destruye la Constitución.

La Constitución es un edificio que está construido sobre dos pilares básicos e interconectados: la afirmación de la “Nación Española” y la atribución de su soberanía (la “soberanía nacional”) al “pueblo español” del que emanan “los poderes del Estado”. Todos los poderes del Estado. El proyecto de nuevo Estatuto catalán no es otra cosa sino una voladura de esos pilares al eliminar la “Nación Española” convertida en un “Estado plurinacional” y al considerar que existen poderes que ya no emanan del pueblo español.

El nuevo Estatuto catalán no es una reforma constitucional ilegítima. El nuevo Estatuto catalán supone la destrucción de los pilares sobre los que se asienta la Constitución Española. Y sin esos pilares, la Constitución es insostenible. Todo esto ha sido posible porque previamente se ha desactivado el mecanismo de defensa jurisdiccional del poder constituyente del pueblo de la Nación Española.

6.A.d. A pesar de que, como ocurría con el “plan Ibarreche”, la proposición de nuevo Estatuto catalán que aprobó el parlamento regional no era ni una “reforma” ni era una ley, el Congreso de los Diputados lo tramitó igual que el “plan Ibarreche” como “proposición de ley” y “propuesta de reforma de Estatuto de Autonomía”⁵⁰⁷. Eso sí, a diferencia del “plan Ibarreche” sí fue tomado en consideración⁵⁰⁸ y, finalmente, aprobado⁵⁰⁹.

El proceso estuvo repleto de irregularidades, de las cuales⁵¹⁰, no la menor fue que el referéndum de aprobación de este Estatuto fue convocado ilegalmente. En efecto, el Parlamento de Cataluña había aprobado una iniciativa legislativa tendente a que se transfiriera a la Comunidad Autónoma la competencia de autorizar la celebración de referenda⁵¹¹, pero la misma fue rechazada. Sin embargo, a pesar de ello, el referéndum celebrado entre los ciudadanos residentes en Cataluña para aprobar el nuevo Estatuto se celebró previa convocatoria de la Generalidad de Cataluña sin que constase la previa autorización del Gobierno de la Nación⁵¹².

6.B. La STC 31/2010

El nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 19 de julio de 2006. Apenas unos días después, el 31 de julio, noventa y ocho diputados del Grupo Parlamentario Popular presentaron un recurso de inconstitucionalidad contra numerosas disposiciones del mismo. Tras una accidentadísima y polémica tramitación el

507 *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados* Núm. B-210-1 de 21/10/2005 Págs. 1 ss.

508 *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados* Núm. B-210-2 de 04/11/2005 Págs. 61.

509 Como Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

510 Carlos RUIZ MIGUEL, “Los vicios de origen del proceso autonómico”, en *Teoría y Realidad Constitucional* nº 24 (2009), p. 243 ss.

511 *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados* Núm. B-12-2 de 13/02/2006 Págs. 3.

512 Decreto 170/2006, de 18 de mayo, de la Generalidad de Cataluña, por el que se somete a referéndum el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Contrasta fuertemente con el Decreto del Presidente de la Comunidad Autónoma de Andalucía 2/2007, por el que se somete a referéndum el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía que, a diferencia del Decreto catalán dice que “el Gobierno de la Nación ha autorizado la convocatoria del citado Referéndum mediante acuerdo del Consejo de Ministros del día 22 de diciembre de 2006”.

Tribunal Constitucional emitió su sentencia casi cuatro años después⁵¹³.

Entre los pasajes del nuevo Estatuto que fueron recurridos se hallan varias frases del Preámbulo (“derecho *inalienable* de Cataluña al autogobierno”; “El Parlamento de Cataluña, recogiendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña, ha definido de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación”)⁵¹⁴, y el artículo 2.4 (“Los poderes de la Generalitat *emanan del pueblo de Cataluña y se ejercen* de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y la Constitución”).

El Tribunal Constitucional no anuló ninguna de estas cláusulas y lo que hizo fue intentar buscar una “interpretación conforme con la Constitución” a las mismas con autoridad para excluir otras interpretaciones “no conformes”. Un intento, a mi juicio, tan excesivamente forzado que hace que, de hecho, el Tribunal más que “interpretar” lo que haga es una “re-elaboración” de los pasajes.

6.B.a. En primer lugar, el TC analiza la expresión «derecho inalienable de Cataluña al autogobierno» contenida en el preámbulo del Estatuto. El TC dice que puede ser conforme con la Constitución si es objeto de una interpretación sistemática en conexión con lo dispuesto en el art. 1 EAC, que dice que la constitución de Cataluña como sujeto de Derecho se hace «de acuerdo con la Constitución» y con una norma, el Estatuto de Autonomía, que le está subordinada, lo que implica naturalmente la asunción del entero universo jurídico creado por la Constitución, único en el que la Comunidad Autónoma de Cataluña encuentra, en Derecho, su sentido. En particular, supone la obviedad de que su Estatuto de Autonomía, fundamentado en la Constitución Española, hace suyo, por lógica derivación, el fundamento propio que la Constitución proclama para sí, esto es, «la indisoluble unidad de la Nación española» (art. 2 CE), al tiempo que reconoce al pueblo español como titular de la

⁵¹³ STC 31/2010, de 28 de junio de 2010 (ponente: Casas).

⁵¹⁴ Llama la atención que no fuera recurrida otra frase del Preámbulo (“La Constitución Española, en su artículo segundo, reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad”) que es notoriamente incorrecta pues basta leer el artículo 2 de la Constitución para darse cuenta que en el mismo no se menciona a Cataluña.

soberanía nacional (art. 1.2 CE) cuya voluntad se formaliza en los preceptos positivos emanados del poder constituyente. Por ello, en fin, el único sentido que cabe atribuir a la referencia del preámbulo del Estatuto al «derecho inalienable de Cataluña al autogobierno» es el de la afirmación de que tal derecho no es sino el que el art. 2 CE «reconoce y garantiza» a las «nacionalidades y regiones» que integran aquélla. Derecho constitucional, por tanto, y, en virtud de esa cualidad, inalienable, esto es, indisponible para los poderes constituidos, y sólo al alcance del poder de revisión constitucional⁵¹⁵.

A mi juicio, el hecho de que se incluyan, en un mismo texto, dos normas contradictorias (Preámbulo y art. 1 del nuevo Estatuto) no significa que las normas inconstitucionales deban ser “interpretadas” de modo “conforme” con la Constitución por el hecho de que puedan ser puestas en relación con una norma que sí es conforme. Por otro lado, esta técnica resulta incongruente porque, exactamente el mismo argumento que se ha utilizado para no anular este pasaje del Preámbulo dándole una interpretación “conforme” se podría haber utilizado para no anular otros preceptos del nuevo Estatuto catalán que sí fueron anulados.

6.B.b. En segundo lugar, también da una “interpretación conforme con la Constitución” al artículo 2.4 del Estatuto ((“Los poderes de la Generalitat *emanan del pueblo de Cataluña y se ejercen* de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y la Constitución”). El TC alega que “es obvio que, conforme al propio art. 1 EAC, la Comunidad Autónoma de Cataluña trae causa en Derecho de la Constitución Española y, con ella, de la soberanía nacional proclamada en el art. 1.2 CE, en cuyo ejercicio, su *titular*, el pueblo español, se ha dado una Constitución que se dice y quiere fundada en la unidad de la Nación española”. A su juicio, “el sentido que cabalmente merece el art. 2.4 EAC viene dado por su clara vocación prescriptiva del principio democrático como pauta para el *ejercicio* de los poderes de la Generalitat, que el precepto sujeta expresamente a la Constitución “sobre la que se erige un Estado democrático (art. 1.1 CE)- y al Estatuto”. De ahí

515 STC 30/2010 (FJ 7).

que el TC concluya, con bastante voluntarismo que “no se trata, por tanto, en el contexto del art. 2 del Estatuto, de recabar para la Generalitat de Cataluña un *fundamento* distinto del expresado en el art. 1 EAC, sino de hacer de la legitimación democrática el principio que ha de regir el ejercicio por la Comunidad Autónoma de los poderes que el Estatuto de Autonomía le confiere desde la Constitución”. El TC sigue diciendo que “el pueblo de Cataluña no es, por tanto, en el art. 2.4 EAC, sujeto jurídico que entre en competencia con el *titular* de la soberanía nacional cuyo ejercicio ha permitido la instauración de la Constitución de la que trae causa el Estatuto que ha de regir como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma de Cataluña”. El pueblo de Cataluña comprende así dice el TC “el conjunto de los ciudadanos españoles que han de ser destinatarios de las normas, disposiciones y actos en que se traduzca el *ejercicio* del poder público constituido en Generalitat de Cataluña”. Justamente por ser destinatarios de los mandatos de ese poder público, el principio constitucional democrático impone, dice el TC “que también participen, por los cauces constitucional y estatutariamente previstos, en la formación de la voluntad de los poderes de la Generalitat”. Concluye así el TC que “tal es el designio que justifica la expresión «**pueblo de Cataluña**» en el art. 2.4 EAC, por entero distinta, conceptualmente, de la que se significa en nuestro Ordenamiento con la expresión «**pueblo español**», único *titular* de la soberanía nacional que está en el origen de la Constitución y de cuantas normas derivan de ella su validez” (cursivas mías)⁵¹⁶.

Todo lo que hemos dicho al comentar el anterior pasaje declarado constitucional si resulta interpretado “conforme” con la Constitución, es reproducible en este caso donde resulta evidente que el artículo 2.4 es incompatible con el artículo 1 del nuevo Estatuto.

6.B.c. En tercer lugar, en relación con la otra frase del Preámbulo (“El Parlamento de Cataluña, recogiendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña, ha definido de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación”), el TC

516 STC 30/2010 (FJ 9).

también procede a darle una “interpretación conforme con la Constitución” para no anularla. Según el TC “las normas del Ordenamiento no pueden desconocer ni inducir al equívoco en punto a la «indisoluble unidad de la Nación española» proclamada en el art. 2 CE, pues en ningún caso pueden reclamar para sí otra legitimidad que la que resulta de la Constitución proclamada por la voluntad de esa Nación, ni pueden tampoco, al amparo de una polisemia por completo irrelevante en el contexto jurídico-constitucional que para este Tribunal es el único que debe atender, referir el término «nación» a otro sujeto que no sea el pueblo titular de la soberanía”. Por ello, prosigue el TC, “en atención al sentido terminante del art. 2 CE ha de quedar, pues, desprovista de alcance jurídico interpretativo la referida mención del preámbulo a la realidad nacional de Cataluña y a la declaración del Parlamento de Cataluña sobre la nación catalana, sin perjuicio de que en cualquier contexto que no sea el jurídico-constitucional la autorepresentación de una colectividad como una realidad nacional en sentido ideológico, histórico o cultural tenga plena cabida en el Ordenamiento democrático como expresión de una idea perfectamente legítima”⁵¹⁷.

Aquí más que una “interpretación conforme” estamos ante una escapatoria evasiva del Tribunal. Si el tribunal reconoce que en el contexto “jurídico-constitucional” español “Nación” sólo lo es la española, es evidente que la declaración del Parlamento catalán definiendo a Cataluña como “nación” tiene que ser anulada pues si una disposición inconstitucional (aunque esté en un “Preámbulo”) pudiera ser desactivada simplemente declarando que queda “desprovista de alcance jurídico interpretativo” nos encontraríamos que en el “Preámbulo” de una norma jurídica podría haber frases sin “alcance jurídico interpretativo”. La pregunta entonces sería si lo que aparece en una norma jurídico puede no tener “alcance jurídico”.

6.C. Las resoluciones anteriores y posteriores a la sentencia

6.C.a. Antes de aprobarse la sentencia del Tribunal Constitucional que desautorizaba los pronunciamientos “soberanistas” del

517 STC 30/2010 (FJ 12)

nuevo Estatuto catalán de 2006, ya era fácil advertir cuál iba a ser el veredicto del Tribunal Constitucional. Y el hecho es que antes de que TC se pronunciara sobre la constitucionalidad del nuevo Estatuto, los partidos separatistas promovieron en varios ayuntamientos la convocatoria de “consultas populares” sobre la independencia. En marzo de 2010, la Comisión de Asuntos institucionales del Parlamento catalán aprobó su resolución 631/VIII, de 3 de marzo de 2010⁵¹⁸, donde se incluye este pronunciamiento:

“El Parlamento de Cataluña:

1. *Ratifica la vigencia de la Resolución 98/III, sobre el derecho a la autodeterminación de la nación catalana, adoptada el 12 de diciembre del 1989, y de la Resolución 679/V, adoptada el 1 de octubre del 1998, de ratificación de la anterior.*
2. *Muestra reconocimiento a las consultas celebradas los días 13 de diciembre de 2009 y 28 de febrero de 2010 en más de doscientos cincuenta municipios como expresión de la voluntad de participación política de la ciudadanía en la configuración del futuro de Cataluña y en la reafirmación de su realidad nacional(...).*
3. *Anima a la sociedad civil organizada, a los electos locales y a los ciudadanos a título individual en los municipios que han de celebrar consultas los próximos días 25 de abril y 20 de junio de 2010 (...).*
4. *Se ratifica en la voluntad de utilizar todos los instrumentos jurídicos vigentes y políticos necesarios para que el pueblo de Cataluña pueda ejercer el derecho a decidir”.*

6.C.b. Después de haberse dictado la STC 31/2010, continuará el proceso de promoción de “consultas populares” insistiendo en la secesión. El Parlamento regional catalán aprobó entonces una “moción”, la Moción 6/IX, de 10 de marzo de 2011, sobre el derecho a la autodeterminación del pueblo de Cataluña y sobre el derecho de la sociedad a expresarse por medio de consultas populares⁵¹⁹, donde se dice:

518 Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya nº 657/08 (22-III-2010), p. 19.

519 Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya nº 36/09 (14-III-2011), p. 6-7.

“1. El Parlamento de Cataluña considera el derecho a la autodeterminación de los pueblos como un derecho irrenunciable del pueblo de Cataluña. Así lo ha explicitado en repetidas votaciones el Parlamento, como sede de la soberanía del pueblo de Cataluña”.

6.C.c. Posteriormente, el parlamento regional catalán aprobó una nueva resolución insistiendo en esa misma línea. La Resolución 742/IX, de 27 de septiembre, sobre la orientación política general del Gobierno⁵²⁰, incluye estas afirmaciones:

“I.2. (...) Cataluña ha de iniciar una nueva etapa basada en el derecho de decidir.

II.4. (...) El Parlamento de Cataluña proclama solemnemente, tal como ya ha hecho en otras ocasiones transcendentales, el derecho imprescriptible e inalienable de Cataluña a la autodeterminación, como expresión democrática de su soberanía como nación”.

6.C.d. Ninguna de estas declaraciones fue objeto de una impugnación al amparo del art. 161.2 de la Constitución.

7. LAS DECLARACIONES MUNICIPALES Y PARLAMENTARIA CATALANAS DE “SOBERANÍA”

7.A. A lo largo de 2012, han sido varios los Ayuntamientos de las provincias catalanas que han aprobado, sin que eso forme parte de sus competencias, mociones en las que no sólo se declara al término municipal “territorio libre y soberano” (territori català llibre i sobirà), sino que además yendo más allá de sus competencias, instan “al Parlamento de Cataluña a que, conjuntamente, con los Ayuntamientos catalanes, asuma la completa soberanía nacional del territorio del Principado de Cataluña, valorando consultar a la ciudadanía, por la vía de referéndum, e inicie el proceso para declarar y constituir el Estado catalán antes del 11 de septiembre de

520 Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya nº 390/09 (2-X-2012), p. 3.

2014”⁵²¹. Estos acuerdos o declaraciones municipales han sido impugnados en vía contencioso-administrativa por el Delegado del Gobierno en Cataluña. La primera declaración impugnada es la del Ayuntamiento de Celrà (Gerona)⁵²² y la prensa informó que, a día de 27 de enero la Abogacía del Estado había impugnado declaraciones provenientes de 28 ayuntamientos⁵²³.

7.B. En este clima político en el que los partidos separatistas aprobaron mociones en varios ayuntamientos “instando” al Parlamento catalán a asumir la “soberanía”, dicho órgano redacta una declaración de soberanía.

7.B.a. El Parlamento de Cataluña el 23 de enero de 2013 aprobó una resolución asumiendo la soberanía⁵²⁴. La resolución se aprobó con una mayoría menor de la que el propio Estatuto de Autonomía exige para su reforma. Según esta resolución “el Parlamento de Cataluña acuerda iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir de forma que los ciudadanos y las ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo, de acuerdo con los principios siguientes: Primero. El pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano”.

7.B.b. La declaración constituye un desafío directo al poder constituyente español que obligaba a actuar por medio del artículo 161.2 de la Constitución.

En primer lugar, el Gobierno, habiendo impugnado declaraciones municipales cuyo contenido esencial es similar a esta declaración

521 Uno de los casos que se puede documentar es el del Acuerdo de 19 de septiembre del Ayuntamiento de Celrà (Gerona). En este Ayuntamiento se pidió que el acuerdo fuera comunicado a varias personalidades internacionales entre las que se encontraba Bando Ki-Moon” (sic).

Cfr.: <http://www.vozbcn.com/extras/pdf/20121220celra.pdf>

522 El acuerdo del Ayuntamiento de Celrà fue impugnado ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de Gerona por el Delegado del Gobierno en Cataluña el 3 de diciembre de 2012.

523 Europa Press (27 de enero de 2013), “El Gobierno, contra las declaraciones de “territorio catalán libre” en Ayuntamientos”.

524 Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña por la que se aprueba la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña. *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya* n° 13/10 (24-I-2013), p. 3 ss.

parlamentaria, quedaría sin ninguna credibilidad en los procesos contenciosos abiertos contra los acuerdos municipales de declaración de “soberanía catalana” si no impugnara también el acuerdo parlamentario regional de declaración de “soberanía catalana”.

Además, en segundo lugar, la “Declaración” del Parlamento catalán no es una ley y ni siquiera se pretende articularse disfrazada bajo la forma de “ley” (como se hizo con el “Plan Ibarreche” o con el nuevo Estatuto catalán). Por tanto, no puede impugnarse por la vía del “recurso de inconstitucionalidad”. Además, formalmente, ni siquiera es un “acto de tramitación legislativa” que pudiera desembocar en algo con forma de “ley” que luego pudiera recurrirse por la vía del recurso de inconstitucionalidad como sucedió con el nuevo Estatuto catalán. Esto pone de manifiesto que el Gobierno en la Constitución tiene una vía, el artículo 161.2 para impugnar lo que no puede ser impugnado por ninguna otra vía.

7.B.c. Aunque la Declaración es de 23 de enero de 2013, el Consejo de Ministros tardó más de dos semanas en iniciar el procedimiento para impugnar dicha resolución. En el Consejo de Ministros de 8 de febrero, el Gobierno decide solicitar, con carácter urgente, un dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado sobre la procedencia de recurrir esta disposición ante el Tribunal Constitucional. A pesar de la urgencia de la solicitud, el Consejo de Estado tardó casi tres semanas en evacuar la consulta y el 28 de febrero de 2013 emitió su dictamen considerando que “existen fundamentos jurídicos suficientes para impugnar ante el Tribunal Constitucional según lo establecido en el artículo 161.2 de la Constitución la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña”. Este dictamen contó con dos votos particulares disidentes⁵²⁵.

525 Consejo de Estado. Expediente 147/2013. Procedencia de la impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas prevista en el artículo 161.2 de la Constitución en relación con la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña de 23 de enero de 2013 por la que se aprueba la “Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña” (28 de febrero de 2013). Los votos particulares disidentes están firmados por los consejeros Fernando Ledesma Bartret y Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón. Cfr.: http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=consejo_estado&id=2013-147

7.B.d. Finalmente, el día 8 de marzo de 2013, seis semanas después de dictarse y una semana después de recibir el dictamen del Tribunal, el Gobierno decidió impugnar la Declaración de “Soberanía” del Parlamento de Cataluña, ante el Tribunal Constitucional, siguiendo el cauce del artículo 161.2 de la Constitución. A pesar de la gravedad del asunto el Tribunal Constitucional tardó más de dos meses en decidir sobre la admisión de la demanda. A diferencia de lo ocurrido con el llamado “Plan Ibarreche” que fue inadmitido a trámite, como ya se ha comentado, alegando que era un supuesto “proyecto de ley”, aquí como ya se ha visto la “declaración de soberanía” no se ha revestido de la “forma” de un “proyecto de ley” (Plan Ibarreche) o de una “ley” (nuevo Estatuto catalán de 2006), sino que estamos ante una “resolución”. En su auto de 7 de mayo de 2003, el Tribunal Constitucional en pleno, a instancia de la sección primera del Tribunal, decidió *“Admitir a trámite la impugnación de disposiciones autonómicas (título V LOTC) promovida por el Gobierno de la Nación y, en su representación y defensa, por el Abogado del Estado, frente al Parlamento de Cataluña, en relación con la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña”*. Además, el Tribunal Constitucional decidió *“tener por invocado por el Gobierno el artículo 161.2 de la Constitución, lo que, a su tenor y conforme dispone el art. 77 LOTC, produce la suspensión de la Resolución impugnada desde el día 8 de marzo de 2013, fecha de interposición de la impugnación”*.

8. CONCLUSIÓN

Pertenece a la esencia de las cosas que un ordenamiento creado para promover el “bien común” de un pueblo sólo puede ser interpretado en un sentido que contribuya a ese bien común. Salvo que admitamos que la Constitución Española de 1978 se dictó para destruir a España, la única interpretación posible de sus cláusulas es aquella que preserve la existencia del pueblo del que nace y al que se dirige. La Constitución Española de 1978, consciente de que, como todas las normas, no puede gozar de *unanimidad*, por amplio que sea el *consenso* en el que

se apoye establece los mecanismos de defensa frente a quienes pretendan subvertir o destruir sus principios.

Los mecanismos de defensa deben adaptarse a los modos previsibles de ataque. Algunos ataques son más “previsibles” y frecuentes que otros por lo que los mecanismos de defensa están más formalizados y tienen un carácter “ordinario”. Pero la vida política se resiste a una completa formalización. La astucia del Derecho para hacer frente a la imprevisión de la política estriba en establecer mecanismos de cierre lo suficientemente abiertos como para poder hacer frente a eventualidades imprevisibles y raras. Para ello se crean mecanismos “extraordinarios”. Ciertamente, existe una concepción del Derecho que no sólo pretende reducir la política al Derecho, sino que además quiere hacerlo al Derecho “ordinario”. Pero la política existe y los factores imprevisibles existen. Por eso el Derecho establece cláusulas de cierre, extraordinarias, abiertas si no quiere abdicar de su función reguladora pero, a la vez, no quiere fracasar en su tarea estableciendo normas no idóneas a la situación tratada. Esas cláusulas de cierre, abiertas, adecuadamente interpretadas permiten combatir las situaciones extraordinarias.

El llamado “plan Ibarreche” es una situación extraordinaria, imprevisible antes de su aparición que escapa a los supuestos de hechos ordinarios, previsibles y formalizados para los que se han diseñado los mecanismos ordinarios de defensa de la Constitución. Este “plan” supone la apertura de un proceso constituyente a partir de (resolución del parlamento vasco de 1990) y para el reconocimiento de un titular de la soberanía distinto del pueblo español. Al impulsar el “plan Ibarreche” el gobierno y parlamento vascos dejan de considerarse “poderes constituídos” y convirtiéndose el parlamento vasco en un “poder constituyente”. El art. 161.2 de la Constitución es un mecanismo de defensa de la Constitución, extraordinario, abierto y flexible. Por ello, es la respuesta idónea a tipos de ataques como a la Constitución como el que supone el “plan Ibarreche”.

El siguiente paso en el proceso de destrucción de la Constitución Española, operado mediante la tramitación y aprobación del nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña sólo fue posible

porque previamente, en el caso del “plan Ibarreche” se habían desactivado las defensas de la Constitución del Estado.

El procedimiento de la impugnación de art. 161.2 CE constituye la última posibilidad de hacer frente, jurisdiccionalmente, a la situación tremenda de la emergencia de un nuevo poder constituyente mediante la destrucción de otro, una situación que como ya advirtió Hauriou es esencialmente revolucionaria⁵²⁶.. En caso de que la respuesta del 161.2 fracase, si la Constitución quiere seguir existiendo tendrá que dar una respuesta a la emergencia de ese nuevo poder constituyente, pero esa respuesta ya no podrá ser jurisdiccional porque no estaremos ante una “ley ordinaria” sino ante un acto revolucionario: el de una nueva Constitución que para nacer requiere la destrucción de la anterior.

526 Maurice HAURIOU, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, trad., estudio prel., notas y adiciones de Carlos Ruiz Del Castillo, Reus, Madrid, 1927 (2ª ed.), p. 310.



CUARTA PARTE

LAS EXPECTATIVAS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO: LOGROS Y DECEPCIONES

- X. Los derechos fundamentales en el comercio internacional.
- XI. La libertad política en la democracia electrónicamente influida
- XI. Los límites de la justicia penal internacional.



X. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

1. Cuestiones previas: 1.A Razón de ser de la idea de los derechos fundamentales. 1.B. La cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: realidad y malentendidos. 1.C. La eficacia transnacional de los derechos fundamentales. 1.D. La superación de la naturaleza subjetiva de los derechos fundamentales. 2. Los derechos fundamentales en la empresa: 2.A. El derecho de propiedad y su virtualidad en las relaciones entre particulares: la "función social" como manifestación de la naturaleza objetiva del derecho. 2.B. Límites al derecho a la libertad de empresa en las relaciones entre particulares Derecho de la competencia, Derecho del Trabajo, Derecho de consumo. 3. La responsabilidad social empresarial como superación de la dimensión económico-nacional del gobierno corporativo. El respeto de los derechos fundamentales como elemento de la responsabilidad social empresarial. 3.A. La idea de los Códigos de Conducta; 3.B. La idea de responsabilidad social en el Derecho Internacional; 3.C. La idea de responsabilidad social en el Derecho Nacional. 4. Conclusiones.

En el presente trabajo propongo la idea de que la consideración del respeto a los derechos fundamentales como un elemento de la responsabilidad social corporativa no es algo “revolucionario”, sino una consecuencia de la propia lógica de los derechos fundamentales. A este respecto, conviene analizar el origen de la idea de los derechos fundamentales con su dimensión universalista y la eficacia de los mismos en las relaciones entre particulares y en las relaciones transnacionales. A la luz de los datos de ese análisis, me propongo argumentar que el derecho de propiedad, entendido como necesario punto de partida del Derecho de la empresa, tiene límites entre los cuales pueden encontrarse, en una primera fase, la protección de los consumidores y, en un momento ulterior, la protección de los inversores y de los afectados por la actuación de las empresas.

1. CUESTIONES PREVIAS

1.A. Razón de ser de los derechos fundamentales

1.A.a. La idea de los derechos fundamentales es desconocida en la Edad Antigua y nace precisamente con la Edad Moderna. Independientemente de cuál sea la causa que da origen a la misma, lo que nos interesa poner de manifiesto es que la idea (o, si se quiere, la técnica) de los derechos fundamentales nace cuando se conjugan dos fenómenos. Uno, jurídico-técnico y otro político. Desde un punto de vista jurídico-técnico, los derechos fundamentales presuponen la noción de “derecho subjetivo”, que sólo se termina de perfilar después de la Recepción del Derecho romano al final de la Edad media. Desde un punto de vista político, los derechos fundamentales aparecen después del nacimiento del Estado moderno, esto es una forma política peculiar de organización de la comunidad política dotada de un poder político extraordinario: los derechos fundamentales son la respuesta jurídica a las amenazas planteadas por este nuevo poder político extraordinario.

Ahora bien, y sobre ello trataremos más adelante, la relación entre derechos fundamentales y Estado no se produce únicamente en el sentido indicado, pues se produce la paradoja

de que la efectividad de los derechos dependerá en última instancia del sujeto que constituye su más radical amenaza, esto es, el Estado. En definitiva, los derechos fundamentales nacen para proteger al individuo (parte débil) frente a los peligros dimanantes de una entidad poderosísima de carácter político (que no en vano, recibió el nombre de un monstruo, Leviatán) utilizando para ello precisamente la intervención de ese enorme poder. Los derechos fundamentales de la Edad Moderna, nacidos para protegerse del Estado, serán garantizados por el Estado. El Estado es así, no sólo una esfera de opresión, sino también de libertad. Esta estructura de los derechos fundamentales no debe ser perdida de vista al tratar de las nuevas técnicas.

1.A.b. Las primeras declaraciones de derechos de la historia del constitucionalismo proclaman los derechos fundamentales con una contradicción conceptual interna.

Los derechos aparecen “proclamados” con una vocación “universal” pero su concreción o garantía resulta “nacional”. Así se constata al examinar la “Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia”, de 12 de junio de 1776. Ese documento, considera en su punto primero que *“todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e iguales y tienen ciertos derechos inherentes”*⁵²⁷ o la “Declaración de derechos del hombre y del ciudadano”, de 26 de agosto de 1789 que en su artículo 1 proclama que *“los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”*⁵²⁸.

Esta tensión irá siendo progresivamente corregida y ya las enmiendas introducidas en 1791 a la Constitución norteamericana de 1787 eluden utilizar una retórica “universalista”. En esa línea se inscribirán las Constituciones del siglo XIX.

1.A.c. El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 afirmaba que en aquella sociedad en la que “la garantía de los derechos no esté asegurada y la separación de poderes determinada no tiene

⁵²⁷ “*That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights*”

⁵²⁸ “*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*”

Constitución”. Los dos elementos centrales de este tipo de Constitución ideal han evolucionado de distinto modo: mientras la separación de poderes ha tendido a flexibilizar sus exigencias más radicales complicando el esquema tradicional, la exigencia de garantía de los derechos se ha hecho cada vez más rigurosa. Esa rigurosidad se ha hecho posible porque la garantía se podía realizar “en” y “por” el Estado. El centro de gravedad sustancial de la Constitución del Estado está constituido ahora por los derechos fundamentales.

1.B. La cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: realidad y malentendidos

1.B.a. La doctrina jurídica alemana planteó el problema de si podían existir derechos fundamentales entre particulares. Se suele considerar que es Nipperdey el que defiende la posibilidad de que un instrumento dirigido a proteger al individuo contra el Estado (los derechos fundamentales) también podía ser dirigido contra otro individuo o, lo que es lo mismo, que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución también tienen eficacia en el campo del Derecho Privado⁵²⁹. Partiendo del hecho de que la técnica de los derechos fundamentales imponía determinadas obligaciones al destinatario de los mismos (los poderes públicos), se consideraba que dirigir esta técnica contra otro particular suponía cercenar la esfera de libertad del mismo⁵³⁰ y, por tanto, se producía una especie de “juego de suma cero” en el que la protección del derecho de un particular se hacía a costa de sacrificar la libertad de otro particular. Desde este planteamiento la pretensión de hacer eficaces los derechos fundamentales entre particulares se rechazaba como algo bien intencionado pero que conseguía el efecto contrario al pretendido.

1.B.b. Sin embargo, la doctrina alemana al tratar esta cuestión estaba haciendo en realidad más “jurisprudencia de conceptos” que “jurisprudencia de intereses”. Pero incluso esa “jurisprudencia de conceptos” era discutible. Y ello porque,

⁵²⁹ Hans-Carl NIPPERDEY: *Grundrechte und Privatrecht*, Scherpe, Krefeld, 1961, p. 15

⁵³⁰ Ernst FORSTHOFF: *El Estado de la sociedad industrial*, traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz, IEP, Madrid, 1975, p. 254-255, 260-261

desde los inicios mismos del pensamiento liberal, se considera que los derechos fundamentales del individuo no sólo tienen como destinatario al Estado, sino también al individuo. En la formulación clásica del pensamiento liberal, esto es, la que se debe a John Locke, queda claro que el individuo tiene tres bienes en el “estado de naturaleza” que deben ser inviolables: vida, propiedad y libertad⁵³¹. Pues bien, precisamente porque son bienes que existen en el “estado de naturaleza” y que nadie puede lesionar, son bienes que no sólo se oponen al Estado que se crea en el “estado social”, sino también a los demás individuos que viven en el “estado de naturaleza” y a los que luego comparten el “estado social”. Por lo demás, independientemente de tomar en consideración la hipótesis del “estado social”, cuando se produce la consagración legal de estos bienes no cabe duda de que la prohibición del homicidio, la esclavitud o el robo no tiene sólo como destinatarios a los poderes públicos, sino también a los demás particulares. En consecuencia, los derechos fundamentales, desde su mismo origen, también operan frente a los particulares.

1.B.c. Esta, a mi juicio, fácilmente entendible idea, se halla en cierto modo trastornada en el Derecho positivo español por una regulación de los derechos fundamentales que se presta a confusión. Mientras que el art. 9.1 CE dispone que “Los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, el art. 53.1 CE dice que “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”. Una lectura simplista consideraría que el art. 9.1 CE es una “ley general” y el 53.1 es una “ley especial” de suerte que la Constitución sólo garantizaría los derechos fundamentales frente a los poderes públicos. Sin embargo, basta la lectura de algunos de esos derechos (por ejemplo, la vida, la libertad o la propiedad) para darse cuenta que resulta absurdo considerar que la protección de la vida, la libertad o la propiedad de los individuos frente a los particulares sólo tiene su fundamento en las normas de rango legal y no en la Constitución. De hecho, la jurisprudencia constitucional ha reconocido, sin ningún

531 John LOCKE: *The second treatise on civil government*, 1690, Sect. 6^a [<http://oregonstate.edu/instruct/phl302/texts/locke/locke2/locke2nd-a.html>],

problema, la eficacia de los derechos fundamentales frente a las relaciones entre particulares. En consecuencia, se puede considerar que, desde un punto sustantivo, la Constitución reconoce que los derechos fundamentales operan tanto frente a los poderes públicos como frente a los particulares.

1.B.d. El problema se complica a la hora de considerar las vías procesales para hacer efectivo esos derechos. Y ello es así porque existe una peculiaridad procesal del Derecho Constitucional en relación con los derechos fundamentales. Según el art. 53.2 de la Constitución “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del capítulo 2 ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad” y “en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”. La lectura de este precepto no dejaba lugar a dudas. En las relaciones entre particulares, la ley es libre de establecer o no que los derechos fundamentales gozan del recurso de amparo constitucional frente a los particulares⁵³². El legislador reguló este último mecanismo (el amparo constitucional) mediante la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional excluyéndolo de las relaciones entre particulares y, en efecto, en su art. 41.2 dispone que “el recurso de amparo constitucional protege, (...) frente a las violaciones de los derechos y libertades (...) originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado (...)”.

Esta regulación quedó en la práctica anulada por una lamentable jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, a partir de la STC 78/1982 considera que es accionable en amparo constitucional una violación de derechos fundamentales entre particulares desde el momento en que el juez, al no reconocer la violación en su sentencia, se hace él mismo transgresor del derecho fundamental en cuestión. El resultado es que a pesar de lo que disponen la Constitución y la LOTC, en España, desde un punto de vista procesal, actualmente los derechos fundamentales entre particulares tienen las mismas garantías que en la relación de los particulares con los poderes públicos.

532 Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986, p. 60 ss.

1.C. La eficacia transnacional de los derechos fundamentales

Un problema adicional es de la eficacia transnacional de los derechos fundamentales. En principio, la eficacia de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución existe únicamente en el territorio del Estado cuya Constitución reconoce ese derecho. Ahora bien, los tratados internacionales, la legislación y posteriormente, la jurisprudencia, han ido ampliando el alcance territorial de esta eficacia. Aquí nuevamente la cuestión puede ser analizada desde el punto de vista sustantivo o procesal.

1.C.a. El Convenio sobre la prevención y castigo del delito de genocidio⁵³³, establece en su artículo 1 que los Estados Partes confirman que el genocidio es un crimen internacional que se comprometen a prevenir y castigar. El Derecho Español incorporó el delito de genocidio en 1971, pero eso seguía dejando abierta la cuestión de cómo articular la persecución procesal de ese crimen universal para el caso de que se cometiera fuera del territorio español. La conclusión es que sustantivamente, los instrumentos jurídicos infraconstitucionales pueden ampliar la eficacia territorial de los derechos fundamentales.

1.C.b. Procesalmente, el Derecho Español ha conocido varios desarrollos en la cuestión del genocidio. El artículo 6 del Convenio de 1948 establecía que los Estados miembros debían juzgar los delitos de genocidio que se cometieran en su territorio o por un Tribunal Internacional cuya competencia haya sido aceptada por los Estados partes. Inicialmente, el Derecho Español no creó ningún mecanismo procesal de alcance universal, pero a partir de 1985 aparecieron tres instrumentos relevantes. En 1985 aparece el primero de esos instrumentos: la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)* cuyo art. 23 de la LOPJ introduce, por primera vez en nuestra historia, el principio de jurisdicción universal para perseguir este delito. El art. 23.4 de la LOPJ de 1985 dice que “será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros

⁵³³ Convenio sobre la prevención y castigo del delito de genocidio, adoptado por la resolución 260 (III) de la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 (en adelante, Convenio sobre Genocidio)

fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse”, entre otros delitos, como “genocidio”, “terrorismo” y “torturas”. Más adelante, en el año 2002 hallamos el segundo instrumento, el *Estatuto de la Corte Penal Internacional*⁵³⁴. El Estatuto consagra el principio de complementariedad entre la jurisdicción interna con competencia universal y la jurisdicción internacional de competencia universal. En 2003, finalmente, contamos con el tercer instrumento, la *ley orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional*⁵³⁵. Esta ley consagra el principio de subsidiariedad de la jurisdicción interna española de competencia universal respecto a la jurisdicción internacional de competencia universal. La conclusión, por tanto, es que en el Derecho Español existen mecanismos procesales para garantizar la eficacia transnacional de ciertos derechos (a la protección de la vida o a la integridad física y moral y, eventualmente, los que puedan ser atacados por la comisión de actos de terrorismo: pensemos en la libertad o la propiedad).

1.D. La superación de la naturaleza subjetiva de los derechos fundamentales

1.D.a. Los derechos fundamentales son en primer lugar, derechos subjetivos. Aunque no sea este el momento de reproducir la densísima discusión acerca del concepto de derecho subjetivo, sí es conveniente intentar analizar qué concepción de derecho subjetivo se sustenta en un derecho fundamental. En este sentido creemos conveniente realizar dos consideraciones.

En primer lugar, creemos que el reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos y, en especial, su esgrimibilidad directa ante los tribunales (art. 53.1 CE), permiten considerarlos con Ihering como un interés jurídicamente protegido⁵³⁶. Los derechos

⁵³⁴ Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 y que entró en vigor, (conforme a lo dispuesto en su artículo 126) el 1 de julio de 2002, después de que España lo ratificara, por instrumento de 19 de octubre de 2000 (depositado el 25 de octubre), mediada la correspondiente autorización por la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre

⁵³⁵ Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional

⁵³⁶ (“Rechte sind rechtlich geschützte Interessen”), cfr. Rudolf von IHERING: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Benno Schwabe & Co. Verlag, Basilea, 1954 (8ª ed.), p. 339

fundamentales, en la medida en que están protegidos o garantizados gracias a su invocabilidad ante los tribunales constituyen algo más que una declaración moral y constituyen auténticos derechos subjetivos.

Ahora bien, en segundo lugar, conviene precisar que esta concepción de los derechos como derechos subjetivos no implica una sustantivización del concepto derecho subjetivo como opuesto a Derecho objetivo. De esta suerte, se pueden formular los derechos fundamentales como intereses de un sujeto, protegidos por la norma objetiva llamada Constitución; bien entendido que, de acuerdo con Kelsen, estimamos que la proposición 'alguien tiene un derecho subjetivo' significa que una norma jurídica objetiva y general (en nuestro caso, la Constitución) establece como condición previa para que los poderes públicos adopten un acto coactivo que un particular realice una manifestación de voluntad (o interés); el que, según la norma objetiva está autorizado para realizar tal manifestación de voluntad (o interés) es el titular del derecho subjetivo⁵³⁷. En definitiva, el derecho subjetivo, así concebido, no es independiente del Derecho objetivo.

De ahí que el famoso pasaje de la jurisprudencia constitucional en el que muchos autores fundamentan la tesis de la doble naturaleza (subjetiva y objetiva) de los derechos fundamentales signifique algo muy distinto de lo que generalmente se suele pensar. Cuando el Tribunal Constitucional dice que los derechos fundamentales son derechos subjetivos pero, al propio tiempo constituyen elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional⁵³⁸ está en realidad casi parafraseando a Kelsen cuando éste, al determinar cuál es su idea de derecho subjetivo afirma que lo que como derecho subjetivo se contrapone aparentemente al objetivo, acaba por ser considerado en definitiva como un elemento del orden jurídico único, y solamente definible como orden jurídico objetivo.

537 Hans KELSEN: *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1934, p. 76.

538 STC 25/1981, FJ 51

I.D.b. Si los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos significan que el individuo queda dotado de un mecanismo para reaccionar contra los ataques que, efectivamente, se produzcan contra esa su esfera, los derechos fundamentales en su dimensión objetiva tienen otro significado y funcionalidad, a saber, que la defensa de los derechos fundamentales es de interés público, y no sólo particular, y que ese interés público se halla protegido por diversos instrumentos jurídicos. En primer lugar, esta funcionalidad pública ha sido considerada en alguna ocasión como una especie de actividad de fomento sobre los derechos fundamentales⁵³⁹, y aunque quizá estemos ante algo más que una actividad de fomento, esta idea al menos nos permite una aproximación a lo que significa la dimensión objetiva. En segundo lugar, el que los derechos fundamentales sean de interés público conlleva la atribución a determinados órganos de competencias para defenderlos, incluso sin consentimiento o iniciativa del titular del derecho. En tercer lugar, el hecho de que la defensa de los derechos fundamentales sea de interés público tiene una traducción procedimental. Según Häberle, la reserva de ley entendida como reserva de procedimiento significa que los poderes públicos sólo deben realizar actividades de prestación en materia de derechos fundamentales cuando se garantice un mínimo de debido proceso⁵⁴⁰.

Häberle vincula fuertemente la dimensión procedimental a la vertiente prestacional de los derechos. Nosotros, partiendo del pensamiento del maestro, hemos sostenido que se puede ir aún más lejos: por una parte, como hemos visto, todos los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos tienen una vertiente negativa, pero también otra positiva o prestacional; por otra, la entidad de esta dimensión orgánico-procedimental no se presta a ser englobada en la idea de prestación, con todo lo que evoca (derechos positivos). En nuestra opinión, la dimensión orgánico-procedimental de los derechos significa que al objeto de

539 Carlos RUIZ MIGUEL, y Fernando A. DE ABEL VILELA: "Inactividad del legislador y activismo tardío del Tribunal Constitucional en materia televisada. Acerca de la eficacia de los derechos fundamentales", *Revista Andaluza de Administración Pública* nº 33 (1999), p. 53 ss. (p. 67).

540 Peter HÄBERLE: "Grundrechte im Leistungsstaat" (1972), reproducido en *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein, 1980, p. 163 ss. (p. 185-187).

revestir a los derechos fundamentales de una mayor protección, el ordenamiento no se contenta con atribuir al sujeto un poder de reacción ejercitable por él mismo y por su personal iniciativa (derecho subjetivo), sino que le concede una garantía adicional de tipo objetivo que se articula en torno a dos ejes: el del ataque al derecho y el de la defensa contra ese ataque. Por lo que hace al primer eje, la dimensión objetiva, se proyecta a su vez en dos momentos: en primer lugar, y precisamente porque la consideración de derechos subjetivos de los derechos fundamentales implica que el sujeto sólo puede reaccionar después de que efectivamente haya sido lesionada su esfera protegida, se trata de introducir cautelas que de modo preventivo eviten tales ataques a la esfera del derecho del sujeto; en segundo lugar, si el ataque ya se ha producido, se trata de proporcionar al individuo defensas adicionales además de las que él mismo dispone en cuanto titular de un derecho subjetivo. Por lo que se refiere al segundo eje de la dimensión objetiva, a saber, el de las técnicas para luchar contra los ataques a los derechos fundamentales (ya sea preventiva, ya sea represivamente), nos encontramos que el derecho fundamental, aparte de la figura del derecho subjetivo, se ve enriquecido por otras aportaciones, a saber, el establecimiento de determinados órganos y procedimientos cuya función es velar por el derecho en cuestión. De esta suerte, al proyectarse estas técnicas adicionales de protección sobre el momento en el que se ponen en peligro los derechos, la protección de los derechos fundamentales sale sensiblemente reforzada: por un lado, gracias a la dimensión objetiva pueden abortarse ataques a un determinado derecho fundamental aun antes de que se haya producido efectivamente la lesión del mismo, por otro lado, los que ponen en peligro un determinado derecho ya no sólo tienen que responder ante el titular del mismo, sino que además esa responsabilidad puede ser exigida ante otras instancias, de modo que si el sujeto se ve impedido (por ejemplo, por razones educativas o económicas) de reaccionar contra el ataque al derecho fundamental, éste no queda sin sanción⁵⁴¹.

541 Carlos RUIZ MIGUEL: "La naturaleza jurídica multidimensional de los derechos fundamentales", en Miguel Ángel Aparicio (coord.), *Derechos Constitucionales y Formas Políticas*, Cedecs/Diputación de Tarragona, Barcelona, 2001, p. 165-179 (p. 172 ss.).

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA EMPRESA

2.A. El derecho de propiedad y su virtualidad en las relaciones entre particulares: la “función social” como manifestación de la naturaleza objetiva del derecho

El comercio presupone, en última instancia, que existen propiedades sobre las que se llevan a cabo actos de disposición lucrativos. De ahí que un análisis del alcance de los derechos fundamentales en el comercio deba empezar por el derecho de propiedad. A este respecto, conviene recordar que no es la española la única Constitución que considera la “función social” de la propiedad. Para comprender el alcance de esta “función social”, extraordinariamente relevante para el estudio que aquí nos ocupa, es conveniente reproducir algunas consideraciones importantes hechas por el Tribunal Constitucional⁵⁴²:

“la referencia a la «función social» como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada (...) pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino

542 STC 37/1987 (FJ 2)

como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

Al filo de esta perspectiva, que es la adoptada por la Constitución, resulta oportuno hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito. Por otra parte, no cabe olvidar que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución,

(...) En este orden de cosas, hay que recordar: que el art. 128.1 de la Constitución subordina toda la riqueza del país, «en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad», al interés general; que el art. 40 impone a todos los poderes públicos la obligación de promover «las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa», así como realizar una política orientada al pleno empleo; que el art. 45 ordena a los poderes públicos para que velen «por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva»; (...) en consecuencia, que, de acuerdo con las Leyes, corresponde a los poderes públicos competentes en cada caso delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes.

(...) la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae."

2.B. Límites al derecho de libertad de empresa en las relaciones entre particulares: Derecho de la Competencia, Derecho del Trabajo y Derecho de Consumo

Una vez considerada la naturaleza no sólo subjetiva, sino también objetiva, del derecho de propiedad, conviene analizar el derecho a la libertad de empresa, que viene a ser el "derecho de propiedad en acción". El derecho a la libertad de empresa ha conocido tres grandes tipos de limitación basadas en tres tipos de relaciones: una, la relación entre propietarios de la empresa o comerciantes (Derecho de la competencia); otra, la relación de los propietarios de la empresa con los empleados de la misma (Derecho del Trabajo); y finalmente la relación de los propietarios de la empresa con los consumidores (Derecho de Consumo). Las tres relaciones tienen una doble vertiente, subjetiva y objetiva.

2.B.a. En cuanto al **Derecho de la Competencia**, su destinatario primero son, precisamente, las empresas, que gozan de una legitimación subjetiva para reclamar su cumplimiento. Ahora bien, se ha estimado con razón que las normas de la competencia mercantil ya no están exclusivamente orientadas a proteger o tutelar a los empresarios, sino que tienden también a defender los intereses de los consumidores, así como sus derechos económicos y sociales. A partir de aquí, la defensa de los consumidores, adquirirá sustantividad propia y no será ya sólo un efecto colateral positivo del Derecho de la Competencia.

El derecho de los consumidores se convierte así en un poder que en una economía de mercado que debe equilibrarse con el principio de libertad de empresa⁵⁴³.

2.B.b. El Derecho del Trabajo constituye un ámbito donde la doble dimensión de los derechos adquiere mayor visibilidad. Las normas protectoras de los trabajadores no sólo adquieren eficacia cuando el sujeto (el trabajador) activa la defensa de su propio interés jurídicamente protegido. Allí donde existe un Derecho del Trabajo también existe un servicio público de Inspección de Trabajo que se encarga, en nombre del interés público, de hacer respetar las normas protectoras de los trabajadores, incluso aunque éstos no hayan activado por sí mismos los mecanismos de defensa de sus propios intereses.

2.B.c. Al tratar del Derecho del Consumo se ha dicho, con razón, que los consumidores, aquellos a los que la producción es destinada, están en situación de inferioridad ante las empresas, tanto en lo que concierne a la reparación de los daños causados, como en lo que se refiere a la prevención⁵⁴⁴. Igual que ocurría cuando aparece el Estado frente al individuo, nos encontramos ante una situación de desigualdad donde existe una parte débil a la que busca proteger el Derecho. Pero esta protección se ofrece a partir del siglo XX, cuando la naturaleza de los derechos fundamentales se ha enriquecido sumándose a su dimensión subjetiva la de tipo objetivo. De este modo, el derecho del consumidor no sólo quedará configurado como un derecho subjetivo, sino que contará también con una vertiente objetiva que busca prevenir eventuales lesiones al consumidor y que facilitar la reparación de las mismas.

La argumentación para atribuir derechos a los consumidores evoca poderosamente la argumentación que referimos al principio de este trabajo para explicar la aparición de los derechos fundamentales. Por ello, se ha podido decir que actualmente los planteamientos tradicionales de la tensión entre sociedad y

543 Manuel BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 157-158.

544 Waldirio BULGARELLI: "El Derecho del Consumidor", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* n° 145-150 (1992), p. 255 ss. (p. 255-256).

Estado han cambiado de sesgo. Ahora, ante un Estado cada vez más débil, la sociedad, regida por la *lex mercatoria*, se presenta como el gran peligro para los derechos fundamentales. De ahí que se produzca la paradoja de que en el llamado “tiempo de los derechos” sea cuando los derechos fundamentales encuentran más dificultades para encontrar un lugar en el espacio donde se desarrolla la vida de los hombres, un espacio que quizá se halle, precisamente, en el Estado⁵⁴⁵.

3. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL COMO SUPERACIÓN DE LA DIMENSIÓN ECONÓMICO-NACIONAL DEL GOBIERNO CORPORATIVO. EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

3.A. La idea de los Códigos de Conducta

De acuerdo con la teoría clásica, el mercado puede proporcionar efectos benéficos para la sociedad al mismo tiempo que proporciona lucro a los que actúan en él. La utilidad y la libertad son factores que favorecen el compromiso social de una empresa.

Por un lado, se ha subrayado que tanto si se examina la cuestión desde el punto de vista de los accionistas, como si se hace desde la perspectiva de otros actores interesados en la vida de la empresa, se llega a la conclusión de que la atención de los intereses sociales es de gran utilidad para la empresa, aunque la importancia de esa utilidad varíe en los diferentes enfoques⁵⁴⁶.

Por otro lado, la libertad de empresa permite ofrecer a los accionistas o clientes de la misma, productos en cuya gestación se hayan respetado unas determinadas exigencias éticas. El “comercio justo” puede darse, y de hecho se da, en el libre mercado entre quienes libremente se adhieren a esos determinados

545 Pedro DE VEGA GARCÍA: “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, en Miguel Carbonell (ed), *Derechos fundamentales y Estado*, UNAM, México, 2002, p. 687 ss. (p. 707).

546 Elena F. PÉREZ CARRILLO: “Corporate governance: shareholders’ interests and other stakeholders’ interests”, *Corporate Ownership and Control* vol. 4 (2007), p. 96 ss. (p. 97-98).

principios éticos. Los casos de fondos de inversión “religiosos” (cristianos o musulmanes) son el ejemplo más claro de ello. En estos casos, la empresa, libremente, se autolimita su ámbito de actuación mediante el establecimiento de determinados “códigos de conducta” controlados por órganos de vigilancia elegidos por la propia empresa.

Un sector doctrinal ha creído poder ver una evolución en los “códigos de conducta” libremente adoptados por las empresas”. Se habla así de “cinco generaciones de códigos de conducta”. Nos encontraríamos, pues, con unos códigos de conducta de “primera generación” dirigidos a evitar conflictos de interés entre la empresa y sus empleados. Habría, después unos códigos de “segunda generación” en los que se quiere evitar que las empresas (sobre todo, en un país extranjero) puedan conseguir contratos mediante el empleo de sobornos y otras prácticas de corrupción que no sólo perjudican la imagen de la empresa sino también la del país que alberga su sede. Se habla también de unos códigos de “tercera generación” que tratan de garantizar a los empleados de la empresa unos derechos laborales mínimos, sea cual sea el país donde se halla la factoría. Los códigos de “cuarta generación” por su parte, se focalizan en el respeto del medio ambiente y, finalmente, los códigos de “quinta generación” pretenden evitar la actividad de la empresa en países que violan los derechos humanos y el Estado de Derecho⁵⁴⁷.

Estos códigos de “quinta generación” son los más relevantes para nuestro estudio por cuanto buscan hacer efectiva la responsabilidad en el ámbito de los derechos humanos y el Estado de Derecho (en sentido amplio, *rule of Law*) fuera del territorio nacional. El argumento que lleva a aprobar estos códigos es que las reglas jurídicas actuales, por cuanto limitan la responsabilidad de las empresas al cumplimiento del Derecho en vigor, no se perciben como suficientes para el caso de los países con gobiernos granujas (*rogue States*). Por ello, se espera que las empresas que operan en estos países no respondan sólo ante

547 Errol P. MENDES & Jeffrey A. CLARK: *The five generations of corporate codes of conduct and their impact on corporate social responsibility*, Human Rights Research and Education Centre, University of Ottawa, 1996 [<http://www.cdp-hrc.uottawa.ca/eng/publication/centre/five.php>]

estos gobiernos corruptos, sino también ante los ciudadanos de esos países en los que hacen negocios y ante toda la comunidad internacional. Los códigos de “quinta generación” tienen, pues, una doble proyección: el respeto de los derechos humanos y el respeto al Estado de Derecho⁵⁴⁸.

En cuanto a los derechos humanos, parece estar claro que la responsabilidad social corporativa se puede hacer efectiva, en primer lugar, considerando un criterio objetivo, como es el del respeto de los estándares internacionalmente reconocidos (sería el caso de los derechos humanos consagrados en los convenios internacionales) y, en segundo lugar, llevando a cabo consultas con los grupos afectados por la actividad de la empresa.

En cuanto al Estado de Derecho en su sentido amplio (*rule of Law*) se considera que la responsabilidad social corporativa tiene dos vertientes.

En primer lugar, se hace efectiva tomando en consideración un criterio objetivo, el respeto del Derecho Internacional Público. De esta suerte, el Derecho Internacional Público reconoce que cada Estado tiene un derecho soberano para explotar sus propios recursos. Ello, evidentemente, excluye la explotación de los recursos de territorios ocupados. Ejemplos de esto los encontramos en las empresas que invierten o comercian en el Sáhara Occidental ocupado por Marruecos⁵⁴⁹ o en los territorios palestinos ocupados por Israel.

La otra vertiente afecta al supuesto en que un determinado gobierno acceda al poder mediante un golpe de Estado o medios violentos que suponen la falta de respeto a las reglas del Derecho para determinar el gobierno de ese Estado.

En todos estos casos, parece cada día más evidente que la actividad comercial de una empresa en uno de estos países sólo sirve para reforzar la posición del Estado o gobierno

548 MENDES & CLARK, *op. cit.*

549 Raphaël FISERA: “A People vs. Corporations? Self-determination, Natural Resources and Transnational Corporations in Western Sahara”, en *Anuario de acción humanitaria y derechos humanos/Yearbook of humanitarian action and human rights*, Nº 2 (2005), p. 15 ss. (*in toto*).

“granuja”. Por ello, parece razonable pensar que la empresa que hace negocios con un Estado o gobierno de este tipo en esas situaciones se hace cómplice de las violaciones de los derechos humanos, del Derecho Internacional o del propio Derecho Constitucional de ese Estado.

Desde un punto de vista sustantivo, parece claro que los llamados por Mendes y Clark códigos de conducta de “quinta generación”, constituyen el horizonte deseable en materia de responsabilidad social corporativa. Ahora bien, como estos mismos autores indican, el problema de estos “códigos de conducta” es su aplicabilidad. Los códigos de conducta, basados en el principio de voluntariedad, no pueden sustituir las legislaciones nacionales, comunitarias e internacionales ni las normas de obligado cumplimiento: estas garantizan niveles mínimos aplicables a todos, mientras que los códigos de conducta y otras iniciativas voluntarias sólo pueden completarlas y fomentar la introducción de niveles de protección más elevados por parte de quienes las suscriben⁵⁵⁰.

3.B. La responsabilidad social empresarial en el Derecho Internacional.

En Derecho Internacional, (a) se ha defendido la posibilidad de articular una responsabilidad de la empresa que actúa en conexión o dependencia directa de un Estado. Pero la idea de una responsabilidad “internacional” autónoma de la empresa (b) se empezó a desarrollar en el ámbito del Derecho de la descolonización y trata de tener un desarrollo sustantivo propio (c) en el ámbito del Derecho Internacional y en ámbitos como (d) el del Derecho Europeo.

3.B.a. Con carácter general, el Derecho contempla la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad de las empresas por violación de los derechos fundamentales en tres supuestos, atribuyendo la responsabilidad al Estado: en primer lugar, cuando la empresa que viola los derechos humanos está

⁵⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA: Libro verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, Bruselas, 18.7.2001 [COM(2001) 366 final, p. 15.

habilitada por el Estado para ejercer elementos de autoridad pública; en segundo lugar, cuando la empresa actúa siguiendo instrucciones o se halla bajo el control del Estado; en tercer lugar, cuando el Estado, ayudando a la actividad empresarial es cómplice de la comisión de un ilícito internacional por otro Estado o por la empresa misma⁵⁵¹.

3.B.b. La idea de la responsabilidad internacional de las empresas, aunque no actúen bajo dependencia o conexión directa de los Estados nace en los años sesenta del pasado siglo al calor del *Derecho de la Descolonización* y la lucha contra el régimen del Apartheid. En efecto, en el intento de perpetuar su dominación, fueron varios los regímenes coloniales que invitaron a empresas privadas a invertir en los territorios colonizados con un doble objetivo: por un lado, crear una riqueza de la que también se beneficiaría la potencia colonial y, por otro, intentar que las empresas presionen a sus Estados para impedir la descolonización. Quizás la primera muestra de “*soft law*” en este sentido es una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas que, ya en 1966, “condena las actividades de aquellos intereses financieros y económicos extranjeros en territorios coloniales”⁵⁵². El Derecho de la Descolonización hasta hoy mismo, mantiene esta doctrina⁵⁵³.

3.B.c. Esta idea de responsabilidad social nacida en el ámbito de la descolonización se ha intentado trasladar al ámbito global de las relaciones comerciales. Este intento adquirió un especial impulso en los años noventa, cuando se aceleró el proceso de globalización. La iniciativa se ha articulado en torno al “Pacto Mundial” que trata de articular una asociación entre Estados y empresas privadas en el respeto de las ideas

551 Robert McCORQUODALE and Penelope SIMONS: “Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law”, en *Modern Law Review*, vol. 70 (2007), p. 598 ss. (p. 606 ss.).

552 A/RES/2189, de 13 de diciembre de 1966.

553 A/RES/66/83, de 9 de diciembre de 2011. Esta resolución proclama que:

“4. Reafirma su preocupación acerca de cualquier actividad encaminada a explotar los recursos naturales que constituyen el patrimonio de los pueblos de los Territorios no autónomos, incluidas las poblaciones autóctonas, del Caribe, el Pacífico y otras regiones, y a explotar sus recursos humanos, en detrimento de sus intereses y en forma tal que prive a esos pueblos de su derecho a disponer de esos recursos;

5. Reafirma la necesidad de evitar cualquier actividad económica o de otro tipo que afecte negativamente a los intereses de los pueblos de los Territorios no autónomos”

que vertebran la responsabilidad social empresarial. El antecedente del “Pacto Mundial” se halla en el discurso de 31 de enero de 1999 del Secretario General de Naciones Unidas en el foro económico mundial de Davos en el que propuso a los dirigentes empresariales del mundo un “que hicieran suyos y pusieran en práctica un conjunto de principios universales dentro de su ámbito de influencia en los campos de los derechos humanos, las normas laborales y el medio ambiente”. Ese conjunto de nueve principios es el núcleo del “Pacto Mundial”. Posteriormente el Secretario General presentó esta idea ante la Organización de Naciones Unidas en un informe a la Asamblea General del año 2000⁵⁵⁴ y la idea fue incorporada en una resolución de la Asamblea General del año 2000 conocida como “Declaración del Milenio” en la que se ofrecía “al sector privado, las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil en general más oportunidades de contribuir al logro de las metas y los programas de la Organización”⁵⁵⁵. En un informe de 2001, el Secretario General de Naciones Unidas desarrolló la idea del “Pacto Mundial”⁵⁵⁶. La Asamblea General alentó la iniciativa del Secretario General⁵⁵⁷. Ahora bien, este sistema se caracteriza por dos notas que lo debilitan. En primer lugar, es un sistema voluntario; y, en segundo lugar, en caso de divergencia entre la empresa y los defensores de determinados intereses sociales no existe un mecanismo neutral e independiente para solucionar el conflicto. El mecanismo alienta el “diálogo” entre empresas e intereses sociales, pero no prevé mecanismos para el supuesto de que el diálogo no concluya con acuerdos.

El 13 de agosto de 2003, la Subcomisión de Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos aprobó unas “Normas sobre responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas de negocios en relación con los derechos humanos”⁵⁵⁸. Esta Subcomisión, compuesta por expertos, no por representantes de los Estados, era el principal órgano subsidiario de la “Comisión de Derechos Humanos”, que era un órgano creado por el “Consejo Económico y Social” de Naciones Unidas que

554 A/54/2000, de 27 de marzo de 2000.

555 A/RES/55/2, de 13 de septiembre de 2000

556 A/56/323, de 28 de agosto de 2001.

557 A/RES/56/76, de 24 de enero de 2002.

558 U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/L.11 at 52 (2003).

existió hasta 2006, fecha en la que fue sustituido por el “Consejo de Derechos Humanos” creado por la Asamblea General. Ahora bien, las “Normas” aprobadas por esa Subcomisión no sólo no se han convertido en un tratado internacional, sino que ni siquiera han llegado a aprobarse como “Resolución” de ningún órgano del sistema de Naciones Unidas. En el marco de la discusión lanzada en torno a esas “normas” se creó la figura del “Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas”, cargo que recayó en John Ruggie. Desaparecida la “Comisión de Derechos Humanos” este “Representante Especial” pasó a convertirse en interlocutor del “Consejo de Derechos Humanos”. Ruggie, tras numerosos estudios y consultas, presentó en 2011 un documento titulado “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”⁵⁵⁹. Estos “Principios” no se han convertido aún en una Resolución o un tratado internacional.

3.B.d. La Unión Europea ha hecho tímidos intentos para dar una eficacia transnacional a los derechos fundamentales.

En 2005, la UE ha propuesto una tímida vía para intentar dar eficacia práctica a estos “códigos de conducta”. Así lo ha hecho en la directiva de 2005 sobre prácticas comerciales desleales⁵⁶⁰. Según dispone el art. 6.2.b de la directiva: *“También se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga: (...) b) el incumplimiento por parte del comerciante de compromisos incluidos en códigos de conducta que aquél se haya obligado a respetar, siempre y cuando: i) el compromiso no remita a una aspiración u objetivo sino que sea firme y pueda ser verificado, y ii) el comerciante indique en una práctica comercial que está vinculado por el código”*. Se trata, sin duda, de un paso

559 Anexo a A/HRC/17/31, de 31 de marzo de 2011.

560 Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica «Directiva sobre las prácticas comerciales desleales».

adelante, aunque la exigencia de que el propio comerciante indique en una práctica comercial que está vinculado por su propio código sigue dejando en manos de éste la decisión de respetar o no los derechos humanos o el Estado de Derecho.

En 2007 se aprobó un reglamento europeo sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (conocido como “Roma II”) que, sin embargo, excluye de su ámbito de aplicación “las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación”⁵⁶¹.

3.C. La idea de responsabilidad social en el Derecho Nacional

La idea de códigos de Conducta voluntarios parece insuficiente y el Derecho Internacional sigue mostrando claras insuficiencias en la cuestión de la responsabilidad de las empresas que, sin la antedicha conexión con el Estado de la sede, violan los derechos humanos y el Estado de Derecho. En este contexto parece que sólo la legislación nacional parece capacitada para ampliar la eficacia territorial de los derechos fundamentales. Conocemos el caso de los derechos a la protección de la vida y la integridad física cuya protección universal, sustantiva y procesal está bien garantizada, aunque estos derechos tienen escasa o nula conexión con la actividad mercantil. La cuestión sería el cómo ampliar la eficacia transnacional de otros derechos que puedan tener una mayor conexión con la actividad mercantil.

3.C.a. En cuanto a España la responsabilidad social empresarial tiene escasa presencia jurídica.

Quizás la primera aparición de esta idea sea en 2006. Entonces, ciertamente que más bien a título de buenos propósitos, se incluyó en el artículo 45.5 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio) que dispone que *“La Generalitat debe favorecer el desarrollo de la actividad empresarial y el espíritu emprendedor teniendo en cuenta la*

⁵⁶¹ Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), DOCE L 199 (31 de julio 2007). Este reglamento ha entrado en vigor en 2011.

responsabilidad social de la empresa, la libre iniciativa y las condiciones de competencia". Este artículo, que se incluye en el capítulo V del Título I ("principios rectores"), no tiene eficacia directa. Por lo demás, fue recurrido, junto al resto del Título I, por el Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional, pero el Tribunal Constitucional lo declaró conforme con la Constitución por entender que se trata de una norma de fines que no establece una obligación de medios al legislador y no resulta judicialmente exigible⁵⁶².

El segundo caso, algo más relevante, es la ley de la región de Extremadura de 2010⁵⁶³. Esta ley prevé un sistema público de calificación de empresas como "socialmente responsables". Sin embargo, es un sistema aplicable sólo a las que "integración voluntaria en su gobierno y gestión, en su estrategia, y en sus políticas y procedimientos, los valores y códigos éticos de las preocupaciones sociales, laborales, medioambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparente con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que derivan de sus acciones" (art. 2 de la ley).

⁵⁶² La sentencia que resuelve el recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo (STC 137/2010, de 16 de diciembre) contra determinados preceptos del nuevo Estatuto catalán se remite a la doctrina sentada en la resolución que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 99 diputados del Grupo Popular (STC 31/2010, de 28 de junio) contra dicho nuevo Estatuto. Esta última resolución, a su vez, se remite a la doctrina establecida en la sentencia que resuelve un recurso de inconstitucionalidad resuelto contra la reforma del Estatuto valenciano de 2005: "Este tipo de derechos estatutarios, que no son derechos subjetivos sino mandatos a los poderes públicos (STC 247/2007, FFJJ 13 a 15), operan técnicamente como pautas (prescriptivas o directivas, según los casos) para el ejercicio de las competencias autonómicas" (STC 31/2010, FJ 17). La STC 247/2007 dejó claro que este tipo de "derechos" de los ciudadanos contenidos en los Estatutos, sin cobertura expresa en la Constitución, no son auténticos derechos fundamentales: "en el ámbito de lo dispuesto por el art. 147.2 d) CE, los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por ello, cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos, tales prescripciones estatutarias han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos, que, aunque les vinculen, sólo pueden tener la eficacia antes señalada (...) En conclusión, los Estatutos de Autonomía, que en el ámbito institucional del contenido estatutario pueden establecer derechos subjetivos por sí mismos, en el ámbito de atribución competencial requieren de la colaboración del legislador autonómico, de tal manera que las prescripciones estatutarias relativas a este último ámbito, cualquiera que sea el modo literal en que se enuncian, han de entenderse, según antes se acaba de decir, como mandatos, orientaciones u objetivos, dirigidos a los poderes públicos autonómicos para el ejercicio de competencias que el Estatuto atribuya" (FJ 15).

⁵⁶³ Ley 15/2010, de 9 de diciembre, de responsabilidad social empresarial en Extremadura.

3.C.b. De momento, podemos decir que son los EE.UU. donde se han dado pasos muy importantes en este terreno, tanto en relación a la eficacia transnacional de los derechos en general, como respecto a algún derecho en especial. Sin embargo, una reciente jurisprudencia lo haya limitado.

3.C.b.I. Con carácter general, encontramos en la legislación norteamericana la “*Alien Torts Claims Act*” o “*Alien Tort Statute*” (ATS)⁵⁶⁴. Esta ley que se dictó en 1789 (dos años antes de aprobarse las enmiendas a la Constitución que incorporaban derechos fundamentales), como parte de la *Judiciary Act*, estuvo cerca de dos siglos en estado cuasi-vegetativo, hasta que se reactivó en 1980⁵⁶⁵. La ley permite que cualquier ciudadano extranjero demande a una persona estadounidense por el daño causado en violación del Derecho Internacional o de un Tratado. (“*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States*”). El caso puede surgir cuando una empresa norteamericana se establece en un tercer Estado que haya ratificado tratados internacionales sobre derechos humanos. La aplicación de esta ley no tuvo éxito en un caso del año 2000 contra Shell por violaciones de derechos humanos en Nigeria⁵⁶⁶; pero sí en otro de 2002, relacionado con Birmania y la empresa petrolífera norteamericana UNOCAL (más tarde adquirida por Chevron)⁵⁶⁷. Los demandantes, 15 campesinos birmanos que permanecen anónimos para proteger su seguridad, utilizaron esta ley para alegar que el demandado, UNOCAL, encargó a soldados birmanos la protección de uno de sus oleoductos a sabiendas que estos soldados cometían asesinatos, violaciones e imponían trabajos forzosos. En el citado caso el tribunal concluyó que UNOCAL “tenía o debería haber tenido conocimiento de que los militares cometieron, estaban cometiendo y continuarían cometiendo estos actos atroces”. Igualmente, UNOCAL sabía que las empresas tailandesas con las que se había asociado para sus actividades utilizaban mano de obra forzada, una modalidad moderna de la esclavitud que

564 Alien Tort Statute, conocida también como “Alien Torts Claims Act” (28 USC 1350).

565 Filártiga v. Peña-Irala, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980)

566 Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co, F.3d, 2d Cir. 2000

567 Doe v. UNOCAL (9th Cir. 2002)

viola los derechos humanos⁵⁶⁸. No obstante, cabe señalar que en esta ley se mantiene una idea del derecho fundamental como “derecho subjetivo” únicamente. No estamos aún, con todas las dificultades que ello conlleva (como se vio en el caso UNOCAL), ante un caso donde quien no es directamente perjudicado pueda demandar a la empresa infractora. Es decir, en esta ley no se considera la naturaleza objetiva que también tienen o pueden tener los derechos fundamentales.

Sin embargo, el desarrollo que ha conocido esta ley de 1789 parece haberse truncado con la decisión del Tribunal Supremo en un importante caso resuelto el 17 de abril de 2013. En el importante caso *Kiobel v. Shell*, el Tribunal estimó que

“la presunción contra la extraterritorialidad (de las normas) se extiende a las reclamaciones al amparo de la ATS y nada en esta ley desvirtúa esa presunción. (...) y queda excluido el caso presentado por los demandantes buscando reparación para las violaciones de Derecho Internacional ocurridas fuera de los Estados Unidos.

De acuerdo con los hechos, la actuación relevante ha tenido lugar íntegramente fuera de los Estados Unidos. E incluso cuando las demandas recaen o afectan al territorio de los Estados Unidos, deben hacerlo con suficiente fuerza como para desplazar la presunción contraria a la aplicación extraterritorial. (...). Las empresas están a menudo presentes en muchos países y sería ir demasiado lejos decir que basta una mera presencia de la empresa (en los Estados Unidos para poderla demandar). Si el Congreso quisiera determinar otra cosa, se habría requerido una ley más específica que la ATS”⁵⁶⁹.

Esta sentencia se argumenta sobre la idea de que la ATS, se aprueba sobre la presunción de que las leyes no son extraterritoriales, una presunción difícil de justificar en el

568 Véase al respecto el trabajo de Mireia MARTÍNEZ BARRABÉS: “La responsabilidad de las corporaciones por violación de los derechos humanos: un análisis del caso UNOCAL”, en Victoria Abellán Honrubia y Jordi Bonet Pérez (dirs.), *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 219 ss.

569 *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. ____ (2013),

texto de la ley. De esta suerte, el TS dificulta que empresas que no sean norteamericanas, pero tienen establecimientos en Estados Unidos, puedan ser demandadas en los Estados Unidos por hechos ocurridos fuera del territorio de este país. Sin embargo, parece que sigue siendo posible demandar a una empresa con sede en los Estados Unidos por hechos contrarios al Derecho Internacional (y, por tanto, contrarios a los tratados sobre derechos humanos ratificados por los Estados Unidos) ocurridos fuera del territorio norteamericano. Por ello, a pesar de la limitación introducida en el caso *Kiobel*, el modelo de la ATS parece idóneo para que los diferentes Estados exijan a sus empresas el respeto de los derechos humanos.

3.C.b.II. Con carácter especial, en relación con el derecho a la libertad religiosa se dictó en los Estados Unidos de América una ley sobre la libertad religiosa en el plano internacional⁵⁷⁰. Esta ley parte del hecho de la creciente importancia de las empresas transnacionales como actores globales y su potencial para proveer de un liderazgo positivo en materia de derechos humanos en los países en los que actúan [sección 701 (a)]. A partir de ahí, la legislación norteamericana establece que las empresas transnacionales, especialmente las que operan en países que cometen o permiten violaciones de la libertad religiosa (según se hubiera establecido en el “Informe Anual” sobre libertad religiosa del Departamento de Estado) deben adoptar “códigos de conducta”. En estos códigos, en primer lugar, debe asegurarse la libertad religiosa de sus empleados, sea cual sea el país en el que se empleen y, en segundo lugar, que las creencias religiosas del empleado de esta corporación de ningún modo afectarán a su status en el seno de la empresa.

4. CONCLUSIONES

El análisis del papel de los derechos fundamentales en la responsabilidad social corporativa debe partir de cinco premisas teóricas. En primer lugar, la razón de ser de los derechos fundamentales es la de proteger al individuo cuando

⁵⁷⁰ International Religious Freedom Act” de 1998’ (22 USC 73)

se halla en una posición de debilidad en una relación jurídica desequilibrada. En segundo lugar, los derechos fundamentales nacen con vocación de universalidad, aunque su garantía sólo pueda ser nacional. En tercer lugar, pese a lo que algunos autores han sostenido, los derechos fundamentales tienen ahora, y siempre han tenido, eficacia en las relaciones entre particulares. En cuarto lugar, la eficacia territorial de los derechos fundamentales, limitada al territorio del Estado, está conociendo una ampliación al ámbito supranacional respecto de algunos derechos. En quinto lugar, se asiste a una modificación de la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales que dejan de ser exclusivamente derechos subjetivos para adquirir una dimensión objetiva que facilita la prevención de ciertos ataques y la reparación de las eventuales lesiones.

A partir de estas premisas, el examen de la cuestión nos lleva a concluir que, en primer lugar, el derecho de propiedad, que está en la base de la empresa, tiene una dimensión objetiva (la "función social") que legitima la pretensión de que la propiedad persiga otros intereses además del lucro. En segundo lugar, la libertad de empresa tiene ya reconocidos varios límites, en concreto, el Derecho de la Competencia, el Derecho del Trabajo y el Derecho de Consumo que operan en el ámbito nacional. En tercer lugar, la idea de responsabilidad social corporativa tiene su verdadera virtualidad en la aplicación transnacional de las ideas de derechos humanos y Estado de Derecho. En cuarto lugar, hay que considerar que la técnica de los códigos de conducta es insuficiente y que el Derecho Internacional Público ha proporcionado insuficientes mecanismos para garantizar el respeto de los derechos humanos por las empresas en su actividad transnacional, por lo que sigue siendo el marco del Estado el más eficaz para garantizar que las empresas con sede en el mismo respeten los derechos humanos también cuando actúen fuera de él.

XI. LA LIBERTAD POLÍTICA EN LA DEMOCRACIA ELECTRÓNICAMENTE INFLUIDA.

- 1. “Democracia electrónica” o “democracia electrónicamente influida”.*
- 2. Democracia y elecciones.*
- 3. Las TICs y los nuevos instrumentos electrónicos de la democracia.*
- 4. Los efectos de las TICs sobre la democracia.*
- 5. Problemas pendientes.*

La progresiva presencia de las TICs ha suscitado el debate de su impacto en el sistema democrático. En este breve escrito, tras distinguir previamente, primero, entre “democracia electrónica” y “democracia electrónicamente influida”; y, segundo, entre “democracia” y “elecciones”, se quieren argumentar dos tesis básicas: primero, que contra lo que cree Echevarría, más correcto que hablar de la aparición de una nueva dimensión (la llamada “democracia electrónica”), hay que hablar de un espacio clásico de la democracia apoyado en nuevos instrumentos; y, segundo, que, contra lo que opinan Sartori y, sobre todo, Sunstein, las TIC’s, lejos de empobrecerla, contribuyen a mejorar sustancialmente la calidad de nuestra democracia. Para concluir, conviene no obstante dejar señalados algunos problemas pendientes.

1. “DEMOCRACIA ELECTRÓNICA” O “DEMOCRACIA ELECTRÓNICAMENTE INFLUIDA”

1.A. La fascinación que irremediablemente suscita un fenómeno tan nuevo, potente y fascinante como el que representan las TIC's no es extraño que haya inducido a muchos en caer en la tentación de abandonar las categorías clásicas para desarrollar una “nueva” teoría sobre una “nueva” realidad. Son varios los trabajos que se deslizaron por esta vía. De acuerdo con la misma, las TIC's inauguraban un “nuevo” espacio vital distinto del espacio en el que hasta ahora se desarrollaba.

El autor quizá más significativo en defensa de esta tesis es Javier Echevarría. En su obra defiende que las TIC's anuncian la nueva organización a escala planetaria: la ciudad digital, que Javier Echeverría ha denominado *Telépolis* y que constituye el indicador de la aparición de lo que él llama el «tercer entorno». Este nuevo entorno él lo define como un espacio social, desconocido todavía en el presente y que se distingue tanto del “primer entorno” (la naturaleza), cuanto del “segundo entorno” (la ciudad). A diferencia de los anteriores, el “tercer entorno” es reticular, virtual, inestable, heterogénea, transnacional y global, entre un amplio abanico de características que el autor expone con sumo detalle. Y partiendo de la tesis de que las TIC's crean un espacio nuevo desconocido hasta ahora, procede a examinar las condiciones necesarias para democratizar ese tercer entorno que, lejos de ser un espacio democrático, como ingenuamente se tiende a pensar, él lo considera comparable, desde el punto de vista de su estructura económica y de poder, con un Estado social de corte neofeudal, dominado por las empresas transnacionales de servicios, esos teleseñores o «señores del aire». Por ello en su obra postula unos mecanismos para la democratización progresiva de este nuevo espacio social⁵⁷¹.

La consecuencia de este enfoque es que, cuando hablamos de las TIC's, tanto el “análisis” como la “construcción” de la democracia se hacen para un fenómeno distinto de la democracia clásica. La “democracia electrónica”, por tanto, no sería la profundización

571 Javier ECHEVARRÍA: *Telépolis: los señores del aire y el tercer entorno*, Destino, Barcelona, 1999.

de la democracia, sino la creación de una democracia en una dimensión distinta a las hasta ahora existentes. Las TIC's, por tanto, no tendrían una incidencia relevante en los problemas de la democracia de la ciudad hasta ahora existente.

1.B. Frente a la anterior se opone una tesis más realista, menos llevada por las tentaciones de la ciencia ficción. De acuerdo con la misma, la aparición de las TIC's no produce un espacio "nuevo" (ese "tercer entorno" o esa "democracia electrónica"), sino que influye en el modo de tratar con un espacio ya existente: la democracia clásica⁵⁷². Desde esta perspectiva, no se pretende que las TIC's puedan tener una relevancia semejante a la que supuso la "revolución del Neolítico" y que, en última instancia explica el paso entre el "primer entorno" (la naturaleza) y el "segundo entorno" (la ciudad) que sólo el Neolítico hace posible. Lejos de pretender que las TIC's van a posibilitar un abandono de la "ciudad" por una nueva "forma de vida electrónica", de momento al menos, se argumenta que las TIC's lo que sí hacen es influir de modo poderoso en nuestro actual entorno vital. Nuestras relaciones económicas y nuestras relaciones políticas, por tanto, no van a ser nuevos, aunque puedan verse influidas por las TIC's. En efecto, económicamente quizá ahora se compren por internet los billetes de avión pero se sigue viajando en un aparato mecánico llamado avión movido por combustibles fósiles. Y en política ocurre algo parecido. La pregunta, por tanto, es cómo va a influir en nuestras relaciones económicas o políticas la aparición de las TIC's porque el hecho innegable es que, políticamente, la democracia no va a dejar de estar influida por estas nuevas tecnologías.

2. DEMOCRACIA Y ELECCIONES

Lecturas "procedimentales" de la democracia y, muy en especial, las patrocinadas por Joseph Schumpeter y Karl Popper, han

⁵⁷² Lorenzo COTINO HUESO: "De qué hablamos cuando hablamos de democracia y participación electrónicas", en Javier Plaza Penadés (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICS)*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 43 ss. (p. 51). Aunque este autor acepta la expresión "democracia electrónica" a la que nosotros atribuimos otro sentido, su comprensión del fenómeno de las TICS en relación con la democracia coincide con el que aquí se defiende.

contribuido al reduccionismo de entender que la “democracia” se reduce a “elecciones”. De acuerdo con la concepción procedimental de la democracia de Joseph Schumpeter la democracia puede ser mejor entendida si en lugar de un “sistema” la concebimos como un “método” de “competición” en elecciones⁵⁷³. En un sentido parecido, pero inverso, Popper concibe la democracia como el modo de “deshacerse del gobierno sin derramamiento de sangre por medio de una votación”⁵⁷⁴.

Esta lectura “procedimental” ha sido en parte corregida por un autor que sigue la senda de Schumpeter, si bien introduciendo importantes matices. Se trata de Dahl, para quien, es cierto, la “democracia” es un “procedimiento” consistente en la celebración de “elecciones” libres, periódicas y competitivas, pero ello no basta pues se requiere que, además se garantice, entre otras cosas, que los ciudadanos gozan del derecho de libertad de expresión, que tienen acceso a diversas fuentes de información y que tienen derecho a formar asociaciones políticas que procuran influir en el gobierno rivalizando en las elecciones⁵⁷⁵. Dahl, de esta forma, reconduce la idea de democracia a la teoría clásica del liberalismo y del parlamentarismo que considera que “lo esencial del parlamento es la deliberación pública del argumento y contraargumento”. Según Guizot, para garantizar en este sistema el predominio del derecho, se precisa que: 1) que “los *pouvoirs* estén siempre obligados a discutir, buscando así, entre todos, la verdad”, 2) “que la publicidad de toda la vida estatal sitúe a los *pouvoirs* bajo el control de los ciudadanos”; y 3) “que la libertad de prensa induzca a los ciudadanos a buscar la verdad por sí mismos, comunicándosela al poder”. En este sistema, la verdad se genera a partir de la libre competencia de opiniones⁵⁷⁶.

573 Joseph Alois SCHUMPETER: *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper & Row, Nueva York, 1942 [hay trad. española], p. 269 [la democracia es un método que consiste en un “institutional arrangement for arriving at political decisions in which individuals acquire the power to decide by means of a competitive struggle for the people’s vote”]. Cfr. de Schumpeter también “Two concepts of democracy”, en Quinton A. (Ed.), *Political Philosophy*, Oxford University Press, 1978, pp. 153-188.

574 Karl R. POPPER: “Apuntes a la teoría de la democracia”, *El País* 8-VIII-1987. Desde su obra *La sociedad abierta y sus enemigos* (1945) Popper defiende tesis parecidas pero en ese artículo es donde mejor sintetiza su pensamiento sobre la democracia.

575 Robert Alan DAHL: *La poliarquía: participación y oposición*, trad. de Julio Moreno San Martín, Tecnos, Madrid, 1989 (1ª ed. Americana, 1971).

576 Cit. por Carl SCHMITT: “Situación histórico-espiritual del parlamentarismo de hoy”, en *Sobre el parlamentarismo*, trad. de Thies Nelsson y Rosa Grueso, Tecnos, Madrid, 1990 (1ª ed. Alemana, 1926), p. 43 y 46.

La democracia, por tanto, es algo más que la celebración de elecciones o el ejercicio del derecho al voto. La democracia presupone el derecho a la libertad de expresión de ideas y opiniones y la libertad de recibir y emitir información. Es decir, presupone una “opinión pública”. Del mismo modo que la democracia clásica es algo más que elecciones, aquí consideraremos que el estudio del impacto de las TICS en la democracia es algo más que el estudio del “voto electrónico”.

3. LAS TICS Y LOS NUEVOS INSTRUMENTOS ELECTRÓNICOS DE LA DEMOCRACIA

La aparición de las TICS ha multiplicado los instrumentos electrónicos que inciden en la democracia. Si dejamos al margen el “voto electrónico” con toda su complejidad, estos instrumentos son los siguientes.

1) El *correo electrónico*

El correo electrónico suele ser considerado como un instrumento de comunicación de la intimidad, pero también tiene una virtualidad pública. El correo electrónico, por tanto, no constituye necesariamente un “espacio privado” y puede ser considerado también un “espacio público”. Por un lado, porque es un vehículo de transmisión de documentos públicos⁵⁷⁷; por otro, porque es un instrumento para el intercambio de informaciones y opiniones. Es más, en este último sentido, aunque como instrumento pueda parecer modesto, su importancia puede ser considerable en ciertos contextos. Así, por ejemplo, en países que aplican la censura en el acceso a determinadas páginas web, el correo electrónico permite copiar las informaciones de las páginas censuradas y permitir una difusión de los contenidos que se pretenden vetar.

2) Los “*grupos de noticias*”

Los “grupos de noticias” multiplican el impacto del correo electrónico. Las técnicas del “grupo de noticias” permiten

⁵⁷⁷ La sentencia de 19 de mayo de 2005, de la Audiencia Provincial de Baleares es ilustrativa sobre este punto.

que un correo electrónico pueda llegar automáticamente a todas las direcciones abonadas al grupo. Si el correo electrónico, como se vio antes, más allá de su virtualidad “privada” tiene un alcance “público”, gracias a los “grupos de noticias” incrementa esa faceta “pública” o “política”. Estos grupos, mediante la respuesta igual de “colectiva” al mensaje inicial contribuyen a la discusión pública. La emisión de estos mensajes a los miembros de la lista no puede ser censurada en tanto el individuo forme parte de la misma.

Los grupos de noticias pueden ser unidireccionales o multidireccionales. En efecto, en el primer caso, sólo el “moderador” del grupo de noticias puede enviar a todas las direcciones de la lista aquella información o idea que considere oportuna. En el segundo caso, todos los miembros del grupo pueden enviar al resto los mensajes que tengan por convenientes

3) *Foros de discusión*

Los “foros de discusión” permiten la transmisión de informaciones u opiniones pero de un modo diferente. Mientras en los “grupos de noticias” hay un destinatario cierto y limitado de esa información u opinión, en un “foro de discusión” existe un destinatario incierto pero en principio ilimitado. En efecto, la información o la opinión se cuelgan en una determinada página web donde todos tienen la posibilidad de acceder (sin que ello nos dé la certeza de que alguien vaya, efectivamente, a acceder). En la medida en que los que acceden a esa información u opinión quieran discutir el contenido publicado, se abre un espacio de intercambio de ideas y datos. Dado que los “foros de discusión” son creados en alguna página, el dueño de ésta mantiene ciertos poderes para, en su caso, borrar ciertos mensajes una vez ya publicados.

4) *Las páginas web*

Las páginas web, un instrumento ya clásico, permiten almacenar cualquier cualquier tipo de mensaje (ideas o informaciones) en cualquier tipo de formato (texto, audio, imágenes), con un destinatario incierto pero ilimitado. En

efecto, el hecho de colgar un determinado tipo de mensaje no garantiza que el mismo vaya a ser leído efectivamente por nadie, pero el hecho de estar colgado en la red permite que cualquiera pueda leerlo si no media la censura de un Estado.

5) Las *bitácoras* o *blogs*

Las bitácoras o blogs constituyen una nueva forma de comunicación que mezcla elementos de un “foro de discusión” y de una “página web”.

Lo que define una bitácora es que, en primer lugar, el dueño de la misma puede transmitir una información o una idea a una página web donde queda almacenada con las mismas consecuencias que las de cualquier otra página web, a saber, que el acceso a la misma es incierto (no se sabe quien accederá) pero ilimitado (puede acceder cualquiera en cualquier momento). Las posibilidades son mucho mayores que en un “foro de discusión” porque en el foro el transmisor de la información o la idea puede no ser el dueño de la página que alberga el foro y, en consecuencia, puede tener que padecer la retirada de su contribución por obra del dueño del foro. Aquí, en una bitácora, la empresa que ofrece albergar una bitácora deliberadamente se abstiene de controlar el contenido de la misma con lo cual la posibilidad de que permanezca nuestro mensaje es mucho mayor.

Pero si lo anterior aproxima la bitácora a la “página web”, aquí concurre otro elemento que no aparece en una página web y que da un gran dinamismo a las bitácoras. Ese elemento es la posibilidad de que cualquier sujeto introduzca sus comentarios a la publicación hecha por el dueño de la bitácora, bien entendido que éste mantiene, como el dueño de un foro de discusión, el poder de retirar aquellos mensajes que estime inconvenientes.

Junto a estos instrumentos “técnicos”, existen algunos instrumentos como los “boletines de noticias” o “revistas de prensa” (*newsletter*) que, siendo de producción electrónica, no tienen un modo único de distribución y pueden utilizar para su

difusión varias de los instrumentos que hemos reseñado más arriba. Así, en primer lugar, un “boletín” puede ser distribuido por “correo electrónico” (a una serie de direcciones que el remitente tenga en su cuenta de correo). También, en segundo lugar, puede ser distribuido por un “grupo de noticias”, generalmente unidireccional (siendo el “moderador” quien envía el boletín de noticias a la lista). Es más improbable que un boletín de noticias se difunda en un “foro de discusión” o en una “bitácora”, si bien entre el “boletín” y estos dos instrumentos existe una interacción: es posible que alguna noticia o comentario del boletín haya sido extraída del foro o de la bitácora y es igualmente posible que noticias de otra fuente contenidas en un boletín aparezcan reproducidos en un foro o en una bitácora. Finalmente, la relación entre el “boletín” y la página web también puede ser de mutua interacción: por un lado, porque las informaciones u opiniones del “boletín” muy probablemente hayan sido extraídas de una página web; pero por otro lado, porque el “boletín”, una vez elaborado, puede quedar publicado en una página web convirtiéndose, a su vez, en una página de consulta.

4. LOS EFECTOS DE LAS TICS SOBRE LA DEMOCRACIA

La siguiente cuestión que debemos plantearnos es cómo pueden afectar estos instrumentos a la democracia. Las opiniones son divergentes a este respecto.

4.A. La tesis más crítica respecto a los efectos que las TICS pueden tener en la democracia es la de Sunstein, que lleva a sus últimas consecuencias algunas ideas previamente expuestas por Sartori.

Sartori, al formular sus reflexiones sobre las posibilidades de los medios audiovisuales tanto para informar como para crear o contribuir a transmitir la opinión pública, termina considerando que la televisión no es un instrumento idóneo para ese menester. La televisión es reduccionista y produce “subinformación” (con transmisión de mensajes extremadamente resumidos y simplistas) o “desinformación”. De esta suerte, “mientras la

realidad se complica (...) las mentes se simplifican y nosotros estamos cuidando a un video-niño que no crece, un adulto que se configura para toda la vida como un niño recurrente (...) Nos encontramos ante un demos debilitado, no solo en su capacidad de tener una opinión autónoma sino también en clave de pérdida de comunidad". El demos debilitado de Sartori lo está no sólo en su capacidad de entender, sino también en su pérdida del sentido de comunidad. Se crea, de este modo, una "multitud solitaria", una "soledad electrónica", dirigida por los que tienen el poder televisivo. Se anula el valor del medio como instrumento democrático. La sociedad deriva entonces hacia una era de "post-pensamiento", de pérdida de la capacidad de pensar⁵⁷⁸. Sartori no profundiza en la cuestión de internet, pero sus palabras tienen también un tono pesimista. Ahora bien, Sartori pasa por alto que mientras la televisión no es un medio interactivo, internet (y las TICS) sí lo son.

Sobre esta estela, Sunstein se aplica a analizar, no la televisión, sino Internet (las TICS, en definitiva) para concluir que también constituyen una amenaza para la democracia. Internet, a su juicio, conduce a una fragmentación del discurso político. Sunstein considera que internet ahonda la tendencia hacia la "individualización" o "personalización" del sistema de comunicaciones, de suerte que ofrece los instrumentos para que cada individuo se conecte sólo con páginas, informaciones u opiniones que responden a un prejuicio. Internet, de esta forma, aumentaría la posibilidad de "privatizar" el espacio público y, en lugar de ahondar en las posibilidades de lo que podríamos llamar una "comunidad universal comunicativa", da facilidades a lo que podríamos llamar "comunidad sectaria comunicativa". De ahí que para evitar estos riesgos proponga medidas como "códigos de conducta" en los que los actores se comprometan a enlazar sus páginas con las de sus adversarios⁵⁷⁹.

578 Giovanni SARTORI: *Homo videns. La sociedad teledirigida*, traducción de Ana Díaz Soler, Madrid, Taurus, 1998 (1ª ed. 1987), p. 130.

579 Cass R. SUNSTEIN: *República.com: internet, democracia y libertad*, trad. de Paula García Segura, Paidós, Barcelona, 2003 (1ª ed. Norteamericana, 2001).

A nuestro juicio, sin embargo, los temores de Sunstein son infundados. Internet no potencia el sectarismo más allá de lo que lo puedan hacer los medios actuales. Hoy en día, sin duda, existen individuos que ven una sólo televisión, escuchan una sólo radio y leen un sólo periódico, sin que los dueños de esa televisión, esa radio o ese periódico se molesten en aludir a las informaciones o ideas de los competidores. Las TICS, por tanto, no crean un nuevo problema que no existiera antes. Pero no sólo es que no sea cierto que las TICS sean la causa de los temores de Sunstein: es que precisamente permiten lo contrario. Por correo electrónico es posible transmitir al “adversario” informaciones u opiniones aparecidas en medios que él no consultaría; en las bitácoras es posible que cualquiera introduzca un comentario a una entrada principal en la que se incluyan enlaces, informaciones u opiniones opuestas a las del autor de esa entrada principal. Por tanto, también desde la perspectiva de la discusión de las posiciones enfrentadas las TICS hacen una contribución relevante a la democracia.

4.B. A nuestro juicio, las TICS contribuyen a una mejora sustancial de la democracia existente. Son tres las razones que, en mi opinión, sustentan esta opinión: la mayor facilidad para el pluralismo, la potenciación de la memoria y el suministro de información especializada.

a) Mayores facilidades para el *pluralismo*.

Veámos antes que la doctrina clásica del parlamentarismo democrático considera que la verdad se genera a partir de la libre competencia de opiniones, de suerte que, a mayor número de opiniones, mayor competencia entre ellas y a mayor competencia entre ellas, mayor probabilidad de llegar a la verdad de las cosas. Si se admite esta premisa, es indudable que cuantos más medios de comunicación existan en un sistema, mayor calidad democrática tendrá el mismo.

Antes de la aparición de las TICS, las corrientes críticas frente al parlamentarismo argumentaban que “el poder económico sobre la prensa y los partidos” constituía una “estafa cometida contra una voluntad del pueblo

inadecuadamente formada”⁵⁸⁰. Ciertamente, la crítica no estaba exenta de razón. Si la “verdad” dependía de la “competencia” de opiniones, la verdad quedaba seriamente amenazada desde el momento en que no todas las opiniones llegaban a los medios. Y, en efecto, los propietarios de los medios basaban su poder en la posibilidad de hacer llegar al público determinadas opiniones e impedir que llegaran otras. Ese poder terrible, que hipotecaba la democracia, era difícil de remover pues el lanzamiento de un periódico, de una radio o de una televisión exigía miles de millones de las antiguas pesetas que, como es obvio, no resultaban fáciles de obtener. Una radio de alcance nacional exigía la posesión de un número amplio de “postes” que se obtienen por concesión administrativa entre quienes cumplan ciertos requisitos que, generalmente, son quienes ya tienen otros postes de radio. Una televisión exige cantidades formidables de dinero. Y lo mismo un periódico. En este contexto, el pluralismo, lejos de aumentar, cada vez era menor.

La aparición de las TICS ha invertido radicalmente este proceso. La razón es muy simple. Se puede hacer un medio de comunicación de carácter nacional con una inversión que, sin exagerar, supone menos de una centésima parte de la que sería necesaria para montar un periódico “de papel”, una “radio” o una “televisión”. Si analizáramos las “ratios” de coste de los medios líderes “pre-TICS” (“El País” en prensa, “SER” en radio y “Antena 3” en televisión) con los medios exclusivamente electrónicos líderes “post-TICS” (“Libertad Digital”) quedaríamos asombrados. Esta disminución de costes, general en todas las TICS, es aún incluso mayor en el caso de algunos instrumentos como las bitácoras. El efecto es que en algunas regiones, como Cataluña, donde no era posible encontrar medios de comunicación divergentes del discurso “políticamente correcto” (“nacionalista catalán”, en suma), han surgido alternativas electrónicas (el blog de Arcadi Espada, por ejemplo). La conclusión es inequívoca: las TICS han producido un aumento espectacular del pluralismo. Y, por

580 SCHMITT: “Situación histórico-espiritual del parlamentarismo de hoy”, cit., p. 37.

tanto, han contribuido a la mejora sustancial del sistema democrático⁵⁸¹.

b) Potenciación de la *memoria*.

La democracia no sólo exige una “pluralidad” de “opiniones” tanto más factible cuantos más medios haya para difundirlas. La democracia exige también contar con amplia “información” para que el ciudadano pueda tomar adecuadamente sus decisiones políticas. Esas decisiones políticas, como hemos visto, deben estar adecuadamente formadas e informadas, no sólo para “elegir” a los dirigentes (Schumpeter), sino también, en su caso, para “destituir” sin derramamiento de sangre a los gobernantes (Popper). Precisamente frente a las simplificaciones que nos vienen dadas por la televisión (medio, recordemos, no interactivo), las TICS ofrecen una información completa que el individuo puede contrastar y buscar. La enorme capacidad de almacenamiento de información de las TICS, agregada a los potentes buscadores (con Google a la cabeza) introduce un escenario inimaginable en la era de la televisión. Ahora, el ciudadano de modo fácil, rápido y barato puede encontrar declaraciones de los dirigentes políticos hechas antes de las elecciones y que, en la era pre-TICS, o tendría que haber guardado él en su videoteca particular o en sus carpetas personales de recortes de prensa. Esta posibilidad de recordar lo que los políticos dijeron en su momento otorga al ciudadano un poder formidable frente a los intentos de engaño por parte de los poderosos. El trabajo de “hemeroteca” para hacer un seguimiento de los actores políticos, que por la dificultad, lentitud y altos costes que conllevaba sólo era factible para muy pocos, ahora, puede ser hecho por cualquier ciudadano ya que es fácil, rápido y barato gracias a la combinación de los dos elementos citados (capacidad de almacenamiento electrónico y buscadores). La “memoria” cívica se ve apoyada en las TICS, multiplicando de modo espectacular su

581 El poderoso empresario de la comunicación Rupert Murdoch ha demostrado ser consciente del fenómeno. En su opinión “estamos en el amanecer de una nueva era de la información” en relación al vertiginoso crecimiento de internet y, en particular de los blogs y páginas personales de periodistas y líderes de opinión. Murdoch advirtió la ascendente “democratización” en la generación y el envío de noticias que es la semilla de una “revolución” que “no debe ser subestimada” (*El Mundo*, 19 de marzo de 2006, página 68).

alcance. De esta forma, los poderosos se hallan sometidos a un escrutinio mucho más riguroso. Y, consecuentemente, la aprobación o censura de sus actuaciones por parte de los ciudadanos es una decisión tomada con mejor conocimiento de causa.

c) Suministro de información *especializada*.

Como se ha dicho, Sartori denunciaba a la televisión porque, en un mundo cada día más complejo, “simplificaba” la información y las opiniones. Las TICS, sin embargo, lejos de simplificar, permiten disponer de todas las informaciones y opiniones en niveles de elaboración muy diferenciados. A menudo el mismo periodista o investigador ofrece sus productos en la red con grados de elaboración diversos: desde el producto más simplificado para conseguir una mayor audiencia, hasta el producto más complejo destinado al público más especializado. El hecho es que las TICS ofrecen a todos la posibilidad de acceder a contenidos que varían desde las revistas científicas especializadas a boletines simplificados de noticias. Aunque un proveedor de contenidos pretenda “simplificar”, “subinformar” o “desinformar” no podrá evitar que, por medio de las TICS el individuo reciba (vía correo electrónico, por ejemplo) o acuda a otras fuentes. Las posibilidades de obtención de información especializada son, por tanto, muy superiores a las que nunca han existido.

5. PROBLEMAS PENDIENTES

El panorama descrito ofrece, sin ninguna duda a mi entender, base para afirmar que las TICS han producido una mejora sustancial de nuestra democracia. Esta conclusión, claramente optimista, no debe hacernos olvidar que este desarrollo de las TICS ha dejado algunos problemas sin resolver. Básicamente, esos problemas afectan al “estatuto” y a los “derechos” del periodista y al derecho de rectificación.

5.A. El Estatuto y los *derechos del periodista* en España no están claramente definidos porque giran en torno a unos

derechos que son derechos de todos los ciudadanos. Ahora bien, aunque inicialmente la jurisprudencia constitucional no hacía distinciones en el ejercicio de estos derechos entre “ciudadanos” y “periodistas”⁵⁸², a partir de un momento dado introduce un giro en su jurisprudencia estimando que las libertades de la comunicación del art. 20 CE no despliegan la misma eficacia cuando son ejercidas por periodistas o por medios “normales” y “regulares” que cuando son ejercidas por ciudadanos no periodistas en medios “anormales” o “irregulares”⁵⁸³. Esta doctrina que tuvo defensores, también ha tenido detractores⁵⁸⁴. La “simetría” o “interacción” y la “generalización” que llevan consigo las TICS plantean el problema en toda su crudeza. Y la cuestión no sólo se suscita por el alcance de las genéricas libertades de expresión o información, sino también por un derecho más concreto como el “secreto profesional”. Porque, o bien se estima que estas libertades son iguales para todos los ciudadanos, o bien hay que ampliar el concepto de “periodista” con todas las dificultades de definición que ello conlleva para incluir figuras nuevas como las del individuo que elabora un “boletín de noticias” (*newsletter*) o una bitácora (*blog*).

5.B. Igualmente, el *derecho de rectificación* está necesitado de una clarificación. La legislación vigente en España (LO 2/1984) está redactada con la suficiente vaguedad como para incluir las informaciones difundidas por medio de las TICS. Así, se atribuye a “toda persona, natural o jurídica”, el “derecho a rectificar la información difundida” por “cualquier medio de comunicación social” (art. 1). No conocemos casos en los que se haya cuestionado la extensión de este derecho a las TICS, pero sin duda conviene disipar cualquier duda que pudiera haber sobre la aplicación de este derecho a cualquiera de los nuevos instrumentos que las TICS ofrecen para enriquecer la democracia.

582 STC 6/1981 (FJ 4º).

583 SSTC 165/1987 (FJ 10º); 51/1989 (FJ 3º); 105/1990 (FJ 4º), y otras posteriores.

584 A favor de esta diferente eficacia: Teodoro GONZÁLEZ BALLESTEROS: “La genérica libertad de expresión y la específica libertad de información”, *Cuenta y Razón* nº 44-45 (1989), p. 41 ss. En contra de la misma y crítico con la jurisprudencia constitucional: Carlos RUIZ MIGUEL: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 253.

XII. LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

1. Presupuestos conceptuales para un estudio de la justicia penal internacional. 1.A. La idea de los derechos humanos; 1.B. La idea de justicia internacional: 1.B.a. Justicia internacional para Estados; 1.B.b. Justicia internacional para las personas. 2. Antecedentes: los tribunales de justicia penal internacional con un objeto "nacional". 3. El establecimiento de un sistema de justicia penal internacional con un objeto "internacional": sus límites. 3.A. Límites de la credibilidad del órgano: estatuto del personal del tribunal: 3.A.a. Nombramiento de los jueces; 3.A.b. Responsabilidad; 3.B. Límites de la credibilidad del procedimiento: 3.B.a. El monopolio de la acción por el Fiscal; 3.B.b. El poder del Consejo de Seguridad de suspender el procedimiento ante el TPI; 3.B.c. La indefinición entre un modelo concentrado o difuso de justicia penal internacional; 3.C. Límites de la eficacia del sistema: 3.A.a. Un sistema multilateral, vaciable provisionalmente por vía unilateral; 3.A.b. Un sistema multilateral vaciable por vía bilateral; 3.A.c. Un sistema multilateral, vaciable por vía multilateral (el Consejo de Seguridad y el caso Omar Bachir). 4. Conclusión.

Quienes tienen el noble afán de luchar por la justicia en la tierra, se hallan ilusionados por la idea de que la misma pueda llevarse a cabo por un tribunal internacional. Se aspira por algunos a llevar al plano internacional las conquistas en defensa de los derechos fundamentales conseguidas en el plano nacional. Se habla así por algunos autores de “constitucionalismo global” (Ferrajoli)⁵⁸⁵ o de “constitucionalismo universal” (Zagrebelsky)⁵⁸⁶. Pero ese noble afán corre el serio riesgo de ser defraudado, primero, por crear más expectativas de las que el ordenamiento puede satisfacer y, segundo, por la posibilidad de ser instrumentalizado para evitar, precisamente, que en muchos casos se haga justicia.

En este trabajo me propongo argumentar que la búsqueda del respeto de los derechos humanos a través de la justicia penal internacional constituye un desarrollo lógico, pero paradójicamente, insuficiente de la propia idea de los derechos humanos. Esa insuficiencia se halla agravada, a mi juicio, por el modo en el que se ha establecido la justicia penal internacional a través del Estatuto de Roma del año 2000.

Para desarrollar esta tesis, en primer lugar, trataré de los presupuestos conceptuales necesarios para hablar de una justicia penal internacional (1) que son, en primer lugar, la idea de derechos humanos (1.A.) y la idea de justicia internacional (1.B) que se ha desarrollado a lo largo del siglo XX, primero para hacer justicia a los Estados (1.B.a) y, después, para hacer justicia a las personas (1.B.b). A continuación, hablaré, brevemente, de los antecedentes del actual sistema de justicia penal internacional (2) que son tribunales para establecer una justicia penal “internacional” pero cuyo objeto era sólo “nacional”. Expuesto lo anterior, entraré ya en el objeto central de esta exposición, el establecimiento de un sistema de justicia penal

585 Luigi FERRAJOLI: “Más allá de la soberanía y de la ciudadanía: un constitucionalismo global”, traducción del inglés de Gerardo Pisarello, *Isonomía*, n.º 9 (1998), pp. 173 ss. (p. 178) [publicado inicialmente en Richard Bellamy (ed.), *Constitutionalism, democracy and sovereignty*, Avebury, 1996]. Disponible en internet: http://bib.cervantesvirtual.com/vlet/SirveObras/12504985356703728543657/isonomia09/isonomia09_10.pdf [último acceso, 27-IV-2012].

586 Gustavo ZAGREBELSKY: “El juez constitucional en el siglo XXI”, traducción de Eduardo Ferrer-McGregor, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10 (2008), p. 249 ss.(p. 257, 263). Disponible en internet: http://www.iidpc.org/revistas/10/pdf/265_283.pdf [último acceso, 27-IV-2012].

internacional con un objeto, esta vez sí, “internacional” (3) y aquí me referiré a algunos elementos, a mi juicio importantes, que limitan la credibilidad y la eficacia del sistema. Así, en primer lugar, argumentaré que el estatuto del personal que compone el tribunal presenta deficiencias que hacen cuestionable su credibilidad (3.A); en segundo lugar, expondré que ciertos aspectos del procedimiento establecido presentan fallos de credibilidad (3.B), un de ellos es el monopolio de la acción atribuido al Fiscal (y al Consejo de Seguridad), otro la facultad del Consejo de Seguridad de suspender un procedimiento seguido ante el Tribunal y otro la falta de definición del modelo que permite una ambigüedad entre la posibilidad de que el tribunal internacional asuma el monopolio del procedimiento o que los tribunales nacionales puedan cooperar en el enjuiciamiento; y, en tercer lugar, argumentaré que las carencias demostradas en la práctica de algún caso importante, ponen de manifiesto los límites de la eficacia de la justicia penal internacional. Concluiré (4) expresando mis dudas sobre el modelo de justicia penal internacional actualmente establecido.

1. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES PARA EL ESTUDIO DE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

La justicia penal internacional persigue, fundamentalmente, dotar de una garantía procesal penal internacional a los derechos humanos. Por ello, antes de examinar la cuestión de la justicia penal internacional y sus eventuales límites, resulta necesario examinar las dos ideas que constituyen el presupuesto conceptual de la misma: por un lado, la idea de derechos humanos y, por otro, la idea de justicia internacional.

1.A. La idea de los derechos humanos.

1.A.a. En cuanto idea “política”, la idea de los derechos humanos nace como una idea universal bajo la influencia de la doctrina del “Derecho Natural”, pero en su plasmación “jurídica” desde finales del siglo XVIII en adelante esa idea se va a concretar progresivamente con un alcance nacional hasta que a partir de la mitad del siglo XX se produzca, nuevamente, un desarrollo

en dirección universal. Conviene aclarar, antes de continuar, que cuando hablamos aquí de “derechos humanos” dejamos de lado la discusión teórica acerca de una eventual distinción entre “libertades” y “derechos” pudiéndose relacionar los primeros con lo que Georg Jellinek llamaba el “*status libertatis*” y los segundos con lo que el citado autor denominaba el “*status civitatis*” Recordemos a este respecto que para Jellinek, el “*status libertatis*” significaba un status “negativo”, proporcionado por el hecho de ser ciudadano, por el que se reconocía al individuo una esfera de libertad en la que mediante la libre acción los individuos pueden satisfacer sus fines individuales. Por su parte, el “*status civitatis*” es un status “positivo”, que implica que el Estado reconoce al individuo la capacidad de exigir en su favor una acción del poder del Estado⁵⁸⁷.

1.A.b. Se podría decir que el primer documento de la historia constitucional que consagra los derechos humanos es la “Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia”, de 12 de junio de 1776. Ese documento, considera en su punto primero que “*todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e iguales y tienen ciertos derechos inherentes*”⁵⁸⁸, lo que significa considerar los derechos humanos como una idea “universal”. Sin embargo, paradójicamente, a esa idea universal se le da sólo un alcance nacional pues se proclama que esos derechos pertenecen al pueblo de Virginia y a su posteridad.

Lo mismo ocurrirá en los siguientes documentos que recojan derechos en la historia del constitucionalismo. Pensemos en la francesa “Declaración de derechos del hombre y del ciudadano”, de 26 de agosto de 1789 que en su artículo 1 proclama que “*los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos*”⁵⁸⁹. Esta declaración se incorporó a la Constitución francesa de 1791. La segunda Constitución francesa, de 1793,

587 Georg JELLINEK: *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, 2011 (primera edición, 1892; segunda edición revisada, 1905), Mohr Siebeck, Tübinga, p.86 ss., Una exposición de la teoría de Jellinek con una crítica a su contenido y una evaluación de su utilidad actual se puede encontrar en Robert ALEXU: “Grundrecht und Status”, en Stanley L. Paulson & Martin Schulte (eds.): *Georg Jellinek: Beiträge zu Leben und Werk*, 2000, p. 209 ss.

588 “*That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights*”

589 “*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*”

siguió siendo deudora de esta idea al afirmar en el artículo 3 de su Declaración de derechos del hombre y del ciudadano que “*todos los hombres son iguales por naturaleza y ante la ley*”⁵⁹⁰. En todos estos casos, se considera que la idea de los derechos básicos que deben reconocerse constitucionalmente son derechos que corresponden a “*todos los seres humanos*”, pero luego resulta que el reconocimiento efectivo se hace sólo para los ciudadanos.

Muy pronto, sin embargo, esta tendencia universalista será corregida. Las enmiendas introducidas en 1791 en la Constitución norteamericana de 1787, incorporando una tabla de derechos fundamentales, carecerán de ese lenguaje “universalista”. Muchas Constituciones europeas, después, también omiten ese lenguaje “universalista” y atribuyen los derechos fundamentales sólo a sus nacionales: citemos la Constitución francesa de 1799⁵⁹¹ y las demás Constituciones francesas o españolas durante el siglo XIX son ejemplo de ello.

1.A.c. De aquí podemos concluir que la idea de los derechos humanos llevaba en su “ADN” el gen de la universalidad. Sin embargo, ese gen tardó mucho en activarse. Sólo en el siglo XX se empieza a hablar de “internacionalización” de los derechos humanos. Ese proceso, que en lengua española fue magistralmente estudiado por quien, para mí, es el gran padre de la ciencia del Derecho Constitucional en España, Don Nicolás Pérez Serrano, comienza tímidamente después del final de la Primera Guerra Mundial⁵⁹². Pero en este primer momento de internacionalización sólo se consagran internacionalmente algunos derechos singulares: no hay aún una declaración internacional genérica de tipo de derechos humanos. En efecto, por un lado, los Tratados de Versalles reconocen internacionalmente algunos derechos en el ámbito lingüístico y educativo para los ciudadanos de los nuevos Estados surgidos tras la desaparición del Imperio Austro-húngaro. Por otro, será a

590 “*Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi*”

591 Ya antes, la Constitución francesa de 1795 omitió la cláusula según la cual “*todos los hombres son iguales por naturaleza*” y matiza que “*Les droits de l’homme en société sont la liberté, l’égalité, la sûreté, la propriété*” (art. 1).

592 Nicolás PÉREZ SERRANO, *La evolución de las declaraciones de derechos*, Universidad de Madrid, Madrid, 1950.

comienzos de los años '20 del siglo pasado cuando por primera vez se reconozca en un tratado internacional la prohibición de la esclavitud.

Sin embargo, será después de la Segunda guerra mundial cuando por primera vez aparezcan declaraciones genéricas de derechos humanos en el ámbito internacional. Conviene recordar aquí que el primer documento de esas características fue la "Declaración americana de derechos humanos", de 1948, que fue después seguida por la "Declaración universal de derechos humanos". Ambas, sin embargo, eran documentos internacionales, pero no tratados. Eran resoluciones de organizaciones internacionales: la primera era una resolución de la Organización de los Estados Americanos; y la segunda, una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948. Un año después encontraremos los cuatro convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 que, en el marco jurídico de un tratado internacional de alcance universal, reconocen una amplia serie de derechos humanos. El proceso avanza, el año siguiente, 1950 cuando aparezca el quizás pueda calificarse como el documento más importante en la historia de la internacionalización de los derechos humanos: el "Convenio Europeo para la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales", firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

A partir del CEDH, el proceso de internacionalización de los derechos humanos conocerá un gran desarrollo en cuanto al ámbito de los derechos reconocidos, aunque menos en lo que se refiere a las garantías de los derechos. Ciertamente, después del CEDH se firmarán numerosísimos tratados internacionales sobre derechos humanos, tanto en la esfera continental (europea y americana, sobre todo), como en la esfera universal bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas. Sin embargo, el mecanismo de garantías que ofreció el Convenio Europeo sólo pudo ser mejorado con el la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, tratado firmado en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

1.A.d. Se puede decir que, en este momento, a inicios del siglo XXI, no se siente ya la necesidad de que se "proclamen"

internacionalmente los derechos humanos. Se puede afirmar que los reconocimientos internacionales son más que suficientes. Incluso se podría decir que empiezan a ser demasiado numerosos introduciendo una cierta confusión. El problema de los derechos humanos, hoy en día, es el problema de la garantía de los derechos internacionalmente proclamados. Y es ahí donde la justicia penal internacional pretende ofrecer un salto cualitativo.

1.B. La idea de la justicia internacional

Aunque antes del siglo XX hubo algunos proyectos de establecer tribunales internacionales (por ejemplo, en Europa), lo cierto es que, como ocurría con el reconocimiento de los derechos humanos, será después de la Primera Guerra Mundial cuando por primera vez se establezca un mecanismo de justicia internacional. Desde entonces, esa idea ha adquirido importantes desarrollos tanto respecto a los Estados como respecto a las personas.

1.B.a. La idea de justicia internacional para los Estados

Se puede considerar que el primer tribunal internacional tal y como lo entendemos es el “Tribunal Permanente de Justicia Internacional”, creado después de la Primera Guerra Mundial en el marco de la “Sociedad de Naciones”. El establecimiento del “Tribunal Permanente de Justicia Internacional” generó una doctrina sobre los “tribunales internacionales” que se puede decir que ha dominado todo el siglo XX, aunque hayan aparecido matizaciones a la misma. Entre las ideas básicas de lo que significa la justicia internacional, cabría destacar las siguientes: en primer lugar, que en un tribunal internacional sólo pueden ser partes los Estados; y, en segundo lugar, que las sentencias de un tribunal internacional son “declarativas”, pero no ejecutivas. Como veremos, aunque estas dos ideas tuvieron alguna excepción, ejercieron una influencia indudable.

La Segunda Guerra Mundial supuso el colapso de la “Sociedad de Naciones”. Al final de la misma se creó una nueva organización internacional, la “Organización de las Naciones Unidas” que se dotó de un tribunal, el “Tribunal Internacional de Justicia”, con

sede en La Haya. Este tribunal asumió la herencia doctrinal dejada por el “Tribunal Permanente de Justicia Internacional” y, en especial, los dos principios antedichos.

Y siguiendo ese modelo han aparecido algunos tribunales internacionales bien de ámbito continental o bien de carácter universal pero especializados en una materia (Tribunal internacional del Derecho del mar, por ejemplo).

1.B.b. La idea de justicia internacional para las personas

1.B.b.I. La idea de derechos humanos se empezó a internacionalizar en el siglo XX después de la primera guerra mundial, como se ha visto. Como se ha dicho, se consideraba que un tribunal internacional, por definición, no podía tener la competencia para juzgar a un Estado ¡demandado por un ciudadano de ese mismo Estado! Como se ha dicho, un tribunal internacional, según la doctrina dominante, era un tribunal en que a un Estado sólo le podía demandar otro Estado. Por ello, los reconocimientos singulares de derechos humanos que se hicieron (por ejemplo, los derechos lingüísticos y educativos) no conllevaban una garantía judicial internacional. Tenían, sí, algún tipo de garantía internacional, pero no la de un “tribunal internacional”. Después de la Primera Guerra Mundial se discutió la posibilidad de incluir la protección de las minorías religiosas o lingüísticas en el Tratado de Versalles, pero esta pretensión fue rechazada. Sin embargo, sí se introdujo en varios tratados internacionales firmados entre 1919 y 1923 por las potencias aliadas vencedoras y los nuevos Estados surgidos, así como los Estados vencidos en la guerra⁵⁹³. Algunos años después (en 1926 y 1930), en el marco de la Sociedad de Naciones se impulsaron tratados internacionales destinados a abolir la esclavitud⁵⁹⁴.

1.B.b.II. Estas ideas son las que permiten explicar la génesis y configuración del primer tribunal internacional que se va

593 Rodolfo STAVENTHAGEN: “Protección de minorías”, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, nº 1 (1986), p. 143 ss. (144).

594 Convención (Nº 1) sobre la Esclavitud, Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926; Convenio (Nº 29) relativo al trabajo forzoso u obligatorio, Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 28 de julio de 1930

a diseñar en la historia para proteger los derechos de los individuos: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuando se elabora el Convenio Europeo de Derechos Humanos son dos las tendencias que se oponen: por un lado la de los “federalistas” europeos; por otro, la de los “nacionalistas”. Los primeros, los “federalistas” querían un tribunal ante el que los ciudadanos de un Estado pudieran demandar a su propio Estado por violaciones de derechos humanos, pero lo querían porque en su idea el tribunal era un tribunal “federal”, como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos donde un ciudadano de un Estado federado puede demandar a su Estado. Por el contrario los segundos querían un tribunal internacional en el que a un Estado sólo lo pudiera demandar otro Estado o sujeto internacional. Como se ve, en ambos casos, había una coincidencia en que un “tribunal internacional” no podía conocer de demandas de un ciudadano contra su Estado.

El resultado final es un modelo que trata de defender los derechos de las personas sin hacer perder al tribunal europeo de derechos humanos su carácter de “tribunal internacional” definido por las notas de que es un tribunal ante el que sólo una persona de derecho internacional puede iniciar el procedimiento y cuyas sentencias son declarativas. En efecto, la primera nota se consiguió desde el momento en que sólo podían presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque fuera en defensa del derecho de un individuo, dos tipos de entidades con personalidad jurídico-internacional: por un lado, los Estados miembros del Convenio; por otro, la “Comisión Europea de Derechos Humanos” que era un órgano de una organización internacional, el Consejo de Europa⁵⁹⁵. En cuanto a la segunda nota, quedaba claro que la sentencia era declarativa, pero no ejecutiva⁵⁹⁶. Habría que esperar casi cincuenta años para que, con la reforma del Convenio operada por el Protocolo nº 11, los individuos pudieran presentar directamente demandas ante el TEDH.

595 Artículo 48 del Convenio europeo de Derechos humanos en su redacción originaria de 4 de noviembre de 1950.

596 Artículo 50 del Convenio europeo de Derechos humanos en su redacción originaria de 4 de noviembre de 1950.

2. ANTECEDENTES: LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA “INTERNACIONAL” CON UN OBJETO “NACIONAL”

2.A. Alguien podría formular una objeción a mis anteriores palabras. Podría decir, y es verdad, que en 1945 y 1946 se crearon dos tribunales internacionales penales dedicados a juzgar a individuos y que, por tanto, no fue el TEDH el primer tribunal internacional que juzgaba casos relativos a personas. Ahora bien, los tribunales penales internacionales creados para juzgar los crímenes de los dirigentes del “Eje europeo” y de Japón fueron una excepción al modelo: eran tribunales internacionales, sí, pero eran tribunales sólo de las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial. Y precisamente por ser excepcionales no se planteó después la posibilidad de crear un “Tribunal Penal Internacional”⁵⁹⁷.

2.A.a. El día 8 de agosto de 1945, las cuatro potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, (Estados Unidos de América, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Reino Unido y Francia) firmaron el “Acuerdo de Londres”⁵⁹⁸, donde las cuatro potencias vencedoras acordaban crear un Tribunal para juzgar a los dirigentes del régimen nazi. A dicho acuerdo se incorporó una Carta adjunta (“Carta de Londres”), donde se establecían la composición, procedimiento y los delitos que se iban a juzgar⁵⁹⁹. Se trataba de un hecho revolucionario en la historia del Derecho: por primera vez se creaba un tribunal internacional que iba a responsabilizar a personas físicas de decisiones (como la de declarar una guerra) que, hasta ahora, se habían considerado “actos de Estado”⁶⁰⁰. La “Carta de Londres” estableció tres delitos internacionales: crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, castigando también la conjura

597 Al final de la primera Guerra Mundial también hubo una propuesta de crear un tribunal internacional creado por las potencias vencedoras para juzgar a los responsables de violar las leyes de la guerra. Pero esa propuesta no fue aceptada. Cfr. Alicia GIL GIL: “Tribunales Penales Internacionales”, en VV.AA., *XXI Jornadas de Estudio. Hacia una justicia internacional*, Ministerio de Justicia/Banco de Santander/Civitas, Madrid, 2000, p. 537 ss. (537-538).

598 El título exacto del texto es “Acuerdo para la persecución y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo”.

599 “Carta del Tribunal Militar Internacional”, Anexo al “Acuerdo para la persecución y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo”.

600 James OWEN: *Nuremberg. El mayor juicio de la historia*, trad. de Encarna Belmonte y Ferrán Esteve, Crítica, Barcelona, 2007 (1ª ed. inglesa, 2006), p. 17.

o conspiración para cometer cualquiera de los tres anteriores delitos internacionales⁶⁰¹. De esos cuatro cargos, había dos que tenían relación con los derechos humanos: por un lado, la figura de los “crímenes de guerra” englobaba la violación de las leyes de la guerra, incluidas aquellas que protegen a los individuos (asesinato de rehenes, asesinato de prisioneros, maltrato de la población civil del territorio ocupado); por otro lado, la figura de los “crímenes contra la humanidad” aún más claramente se dirigía a proteger a las personas (asesinato, exterminio, esclavización y persecución por motivos políticos o raciales de la población civil).

2.A.b. La “Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente”, a diferencia de la “Carta de Londres”, no es un tratado internacional. Antes bien, es un decreto especial aprobado el 19 de enero de 1946 por el general Douglas McArthur en su calidad de “Comandante supremo de las fuerzas aliadas en el Lejano Oriente”, para dar cumplimiento a una “proclamación especial” que el mismo día hizo McArthur ordenando la creación de este tribunal. McArthur nombró los 11 jueces del tribunal: 9 de las potencias vencedoras que firmaron el acta de rendición de Japón, y 2 en nombre de los territorios, aún no independientes, de la India y Filipinas. El 25 de abril de 1946, el tribunal aprobó sus reglas de funcionamiento conforme a la “Carta” de su creación. La Carta de McArthur, se inspiró en muchos puntos en la “Carta de Londres” y, entre ellos, en la tipificación de los delitos que serían objeto de enjuiciamiento.

2.A.c. Ahora bien, como he dicho, estos dos tribunales internacionales eran una excepción.

En primer lugar, aunque eran documentos internacionales (la “Carta de Londres” era un tratado internacional y la Carta de xxx fue una decisión del administrador internacional de Japón), los mismos fueron redactados sólo por las potencias vencedoras, aunque los Estados miembros de Naciones Unidas podían adherirse⁶⁰².

⁶⁰¹ Artículo 6 de la “Carta del Tribunal Militar Internacional”.

⁶⁰² Artículo 5 del “Acuerdo para la persecución y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo”

En segundo lugar, eran los gobiernos de los Estados vencedores los que designaron a los jueces que componían los tribunales, por lo que se podría decir que eran jueces de su propia causa y carecían de imparcialidad⁶⁰³.

En tercer lugar, los Tribunales juzgaban delitos internacionales que no estaban establecidos como tales cuando se cometieron los hechos.

En cuarto lugar, estos documentos internacionales crearon, sí, unos tribunales “internacionales”, pero tenían un objeto “nacional”: no se trataba de juzgar “los” crímenes de guerra o “los” crímenes contra la humanidad, sino sólo los crímenes cometidos por el “eje europeo”⁶⁰⁴ en un caso y por Japón en el otro, excluyéndose los crímenes cometidos por los aliados (bombardeos de Dresde o de Hiroshima, invasión de Polonia)⁶⁰⁵. Por lo demás, aunque de acuerdo con el texto de la “Carta de Londres” los dirigentes italianos podrían ser también juzgados, por formar parte del “Eje europeo”, se tomó la decisión política de excluirlos⁶⁰⁶; algo parecido ocurrió con el Tribunal para el Lejano Oriente pues, aunque la Carta de su creación no excluía al Emperador como justiciable, se tomó la decisión política de excluirle de la relación de dirigentes que iban a ser juzgados.

2.B. La excepcionalidad del Tribunal de Nuremberg se puso de manifiesto en el hecho de que a pesar de que siguió habiendo tremendas guerras en las que se violaron las convenciones de Ginebra, no se decidió en las décadas siguientes establecer ningún nuevo Tribunal Penal internacional.

Sin embargo, casi cincuenta años después, a partir de 1993, empezaron a crearse varios Tribunales Penales Internacionales que tenían un objeto “nacional”. Los nuevos tribunales tenían similitudes, pero también importantes diferencias respecto al

603 Artículo 2 de la “Carta del Tribunal Militar Internacional”.

604 Artículo 2 de la “Carta del Tribunal Militar Internacional”.

605 Véase también las notas de Von Ribbentrop recogidas por Owen (*Nuremberg, cit.*, p. 359-360). Yerra Owen al señalar como una de las críticas posibles al Tribunal de Nuremberg que excluyó de su enjuiciamiento los actos cometidos por dirigentes japoneses (OWEN: *Nuremberg, cit.*, p. 22.). Owen desconoce u olvida que esos hechos eran enjuiciados por el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente.

606 OWEN: *Nuremberg, cit.*, p. 17.

precedente de Nuremberg. La *similitud* básica es que se trataba de tribunales internacionales que, sin embargo, conocían sólo de violaciones de derechos humanos producidas en el espacio de un Estado. Sin embargo, había muchas *diferencias*. La primera es que el tribunal no se creaba por los “vencedores” de una guerra sino por la comunidad internacional actuando bajo los auspicios de Naciones Unidas y, en concreto, por el Consejo de Seguridad actuando bajo el amparo del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. La segunda diferencia es que los tribunales de Nuremberg y Tokyo eran tribunales militares, mientras estos nuevos tribunales no lo son⁶⁰⁷. La tercera diferencia es que se van a exigir responsabilidades por acciones producidas que antes de realizarse ya estaban internacionalmente calificadas como crímenes⁶⁰⁸. Es el caso del Tribunal Penal Internacional para la antigua *Yugoslavia* (1993)⁶⁰⁹ y del Tribunal Penal Internacional para *Ruanda* (1994)⁶¹⁰.

Un caso extraordinariamente singular es el del Tribunal Especial para *Líbano* (2007), creado por una resolución del Consejo de Seguridad que, invocando como en los casos anteriores el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, otorga carácter ejecutivo a un acuerdo alcanzado entre las Naciones Unidas y la república de Líbano para establecerlo⁶¹¹. Pero lo más singular no es el modo de su creación, que está inspirado en el modelo de Sierra Leona. Lo verdaderamente extraordinario es que se trata de un tribunal creado para estudiar un único crimen: el asesinato del primer ministro musulmán suní libanés, Rafiq Hariri, y sus guardaespaldas, el 14 de febrero de 2005. Un crimen que, además, no se halla entre los tipificados como crímenes contra la humanidad. Algo que llama especialmente la atención pues el Consejo de Seguridad ni ha decidido crear otro similar para investigar el anterior asesinato (en muy similares circunstancias) del presidente cristiano maronita libanés Bashir Shemaiel en 1982, ni una vez creado el tribunal “Hariri” amplió su competencia a la investigación del asesinato de Shemaiel.

607 GIL GIL: “Tribunales penales internacionales”, cit., p. 542-543.

608 GIL GIL: “Tribunales penales internacionales”, cit., p. 543.

609 S/RES/827 (1993), resolución 827 del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993.

610 S/RES/955 (1994), resolución 955 del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994.

611 S/RES/1757 (2007), resolución 1757 del Consejo de Seguridad de 30 de mayo de 2007.

Algo tanto más escandaloso cuanto que Shemaiel era el jefe del Estado y Hariri sólo el jefe del Gobierno.

Otros tribunales se han creado con distintos tipos de intervención de Naciones Unidas. Se trata de los casos de Sierra Leona, Camboya y Timor Oriental.

El Tribunal Especial para *Sierra Leona*, se estableció en 2000 por una resolución del Consejo de Seguridad, pero no bajo la cobertura del capítulo VII, sino al amparo del capítulo VI, tras un acuerdo entre Naciones Unidas y Sierra Leona, para investigar los crímenes cometidos durante la guerra civil⁶¹².

En el caso de *Camboya*, como en Sierra Leona, hubo un acuerdo entre Naciones Unidas y el Estado de Camboya para crear un tribunal, las “Salas extraordinarias en los tribunales de Camboya”. Pero, había una diferencia: en el país asiático, el acuerdo fue avalado por una resolución de la Asamblea General de 2002 y no del Consejo de Seguridad⁶¹³, porque no prosperó el proyecto de resolución presentado por USA ante el Consejo de Seguridad para crear dicho tribunal.

Finalmente, otro caso especial es el de *Timor Oriental*, donde se crearon tribunales para perseguir crímenes considerados internacionales. Se trata de las “Secciones especiales del tribunal de distrito de Dili” (Dili es la capital de Timor Este), creadas en 2000 por la administración provisional establecida por Naciones Unidas⁶¹⁴ para ese territorio una vez que optó por la independencia al rechazar integrarse en Indonesia con un régimen de autonomía.

612 S/RES/1315 (2000), resolución 1315 del Consejo de Seguridad, de 14 de agosto de 2000.

613 A/RES/57/228 A., resolución de la Asamblea General, de 27 de febrero de 2003; A/RES/57/228 B, resolución de la Asamblea General, de 22 de mayo de 2003.

614 La Administración transitoria de Naciones Unidas para Timor Oriental (UNTAET, en sus siglas en inglés), fue creada por la resolución 1272 del Consejo de Seguridad (S/RES/1272 (1999), de 25 de octubre).

3. EL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL CON UN OBJETO “INTERNACIONAL”; SUS LÍMITES

En 1998, se decidió crear un tribunal penal internacional que tuviera competencia para juzgar cualquier crimen internacional. Se aprobó a tal efecto en 1998 el “Estatuto del Tribunal Penal Internacional” que, experimentó varias modificaciones en su texto hasta consolidar su texto definitivo en 2002. El “Tribunal Penal Internacional” constituye el intento más ambicioso de crear un sistema de justicia penal internacional que ofrezca una garantía penal para el respeto de los más importantes derechos humanos. Sin embargo, la configuración definitiva de esta institución presenta varias debilidades que deben ser puestas de manifiesto. Esas debilidades afectan al órgano en sí mismo, al procedimiento establecido, y a la propia eficacia del sistema.

3.A. Límites de la credibilidad del órgano: estatuto del personal del tribunal

Existe una tendencia a aceptar en el nivel internacional lo que desde un punto de vista constitucional resultaría inaceptable en el nivel nacional. Si alguien pretendiera, en una Constitución nacional, configurar un poder judicial cuyos miembros fueran designados por el Gobierno y que no estuvieran sometidos a responsabilidad, sería inmediatamente acusado de querer establecer un sistema contrario a las exigencias de la democracia constitucional. Sin embargo, cuando se pretende configurar un tribunal internacional del mismo modo, parece que el mero añadido de la palabra “internacional” borraría cualquier sombra de sospecha sobre el órgano. Y, sin embargo, nada justifica que se relajen las exigencias en el nivel internacional.

3.A.a. Nombramiento de los jueces

El Tribunal Penal Internacional se compone de 18 magistrados (artículo 36.1 del Estatuto). Además, la Fiscalía es considerada como un órgano de la Corte.

3.A.a.I. A la hora de determinar las candidaturas a los puestos de magistrado de la Corte Penal Internacional, el artículo 36.4 del Estatuto dice que

“Cualquier Estado Parte en el presente Estatuto podrá proponer candidatos en las elecciones para magistrado de la Corte mediante: i) El procedimiento previsto para proponer candidatos a los más altos cargos judiciales del país; o ii) El procedimiento previsto en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para proponer candidatos a esa Corte”.

Ocurre que para proponer magistrados de la Corte Internacional de Justicia, el Estatuto de ésta dispone en su artículo 6 que

*“antes de proponer estos candidatos, **se recomienda** a cada grupo nacional que consulte con su más alto tribunal de justicia, sus facultades y escuelas de derecho, sus academias nacionales y las secciones nacionales de academias internacionales dedicadas al estudio del derecho”.*

Es decir, que resulta lícito que los gobiernos, los poderes ejecutivos, pueden proponer candidatos sin ni siquiera consultar al poder judicial.

3.A.a.II. El artículo 36.6 del Estatuto establece que *“Los magistrados serán elegidos por votación secreta en una sesión de la Asamblea de los Estados Partes convocada con ese fin”.* Del mismo modo, mediante votación secreta, se elige al Fiscal y a los tres fiscales adjuntos, según el artículo 42.4 del Estatuto.

La pregunta que cabe hacer es si es justificable una votación secreta para elegir unos puestos de esta importancia. A mi juicio, no. Resulta de extrema importancia que se conozca qué Estados han votado por cada magistrado y fiscal pues, de esta manera, la opinión pública internacional puede vigilar la actuación del magistrado y verificar que no actúa para complacer a los Estados que lo eligieron o para castigar a los Estados que no le votaron.

3.A.b. Responsabilidad de los jueces

En los diversos sistemas jurídicos se han articulado diversas técnicas de exigencia de responsabilidad. Existen mecanismos de responsabilidad política, pero también de responsabilidad penal, civil y disciplinaria. El Estatuto del Tribunal establece la posibilidad de exigir a los magistrados de la corte una responsabilidad política (artículo 46) y una responsabilidad disciplinaria (artículo 47 del Estatuto). Sin embargo, se excluye la posibilidad de exigir responsabilidades penales o civiles a los magistrados de la corte penal y al fiscal. El artículo 48.2 del Estatuto dispone que

“Los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos y el Secretario gozarán, cuando actúen en el desempeño de sus funciones o en relación con ellas, de los mismos privilegios e inmunidades reconocidos a los jefes de las misiones diplomáticas y, una vez expirado su mandato, seguirán gozando de absoluta inmunidad judicial por las declaraciones hechas oralmente o por escrito y los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales”.

La pregunta que debemos hacernos es si es admisible que magistrados y fiscales que tienen una altísima responsabilidad puedan ser declarados penal y civilmente irresponsables por sus actos en el Tribunal. El fiscal y los magistrados de esta corte penal internacional deben garantizar el respeto de los más importantes derechos humanos. Ello debería conducir no a que se establezca una “inmunidad”, sino a que las conductas impropias en tal alta tarea tengan que estar sometidas al más estricto régimen de responsabilidad. A mi juicio, no parece que dé credibilidad a la Corte Penal Internacional que se excluya la responsabilidad civil y penal de sus fiscales y magistrados.

3.B. Límites de la credibilidad del procedimiento

3.B.a. El monopolio de la acción por el Fiscal

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional se articula en torno a una idea básica: sólo el Fiscal puede introducir una demanda ante el Tribunal Penal Internacional. El artículo 13 del Estatuto

nos dice, que el Fiscal puede actuar, de oficio, a instancia de un Estado miembro o a petición del Consejo de Seguridad. El artículo 15.3 del Estatuto añade que *“El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificativa que haya reunido”*. Sólo entonces, sólo si el Fiscal presenta en la Sala de Cuestiones Preliminares su petición *“Las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba”*.

Conviene a este respecto hacer una advertencia. En virtud del artículo 16, el Consejo de Seguridad tiene una posición privilegiada pues puede presentar directamente ante el Fiscal un caso (y así se ha hecho ya⁶¹⁵). Pero, creemos que resultan confusas las palabras de alguna autora, según la cual *“el Consejo de Seguridad (...) podrá remitir a la Corte cualquier situación en la que se hayan cometido crímenes de competencia de la misma (...) en tales supuestos la Corte es automáticamente competente para ejercer su jurisdicción”*⁶¹⁶. La confusión estriba en que el Tribunal (la Corte) puede ser entendida de dos modos: por un lado, considerando al Fiscal como parte de la misma (art. 34 del Estatuto), en cuyo caso sí sería cierto afirmar que la Corte queda obligada a investigar; pero, por otro lado, la Corte, puede ser entendida como órgano judicial (esto es, el órgano que resuelve excluyendo al fiscal que es una parte) en cuyo caso es evidente que la Corte no queda obligada a conocer del caso que le envíe el Consejo de Seguridad, pues sigue siendo cierto que la Corte (como órgano judicial) sólo conocerá del mismo si el Fiscal y sólo él decide plantearlo⁶¹⁷. Por lo demás, se ha apuntado la gravísima incoherencia de que haya tres miembros permanentes del Consejo de Seguridad (USA, Rusia y China) que puedan amenazar con presentar un caso ante el TPI que ellos mismos no aceptan⁶¹⁸.

615 Sirvan como ejemplo los casos de de Sudán, S/RES/1593 (2005), resolución del Consejo de Seguridad de 31 de marzo de 2005, y de Libia S/RES/1970 (2011), resolución del Consejo de Seguridad de 26 de febrero de 2011.

616 Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ: “El Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *XXI Jornadas de Estudio. Hacia una justicia internacional*, cit., p. 499 ss. (p. 523).

617 Isabel LIROLA DELGADO, & Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ: *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 184-185.

618 Advierte esto Thimoty GARTON-ASH: “Libia y el intervencionismo liberal”, *El País* (6-V-2011).

Lo anterior, significa, pura y simplemente, tres cosas. La primera, que las víctimas no pueden presentar una demanda en defensa de sus derechos ante el Tribunal Penal Internacional, sino que, como mucho pueden “informar” al Fiscal el cual es libre de investigar o no las denuncias recibidas y es libre de decidir si presenta o no el caso ante la “Sala de cuestiones preliminares” del Tribunal Penal Internacional. La segunda es que a la Asamblea General de las Naciones Unidas, el órgano más democrático de la organización, ni siquiera se le reconoce la competencia de solicitar al Fiscal que investigue un hecho. La tercera es que tampoco a ninguno de los órganos de Naciones Unidas dedicados específicamente a velar por los derechos humanos (Comisión de Derechos Humanos y Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos) se les permite pedir al Fiscal que actúe para investigar violaciones graves de derechos humanos.

3.B.b. El poder del Consejo de Seguridad de suspender el procedimiento ante el TPI

La falta de credibilidad en el procedimiento ante el TPI se muestra en toda su crudeza en el artículo 16 del Estatuto, en virtud del cual:

“En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pide a la Corte que suspenda por un plazo que no podrá exceder de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.”

A nuestro juicio, Gutiérrez Espada ha argumentado sólidamente contra este condicionamiento político del Tribunal por parte del Consejo de Seguridad, con tres argumentos. En primer lugar, este poder dado al Consejo de Seguridad no se corresponde con la práctica internacional en relación al Tribunal Internacional de Justicia; en segundo lugar, es absurdo que el Consejo pueda bloquear una investigación del TPI sobre un caso... cuando sobre ese mismo caso puede iniciar una causa un tribunal

nacional; y, en tercer lugar, estamos ante una grave confusión entre la vertiente política de un conflicto (competencia del Consejo de Seguridad) y la vertiente jurídica (competencia del Tribunal Internacional de Justicia)⁶¹⁹. Por ello, creemos que no se pueden compartir los frágiles argumentos de Lirola y Martín que sin bien denuncian, tímidamente, este hecho diciendo que se trata de un elemento “que de alguna manera cuestiona la independencia de la CPI”, luego avalan este privilegio del Consejo de Seguridad diciendo que “se justifica en la necesidad de compatibilizar las funciones que este órgano (el Consejo) tiene en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”⁶²⁰.

La experiencia habida con la guerra de Libia de 2011 no ha podido ser más negativa. En efecto, en verano de 2011 hubo ciertas informaciones de que, visto que los rebeldes apoyados por la OTAN avanzaban muy lentamente contra las tropas de Gadafi, los mismos miembros permanentes del Consejo de Seguridad que promovieron la resolución 1970 presentando el caso ante el fiscal del TPI, negociaron en secreto con Gadafi darle inmunidad, por la vía del artículo 16 del Estatuto, a cambio de que dejara el poder⁶²¹..

3.B.c. La indefinición entre un modelo concentrado o difuso de justicia penal internacional

Una de las debilidades del sistema de justicia penal internacional es la indefinición entre un modelo concentrado o difuso de justicia penal internacional. El artículo 20.2 del Estatuto dispone taxativamente que *“nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto”*. Sin embargo, este precepto se conjuga con el contenido en el artículo 20.3 del Estatuto, según el cual

619 Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA: “Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal Internacional (TPI) (Roma, 1998), en VV.AA., *XXI Jornadas de Estudio. Hacia una justicia internacional*, cit., p. 557 ss. (p. 567-570).

620 LIROLA DELGADO. & MARTÍN MARTÍNEZ: *La Corte Penal Internacional*, cit., p. 73.

621 Así lo afirma un penalista alemán estudioso de la jurisdicción penal internacional: cfr. Kai AMBOS: “¿Inmune Gadafi e impune Assad?”, *El Mundo* (23-VIII-2011).

“La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”.

Como se puede ver, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional mantiene una cierta indefinición acerca del modelo procedimental para conocer de las causas por graves delitos internacionales. Por un lado, el artículo 20.2 del Estatuto parece abrir la puerta a un modelo “concentrado” de justicia penal en el que el Tribunal Penal Internacional sea la única instancia para juzgar sobre los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. En efecto, el Tribunal Internacional puede decidir en primera y única instancia de causas penales internacionales y su decisión en tal caso es firme. Ahora bien, por otro lado, el artículo 20.3 del Estatuto parece configurar un modelo de justicia penal “difusa” al permitir que un tribunal de cualquier Estado pueda juzgar causas por delitos internacionales. En tal caso, sin embargo, el Tribunal Penal Internacional tiene la posibilidad de revisar la decisión del tribunal nacional a través de una especie de “*certiorari*”.

¿Cuál es el problema de esta indefinición? El modelo del Estatuto deja la puerta abierta a que haya Estados partes que puedan conocer de causas por delitos internacionales cometidos por individuos o contra individuos que no tengan conexión con ese Estado parte... y que haya, al mismo tiempo, Estados partes que no permiten conocer de esas causas si no hay un elemento de conexión nacional. Esta situación introduce una fuerte presión precisamente contra aquellos Estados que sí pretenden cooperar a una mayor eficacia de la justicia penal internacional.

Por un lado, esos Estados cuyos tribunales van a abrir causas por delitos internacionales en los que no hay una conexión nacional con dicho Estado, van a estar sometidos a fuertes presiones internacionales por parte de los Estados cuyos nacionales se pretende juzgar, máxime si los tribunales del Estado del que el sospechoso es nacional no quieren abrir una causa penal por esos mismos hechos.

Pero además, por otro lado, esos tribunales estatales que pretenden hacer efectiva la justicia penal internacional van a sufrir graves presiones internas. No es ningún secreto que estas causas suelen ser de investigación compleja y, sobre todo, muy cara. No hay duda de que la población de un Estado, sobre todo si no es rico o sufre una grave crisis económica o sufre problemas de lentitud en su justicia, verá con desagrado la posibilidad de que los recursos de ese Estado se empleen en investigar una causa en la que no hay implicados nacionales de ese Estado, con un alto coste económico y provocando un retraso en las causas que afectan a nacionales de ese Estado. Y todo ello por no mencionar la posibilidad de que un juez decida abrir estas investigaciones, más que por amor a la justicia, por vanidad o la búsqueda de notoriedad.

En definitiva, esta indefinición del modelo repercute en la credibilidad del procedimiento. El Estatuto, o bien debía establecer un modelo “concentrado” o bien imponer para todos los Estados miembros un modelo “difuso” de justicia penal internacional. La indefinición del modelo abre la puerta a la existencia de presiones externas, o internas, y a la aparición de determinados elementos disfuncionales por la personalidad de ciertos jueces.

3.C. Límites de la eficacia del sistema

3.C.a. Un sistema multilateral, vaciable parcial y provisionalmente por vía unilateral

El primer dato que llama la atención es que es posible impedir la eficacia del sistema, unilateralmente, de forma provisional durante un período de siete años. De acuerdo con el artículo 124

del Estatuto *“un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 [crímenes de guerra] cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio”*.

Esto significa que un Estado parte en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, puede decidir libremente, de forma unilateral, que en los siete años siguientes a la entrada en vigor para ese Estado del Estatuto del Tribunal, los crímenes de guerra no puedan ser perseguibles internacionalmente.

3.C.b. Un sistema multilateral, vaciable por vía bilateral

La idea original perseguida con el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional es ofrecer una garantía internacional para los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Ahora bien, esa idea, atractiva en principio, no se halla realmente consagrada. Y ello se debe a que el Estatuto del Tribunal Penal Internacional contiene en su seno la posibilidad de vaciar, legalmente, esta garantía.

El artículo 98.2 del Estatuto dispone que *“La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega”*.

Este precepto significa que si un Estado A quiere impedir que sus ciudadanos puedan ser juzgados por la Corte, puede establecer tratados bilaterales con otros Estados acordando que, en caso de ser detenidos los ciudadanos del Estado A en esos otros Estados por los crímenes que juzga el Tribunal Penal Internacional, esos otros Estados se comprometan a no entregar a éste Tribunal a los ciudadanos del Estado A.

No estamos ante una cuestión puramente teórica o hipotética. Los Estados Unidos de América, que no ha ratificado el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, han firmado más de 70 acuerdos bilaterales con países que representan casi la mitad de la población mundial para impedir que los ciudadanos de los Estados Unidos de América puedan ser transferidos al Tribunal Penal Internacional en caso de ser detenidos en esos países. Y lo que es más grave, 50 de esos 70 países que han hecho este tipo de acuerdos con los Estados Unidos... ¿son firmantes del Estatuto del Tribunal Penal Internacional!⁶²² De esta forma queda garantizado que individuos (que pueden ser, por ejemplo, mercenarios de empresas privadas contratadas por el gobierno de los Estados Unidos) que cometen crímenes de guerra nunca puedan ser juzgados por el Tribunal Penal Internacional.

3.C.c. Un sistema multilateral, vaciable por vía multilateral

Por si todo lo anterior fuera poco, existe una última falla en el sistema del tribunal penal internacional. Según el artículo 87.7, *“cuando, en contravención de lo dispuesto en el presente Estatuto, un Estado Parte se niegue a dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la Corte, impidiéndole ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con el presente Estatuto, ésta podrá hacer una constatación en ese sentido y remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto”*.

Esta regulación plantea varios interrogantes. El primero es el de por qué el Estatuto dispone que en un incumplimiento como éste la Corte Penal Internacional “podrá”, pero no “deberá” remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad. Y la respuesta es que esta regulación resulta injustificable. La segunda pregunta que cabe hacer es qué pueden hacer la “Asamblea de los Estados Partes” y la respuesta es que no pueden hacer nada para obligar al Estado incumplidor a cumplir. La tercera y última pregunta es la de si es coherente y eficaz plantear esta cuestión ante el Consejo de

⁶²² John BOLTON: *American Justice and the International Criminal Court*, remarks at the American Enterprise Institute, Washington, D.C. on November 3, 2003. Cfr.: <http://2001-2009.state.gov/t/us/rm/25818.htm> [último acceso, 27-IV-2012]

Seguridad. La respuesta, nuevamente, es insatisfactoria porque lo que significa este precepto es que el Consejo de Seguridad tiene plena libertad para decidir si obliga o no al Estado infractor a cumplir con sus obligaciones. O, lo que es lo mismo, que queda en manos de que lo que podríamos llamar como el “poder ejecutivo mundial” que se respeten los mandatos del que podríamos llamar “poder judicial mundial”.

4. CONCLUSIÓN

Los derechos humanos que nacieron con un sentido universal, sólo en el siglo XX empezaron a tener un reconocimiento internacional. La dificultad de establecer una garantía universal llevó a consagrarlos como derechos fundamentales en las Constituciones de los Estados que les brindaban una serie de garantías, principalmente judiciales.

Los graves atentados a la dignidad de la persona de los que fue testigo el siglo XX condujeron al establecimiento, por primera vez, de algunos tribunales internacionales para hacer respetar los derechos humanos. Algunos de esos tribunales internacionales brindaron una cierta garantía para los derechos humanos en el nivel continental (en Europa y América) aunque sin la fuerza que ofrecen las garantías de los tribunales nacionales. Sin embargo, otros tribunales internacionales intentaron ofrecer una garantía máxima, una garantía penal, pero sólo tuvieron un alcance “nacional” y sólo juzgaron los crímenes producidos en un país.

En los albores del siglo XXI se ha querido dar un paso más allá y se ha pretendido ofrecer en el plano internacional la máxima garantía, la garantía penal, para proteger los derechos humanos más importantes frente a las lesiones más abominables que pueden sufrir. Pero los límites que tienen los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y, en especial, el sistema de una justicia penal internacional, hace que sea cuestionable hablar, como hacen algunos de “justicia constitucional cosmopolita”. Aparentemente, la jurisdicción penal internacional, pretende reforzar el papel del Derecho (de los derechos humanos, especialmente) en la política

internacional, lo que para algunos suscitaba entusiasmo y para otros rechazo. La articulación jurídica realizada de la jurisdicción penal internacional (especialmente en el TPI) y la práctica de mismo, sin embargo, parecen conducir a la conclusión opuesta: existe un peligro real y muy presente de que la presencia del Derecho en las relaciones internacionales quede disuelta en la Política.

El juez norteamericano Robert Jackson, fiscal en el tribunal de Nuremberg, dijo que “los tribunales ponen a prueba los casos, pero los casos también ponen a prueba a los tribunales”. Parece claro que el Tribunal Penal Internacional no ha pasado la prueba. La nobleza del intento no ha estado a la altura de los resultados.

Referencias

Los capítulos de esta obra tienen su origen en varios artículos de revistas y libros colectivos publicados entre 1994 y 2012. Los textos han sido revisados para corregir algunas erratas, unificar las citas y hacer algunos añadidos o actualizaciones.

El capítulo I está elaborado a partir del artículo “La problemática transformación del Derecho Constitucional Europeo”, publicado en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* nº 14 (2002), p. 85-126, que a su vez fue revisado, ampliado y publicado con el título “¿Hacia el fin del Derecho Constitucional Europeo?”, en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, nº LXXXIX (2003), p. 463-501.

El capítulo II tiene su origen en el capítulo “La dignidad humana. Historia de una idea”, en Raúl Morodo y Pedro de Vega (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid/Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid/México, 2000, t. III, p. 1887-1909. Una versión inglesa de este trabajo apareció con el título “Human dignity: History of an idea”, en

Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, vol. 50 (2001), p. 281-299.

El capítulo III “El patriotismo constitucional” apareció en *Cuadernos de Pensamiento Político* nº 3 (2004), p. 81-92 (también publicado en *Revista Peruana de Derecho Público* nº 20 [2010], p. 39-49).

El capítulo IV actualiza el artículo “El Estado democrático avanzado ante la teoría clásica del Estado”, *Dereito* vol. III nº 2 (1994), p. 97-125.

El capítulo V se origina en “Jurado y Estado social y democrático de Derecho”, en José Asensi Sabater (coord.): *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, Universidad de Alicante/Tirant lo Blanc, Alicante, 1997, p. 1085-1099.

El capítulo VI retoma el trabajo “La naturaleza jurídica multidimensional de los derechos fundamentales”, en Miguel Ángel Aparicio (coord.), *Derechos Constitucionales y Formas Políticas*, Cedecs/Diputación de Tarragona, Barcelona, 2001, p. 165-179.

El capítulo VII proviene del artículo “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 2 (2004), p. 159-177.

El capítulo VIII está basado en los artículos: “Multiculturalismo y Constitución”, publicado en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 36/37 (2001), p. 5 ss. (también publicado en Perú en la revista *Cathedra. Espíritu del Derecho* nº 10 [2003], p. 31-40); “El Constitucionalismo cultural”, en la *Revista Patrimonio Cultural y Derecho* nº 5 (2002), p. 143-154; y “Libertad religiosa, Constitución y cultura”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* nº 10 (2004).

El capítulo IX “La indefensión jurisdiccional del poder constituyente y la destrucción de la Constitución”, apareció en Eduardo Ferrer Mc-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

(coords.), *La Ciencia del Derecho Constitucional. Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, UNAM/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional/Marcial Pons, México, 2008, tomo III, p. 515-551.

El capítulo X tiene su fuente en el capítulo “Derechos fundamentales y responsabilidad social corporativa: un problema de eficacia transnacional”, aparecido en Elena F. Pérez Carrillo (ed.), *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, Marcial Pons, 2009, p. 263-281.

El capítulo XI reproduce mi contribución “La libertad política en la democracia electrónicamente influida”, contenido en Lorenzo Cotino Hueso (coord.), *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 41-55.

El capítulo XII retoma el artículo “Los límites de la justicia penal internacional”, publicado en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 18 (2012).



Bibliografía

PRIMERA PARTE: SOBRE LOS FUNDAMENTOS DEL CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO

CAPÍTULO I

LOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS: LA IDEAS DE CONSTITUCIÓN

- Roberto BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de la constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza, Madrid, 1994.
- James BRYCE: “Flexible and rigid Constitutions”, en *Studies in history and jurisprudence*, 1901, vol. I, p. 124 ss. (p.). Hay traducción española, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962 (2ª ed.).
- Frede CASTBERG: “Constitution et politique”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Barcia Trelles*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 1958, p. 427 ss.

- *Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias*, tomo III, Imprenta Nacional, Madrid, 1820.
- Albert Venn DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 1959 (10ª ed., 1ª ed. 1885).
- Carlos J. ERRÁZURIZ MACKENA: *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen*, Eunsa, Pamplona, 1988.
- Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: “La dimensión axiológica del Derecho Constitucional”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* n° 1 (1992), p. 15 ss.
- Julien FREUND: *L'essence du politique*, Sirey, París, 1981 (3ª ed., 1ª ed. 1965)
- Manuel GARCÍA PELAYO: *Derecho Constitucional Comparado*, Revista de Occidente, Madrid, 1950 (hay reed. en Alianza, Madrid, 1984).
- Teodoro GONZÁLEZ GARCÍA: *La soberanía del parlamento inglés. Su evolución política. Su estado actual*, Universidad de Murcia, Murcia, 1927.
- John Aneurin Grey GRIFFITH: “The political Constitution”, *Modern Law Review* n° 42 (1979), p. 1 ss.
- Jean-Louis HALPERIN: “La Constitution de 1791 appliquée par les tribunaux”, en Jean Bart, Jean-Jacques Clere, Claude Courvoissier et Michel Verpeaux (eds.): *La première constitution française, 3 septembre 1791*, actes du colloque de Dijon, Paris, Économica, 1993, p. 369 ss.
- Alexander HAMILTON, John MADISON & John JAY: *The Federalist Papers*, Penguin, Nueva York, 1961 (1ª ed. Inglesa, 1787). Hay traducción española de Gustavo R. Velasco, FCE, México, 1994.
[<http://memory.loc.gov/const/fed/fedpapers.html>].

- Georg Wilhelm Friedrich HEGEL: *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, ed. de K.H. Ilting, trad. de Carlos Díaz, Libertarias-Prodhufi, Madrid, 1993 (1ª ed. Alemana, 1821).
- Hermann HELLER: *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, FCE, México, 1974 (7ª reimp., 1ª ed. alemana 1934).
- Georg JELLINEK: *Teoría general del Estado*, trad. De los Ríos, Albatros, Buenos Aires, 1978 [1ª ed. alemana 1900].
- Hans KELSEN: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, trad. de la segunda ed. alemana por Wenceslao Roces y notas, revisión y presentación de Ulises Schmill, Porrúa, México, 1987 (1ª ed. alemana en 1911, 2ª en 1923).
- Hans KELSEN: *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México, 1979 (15ª ed., 1ª ed. alemana, 1925).
- Hans KELSEN: “Forma de Estado y Filosofía”, en *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra, Labor-Guadarrama, Barcelona, 1977 (1ª ed. alemana, 1933).
- Hans KELSEN: *Teoría pura del Derecho*, trad. de Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1989 (26ª ed., 1ª ed. alemana, 1934).
- Hans KELSEN: *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1979 (2ª reimp. de la 2ª ed., 1ª ed. norteamericana en 1945).
- Ferdinand LASSALLE: *¿Qué es una Constitución?*, trad. de Wenceslao Roces, Ariel, Barcelona, 1989 (1ª ed. Alemana, 1862).
- Karl LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, trad. y estudio sobre la obra de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1970 (2ª ed.; 1ª ed. inglesa, 1959).

- Marta LORENTE SARIÑENA: *Las infracciones a la Constitución de 1812: un mecanismo de defensa de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- Neil PARP WORTH: *Constitutional and Administrative Law*, Butterworths, Londres/Edimburgo/Dublín, 2000.
- Javier PÉREZ ROYO: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1995 (2ª ed.).
- Nicolás PÉREZ SERRANO, *La noble obra política de un gran juez: Juan Marshall*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1955. Reproducido, en *Escritos de Derecho Político*, IEAL, Madrid, 1984, t. II, p. 769 ss.
- Nicolás PÉREZ SERRANO, *Las ficciones en el Derecho Constitucional*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1948. Reproducido en *Escritos de Derecho Político*, IEAL, Madrid, 1984, t. I, p. 317 ss.
- Otto PFERSMANN: “Carré de Malberg y la ‘jerarquía normativa’” (trad. de Carlos Ruiz Miguel), en *Cuestiones Constitucionales* nº 4 (2001), p. 153 ss. Publicado originalmente en *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 31 (1997), p. 481 ss.
- Otto PFERSMANN: “Unconstitutional constitutional amendments: a normativist approach”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht* nº 67 (2012), p. 81 ss.
- John Norton POMEROY: *An Introduction to the Constitutional Law of the United States*, Houghton, Osgood & Co./The University Press Cambridge, Boston, 1879.
- Jean Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du Droit Politique*, ya citada, ed. de Bertrand de Jouvenel, Hachette/Pluriel, París, 1982 (1ª ed. Francesa, 1762).
- Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ: “Consideraciones sobre la normatividad y superioridad de la Constitución”, *Teoría y Realidad Constitucional* nº 7 (2001), p. 187 ss.

- Carl SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 1982 (1ª ed. 1928).
- Carl SCHMITT: “La tiranía de los valores”, *Revista de Estudios Políticos* nº 115 (1961), p. 65 ss.
- Rudolf SMEND: *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. de José María Beneyto, CEC, Madrid, 1985 (1ª ed. alemana, 1928).

CAPÍTULO II LOS FUNDAMENTOS CULTURALES: LA DIGNIDAD HUMANA

- Niceto ALONSO PERUJO y Juan PÉREZ ANGULO (dtores.): *Diccionario de Ciencias Eclesiásticas*, Imp. de Domenech, Valencia, 1885, t. III.
- Pierre BOAISTUAU: *Théâtre du Monde*, ed. de Michel Simonin, Droz, Ginebra, 1981 (obra elaborada en 1557).
- Pierre BOAISTUAU: *Bref discours de l'excellence et dignité de l'homme*, ed. De Michel Simonin, Droz, Ginebra, 1982 (obra publicada originalmente en 1558).
- A.ERNOUT y A. MEILLET: *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, C. Klincksieck, París, 1959 (4ª ed.).
- Eustaquio GALÁN Y GUTIÉRREZ, *Ius Naturae*, vol. 2, Madrid, 1961.
- José María GONZÁLEZ RUIZ, *La dignidad de la persona humana en San Pablo*, Instituto Social León XIII, Madrid, 1956.
- Georg Wilhelm Friedrich HEGEL: *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, ed. de K.H. Ilting, trad. de Carlos Díaz, Libertarias-Prodhufi, Madrid, 1993 (1ª ed. Alemana, 1821).
- David HUME: "Sobre la dignidad o miseria de la naturaleza humana", en *Sobre el suicidio y otros ensayos*, Selección, traducción y prólogo de Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, 1988, p. 49 ss.
- Immanuel KANT: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, Espasa Calpe, Madrid, 1921.
- Immanuel KANT: *La metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina Orts y de Jesús Conill Sancho, Altaya, Madrid, 1996.
- Sancti LEONIS MAGNI Romani Pontificis: *Tractatus Septem et Nonaginta*, Turnhout, 1973

- Jean Philippe LÉVY: “Dignitas, Gravitas, Auctoritas Testium”, en VV.AA. *Studi in onore di Biondo Biondi*, Giuffrè, Milán, 1965, t. II, p. 27 ss.
- Giannozzo MANETTI: *Über die Würde und Erhabenheit des Menschen (De dignitate et excellentia hominis)*, trad. de Hartmut Leppin, edición e introducción de August Buck, Felix Meiner Verlag, Hamburgo, 1980.
- Álvaro D’ORS: “La llamada dignidad humana”, *La Ley* (Buenos Aires), nº 148 (31 de julio 1980), p 1 ss.
- Fernán PÉREZ DE OLIVA: “Diálogo de la dignidad del hombre” en Pérez de Oliva, *Diálogo de la dignidad del hombre. Razonamientos. Ejercicios*, edición de María Luisa Cerrón Puga, Cátedra, Madrid, 1995, p. 111 ss.
- Giovanni PICO DELLA MIRANDOLA: *De la dignidad del hombre*, Introducción, traducción y notas de Luis Martínez Gómez, Editora Nacional, Madrid, 1984.
- Julius POKORNY: *Indogermanisches Etymologisches Wörterbuch*, Francke Verlag, Berna & Munich, 1959.
- Friedrich von SCHILLER: “Sobre la gracia y la dignidad” (1793), en *Sobre la gracia y la dignidad. Sobre poesía ingenua y poesía sentimental*, trad. de Juan Probst y Raimundo Lida, Icaria, Barcelona, 1985, p. 9 ss. (P. 23).
- Santo TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*, BAC, Madrid, 1959.
- Juan Luis VIVES: “Fábula del hombre”, en *Diálogos y otros escritos* (Introducción, raducción y notas de Juan Francisco Alcina), Planeta, Barcelona, 1988, p. 153 ss.
- Alois WALDE (ed. por Julius POKORNY): *Vergleichendes Wörterbuch der Indogermanischen Sprachen*, Walter de Gruyter, Berlín & Leipzig, 1930.

CAPÍTULO III

LOS FUNDAMENTOS POLÍTICOS: EL PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL

- Joaquín BLANCO ANDE, *El Estado, la Nación, el Pueblo y la Patria*, San Martín, Madrid, 1985.
- Jacques-Bénigne BOSSUET, *Política sacada de las Sagradas Escrituras*, trad. de Jaime Maestro Aguilera, Tecnos, Madrid, 1974.
- Marco Tulio CICERÓN, *De Republica*, [http://www.thelatinlibrary.com/cicero/repub.shtml].
- Marco Tulio CICERÓN, *Oratio In L. Catilinam prima* [http://www.thelatinlibrary.com/cicero/cat1.shtml].
- Marco Tulio CICERÓN, *De Officiis* [http://www.thelatinlibrary.com/cicero/off.shtml].
- Marco Tulio CICERÓN, *De legibus* [http://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg.shtml]
- Serafín FANJUL GARCÍA, *Al-Andalus contra España, la forja del mito*, siglo XXI, Madrid, 2001.
- Robert FILMER, *Patriarca*, en Robert FILMER & John LOCKE, *Patriarca/Primer libro sobre el Gobierno*, traducción de Carmela Gutiérrez de Gamba y estudio preliminar de Rafael Gamba, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966
- Eustaquio GALÁN Y GUTIÉRREZ, “Esquema histórico-sistemático de la teoría de la Escuela española del siglo de Oro acerca de la esencia, origen, finalidad y legitimidad titular por Derecho Natural del poder político”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* nº extraordinario conmemorativo del centenario de la revista, 1953 (p. 57-91).
- José Luis GONZÁLEZ QUIRÓS, *Una apología del patriotismo*, Taurus, Madrid, 2002.

- Jürgen HABERMAS, *Más allá del Estado nacional*, traducción y presentación de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1997.
- Jürgen HABERMAS, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1999.
- Alexander HAMILTON, John MADISON & John JAY: *The Federalist Papers*, Penguin, Nueva York, 1961 (1ª ed. Inglesa, 1787). Hay traducción española de Gustavo R. Velasco, FCE, México, 1994.
[<http://memory.loc.gov/const/fed/fedpapers.html>].
- HOMERO, *La Odisea*,
[http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/literatura/odisea/] [<http://www.ebooksbrasil.com/adobeebook/odisea.pdf>].
- HOMERO, *La Ilíada* [<http://www.udec.cl/~alejanro/pepe/iliada.pdf>].
- HORACIO, *Carmina*,, [<http://www.thelatinlibrary.com/horace/carm.shtml>]
- José ORTEGA Y GASSET, *España invertebrada*, Espasa Calpe, Madrid, 1991 (1ª ed. 1921).
- PLATÓN, *Critón*,
[http://www.uv.es/~sfp/arete/textos/platon-criton__traduccion_.PDF]
- Carlos RUIZ MIGUEL, "Multiculturalismo y Constitución", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* nº 36/37 (2001), p. 5 ss.
- Lucio Anneo SÉNECA, *De consolationen ad Helviam*
[<http://www.thelatinlibrary.com/sen/sen.consolatione3.shtml>].

- Lucio Anneo SÉNECA *De vita beata*
[<http://www.thelatinlibrary.com/sen/sen.vita.shtml>]
- Enmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?*,
Quadrige/Presses Universitaires de France, 1982
(1ª ed. francesa, 1789 [<http://gallica.bnf.fr/scripts/ConsultationTout.exe?O=89685&T=2>]),
- TUCÍDIDES, “Oración fúnebre de Pericles”
[http://www.dearqueologia.com/oracion_funebre.htm]
- Edurne URIARTE, *España, Patriotismo y Nación*, Espasa
Calpe, Madrid, 2003.
- Pedro de VEGA GARCÍA, “El carácter burgués de la ideología
nacionalista”, en *Estudios Político-constitucionales*, UNAM,
1987, p. 100 ss.

SEGUNDA PARTE: ALGUNOS DESARROLLOS DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO IV EL CAMINO HACIA EL ESTADO DEMOCRÁTICO AVANZADO

- Joaquín ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.
- Gaspar ARIÑO ORTIZ y José María SOUVIRÓN MORENILLA: *Constitución y colegios profesionales*, Unión Editorial, Madrid, 1984.
- Juan BODINO: *Los seis libros de la República*, selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1985.
- James M. BUCHANAN y Richard E. WAGNER: *Déficit del sector público y democracia*, trad. de E. Galdón y J.L. López de Garayo, Rialp, Madrid, 1983.

- Renato DESCARTES: *Discurso del método. Reglas para la dirección de la mente*, trad. de Antonio Rodríguez Huéscar, Orbis, Barcelona, 1983 (1ª edición en francés del “Discurso del método” en 1637).
- Julien FREUND: *L'aventure du politique*, Criterion, París, 1990.
- Ángel GARRORENA MORALES: *El Estado Español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1987.
- Ignacio GÓMEZ DE LIAÑO: *La mentira social. Imágenes, mitos y conducta*, Tecnos, Madrid, 1989.
- Hermann HELLER: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, trad. de Mario de la Cueva, UNAM, México, 1965.
- Hermann HILL: “Rechtstaatliche Bestimmtheit odersituationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns”, *Die öffentliche Verwaltung*, cuaderno 20 (octubre 1987), p. 885 ss.
- Jesús IBÁÑEZ ALONSO: “Perspectivas de la investigación social: el diseño en tres perspectivas”, en Manuel García Ferrando, Jesús Ibáñez y Rafael Alvira (comps.): *El análisis de la realidad social*, Alianza, Madrid, 1989, p. 49 ss.
- Jesús IBÁÑEZ ALONSO: “Cómo se realiza una investigación mediante grupos de discusión”, en Manuel García Ferrando, Jesús Ibáñez y Rafael Alvira (comps.): *El análisis de la realidad social*, Alianza, Madrid, 1989, p. 489 ss.
- Hans KELSEN: *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionali. Contributo per una dottrina pura del diritto*, trad. y presentación de Agostino Carrino, Giuffrè, Milán, 1989 (1ª ed. alemana, 1920).
- Gerhard LEIBHOLZ: “El orden social, estatal y las asociaciones”, en *Problemas fundamentales de la democracia*

moderna, trad. de Eloy Fuente, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, p. 95 ss.

- Pablo LUCAS VERDÚ: *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.
- Pablo LUCAS VERDÚ: *Estimativa y política constitucionales*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1984.
- Pablo LUCAS VERDÚ y Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: *Manual de Derecho Político*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1990 (2ª ed.).
- Javier MARTÍNEZ-TORRÓN: *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Comares, Granada, 1994.
- Agustín MOTILLA DE LA CALLE: *Los acuerdos entre el Estado y las confesiones religiosas en el Derecho Español*, Bosch, Barcelona, 1985.
- Philippe NONET y Philip SELZNICK: *Law and society in transition: toward responsive law*, Transactions Publishers, New Brunswick, 2009 (1ª ed. Torch Books, Nueva York, 1978).
- Luciano PAREJO ALFONSO: *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991.
- Antonio J. PORRAS NADALES: “La función de gobierno: su ubicación en un emergente modelo de Estado post-social”, *Revista de Estudios Políticos* nº 56 (1987), p. 77 ss.
- Antonio J. PORRAS NADALES: “El Derecho intervencionista del Estado”, *Revista de Estudios Políticos* nº 63 (1989), p. 65 ss.
- Antonio J. PORRAS NADALES: “Desarrollo y transformaciones jurídicas del Estado social en el modelo territorial autonómico

español: balance y perspectivas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* nº 4 (1989), p. 269 ss.

- Antonio J. PORRAS NADALES: “Problemas de configuración jurídica del Estado democrático avanzado”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* nº 8 (1991), p. 79 ss.
- Jean-Jacques ROUSSEAU: *Du Contrat social*, ed. de Bertrand de Jouvenel, Pluriel, París, 1982 (1ª ed. 1762).
- Carl SCHMITT: “Teología política” (1ª ed. 1922), en *Estudios políticos*, trad. de Francisco Javier Conde, Doncel, Madrid, 1975, p. 33 ss.
- Carl SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 1982 (1ª edición alemana, 1928).
- Carl SCHMITT: “Staatsethik und pluralistischer Staat” (1ª ed. 1930), en *Positionen und Begriffe*, Duncker und Humboldt, Berlín, 1988, p. 133 ss.
- Carl SCHMITT: *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1983 (1ª ed. alemana y española en 1931).
- Rudolf SMEND: *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. de José María Beneyto, CEC, Madrid, 1983.
- Richard B. STEWART: “Principios estructurales del Derecho Constitucional y los valores del Federalismo: la experiencia de los Estados Unidos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* nº 1 (1988), p. 55 ss.
- Francisco de VITORIA: *Relectio de iure belli o paz dinámica*, traducción de Luciano Pereña Vicente, Centro Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1981.

CAPÍTULO V EL JURADO COMO GARANTÍA DEMOCRÁTICA CONSTITUCIONAL

- Juan BODINO: *Los seis libros de la República*, selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1992 (1ª ed. Francesa, 1576).
- Adam FERGUSON: *Un ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, trad. de Juan Rincón Jurado, IEP, Madrid, 1974 (1ª edición inglesa, 1767).
- A. Persi FLACCI et D. Iuni IVVENALIS: *Saturae* (ed. de W.V. Clausen), Clarendon, Oxford, 1985 (6 ed.).
- Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso de Historia de las Instituciones espa olas*, Alianza, Madrid, 1982 (6 ed.).
- Alexander HAMILTON, John MADISON & John JAY, *The Federalist Papers*, Penguin, Nueva York, 1961 (1ª ed. Inglesa, 1787). Hay traducción española de Gustavo R. Velasco, FCE, México, 1994.
[<http://memory.loc.gov/const/fed/fedpapers.html>].
- Georg Wilhelm Friedrich HEGEL: *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, ed. de K.H. Ilting, trad. de Carlos Díaz, Libertarias-Prodhufi, Madrid, 1993 (1ª ed. Alemana, 1821).
- Hermann HELLER: *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, FCE, México, 1974 (7 reimp., 1 ed. alemana 1934).
- Thomas HOBBS: *Leviatán*, traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, 1992 (1ª ed. Inglesa, 1651).
- Hans KELSEN: *Compendio de Teoría general del Estado*, trad. de Luis Recaséns Siches, Blume, Barcelona, 1979 (1ª ed. Alemana, 1926).
- Luis LEGAZ Y LACAMBRA: *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979 (5 ed.).

- MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro De Vega, Tecnos, Madrid, 1987 (1ª edición francesa, 1748).
- Carl SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 1982 (1ª edición alemana, 1928).
- Rudolf SMEND: *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. de José María Beneyto Pérez, CEC, Madrid, 1985 (1ª ed. Alemana, 1928).
- Armando TORRENT RUIZ: *Derecho Público Romano y Sistema de fuentes*, Oviedo, 1982.
- Pedro de VEGA GARCÍA: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.
- Alfred VERDROSS: *La Filosofía del Derecho del mundo occidental: visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, trad. de Mario de la Cueva; UNAM, México, 1962 (hay 2 ed. de 1985).
- W. WARDE FOWLER: *The city-state of the greeks and romans*, Macmillan, Londres, 1966.

CAPÍTULO VI

LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

- Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, traducción de Valentín García Yebra, Gredos, Madrid, 1997.
- Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- José María BAÑO LEÓN: “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 24 (1988), p. 155 ss.
- José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR: “Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1.1 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 1 (1981), p. 133 ss.
- Ernst FORSTHOFF: “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, en H. Barion, E. Forsthoff y W. Weber (eds.), *Festschrift für Carl Schmitt*, Duncker und Humblot, Berlín, 1959, p. 35 ss.
- Peter HÄBERLE: “Grundrechte im Leistungstaat” (1972), reproducido en *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein, 1980, p. 163 ss.
- Peter HÄBERLE: “El recurso de amparo en el sistema germano federal de jurisdicción constitucional” (trad. de C. Ruiz Miguel), en D. García Belaúnde y F. Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 225 ss.
- Peter HÄBERLE: “Los derechos fundamentales en el espejo de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal

Alemán. Exposición y doctrina” (trad. de F. Balaguer Callejón), en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 2 (1999), p. 9 ss.

- Martin HEIDEGGER: “Nietzsches Wort <Gott ist tot>”, en *Holzwege*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 1950, p. 193 ss.
- Thomas HOBBS: *Leviatán*, trad. de M. Sánchez Sarto, Sarpe, Madrid, 1983
- Rudolf von IHERING: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Benno Schwabe & Co. Verlag, Basilea, 1954 (8ª ed.).
- Rudolf von IHERING: *La lucha por el derecho*, traducción de Adolfo Posada, Doncel, Madrid, 1976 (1ª ed. Española, 1881; 1ª ed. Alemana, 1873).
- Hans KELSEN: *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1934.
- Neil McCORMICK: “Argumentation and interpretation in Law”, en *Argumentation* nº 9 (1995), p. 467 ss.
- José ORTEGA Y GASSET: “Introducción a una Estimativa: ¿Qué son los valores?”, en *Obras completas*, t. VI, Revista de Occidente, Madrid, 1961 (5ª ed.), p. 315 ss.
- Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ: “En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales”, *Derechos y Libertades* nº 6 (1998), p. 397 ss. (400 ss.).
- Francisco RUBIO LLORENTE: “La interpretación de la Constitución”, en *La forma del Poder*, CEC, Madrid, 1993, p. 605 ss.
- Carlos RUIZ MIGUEL: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.
- Carlos RUIZ MIGUEL, y Fernando A. DE ABEL VILELA:

“Inactividad del legislador y activismo tardío del Tribunal Constitucional en materia televisada. Acerca de la eficacia de los derechos fundamentales”, *Revista Andaluza de Administración Pública* nº 33 (1999), p. 53 ss.

- Carl SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 1982 (1ª edición alemana, 1928).
- Rudolf SMEND: *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. de José María Beneyto, CEC, Madrid, 1985 (1ª ed. Alemana, 1928).

**TERCERA PARTE:
DESVIACIONES DEL MODERNO CONSTITUCIONALISMO**

**CAPÍTULO VII
LA DESVIACIÓN NORMATIVA:**

VII.1. La mutación del Derecho Europeo

- Robert H. BORK: *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Touchstone/Simon & Schuster, Nueva York, 1991.
- Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000 (5ª ed.).
- Nuria GARRIDO CUENCA: *El acto de gobierno*, Cedecs, Barcelona, 1998.
- Dieter GRIMM: "Does Europe need a Constitution?", *European Law Journal* vol.1 (1995), p. 282 ss.

- Dieter GRIMM: “Le moment est-il venu d’élaborer une constitution européenne?”, in Renaud Dehousse (ed.), *Une constitution pour l’Europe?*, Presses de Science Po, Paris, 2002, pp. 69 ss.
- Alexander HAMILTON, John MADISON & John JAY: *The Federalist Papers*, Penguin, Nueva York, 1961 (1ª ed. Inglesa, 1787). Hay traducción española de Gustavo R. Velasco, FCE, México, 1994.
[<http://memory.loc.gov/const/fed/fedpapers.html>].
- Hermann HILL: “Rechtstaatliche Bestimmtheit odersituationsgerechteFlexibilität desVerwaltungshandelns”, *Die öffentliche Verwaltung*, cuaderno 20 (octubre 1987), p. 885 ss.
- Édouard LAMBERT: *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis: l’expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Marcel Giard, París, 1921.
- Neil Mac CORMICK: “Democracy, Subsidiarity and Citizenship in the ‘European Commonwealth’”, *Law and Philosophy* vol. 16 (1997), p. 331 ss.
- Luciano PAREJO ALFONSO: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993.
- Carlos RUIZ MIGUEL: “El Estado democrático avanzado ante la teoría clásica del Estado”, *Dereito* vol. III nº 2 (1994), p. 97 ss.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.
- Carl SCHMITT: *Legalidad y Legitimidad*, trad. de José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971 (1ª ed. Alemana, 1932). Reproducido en en *Carl Schmitt, teólogo de la política* (prólogo

y selección de textos de Héctor Orestes Aguilar), FCE, México, 2001, p. 245 ss.

- Dusan SIDJANSKI: *El futuro federalista de Europa. De los orígenes de la Comunidad Europea a la Unión Europea*, trad. de Gaizka Aranguren Urroiz y Enrique Martínez Gutiérrez, Ariel, Barcelona, 1998 (1ª ed. francesa, 1992).
- Richard B. STEWART: “Principios estructurales del Derecho Constitucional y los valores del Federalismo: la experiencia de los Estados Unidos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* nº 1 (1988), p. 55 ss.

CAPÍTULO VII LA DESVIACIÓN NORMATIVA:

VII.2. La llamada inconstitucionalidad por omisión

- Georges ABI-SAAB: “Éloge du <Droit assourdi>. Quelques reflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain”, en VV.AA., *Nouveaux itinéraires en Droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruselas, 1993, p. 59 ss.
- Roberto BLANCO VALDÉS: *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza, Madrid, 1994.
- Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: *Staat und Gesellschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976.
- Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat* nº 29 (1990), p. 1 ss.
- Sergio COTTA: *Itinerarios humanos del Derecho*, trad. de Jesús Ballesteros, Eunsa, Pamplona, 1978.
- Francisco ELÍAS DE TEJADA Y SPÍNOLA: *Tratado de Filosofía del Derecho*, t. II, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1976.
- Ángel GARRORENA MORALES: “Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 51 (1997), p. 37 ss.
- Peter HÄBERLE: “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional” (trad. de Carlos Ruiz Miguel), en D. García Belaúnde y F. Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson/Ediciones Jurídicas/E.Esteva/Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 1997, p. 225 ss.

- Alexander HAMILTON, John MADISON & John JAY, *The Federalist Papers*, Penguin, Nueva York, 1961 (1ª ed. Inglesa, 1787). Hay traducción española de Gustavo R. Velasco, FCE, México, 1994.
[<http://memory.loc.gov/const/fed/fedpapers.html>].
- Herbert Lionel Adolphus HART: *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- Hans KELSEN: “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, trad. de Juan Ruiz Manero, en H. Kelsen, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, p. 109 ss.
- Hans KELSEN: *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, trad. de Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1989 (26ª ed.).
- MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*, trad. de Pedro de Vega y Mercedes Blázquez, Tecnos, Madrid, 1987.
- Alejandro NIETO GARCÍA: “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública* nº 100-102 (1983), p. 371 ss.
- Lucio PEGORARO: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Turín, 1998.
- Javier PÉREZ ROYO: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1995 (2ª ed.).
- Otto PFERSMANN: “Carré de Malberg et <la hiérarchie des normes>”, *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 31 (1997), p. 481 ss. (Hay traducción castellana de Carlos Ruiz Miguel en Cuadernos Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* nº 4 [2001], p. 153 ss.).
- Otto PFERSMANN, “Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l’interprétation,” *Revue Française de Droit Constitutionnel* No 50 (2002) , p. 279 ss. y No 52 (2002) p. 789 ss.

- Otto PFERSMANN, “Unconstitutional constitutional amendments: a normativist approach”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht* No. 67 (2012), p. 81 ss. (p. 99-100).
- Michael REISMAN: “The Concept and Functions of Soft Law in International Politics”, en Emmanuel G. Bello & Bola A. Ajibola (coords.), *Essays in honour of Judge Taslim Olawale Elias*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/Londres, 1992, p. 135 ss.
- Benjamín RIVAYA GARCÍA: “Teorías sobre la Teoría del contenido mínimo del Derecho Natural”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* nº 15 (2000), p. 39 ss.
- Carlos RUIZ MIGUEL: “Advisory Function in the Inter-American System of Human Rights. A comparative approach. The Chrysalis of a Supra Constitutional Jurisdiction?”, en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, t. 47 (1999), p. 15 ss.
- Robert A. SCHAPIRO: “The legislative injunction: a remedy for unconstitutional legislative inaction”, *The Yale Law Journal* vol. 99 (1989), p. 231 ss. (Hay traducción española de Carlos Ruiz Miguel y Joaquín Brage Camazano, con apéndice del autor a la misma: “El mandamiento judicial de legislar: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 20-21 (1997), p. 73-96.
- Ulrich SCHEUNER: “Staatszielbestimmungen” (1972), en Manfred Friedrich (ed.), *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*, Wissenschaftlicher Buchgesellschaft, Darmstadt, 1978.
- Hans Peter SCHNEIDER: *Democracia y Constitución*, trad. de Joaquín Abellán, CEC, Madrid, 1991.
- Pedro De VEGA GARCÍA: “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, en VV.AA., *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX*, UNAM, México, 1998, p. 3 ss.

CAPÍTULO VIII
LA DESVIACIÓN CULTURAL: EL MULTICULTURALISMO

- Juan Manuel ALEGRE ÁVILA: *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994.
- ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, trad. de Pedro Simón Abril, Orbis, Barcelona, 1984.
- Roberto L. BLANCO VALDÉS: “El estado social y el Derecho político de los norteamericanos”, *Fundamentos* n 2 (2000), p. 97 ss.
- Pedro CRUZ VILLALÓN, “Constitución y cultura constitucional”, *Revista de Occidente* n° 211 (1998), p. 11 ss.
- Renato DESCARTES: *Discurso del método. Reglas para la dirección de la mente*, trad. de Antonio Rodríguez Huéscar, Orbis, Barcelona, 1983 (1ª edición en francés del “Discurso del método” en 1637).
- Julien FREUND: *L'essence du politique*, Sirey, París, 1965.
- Julien FREUND: *L'aventure du politique*, Criterion, París, 1990.
- Ernst FORSTHOFF: “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, en VV.AA., *Festschrift für Carl Schmitt*, Duncker und Humblot, Berlín, 1959, p. 35 ss.
- Eustaquio GALÁN Y GUTIÉRREZ: *Introducción al estudio de la Filosofía jurídica*, Gráficas González, Madrid, 1947.
- Ernst GELLNER: *Naciones y nacionalismo*, trad. de Javier Setó, Alianza, Madrid, 1988 (1ª ed. inglesa, 1983).
- José Joaquim GOMES CANOTILHO: *A Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, 1982.

- Ignacio GÓMEZ DE LIAÑO: *La mentira social. Imágenes, mitos y conducta*, Tecnos, Madrid, 1989.
- Peter HÄBERLE: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker und Humblot, Berlín, 1982.
- Alexander HAMILTON, John MADISON & John JAY, *The Federalist Papers*, Penguin, Nueva York, 1961 (1ª ed. Inglesa, 1787). Hay traducción española de Gustavo R. Velasco, FCE, México, 1994.
[<http://memory.loc.gov/const/fed/fedpapers.html>].
- Hermann HELLER: *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, FCE, México, 1942 (1 ed. alemana, 1934).
- Ernst Rudolf HUBER: "Zur Problematik des Kulturstaats" (1958), en Peter Häberle (comp.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1982, p. 122 ss.
- Ferdinand LASSALLE: *¿Qué es una Constitución?*, trad. de Wenceslao Roces, Ariel, Barcelona, 1989 (1ª ed. Alemana, 1862).
- Pablo LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho Político*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984.
- Karl MARX & Friedrich ENGELS: *Ausgewählte Schriften*, Dietz Verlag, Berlín, 1985
- Antonio J. PORRAS NADALES: "El Derecho intervencionista del Estado", *Revista de Estudios Políticos* n 63 (1989), p. 65 ss.
- Jesús PRIETO DE PEDRO: *Cultura, culturas y Constitución*, CEC, Madrid, 1983.
- Carlos RUIZ MIGUEL: "La transformación del Derecho Constitucional Europeo", en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* nº 14 (2002), p. 85 ss.

- Agustín RUIZ ROBLEDO: “La Constitución cultural Española”, *La Ley* (1999), p. 1691 ss.
- Fernando SAVATER: *Ética para Amador*, Ariel, Barcelona, 2000 (36ª ed.)
- Giovanni SARTORI: *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, trad. Miguel Ángel Ruiz de Azúa, Taurus, Madrid, 2001.
- Carl SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 1982 (1 ed. alemana, 1928).
- Carl SCHMITT: *Legalidad y Legitimidad*, trad. de José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971 (1ª ed. Alemana, 1932).
- Carl SCHMITT: “La tiranía de los valores”, *Revista de Estudios Políticos* nº 115 (1961), p. 65 ss.
- Javier TAJADURA TEJADA: “La Constitución cultural”, *Revista de Derecho Político* n 43 (1997), p. 97 ss.
- George USCATESCU: *Breve teoría e historia de la cultura*, Reus, Madrid, 1973

CAPÍTULO IX LA DESVIACIÓN POLÍTICA: LA INDEFENSIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE

- Manuel ARAGÓN REYES: Comentario al artículo 161, en Óscar Alzaga, *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, tomo XII, Edersa, Madrid, 1988, p. 189 ss.
- Jorge DE ESTEBAN: “La impugnación”, *El Mundo* 14-XI-2003, p. 10
- Germán FERNÁNDEZ FARRERES: “Comentario al artículo 76”, en Juan Luis Requejo Pagés (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, p. 1219 ss.
- Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “Sobre la viabilidad de la impugnación”, *ABC* 14-XI-2003, p. 12.
- Nuria GARRIDO CUENCA: *El acto de Gobierno*, Cedecs, Barcelona, 1998.
- Fernando GARRIDO FALLA: “Comentario al artículo 161.2”, en IDEM (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 2366 ss..
- Maurice HAURIOU, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, trad., estudio prel., notas y adiciones de Carlos Ruiz Del Castillo, Reus, Madrid, 1927 (2ª ed.).
- Javier JIMÉNEZ CAMPO: “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”, *Revista de Derecho Político* nº 7 (1980), p. 6 ss.
- Javier PÉREZ ROYO: *La reforma de la Constitución*, Congreso de los diputados, Madrid, 1987.
- Javier PÉREZ ROYO: “Una propuesta constituyente”, *El País* 31-X-2003, p. 22.

- Javier PÉREZ ROYO: “¿Juez de la constitucionalidad de la ley o censor parlamentario?”, *El País*, 6-I-2004, p. 10.
- José Antonio PORTERO MOLINA, “¿Qué van a recurrir?”, *La Opinión de Coruña* 9-XI-2003, p. 36.
- Francisco RUBIO LLORENTE y Manuel ARAGÓN REYES, “La jurisdicción constitucional”, en Eduardo García de Enterría y Alberto Predieri, *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1980, p. 851 ss
- Francisco RUBIO LLORENTE y Manuel ARAGÓN REYES: “Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de la constitucionalidad”, *Revista de Estudios Políticos* nº 7 (1979), p. 161 ss.
- Francisco RUBIO LLORENTE, “Una impugnación equivocada”, *El País* 8-XI-2003, p. 13-14.
- Javier RUIPÉREZ ALAMILLO: *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003.
- José Ramón RECALDE, “Formas necesarias y juegos prohibidos”, *El País* 10-XII-2004, p. 11-12.
- Carlos RUIZ MIGUEL: *Consejo de Estado y Consejos Consultivos Autonómicos*, Dykinson, Madrid, 1995.
- Carlos RUIZ MIGUEL: *O Dereito Público de Galicia*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997.
- Carlos RUIZ MIGUEL: *Recensión a la obra “Constitución y Autodeterminación”, de Javier Ruipérez Alamillo, en Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública* nº 29 (1997), p. 367-373.
- Carlos RUIZ MIGUEL, “Los vicios de origen del proceso autonómico”, en *Teoría y Realidad Constitucional* nº 24 (2009), p. 243-264.

- Carl SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 1982 (1ª ed. Alemana, 1928).
- Emmanuel Joseph SIEYÈS, “Limites de la souveraineté” (¿1794?), en Pasquale Pasquino, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Odile Jacob, Paris, 1998, p. 177 ss.
- Domingo DE SOTO, *De la justicia y el Derecho*, trad. de Marcelino González Ordóñez, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.
- Francisco SUÁREZ, *Tratado de las Leyes y de Dios legislador*, trad. de José Ramón Eguillor Muniozgurren, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.
- Margarita URÍA ETXEBARRÍA, “El Constitucional y el Estado preventivo de Derecho”, *El País* 16-XI-2003, p. 25.
- Pedro de VEGA GARCÍA: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.

**CUARTA PARTE:
LAS EXPECTATIVAS DEL NUEVO
CONSTITUCIONALISMO: LOGROS Y DECEPCIONES**

**CAPÍTULO X
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL COMERCIO
INTERNACIONAL**

- Manuel BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1994.
- Waldirio BULGARELLI: “El Derecho del Consumidor”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* n° 145-150 (1992), p. 255 ss.
- COMISIÓN EUROPEA: *Libro verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, Bruselas, 18.7.2001 [COM(2001) 366 final
- Raphaël FISERA: “A People vs. Corporations? Self-determination, Natural Resources and Transnational Corporations in Western Sahara”, en *Anuario de acción*

humanitaria y derechos humanos/Yearbook of humanitarian action and human rights, Nº 2 (2005), p. 15 ss.

- Ernst FORSTHOFF: *El Estado de la sociedad industrial*, traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñoz, IEP, Madrid, 1975.
- Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986.
- Peter HÄBERLE: “Grundrechte im Leistungsstaat” (1972), reproducido en *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein, 1980.
- Rudolf von IHERING: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Benno Schwabe & Co. Verlag, Basilea, 1954 (8ª ed.).
- Hans KELSEN: *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1934.
- John LOCKE: *The second treatise on civil government*, 1690 [<http://oregonstate.edu/instruct/phl302/texts/locke/locke2/locke2nd-a.html>]
- Mireia MARTÍNEZ BARRABÉS: “La responsabilidad de las corporaciones por violación de los derechos humanos: un análisis del caso UNOCAL”, en Victoria Abellán Honrubia y Jordi Bonet Pérez (dirs.), *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 219 ss.
- Robert McCORQUODALE and Penelope SIMONS: “Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law”, en *Modern Law Review*, vol. 70 (2007), p. 598 ss.
- Errol P. MENDES & Jeffrey A. CLARK: *The five generations of corporate codes of conduct and their impact on corporate*

social responsibility, Human Rights Research and Education Centre, University of Ottawa, 1996 [<http://www.cdp-hrc.uottawa.ca/eng/publication/centre/five.php>]

- Hans-Carl NIPPERDEY: *Grundrechte und Privatrecht*, Scherpe, Krefeld, 1961.
- Elena F. PÉREZ CARRILLO: “Corporate governance: shareholders’ interests and other stakeholders’ interests”, *Corporate Ownership and Control* vol. 4 (2007), p. 96 ss.
- Carlos RUIZ MIGUEL: “La naturaleza jurídica multidimensional de los derechos fundamentales”, en Miguel Ángel Aparicio (coord.), *Derechos Constitucionales y Formas Políticas*, Cedecs/Diputación de Tarragona, Barcelona, 2001, p. 165-179.
- Carlos RUIZ MIGUEL, y Fernando A. DE ABEL VILELA: “Inactividad del legislador y activismo tardío del Tribunal Constitucional en materia televisada. Acerca de la eficacia de los derechos fundamentales”, *Revista Andaluza de Administración Pública* nº 33 (1999), p. 53 ss.
- Pedro DE VEGA GARCÍA: “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)”, en Miguel Carbonell (ed), *Derechos fundamentales y Estado*, UNAM, México, 2002, p. 687 ss.

CAPÍTULO X LA LIBERTAD POLÍTICA EN LA DEMOCRACIA ELECTRÓNICAMENTE INFLUIDA

- Lorenzo COTINO HUESO: “De qué hablamos cuando hablamos de democracia y participación electrónicas”, en Javier Plaza Penadés (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICS)*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 43 ss.
- Robert Alan DAHL: *La poliarquía: participación y oposición*, trad. de Julio Moreno San Martín, Tecnos, Madrid, 1989.
- Javier ECHEVARRÍA: *Telépolis: los señores del aire y el tercer entorno*, Destino, Barcelona, 1999.
- Teodoro GONZÁLEZ BALLESTEROS: “La genérica libertad de expresión y la específica libertad de información”, *Cuenta y Razón* n.º 44-45 (1989), p. 41 ss.
- Karl R. POPPER: “Apuntes a la teoría de la democracia”, *El País* (8-VIII-1987).
- Carlos RUIZ MIGUEL: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.
- Giovanni SARTORI: *Homo videns. La sociedad teledirigida*, traducción de Ana Díaz Soler, Madrid, Taurus, 1998 (1ª ed. 1987)
- Carl SCHMITT: “Situación histórico-espiritual del parlamentarismo de hoy”, en *Sobre el parlamentarismo*, trad. de Thies Nelsson y Rosa Grueso, Tecnos, Madrid, 1990 (1ª ed. Alemana, 1926).
- Joseph Alois SCHUMPETER: *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper & Row, Nueva York, 1942.
- Joseph Alois SCHUMPETER: “Two concepts of democracy”, en Quinton A. (Ed.), *Political Philosophy*, Oxford University Press, 1978, pp. 153 ss.

- Cass R. SUNSTEIN: *República.com: internet, democracia y libertad*, trad. de Paula García Segura, Paidós, Barcelona, 2003 (1ª ed. Norteamericana, 2001).

XII. LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

- Robert ALEXY: “Grundrecht und Status”, en Stanley L. Paulson & Martin Schulte (eds.): *Georg Jellinek: Beiträge zu Leben und Werk*, 2000, p. 209 ss.
- Kai AMBOS: “¿Inmune Gadafi e impune Assad?”, *El Mundo* (23-VIII-2011).
- John BOLTON: *American Justice and the International Criminal Court*, remarks at the American Enterprise Institute, Washington, D.C. on November 3, 2003. Cfr.: <http://2001-2009.state.gov/t/us/rm/25818.htm> [último acceso, 27-IV-2012]
- Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ: “El Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *XXI Jornadas de Estudio. Hacia una justicia internacional*, Ministerio de Justicia/Banco de Santander/Civitas, Madrid, 2000, p. 499 ss.
- Luigi FERRAJOLI: “Más allá de la soberanía y de la ciudadanía: un constitucionalismo global”, traducción del inglés de Gerardo Pisarello, *Isonomía*, nº 9 (1998), pp. 173 ss. (p. 178) [publicado inicialmente en Richard Bellamy (ed.). *Constitutionalism, democracy and sovereignty*, Avebury, 1996]. Disponible en internet: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12504985356703728543657/isonomia09/isonomia09_10.pdf [último acceso, 27-IV-2012].
- Thimoty GARTON-ASH: “Libia y el intervencionismo liberal”, *El País* (6-V-2011).
- Alicia GIL GIL: “Tribunales Penales Internacionales”, en VV.AA., *XXI Jornadas de Estudio. Hacia una justicia internacional*, Ministerio de Justicia/Banco de Santander/Civitas, Madrid, 2000, p. 537 ss.
- Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA:, “Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal

Internacional (TPI) (Roma, 1998), en VV.AA., *XXI Jornadas de Estudio. Hacia una justicia internacional*, Ministerio de Justicia/Banco de Santander/Civitas, Madrid, 2000, p. 557 ss.

- Georg JELLINEK: *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, 2011 (primera edición, 1892; segunda edición revisada, 1905), Mohr Siebeck, Tubinga.
- Isabel LIROLA DELGADO, & Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ: *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001
- James OWEN: *Nuremberg. El mayor juicio de la historia*, trad. de Encarna Belmonte y Ferrán Esteve, Crítica, Barcelona, 2007 (1ª ed. inglesa, 2006)
- Nicolás PÉREZ SERRANO, *La evolución de las declaraciones de derechos*, Universidad de Madrid, Madrid, 1950.
- Rodolfo STAVENHAGEN: “Protección de minorías”, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, nº 1 (1986), p. 143 ss.
- Gustavo ZAGREBELSKY: “El juez constitucional en el siglo XXI”, traducción de Eduardo Ferrer-McGregor, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 10 (2008), p. 249 ss.(p. 257, 263). Disponible en internet: http://www.iidpc.org/revistas/10/pdf/265_283.pdf [último acceso, 27-IV-2012].