

## CAPÍTULO TERCERO

### CAUSAS POR LAS QUE SE HA PRODUCIDO EL CRECIMIENTO DE LA POSICIÓN JURÍDICA Y POLÍTICA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA REDUCCIÓN DE LA POSICIÓN DE PRIMACÍA DEL LEGISLADOR

Como hemos tratado de comprobar en el capítulo anterior, existe una general tendencia expansiva en la actuación de los órganos que ejercen la justicia constitucional<sup>816</sup> que ocasiona la restricción del margen de discreción interpretativa de los productos normativos por parte del legislador. Así nos lo indica su conversión en órgano esencial del sistema estatal; el aumento del número e importancia de los asuntos que se ponen a su consideración para ser resueltos; el cambio en la concepción del parámetro sobre el que realiza sus operaciones y en las posibilidades que el mismo le otorga para una más penetrante intervención; el aumento del número de normas sujetas a su control; el incremento de los procedimientos o vías para poner en funcionamiento sus tareas de defensa; los cada vez más numerosos sujetos legitimados para acceder a los mismos; el aumento de sus competencias; y la facultad que tienen para modificar o crear derecho directamente.

Todos estos elementos provocan un aumento en la importancia de su papel dentro del Estado, ya que los mismos lo hacen ser, además de defensor y custodio del orden jurídico y de los valores fundamentales consignados en la Constitución, árbitro que soluciona diversos conflictos jurídicos y sociales, factor de estabilidad política, elemento para la integración y cohesión de la sociedad y órgano de impulso de procesos de innovación legislativa, es decir, “motor de reformas”.<sup>817</sup> Este aumento de sus competencias y funciones le otorga, también, una amplia libertad para dar sentido a las normas constitucionales y determinar las consecuencias jurí-

<sup>816</sup> Cheli, Enzo y Caretti, Paolo, *op. cit.*, nota 259, p. 24. En el mismo sentido, Rodota, Stefano, “La Corte, la política, l’organizzazione sociale”, *Politica del Diritto*, núm. 2, 1982, pp. 174-176.

<sup>817</sup> Así, por ejemplo, Cheli, Enzo, *op. cit.*, nota 260, p. 50.

dicas de sus decisiones, ejerciendo gran influencia en el marco estatal, al grado de que, se ha dicho, entre sus facultades está “el mantenimiento de la lógica global del sistema jurídico-político”.

Al realizar los tribunales actos legislativos o funciones de naturaleza legislativa, dejando de ser simples aplicadores del derecho, se hace evidente su poder creativo y su capacidad para reemplazar en sus funciones a los órganos legislativos. Muchas veces esta capacidad de innovación y la sustitución de funciones no son producto derivado de su actividad, sino de una verdadera “voluntad de creación”. Esta forma de actuar provoca la percepción de que el legislador no está sometido a la Constitución, sino al Poder Judicial, y que éste asume “una y otra vez la función de compensar o sustituir al legislador”,<sup>818</sup> lo que, indudablemente, implica una vulneración de los principios de separación de poderes y gobierno de las mayorías. Si sostenemos que existe usurpación de la voluntad del pueblo donde se crea derecho sin su consentimiento, cuando el juez constitucional realiza operaciones creando derecho directamente subvierte el proceso legislativo y erosiona la actividad ciudadana. Esto puede conducirnos, en palabras de Barber, a una “democracia jurídica o a la desdemocratización y despolitización del proceso político”. Como dice Günter, cuando los jueces intervienen constantemente en los procesos políticos aparece el riesgo de que el Estado de derecho constitucional pierda el predicado “democrático”, porque no son los ciudadanos quienes toman las decisiones importantes sino los jueces que integran los tribunales supremos.<sup>819</sup>

Lo que haremos en este capítulo es tratar de detectar y analizar las causas por las que ha aumentado tanto la presencia de los órganos jurisdiccionales en los sistemas políticos y jurídicos. Recuérdesse que Cappelletti en su momento señaló que este crecimiento era un fenómeno compensatorio, una “corrección necesaria”, un intento normal de reequilibrio de los poderes estatales ante el “gigantismo del Estado”; es decir, una respuesta al crecimiento continuo de las funciones de la administración y el legislador. El factor determinante del aumento de la fuerza del Poder Judicial sería el incremento de la fuerza de los otros poderes del Estado. El Estado social, explicaba el maestro italiano, caracterizado por un Poder Legislativo y un Poder Ejecutivo de dimensiones gigantescas,

<sup>818</sup> Weber, Albrecht, *op. cit.*, nota 83, p. 84.

<sup>819</sup> Habermas, Jürgen *et al.*, *op. cit.*, nota 129, p. 6; Barber, Benjamín, *op. cit.*, nota 230, p. 284.

debía producir un Poder Judicial paralelamente gigantesco en virtud del principio de separación de poderes, que exige que “cuando más fuerte es un poder, tanto más fuertes devienen también los demás en cuanto que todos y cada uno de ellos están controlados por todos los demás y los controlan”. Los tribunales, en consecuencia, atrapados en “el callejón sin salida” que implica enfrentarse, en el Estado moderno, al aumento de facultades del legislador y de la administración, debían “elevarse al nivel de las otras ramas, de hecho, convertirse ellos mismos en el tercer gigante para controlar al legislador mastodonte y al administrador leviatán”. Desde esta perspectiva, los órganos jurisdiccionales han crecido para fungir como barrera de contención del sobredimensionamiento del Ejecutivo y Legislativo acentuado su naturaleza política al representar el único contrapeso a ambos. Sólo así se puede conformar un sistema de equilibrio de poderes con un adecuado control recíproco que permita la supervivencia de las libertades.<sup>820</sup>

Otros autores ven la razón del aumento de los poderes del juez en “la progresiva consolidación de los regímenes democráticos”, que de forma natural conducen al perfeccionamiento de los mecanismos técnicos de protección de derechos y control de la actuación de los poderes públicos.<sup>821</sup> Algunos juristas más afirman que la razón de que los tribunales actúen como legisladores positivos, creando normas, está en los cambios estructurales sufridos en el conjunto de las instituciones y el sistema constitucional. “La actitud positiva de los tribunales constitucionales no es, por tanto, un acontecimiento aislado, sino un fenómeno sistemático, que tiene razones profundas en los cambios del sistema constitucional”.<sup>822</sup> Concretamente se ha dicho que los tribunales se han acreditado como órganos capaces de encarnar el nuevo sentido de legalidad de la civilización democrática.<sup>823</sup> Para Renoux, el crecimiento de la presencia de las jurisdicciones constitucionales en la vida del Estado es consecuencia de dos factores principalmente: la decadencia de las instituciones de legitimación tradicionales (especialmente del rol del Parlamento dentro

<sup>820</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 562, pp. 608, 612 y 613, y nota 246, pp. 290 y 291; Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 415, p. 58; Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 650, pp. 424 y 433; López Pina, Antonio, *op. cit.*, nota 88, p. 30.

<sup>821</sup> López Guerra, Luis, *op. cit.*, nota 253, p. 44.

<sup>822</sup> Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 457, pp. 259 y 260.

<sup>823</sup> Pergola, Antonio la, *op. cit.*, nota 79, p. 3.

de las democracias modernas) y la reivindicación por parte de los ciudadanos de una mayor protección asegurada por el Estado de derecho.<sup>824</sup>

Para nosotros, la respuesta a la pregunta sobre las razones de la extensión de la importancia e influencia del órgano de control dentro del sistema jurídico, político y social se explica desde una doble vertiente fuertemente entrelazada: el aumento de la importancia y el cambio de naturaleza de los derechos fundamentales, y la pérdida de la función de la ley y el decaimiento de la posición del Parlamento dentro del sistema político. La primera vertiente, que explica e implica en gran medida el desarrollo de la segunda, se expresa, como señala Häberle, fundamentalmente en los siguientes temas: el crecimiento de “la intensificación de la vinculación” impuesta por los derechos, es decir, el paso de la vinculación programática a la vinculación inmediata; la ampliación del “círculo” de “destinatarios” de los derechos, que pueden ser los poderes públicos o los particulares, y la extensión de *los niveles de eficacia* “sobre todo el desarrollo en dirección a los derechos fundamentales como tarea estatal”.<sup>825</sup> Con el desarrollo de estas dimensiones, que reflejan el costo objetivo de los derechos, como lo llama Alexy, éstos se han convertido en normas sin objeto de regulación ni destinatarios dibujados con precisión, con pretensión universal, y, al mismo tiempo, indeterminados y abiertos en el sentido de una continua expansión posterior.<sup>826</sup> La libertad pasa a hacer abstracción del titular y destinatario del derecho y de algunas particularidades de su objeto.<sup>827</sup> La segunda vertiente, que repetimos, está íntimamente relacionada con la anterior, indica que el aumento de la importancia del órgano judicial tiene que ver con el proceso de decadencia de la ley y la pérdida de importancia del proceso legislativo. Desde hace tres décadas, Trujillo advirtió que la extensión del control de constitucionalidad estaba relacionada con problemas, como la pérdida de prestigio de la Constitución y la crisis de la concepción clásica de la ley, dos de las cuestiones, decía, más importantes de la fenomenología político-constitucional de nuestro tiempo. Estos proble-

<sup>824</sup> Renoux, Thierry S., “El Consejo Constitucional y el Poder Judicial en Francia y en el modelo europeo de control de constitucionalidad de las leyes”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, 1993, p. 442.

<sup>825</sup> La evolución de los derechos fundamentales es “la historia de una progresiva intensificación y extensión de su eficacia”. Häberle, P., en su colaboración a la obra *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. cit.*, nota 9, pp. 264 y 265.

<sup>826</sup> Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *op. cit.*, nota 262, p. 110.

<sup>827</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 415, p. 509.

mas están íntimamente unidos a otros, como la ineficacia conformadora de las Constituciones y sus fórmulas y el dominio de los mecanismos institucionales del Estado por grupos políticos y económicos que imprimen orientación al proceso político. Estas situaciones exigen intentar su remedio. “Por eso, si realmente importa vigorizar el sentimiento constitucional estimulando la confianza en la Constitución, es evidente la necesidad de reforzar la eficacia de sus prescripciones, dotándolas de garantías eficientes”.<sup>828</sup> Obviamente no es casualidad que los fundamentos de nuestra explicación se encuentren en los dos elementos que constituyen los valores políticos basilares sobre los que se levanta toda la construcción liberal del derecho, mismos que están en relación muy estrecha con el modo de concebir la relación Estado-sociedad: los derechos fundamentales y la ley, expresión de la soberanía popular.

#### I. LA INTENSIFICACIÓN DE LA VINCULACIÓN DE LOS DERECHOS

Como dijimos en el capítulo precedente, los enunciados sobre derechos contenidos en las normas constitucionales eran considerados normas programáticas, que de ninguna forma vinculaban al legislador, y que resultaban operantes solamente en virtud de su desarrollo legislativo. En palabras de Anschütz, los derechos no constituían derecho efectivamente vigente, permanecían sin producir ningún efecto particular, ya que sólo eran “directivas para emanar leyes”.<sup>829</sup> Este entendimiento, desfavorable para el desarrollo de una noción que sustentara la “prioridad de la Constitución” sobre la ley ordinaria, tenía como causa, como escribe Bachof, su origen histórico y, sobre todo, la consideración de que el único órgano que podía representar una amenaza para los derechos era el Poder Ejecutivo.<sup>830</sup> Esto, señala Grimm, no significaba que fuera nulo el efecto de los

<sup>828</sup> Trujillo Fernández, Gumersindo, *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna, 1970, pp. 7 y 8.

<sup>829</sup> “En la historia del constitucionalismo continental europeo, los derechos fundamentales apenas habían logrado salir de la esfera de la aspiración... Se consideraba por lo general que no producían efectos jurídicos sino que cumplían sólo una función programática o de apelación”. Cascajo Castro, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, CEC, 1988, pp. 18 y 19.

<sup>830</sup> Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 415, p. 40. “El pensamiento liberal en su lucha contra el absolutismo había supuesto que la libertad quedaría perfectamente garantizada en cuanto

derechos, sino que no se trataba de un efecto *jurídico*, sino político. El legislador no estaba vinculado a ellos, la administración estaba sólo sometida al principio de legalidad y la justicia no los aplicaba directamente en las relaciones entre el individuo y el Estado.<sup>831</sup> En este sentido, “podían servir de base para la reivindicación de las libertades prometidas en la Constitución o como rasero para juzgar el comportamiento del gobierno”, pero no podían hacerse valer ante la justicia ni constituir verdaderas fuentes del derecho.<sup>832</sup>

Actualmente se considera que los derechos gozan de las cualidades de la Constitución; es decir, la fuerza normativa de los derechos se extrae de la fuerza normativa de la Constitución, y se imponen, aun sin mandato expreso, a todos los ciudadanos y poderes instituidos, incluido el legislador.<sup>833</sup> Esta vinculación se entiende, dice Díez-Picazo, como

el pueblo fuera quien detentara el ejercicio del poder a través de la ley, entendida como expresión de la voluntad general. De ahí la confianza de los autores de la Declaración de 1789 en la ley, como instrumento más adecuado para establecer el contenido y el límite de los derechos fundamentales”. Asignando a la ley la tarea de concretar el alcance de los derechos fundamentales, los primeros constitucionalistas intentan, antes que nada, sustraer de cualquier injerencia arbitraria del ejecutivo el estatuto de estos derechos, pero dejan un amplio margen de actuación al legislador”. Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1986, p. 97.

<sup>831</sup> Grimm, Dieter, “La Constitución como fuente del derecho”, *cit.*, nota 414, p. 14. “El revolucionario francés igualmente fundó un nuevo régimen que se apoyaba en el texto constitucional, pero éste quedaba reducido a su sección orgánica, porque las declaraciones de derechos se formulaban como grandes principios revolucionarios con “valor absoluto y universal” aunque a menudo sin efectividad jurídica directa”. Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, nota 101, p. 62.

<sup>832</sup> Grimm, Dieter, *op. cit.*, nota 414, p. 16. Todavía durante la vigencia de la Constitución de Weimar “hubo de plantearse frecuentemente el problema de si una norma constitucional debe recibir una aplicación inmediata o constituye una regla programática que vincula simplemente al legislador”. Forsthoff, Ernst, *op. cit.*, nota 395, p. 76. Dice Cruz Villalón que en Weimar se plantea en toda su agudeza el problema de la eficacia jurídica de las normas sobre derechos fundamentales. “La década larga de vigencia de la Constitución es un proceso de descubrimiento de los derechos fundamentales”. Cruz Villalón, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *REDC*, Madrid, año 9, núm. 25, 1989, pp. 55 y 58.

<sup>833</sup> “Si recordamos la vieja idea de Windscheid y, desde luego, kelseniana, de que los derechos subjetivos sólo son las normas que los reconocen, en cuanto están puestas a disposición de los sujetos, el problema de la fuerza normativa de los derechos fundamentales es el problema de la fuerza normativa de los textos o de las reglas en que tales derechos fundamentales están descritos y están reconocidos. Es, por consiguiente, el problema de la fuerza normativa de la constitución misma, en cuanto, *corpus* donde

un deber jurídico de respeto, observancia y remoción de los obstáculos que existan para su plena efectividad, en el sentido de proporcionar a sus titulares el disfrute de su íntegro contenido constitucional. Pero no sólo se establece la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos, también se considera que éstos añaden “un plus” a su regulación constitucional, “que consiste, justamente, en que tal regulación tiene el carácter de derecho inmediatamente aplicable, sin necesidad de intermedio de una ley”.<sup>834</sup> La Constitución, al vincular a los poderes públicos, los obliga a la aplicación directa de sus normas impidiéndoles distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos que carecerían de valor normativo, teniendo todos plena virtualidad desde el momento en que son reconocidos por el texto constitucional, no precisando de “ulterior concreción normativa” o “mediación previa del legislador ordinario”.<sup>835</sup> Las Constituciones están revestidas frente a los

estos derechos se reconocen y consagran”. Díez Picazo, L., en López Pina (ed.), *La garantía constitucional...*, cit., nota 9, p. 289. Los derechos fundamentales, como parte de la Constitución, comparten su alcance normativo, que entre otras cosas significa, como ya se dijo, su fuerza, su capacidad de imponerse a la voluntad de los órganos que encarnan el poder constituido. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 677, pp. 100 y 206. Si buscamos una razón objetiva para sostener la vigencia inmediata de los derechos fundamentales la respuesta no puede ser sino obvia después de haber considerado a la Constitución como norma jurídica en toda su plenitud. La vigencia inmediata de los derechos fundamentales es “conclusión necesaria de su constitucionalización normativa” y “de su incorporación al derecho constitucional”, a la Constitución y con ello a la cúspide de la jerarquía normativa. Stern, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *RCEC*, Madrid, núm. 1, 1988, p. 263. Así, como ejemplo, el artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn expresa: “los derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de Derecho inmediatamente válido o aplicable”. De la misma forma el artículo 53.1 de la Constitución Española declara que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos”. Se considera a la Constitución un sistema preceptivo que vincula tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos, lo que hace decir a Kaegi que lo fundamentalmente nuevo y significativo del Estado constitucional actual es “la fuerza vinculante bilateral de la norma”. *Cit.* por García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 4, p. 49. Claro está que, como dice E. Díaz, aunque la Constitución obliga y vincula a todos, no se puede olvidar que vincula y obliga de manera más intensa al Estado, a sus órganos y poderes, representantes y gobernantes. Díaz, Elías, “Estado de derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, *Sistema*, Madrid, núm. 125, p. 9.

<sup>834</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 4, p. 127.

<sup>835</sup> *Ibidem*, p. 122. Schneider, Hans Peter, “Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales”, *Democracia y Constitución*, trad. de K. Albiez Dormán y M. Saavedra López, Madrid, CEC, 1991, p. 79. No solamente se debe señalar la vigencia

órganos estatales de una fuerza directa que implica que su “contenido material opera directamente, y sin excepciones, sobre los ciudadanos y poderes públicos”.<sup>836</sup> Esta circunstancia provoca que los derechos tengan validez aun sin leyes de desarrollo y virtualidad jurídica desde su propia constitucionalización, por lo que su efectividad no queda a expensas de otras leyes o del riesgo de que éstas nunca se dicten, ni sus titulares “han de esperar para su ejercicio ningún reconocimiento previo por parte de ningún poder público”. La Constitución genera “por sí misma derechos subjetivos sin necesidad de intermediación legislativa” y, es más, esta eficacia inmediata opera también en el caso de “los llamados derechos de configuración legal”.<sup>837</sup> Con esto se puede entender con claridad por qué Kruger afirma, en extendida frase, que “antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley; hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales”. Anteriormente no había derechos, sino en virtud de las leyes; hoy las leyes no pueden existir si no respetan los derechos fundamentales. La ley queda subordinada a los derechos. En

o eficacia inmediata de los derechos fundamentales, resulta indispensable también señalar a “aquellas personas que se encuentran vinculadas o comprometidas por los mismos derechos fundamentales” y estas son: el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial. “Los poderes del Estado han de estar vinculados por los derechos fundamentales; constituyen, pues, los destinatarios de la vinculación”. La vinculación a los derechos tiene “vocación de ser exhaustiva”. Stern, Klaus, *op. cit.*, nota 833, pp. 267 y 268. Los derechos “son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos con lo que sus titulares no han de esperar para su ejercicio a ningún reconocimiento previo por parte de ningún poder público”. Fernández Segado, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales”, *REDC*, Madrid, núm. 39, 1993, pp. 212 y 213.

<sup>836</sup> Nieto, Alejandro, *op. cit.*, nota 453, p. 387; Schneider, Hans Peter, *op. cit.*, nota 835, p. 77.

<sup>837</sup> Aguiar, Luis, “Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de estos por el Tribunal Constitucional español”, *RDP*, Madrid, núms. 18-19, 1983, p. 26; Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 835, p. 212. Como escribe M. Fromont: todos los derechos fundamentales “tienen valor constitucional y, por tanto, se hallan en la cúspide de la jerarquía normativa “no hay pues, ocasión para establecer distinciones según el tipo de derecho fundamental de que se trate”, simplemente por el hecho de ser declaraciones de derecho positivo vinculan al legislador “a pesar de que proclaman principios económicos o sociales que en ocasiones no parecen sino tener un valor meramente programático”. Fromont, Miguel, en López Pina (ed.), *La garantía constitucional...*, *cit.*, nota 9, p. 307. Escribe Prieto Sanchís que “la ausencia de un desarrollo legislativo puede dificultar el ejercicio de los derechos, pero en ningún caso impedirlo, pues éstos se imponen directamente y deben ser aplicados por los órganos primarios del sistema”. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 677, p. 120.

palabras de Baldassarre: la legitimación del Estado no se agota más en la legalidad, no se basa solamente en las leyes del Parlamento, sino que tiene su punto de apoyo en los derechos constitucionales de la persona humana, “en relación a los cuales se mide la legitimidad de la misma ley y del mismo Estado”.<sup>838</sup>

El paso de la vinculación programática a la “vinculación inmediata” o directa impone un deber de respeto a los derechos y “de abstención de cualquier comportamiento que los pueda vulnerar”, por lo que “la inobservancia de esta regla o deber jurídico comporta indiscutiblemente ilicitud y determina la nulidad del acto jurídico de los poderes públicos que así se produzca”.<sup>839</sup> La fuerza vinculante de los derechos produce que cualquier infracción a los mismos pueda ser reclamable ante los tribunales, y susceptible de ser declarada antijurídica.<sup>840</sup> Así, el medio en que se concreta el carácter vinculante de la Constitución, consigue la eficacia de sus normas y se eleva a los derechos fundamentales al rango de fuente del derecho es, principalmente, la jurisdicción, lo que conlleva, señala De Otto, que la Constitución se “juridifique y judicialice”.<sup>841</sup> Esto indica, como escribe Grimm, que existe una estrecha relación entre la consideración de los derechos como directamente aplicables, su carácter de normas vinculantes respecto a todos los poderes públicos y la existencia de un medio para controlar los actos del Estado.

Ahora bien, que el legislador deba respetar los contenidos vinculantes de los derechos fundamentales y esta vinculación sea, como señala Díez-Picazo, principalmente, de carácter negativo, en el sentido de que la legislación que se dicte no puede violar su núcleo esencial,<sup>842</sup> ha ocasionado que en un sector de la doctrina todas las normas constitucionales sean concebidas como reglas negativas de competencia, que imponen

<sup>838</sup> Baldassarre, Antonio, “I diritti fondamentali nello stato costituzionale”, *Scritti in onore di Alberto Pedrieri*, Milán, Giuffrè, 1996, t. I, p. 66.

<sup>839</sup> Díez-Picazo, Luis, en López Pina (ed.), *La garantía constitucional...*, *cit.*, nota 9, p. 290; *id.*, “Constitución, ley, juez”, *REDC*, Madrid, año 5, núm. 15, 1985, p. 19.

<sup>840</sup> “La constitucionalización no supone... la mera enunciación formal de un principio, sino la plena positivización de un derecho a partir del cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios”. Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 835, p. 212.

<sup>841</sup> Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 7, p. 36; Grimm, Dieter, *op. cit.*, nota 414, p. 18.

<sup>842</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, en López Pina (ed.), *La garantía constitucional...*, *cit.*, nota 9, p. 292; Fromont, Miguel, en su colaboración a la misma obra, p. 317.

deberes de omisión al Estado,<sup>843</sup> produciéndose dos consecuencias: la limitación de la discrecionalidad del legislador al desarrollarlas y la consideración de que su protección y efectividad es una función exclusivamente judicial.

El caso más significativo es el de los derechos sociales. Con base en la idea de que la garantía del contenido esencial no es privativa de algunos preceptos constitucionales, sino común a cualquier norma constitucional,<sup>844</sup> y que, es más, ésta es la garantía mínima que tiene todo enunciado constitucional para que no sea anulada su normatividad, se asegura que los derechos sociales tienen un “núcleo” irreducible e indisponible para el legislador que permite considerarlos auténticas pretensiones subjetivas reconocibles con independencia de la mayoría política y, en general, de la libertad de configuración del legislador. En virtud de este núcleo esencial puede obtenerse, escribe Prieto, un contenido subjetivo prestacional, y, de esta forma, convertirlos en triunfos del individuo que se imponen contra los intereses de la mayoría. Lo que queremos destacar es que, como sucede con todo contenido esencial, los contornos de éste, su definición y configuración pasa a ser objeto de la labor de los jueces constitucionales, lo que si bien resulta congruente con la afirmación de que estos derechos son posiciones tan importantes que su garantía no puede dejarse a simples mayorías parlamentarias, como afirma Alexy, no resulta fácilmente conciliable con el principio democrático.<sup>845</sup> Esta “aproximación absolutista” a los derechos sociales, como la llama Gómes Canotilho, puede tener efectos negativos derivados de la confianza que se otorga a “la simple interpretación de normas consagradoras de derechos sociales para, a través del procedimiento hermenéutico de la atribución de significado a enunciados lingüísticos, deducir la efectividad de los mismos derechos”. Con ello, dice el autor portugués, pueden producirse resultados irrazo-

<sup>843</sup> López Pina, Antonio, “Comentarios al capítulo III del título I. De los principios rectores de la política social y económica”, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1997, pp. 27, 33 y 34.

<sup>844</sup> Otto y Pardo, Ignacio de, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, *cit.*, p. 127.

<sup>845</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 104, 109, 110 y 114-116. También, “Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas”, *ADH*, Madrid, núm. 4, 1986-1987, p. 300.

nables, irracionales y efectos contrarios a los pretendidos.<sup>846</sup> Advertir sobre estas posibles consecuencias no significa, de ninguna manera, como indica Böckenförde, empeñado en diferenciar la estructura de los derechos liberales y sociales, no aceptar que hay situaciones en las que estos últimos operan, por su propia naturaleza, como auténticos límites a la actuación del Estado (es el caso, por ejemplo, de la práctica administrativa continuada: “frente a una configuración ya verificada... los derechos sociales pueden establecer ciertos límites elementales a la transformación o a la supresión”).<sup>847</sup> A parecidas consecuencias sobre la acción del legislador conduce la denominada teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales, que sostiene que las regulaciones y medidas escogidas para la realización de los derechos sociales están protegidas ante cualquier intento de supresión o reducción que signifique un retroceso en su configuración. La irreversibilidad significa, como dicen De Esteban y López Guerra, que todos los logros y beneficios que se han alcanzado en un momento histórico deben entenderse como pasos hacia una meta futura y, por ello, su modificación únicamente puede darse en sentido favorable a los afectados, por lo que no se puede dismantelar o reducir esencialmente la acción del Estado, en particular, no se pueden subvertir “determinados logros ya alcanzados en ejecución de los derechos sociales”.<sup>848</sup> Para algunos autores, ésta es una forma de garantizar la existencia, permanencia y desarrollo de los derechos sociales; para otros, es el camino para reducir la acción del legislador.<sup>849</sup>

<sup>846</sup> Gómes Canotilho, José J., *op. cit.*, nota 51, pp. 41 y 42.

<sup>847</sup> Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *op. cit.*, nota 657, p. 78. Por otro lado piénsese, como escribe Gargarella, en una sociedad donde la totalidad de las personas viviesen satisfactoriamente. El deber del Estado sería el de abstenerse de desarrollar comportamientos susceptibles de afectar el orden económicamente justo ya establecido. Gargarella, Roberto, “Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 31, 1998, p. 12.

<sup>848</sup> Vallespín Oña, Fernando, “Estado de Bienestar y Constitución”, *RCEC*, Madrid, núm. 1, 1988, p. 136.

<sup>849</sup> Otro límite al legislador resulta de las propuestas de establecer un porcentaje mínimo para la realización de los derechos sociales. Esta acción puede ser considerada una forma más de limitar la acción de los parlamentos, además de que se pone en cuestión su prerrogativa de establecer si los ciudadanos han de ser gravados y cuando. Además de esta forma “La destinación de los recursos a la satisfacción de los derechos reconocidos se convierte en un vínculo inmanente al sistema, que puede ser declarado cuando quiera que el ciudadano haga valer su derecho insatisfecho delante del juez”. Rodota, Stefano,

La intervención judicial se refuerza aceptando la existencia de una relación lineal e ineludible entre el carácter vinculante de los derechos y su aplicación directa.<sup>850</sup> Esta idea produce que los jueces posean un amplio margen de regulación y realmente corra a su cargo, como señala Aragón, el desarrollo normativo de los derechos. De esta forma, éstos, de ser legales, pasan a ser derechos jurisdiccionales y, los jueces, conformadores del estatus jurídico de los ciudadanos del Estado.<sup>851</sup> Lo que preocupa es que en esta construcción parecen ignorarse las diferencias que existen entre las diversas normas constitucionales, que si bien todas tienen fuerza obligatoria, esto no significa que no tengan que ser concretadas y desarrolladas “en razón de su indeterminación, elasticidad e incomplitud”.<sup>852</sup> El afán de la aplicación directa ha llevado a relegar las distintas formas de vinculación normativa que existen según el tipo de relación sobre la que el derecho fundamental se proyecte y las diferencias en “el modo y grado de vinculación a los derechos fundamentales” que tiene cada órgano estatal. Como señala Schneider, y hemos insistido antes, “la vinculación del poder público a la Constitución no está desarrollada con la misma intensidad y actualidad en todos los ámbitos”. La vinculación a la Constitución por parte del Poder Legislativo es menos inmediata y más flexible que la de otras funciones estatales por la falta de determinación de las normas constitucionales; la vinculación de la administración es más fuerte y se produce, principalmente, a través del principio de legalidad, y la vinculación del Poder Judicial se da mediante la aplicación de la ley.<sup>853</sup> En consecuencia, “más que un tipo de eficacia vinculante de los derechos fundamentales, existen tipos diversos y plurales de vinculación”; por ello es necesario distinguir la forma en que los poderes públicos se sitúan frente a la Cons-

“La promesa de los derechos”, trad. de F. Hinestrosa, *Revista Jurídica*, Colombia, núm. 1, 1992, p. 14.

<sup>850</sup> Schneider, Hans Peter, *op. cit.*, nota 835, p. 103; Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 677, p. 117. Es común el error de confundir normatividad con aplicación directa de las normas y control jurisdiccional. “Afirmar esto es desconocer una parte substancial de la Teoría general del derecho”. “Identificar... normatividad con aplicación directa y control jurisdiccional es un grave error técnico”. Es indiscutible que “la Constitución es ciertamente una norma...pero tal afirmación no conlleva la consecuencia de que sea siempre y en todo caso directamente aplicable”. Nieto, Alejandro, *op. cit.*, nota 453, p. 387.

<sup>851</sup> Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 320, p. 101.

<sup>852</sup> Solozábal Echeverría, Juan José, “Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales”, *REDC*, Madrid, núm. 15, 1985, pp. 84 y 85.

<sup>853</sup> Schneider, Hans Peter, *op. cit.*, nota 835, pp. 77 y 78.

titución, ya que cada uno de ellos aplica el derecho constitucional, y consecuentemente, los derechos fundamentales, de manera distinta.<sup>854</sup>

El propósito de establecer un efectivo estatuto de la libertad ha provocado, como afirma García de Enterría, que se configure una Constitución efectiva por sí misma, no necesitada “de ningún complemento para ser operativa inmediatamente...”.<sup>855</sup> El debilitamiento de la ley, al que nos referiremos más adelante, “junto con la extensión desorbitada de la técnica de aplicación directa de la Constitución están produciendo... una potenciación extraordinaria del derecho judicial”. La “aplicación de la Constitución lleva directamente a la creación judicial del derecho”.<sup>856</sup> Esto lleva a Schneider a insistir en no equiparar totalmente fuerza normativa y eficacia; a Cervati a señalar que es necesario promocionar una plena y efectiva aplicación de los derechos fundamentales, pero considerando las respectivas funciones de los poderes públicos, y a Díez-Picazo a afirmar que es indispensable una tendencia restrictiva a la aplicación directa de la Constitución “no yendo nunca más allá de los supuestos en que la aplicación directa es posible”, porque sólo así se puede evitar “la tentación de un derecho judicial”.<sup>857</sup>

## II. LOS DERECHOS COMO SISTEMA DE VALORES O PRINCIPIOS

Los derechos, como escribe Habermas, han pasado de ser simples normas de defensa que garantizan la libertad y legalidad de las intervenciones de la administración a principios básicos del orden jurídico conservando su contenido de derechos subjetivos de libertad dentro del contenido ju-

<sup>854</sup> *Ibidem*, pp. 76-78. La eficacia vinculante de los derechos fundamentales es más fuerte respecto al legislador y al órgano jurisdiccional y menos fuerte respecto al Poder Judicial. García Torres, Jesús, “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales”, *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, vol. II, España, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 1031 y 1032.

<sup>855</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 4, p. 128.

<sup>856</sup> Díez-Picazo, Luis, *op. cit.*, 839, p. 23.

<sup>857</sup> “Me parece que el único campo posible de aplicación directa es el de los derechos fundamentales que disponen de un ámbito especial de protección”. Díez Picazo, Luis, *op. cit.*, nota 839, pp. 19 y 23; Cervati, Ángel A., en López Pina (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales...*, *cit.*, nota 9, p. 55.

rídico-objetivo de normas-principios.<sup>858</sup> Es decir, los derechos, además de su carácter jurídico subjetivo, de su pretensión de asegurar la libertad del individuo frente a cualquier intromisión por parte del poder público, que es la forma en que se entienden originalmente, son principios y valores sustanciales del ordenamiento jurídico o “elementos constitutivos del orden institucional”, que “incorporan un orden axiológico objetivo que, en su condición de decisiones constitucionales básicas, vale para todos los ámbitos del derecho, proporcionando directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisprudencia”. Este sistema de valores, que no es neutral y pretende tener validez universal y unidad material de sentido, resume la esencia de la vida estatal, y tiene su fundamento, al decir de Smend, en “conceptos universales de justicia”; lo que significa, desde el punto de vista político, la existencia de “una voluntad de integración material”, y, desde el jurídico, la forma en que se legitima el orden positivo estatal, ya que éste es válido “sólo en cuanto que representa este sistema de valores.<sup>859</sup> Desde esta perspectiva, como escribe Bachof, este orden de principios no ha sido creado por la Constitución, es preestatal, independiente del arbitrio del Estado, que se limita a reconocerlo y garantizarlo, y tiene su “fundamento de validez” en los valores determinantes de la cultura occidental”.<sup>860</sup>

Desde esta concepción, los derechos consagrados en la Constitución son la plasmación jurídica de los valores éticos de la sociedad y el soporte axiológico que estructura y armoniza todo el sistema jurídico. Al representar la sistematización del contenido axiológico aceptado por la comunidad, integran y otorgan sentido a todo el ordenamiento y a cada una de sus normas, imponen determinada configuración a las instituciones, prescriben las metas comunitarias, fungen como criterios básicos a través de los cuales se enjuicia la conducta y ordenan y establecen los fines de la convivencia social. Son las decisiones éticas básicas indicadoras del camino para construir el orden político, social y cultural. Poseen,

<sup>858</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, pp. 320 y 321. El carácter objetivo de los derechos es una cualidad de su mismo ser. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 415, pp. 507-510.

<sup>859</sup> Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, trad. de J. M. Beneyto Pérez, Madrid, CEC, 1985, p. 232.

<sup>860</sup> Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 415, p. 40. También, por ejemplo, J. M. Pabón de Acuña señala que la jurisdicción constitucional en todos los países europeos tiene un trasfondo cultural que parte “del reconocimiento de unas reglas básicas que “ni los monarcas podrían derogar”. “Nacimiento y configuración de la jurisdicción constitucional”, en López Pina, A. (coord.), *División de poderes e interpretación, cit.*, nota 39, p. 39.

en suma, como señala Pérez Luño, una triple dimensión: a) *fundamentadora* del conjunto del ordenamiento jurídico, las instituciones constitucionales y todo el sistema jurídico político; b) *orientadora* del orden jurídico hacia el cumplimiento de determinados fines, y c) *crítica*, pues sirven como parámetro para valorar las acciones tanto de sujetos privados como públicos.<sup>861</sup> La “médula” de este sistema de valores, su “unidad material de sentido”, es el reconocimiento de la dignidad humana, de manera que los derechos son, antes que todo, expresión de “exigencias inherentes a la propia condición humana”.<sup>862</sup> De este principio “fluye el principio de libertad” que exige que se garantice el más amplio desarrollo posible de la personalidad. Como señala Dworkin: “si los derechos tienen algún sentido, la invasión de un derecho relativamente importante debe ser un asunto muy grave, que significa tratar a un hombre como algo menos que un hombre, o como menos digno de consideración que otros hombres”.<sup>863</sup> Así, cualquier afectación a los derechos, escribe Zagrebelsky, es inadmisibles en cuanto que entraña “una alteración de los principios éticos y políticos en que se basa la legitimidad de las instituciones políticas”.<sup>864</sup> Ésta es la dimensión ético-filosófica con la que el ordenamiento jurídico exige comenzar la reflexión sobre los derechos fundamentales.

Si aceptamos que la dignidad de la persona es la base de todas las libertades individuales, de los derechos fundamentales, del orden político, del ordenamiento jurídico y, en general, del Estado constitucional,<sup>865</sup>

<sup>861</sup> Pérez Luño, A., *op. cit.*, nota 830, p. 288. Lavilla señala que el calificativo “fundamentales” de los derechos “tanto expresa la esencial dimensión de lo humano y su prioridad axiológica, cuanto su función cimentadora, fundamentadora del orden político”. Lavilla Alsina, Landelino, *op. cit.*, nota 9, p. 36.

<sup>862</sup> Ara Pinilla, Ignacio, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 116. Como dice Rivero, fundamentar los derechos del hombre en la dignidad humana es la justificación más adecuada debido al proceso de extensión de su campo de aplicación y la consiguiente pérdida de fundamentos doctrinales que dicho proceso ha traído consigo. Al haber perdido los derechos su fundamento teórico inicial, es decir, las ideas del estado de naturaleza y del contrato social, debido a la afirmación, extensión y renovación de los mismos derechos, el principio de la dignidad humana aparece como el único fundamento teórico aceptable hoy en día. Rivero, Jean, “Sobre la evolución contemporánea de la teoría de los derechos del hombre”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, 1985, pp. 189-196.

<sup>863</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 173, p. 295.

<sup>864</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 494, p. 418.

<sup>865</sup> Häberle, Peter, “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, *Derechos y libertades*, trad. de L. Parejo, Madrid, núm. 1, 1993, p.155. También, *El concepto de los derechos fundamentales*, p. 103.

debemos admitir que la fundamentalidad de un derecho se debe no al nivel de su eficacia ni a su protección institucional o procesal, sino, precisamente, a su relación con la dignidad y libertad de la persona humana, por lo que estaremos en presencia de un derecho fundamental cuando una norma o institución sirva razonablemente a este valor.<sup>866</sup> Las técnicas de reconocimiento y tutela de los derechos, como escribe Prieto Sanchís, no serían esenciales a su carácter fundamental, ya que aceptar que las garantías convierten a los derechos en fundamentales “conlleva admitir que esos derechos no cuentan con elementos propios de caracterización, sino que los adquieren por incorporación de un elemento externo”.<sup>867</sup> Sin entrar ahora al debate sobre esta cuestión, no puede escapar a nuestra consideración que concebir a los derechos como valores universales inherentes a la dignidad humana convierte su fundamento en supraconstitucional, preordinamental o metapositivo eliminando la posibilidad de concebirlos como creación o concesión del constituyente. Con esta concepción, la legitimación del ordenamiento se basaría en valores prejurídicos,<sup>868</sup> y el legislador sería sólo un sujeto dedicado a recoger los derechos en normas positivas.

Otra de las consecuencias más destacadas, a nuestro parecer, de fundamentar el ordenamiento jurídico en la dignidad humana es la aparición de nuevos derechos. La formulación del sistema sobre esta base sugiere de inmediato la posibilidad de que formen parte del mismo, derechos no reconocidos explícitamente.<sup>869</sup> Así, han surgido nuevas dimensiones de derechos, justificados, precisamente, en la necesidad de eli-

<sup>866</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 677, p. 88; Solazábal Echaverría, Juan José, “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *REP*, Madrid, núm. 71, 1990, p. 92.

<sup>867</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, CEC, 1989, p. 67; Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 677, p. 111.

<sup>868</sup> Esta idea recorre y fundamenta el trabajo de Perfetti, Luca, “Interpretazione costituzionale e costituzionalita dei valori nell’interpretazione”, *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, núm. 1, 1993, pp. 171 y ss.

<sup>869</sup> Esta última apreciación es reconocida por Basile, Silvio, “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático, cit.*, p. 274. Es el caso, dice Pedro Sagüés, de la enmienda IX de la Constitución estadounidense o el artículo 33 de la Constitución argentina que otorga rango constitucional a derechos no enumerados o implícitos pero que nacen de la soberanía del pueblo o de la forma republicana de gobierno. Al respecto, Sagüés, Néstor P., “La interpretación constitucional, instrumento y límite del juez constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1996, pp. 32 y 33.

minar cualquier situación que implique una amenaza a las condiciones de vida de la humanidad.<sup>870</sup> La dignidad de la persona aparece como el “concepto nido” a partir del cual se crean nuevos derechos, y el ordenamiento, entendido como sistema axiológico positivizado, se presenta, de forma natural, con indudable carácter de derivación de los mismos. Cada contexto particular parece exigir el reconocimiento de un nuevo derecho, al grado de que el catálogo consignado en las Constituciones se hace omnicompreensivo, la enumeración elástica y susceptible de extenderse ilimitadamente.<sup>871</sup> Lo anterior nos coloca ante, por lo menos, dos cuestiones problemáticas:<sup>872</sup> primero, muchos de estos nuevos derechos no son producto de una reivindicación realizada por los ciudadanos den-

<sup>870</sup> Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 865, p. 165. Así, engrosando el patrimonio de derechos de los individuos, han aparecido los derechos llamados de la persona, los derechos políticos, los derechos de participación, los derechos sociales, los derechos de prestación, el derecho al desarrollo, a la paz, al medio ambiente, y seguramente seguirán apareciendo otros en función de las necesidades. Asimismo, el principio de la dignidad de la persona ha hecho surgir derechos como el de la identidad cultural y la autonomía de las comunidades. Piénsese, además, en los nuevos derechos derivados del poder informático, de la libertad de información o del derecho a la intimidad, que ya han logrado acomodo en algunas cartas constitucionales. Por ello parece extraordinariamente cierta la visión de Bobbio que señala que el desarrollo de los derechos han devenido en dos direcciones: el de su universalización y su multiplicación. En otro lugar Häberle señala: el progresivo desarrollo de los derechos fundamentales se ha a dado a través del “impulso de la dignidad humana”. Häberle, P., *op. cit.*, nota 825, p. 111.

<sup>871</sup> Como explica Garzón Valdés, los bienes básicos tienen una tendencia a la expansión determinado por factores de tipo cognitivo, es decir, por la intelección de algunas conclusiones hasta ahora no percibidas que pueden ser inferidas de las premisas ya aceptadas del sistema de derechos o bien por factores materiales de disposición de recursos económicos, técnicos y culturales. Y esto es lo que ha sucedido con el crecimiento de las generaciones de derechos y es una de las causas por las que se han extendido los límites del denominado “coto vedado”. Garzón Valdés, Ernesto, *op. cit.*, nota 145, p. 645. Como escribe Ferrajoli: “la historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos”. Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 1999, p. 54.

<sup>872</sup> Hay otras muchas cuestiones que este fenómeno provoca. Laporta, señala, por ejemplo, que este crecimiento puede producir la pérdida de su carácter normativo, su trivialización, la devaluación de su objeto, la pérdida de su eficacia vinculante y la reducción de su fuerza como exigencia jurídica. Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, Alicante, 1987, pp. 23 y ss. Este temor también lo comparte Rivero, Jean, *op. cit.*, nota 291, pp. 671 y 672. No podemos extendernos aquí en este tema pero compartimos la idea de que son los poderes públicos y los mismos individuos titulares de los derechos los responsables de que la inflación de dere-

tro del espacio público, sino que surgen de escenarios distintos a éste, y, segundo, mientras más intensa es la irradiación de los derechos en el ordenamiento y más extenso su catálogo, más intensos y extensos son sus mecanismos de protección que normalmente se exige sean de carácter jurisdiccional.<sup>873</sup>

Con respecto a lo primero, la fuerza de la concepción de los derechos como normas objetivas provoca, como señala Hesse, que cualquier cuestión jurídica se convierta en una cuestión de derechos fundamentales, ya que, como escriben Wahl y Wieland, “en último término todo está influido, irradiado e informado” por ellos, lo que implica, a su vez, que todos los conflictos pueden recaer en la competencia de decisión de los jueces constitucionales,<sup>874</sup> ya que nada que les concierna, se dice reiteradamente, puede serles ajeno. En una Constitución de principios, dice Prieto Sanchís, difícilmente puede hablarse de materias sustraídas a la justicia. Además, las diversas experiencias jurídicas nos enseñan que son los jueces, desarrollando de manera omnicompreensiva cuanto está insito en las normas constitucionales,<sup>875</sup> quienes extraen de la norma básica nuevos derechos y se arrogan la facultad de determinar la amplitud de sus alcances y contornos. No hace falta decir que esta tendencia a extender el ámbito normativo de la Constitución y multiplicar el número de derechos provoca que cada vez sean más las normas que no están a disposición de los representantes políticos.<sup>876</sup>

Con relación a lo segundo, como enseña Guastini, consignar derechos en normas, o extraerlos, tiene como consecuencia crear pretensiones legítimamente reclamables por los titulares de los mismos, y lo que ha

chos, el aumento de su número, no devalúe el objeto sobre el que recae ni hagan perder su eficacia vinculatoria.

<sup>873</sup> Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Concepto y concepción de los derechos humanos. (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)”, *Doxa*, núm. 4, 1987, p. 61.

<sup>874</sup> Hesse, K., “Significado de los derechos fundamentales”, trad de A. López Pina, en López Pina, A. (ed.), *Manual de derecho constitucional*, cit., nota 14, p. 93; *id.*, “Estadios en la historia”, *cit.*, pp. 557 y 560.

<sup>875</sup> Así lo entiende Faller, Hans J., “Cuarenta años del Tribunal Constitucional Federal alemán”, *REDC*, Madrid, núm. 34, 1992, p. 136.

<sup>876</sup> Para una exposición de los problemas que genera la existencia del “coto vedado”, tales como el paternalismo, las limitaciones a la representación política, a los principios de relativismo, tolerancia y autonomía que constituyen la base del régimen democrático, así como a la existencia de las minorías, se puede ver Vidal Gil, Ernesto J., “Justificación de la democracia y límites de la decisión por mayorías”, *Doxa*, núms. 15-16, 1994, pp. 236-238.

venido sucediendo es que la única vía de reclamación o garantía que se considera eficaz es la jurisdiccional.<sup>877</sup> En esta virtud, los “nuevos” derechos no sólo han planteado la necesidad de buscar mecanismos que los protejan, sino su jurisdiccionalización, aunque ello supone, en algunos supuestos, “una radical mutación de los esquemas tradicionales de la tutela jurisdiccional” debido a la problemática de su accionalidad o legitimación procesal, circunstancia que ha llevado a plantear, incluso, la necesidad de abandonar la idea de subjetividad como categoría del derecho público para estar en posibilidad de dotar a ciertos grupos y organizaciones de la facultad para recurrir ante los tribunales.<sup>878</sup>

Estas dos cuestiones provocan la posibilidad de que se produzca la devaluación del papel del legislador, ya que su actividad pasa a convertirse en “mera ejecución constitucional” con perjuicio, como señala Hesse, de la configuración política y autónoma de las distintas ramas del derecho. Pero es más, ante la amplia posibilidad creativa de los jueces se corre el riesgo de que éstos se apropien de las normas de derechos y se produzca la entrada, en los procesos interpretativos, de sus valoraciones subjetivas, generándose la posibilidad de que se presenten algunas formas de decisionismo, que degeneren en lo que Schmitt llamaba “tiranía de los valores”. En suma, la concepción de los derechos como principios objetivos, que atribuye su protección exclusiva a los órganos jurisdiccionales, potencia su posición y encierra el peligro de que éstos conviertan en exigencia constitucional su propio sistema de valores y nieguen validez a las concepciones del legislador.<sup>879</sup>

<sup>877</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (Hacia un juicio de amparo colectivo en México)”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, cit., nota 607, p. 220.

<sup>878</sup> Fernández Segado, Francisco, “La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado social”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 83, 1995, pp. 582 y 583. En palabras de Cascajo Castro: “El tránsito del estado liberal al estado social de derecho ha determinado un progresivo abandono de la categoría del derecho público subjetivo”. Sin embargo “este abandono es relativo, bastante problemático y no exento de algunos riesgos teóricos”. Cascajo Castro, José Luis, *op. cit.*, nota 829, p. 57.

<sup>879</sup> Rubio Llorente, Francisco, “Constitución y derechos fundamentales”, *La forma del poder*, cit., nota 291, pp. 633 y 634.

### 1. *El proceso de rematerialización del derecho*

A partir de la idea de los derechos como núcleo esencial de la Constitución se asiste a un proceso de rematerialización del derecho<sup>880</sup> y a la consagración definitiva de la Constitución, no sólo como norma que regula el proceso de creación jurídica y condiciona la validez de todas las normas inferiores, sino como verdadera fuente del derecho dotada de contenido material que vincula, tanto negativa como positivamente, a todos los poderes públicos, y que es, como dice Rubio, origen inmediato de derechos y obligaciones. Este proceso de rematerialización no sólo hace referencia al valor o eficacia de las normas, sino a una comprensión del derecho asentada sobre una idea de justicia que, además de la idea de igualdad, lleva consigo la promesa de realizar la libertad y dignidad.<sup>881</sup>

Los derechos, como elementos del ordenamiento objetivo, aspiran a tener validez, como decisiones jurídicas fundamentales, en todos los sectores del sistema jurídico y regir y orientar todas las actividades de los poderes públicos. Esta concepción de los derechos refuerza su eficacia vinculante y pretensión de validez, y provoca su irradiación y extrapolación a todas las normas y ámbitos del derecho. Como puntos de partida axiológicos, otorgan unidad y coherencia al sistema jurídico, y guían y determinan la producción, interpretación y aplicación de normas. El significado de éstas tiene que ser acorde con el establecido por aquellos que son los principios básicos del ordenamiento, el cimiento de su estructura. Y esto es así porque, como señala Schneider, concebir a los derechos como base de toda la comunidad es considerarlos fundamentos materiales del ordenamiento jurídico,<sup>882</sup> de la convivencia humana, del orden político, de la paz y de la justicia. El derecho derivado, subconstitucional, por tanto, tiene que ser formulado, interpretado y aplicado de acuerdo con ellos y con las premisas y contenidos que imponen, por lo

<sup>880</sup> Olivas, Enrique, “Problemas de legitimación en el Estado social”, en Olivas, E. (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991, p. 14.

<sup>881</sup> Éste es el significado de la materialización del derecho que conlleva la imposición del Estado social después de la Segunda Guerra y cuya trascendencia para la comprensión de los fenómenos jurídicos puede captarse si se parte de la consideración formalista del derecho que dominaba la ciencia jurídica de principios de siglo. Habermas, J., *op. cit.*, nota 11, pp. 471 y 502; *id.*, “¿Cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad?”, p. 537.

<sup>882</sup> Schneider, Hans Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *cit.*, p. 139.

que el legislador, en el momento de crear alguna disposición, debe necesariamente tomar en cuenta su sentido, y una vez creadas, el aplicador del derecho tendrá que interpretarlas de acuerdo con sus presupuestos, operando, de esta forma, “como normas para la información e integración de otras normas”, o principios que “se prolongan en otros preceptos” y que proyectan su sentido sobre otras disposiciones.<sup>883</sup> De esta manera, los derechos fundamentales “sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales”.<sup>884</sup> El carácter proyectivo y prioritario de estas normas se refleja incluso en la propia Constitución, ya que las normas que no consagran derechos fundamentales deben entenderse de acuerdo con éstos.<sup>885</sup> El ordenamiento jurídico se presenta, en suma, como un desarrollo de las normas de derechos fundamentales, éstos le otorgan a aquél, un sentido sistemático al funcionar como “canon para disciplinar jurídicamente las diversas manifestaciones de la vida del Estado y de la sociedad”.<sup>886</sup>

Como señala Hesse, esta comprensión de los derechos implica no sólo el rechazo de su interpretación formalista y relativista, sino el giro hacia una noción material de los mismos, el reforzamiento de su fuerza normativa y de validez y el reconocimiento de su capacidad de determinar no sólo la vida estatal, sino toda la vida jurídica del Estado a la que impregnan hasta en los menores detalles: “los derechos fundamentales determinan y troquelan incluso en detalles menores no sólo la vida pública sino la totalidad de las relaciones jurídicas”.<sup>887</sup> No existen, en consecuencia, en el ordenamiento jurídico, compartimientos estancos,

<sup>883</sup> Al referirse a la eficacia de los valores así se expresa, Garrorena Morales, Ángel, “Valores superiores y principios constitucionales”, *Estudios de derecho público. Homenaje a Juan Ruiz Rico*, Madrid, Tecnos, 1997, vol. I, p. 36.

<sup>884</sup> Hesse, K., *op. cit.*, nota 874, p. 93. Como escribe Ruggeri, la luz de los valores penetra en los ángulos más recónditos del ordenamiento, de cada norma puede decirse que, aunque sean en reducidísima medida, lleva consigo el signo de un valor o de una síntesis de valores. Y, precisamente, como la luz, es natural que esa influencia aparezca más intensa y más viva en los lugares más cercanos a su fuente mientras que se debilita cada vez que se aleja de ella. Ruggeri, Antonio, “Giurisprudenza costituzionale e valori”, *Diritto Pubblico*, núm. I, 1998, p. 4.

<sup>885</sup> Stern, Klaus, *op. cit.*, nota 833, p. 266.

<sup>886</sup> Pérez Luño, Antonio E., *op. cit.*, nota 830, p. 310.

<sup>887</sup> Hesse, K., *op. cit.*, nota 874, p. 113.

autónomos o separados sobre los que no ejerza su influencia el derecho constitucional, circunstancia que ha llevado a la afirmación de la omnipresencia de la Constitución, y, por tanto, a la constitucionalización de todas las ramas del derecho que aparecen como su prolongación o concretización. Esta hiperconstitucionalización o extensión progresiva del ámbito de aplicación de la norma básica tiene como consecuencia la pérdida de espacios para la actuación del legislador y la acentuación del papel de los jueces.<sup>888</sup> Desde la teoría del derecho se asegura que este fenómeno reafirma el predominio de la dimensión estática del derecho, es decir, del criterio de deducibilidad dentro del ordenamiento o de conformidad de la norma inferior con los contenidos de la norma superior que le sirve de base.<sup>889</sup> Al respecto, hay que considerar, con Alexy, que normalmente los derechos están configurados de forma imprecisa, por lo que la aplicación del criterio de “deducción” o “derivación” de contenidos concretos, que es “una de las formas más oscuras de la fundamentación jurídica”, conlleva la posibilidad, precisamente por la manifiesta incomplitud de dicho sistema objetivo de valores, que las normas de derechos sean utilizadas de forma no racional.<sup>890</sup> Asimismo, exigir que todo el sistema jurídico sea compatible con la Constitución y que los operadores jurídicos se comprometan con él, provoca que no sea posible una aproximación avalorativa a las normas constitucionales y se afirme que la propia norma básica no es ideológicamente neutral en su realización.<sup>891</sup>

Como puede comprenderse, esta concepción de los derechos fundamentales transforma significativamente su naturaleza y los aproxima, como señala Aja, a los principios constitucionales generales haciendo que “el papel que desempeñaba antes el derecho natural respecto del soberano, lo desempeña ahora la Constitución respecto al legislador”.<sup>892</sup> Los

<sup>888</sup> Esta tendencia hacia la hiperconstitucionalización, De Cabo la contempla en dos sentidos específicos principalmente: la extensión de los derechos y libertades hasta entender que todas las cuestiones están relacionadas con algún derecho y “el intento de encontrar en la Constitución la regulación de todas las materias sin márgenes o con márgenes cada vez más reducidos para el legislador”. Cabo, Carlos de, *op. cit.*, nota 336, p. 80.

<sup>889</sup> García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, CEPC, 1998, pp. 62-66; Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, p. 65.

<sup>890</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 415, p. 510.

<sup>891</sup> Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 12, p. 41.

<sup>892</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 889, pp. 17 y 35.

derechos en las Constituciones significarían la plasmación de decisiones o valores morales, la proyección de un consenso de moralidad pública, la consignación de una idea sobre la equidad y, en este sentido, como dice E. Fernández, un punto de vista sobre la justicia. Ello representa la emigración de la moral en el derecho positivo y la incorporación en el constitucionalismo “de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado” o, como escribe Habermas, la conversión de los principios morales del derecho natural racional en derecho positivo.<sup>893</sup> La consecuencia es la “revitalización del viejo derecho natural”<sup>894</sup> y la percepción de la Constitución y su supremacía como una norma del tipo de las normas supremas del derecho natural. Por ello se ha dicho que existe igualdad de contenidos entre los principios positivizados en la Constitución y los postulados del derecho natural, y que el contenido de aquella coincide en gran medida con la moralidad debido a que los derechos son principios de justicia positivizados, y, como escribe Zagrebelsky, en presencia de principios “el derecho funciona *como* si rigiese un derecho natural”.<sup>895</sup> La Constitución de esta forma incorporaría las normas de derecho natural, y sería, como señala Baldassarre, “ley natural positivizada”, expresión de la “secularización del derecho natural”.<sup>896</sup> En esta virtud, cada norma constitucional sería un derecho natural, la Constitución se identificaría con la justicia y, por tanto, fundaría, por sí sola, un deber de obediencia. Como dice Alexy, la irradiación en todos los ámbitos del sistema jurídico de los derechos fundamentales incluye la irradiación de la idea de justicia en todos los ámbitos del derecho<sup>897</sup> impregnado de contenido moral precisamente por la penetración en las normas constitucionales de contenidos materiales de justicia o de principios morales de derecho natural,<sup>898</sup> lo que hace que se reafirme el

<sup>893</sup> Habermas, Jürgen, “Derecho y moral”, *cit.*, nota 11, pp. 545 y 547.

<sup>894</sup> Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. XIII, 1996, p. 136.

<sup>895</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 42, p. 119.

<sup>896</sup> Baldassarre, Antonio, *op. cit.*, nota 838, p. 71.

<sup>897</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 415, p. 526. Vari señala que el juez está llamado a la individualización concreta de los valores fundamentales y a la persecución de un ideal no meramente abstracto de justicia. Vari, Massimo, “Giustizia costituzionale e tutela dei diritti fondamentali”, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1997, p. 466.

<sup>898</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 42, p. 116. Desde la perspectiva de Habermas, esto no significa la inexistencia de distinciones entre normas jurídicas y normas morales,

carácter eterno, universal e inmutable de las normas constitucionales y la noción de los derechos como valores “apriorísticos e indiscutibles”.

Algunos autores han visto en esta “positivización del derecho natural” la superación de la contraposición entre positivismo y iusnaturalismo, debido a que la importancia de la constitucionalización de los derechos no derivaría de su consagración por parte del órgano legislativo, ésta sólo sería un instrumento para su eficaz aseguramiento; para otros, dicha positivización significa la conversión del derecho constitucional en un “derecho frontera” y algunos más ven en ella el fundamento de la doble evaluación de legitimidad a la que deben someterse las leyes ya que la rematerialización de los textos supone la “juridificación o positivación de una ética que se erige así en criterio de validez; las normas del sistema ya no sólo deberán respetar determinados requisitos formales y procedimentales, sino que habrán de ser congruentes con principios y valores que son morales y jurídicos a un tiempo”.<sup>899</sup> Otros consideran que la aceptación de la idea de que los derechos consagran expectativas de justicia provoca la aparición, dentro de la vida constitucional, del problema de la búsqueda de la verdad y la conversión del Estado constitucional en un “estado ético” “refugiado en la Constitución”<sup>900</sup> obligando a resolver, debido a la fusión del derecho constitucional con la ética, si tiene prioridad la teoría de la Constitución o la teoría ética. Asimismo, esta forma de entender la Constitución ha provocado que se le conciba como el “imperio de la justicia”, ya que dentro de ella se contendrían no simples normas, sino las mejores normas, a través de las cuales puede regirse la sociedad. Desde esta perspectiva, la interpretación de la Constitución cobra, como señala Habermas, una forma más o menos relacionada con la filosofía del derecho, ya que la función de los juristas pasa a ser la de administrar el derecho na-

referidas sobre todo a la forma de tratar los problemas y al carácter institucional de uno y cultural y simbólico del otro ni tampoco una “relación de copia” entre derecho y moral, pero sí implica que entre ellas exista una jerarquía, que ambas se complementen sin dejar de ser independientes, por lo que “un orden jurídico sólo puede ser legítimo si no contradice principios morales” pues “el derecho sólo mantiene fuerza legitimante mientras pueda actuar como fuente de justicia”. Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, pp. 171, 172 y 212.

<sup>899</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 889, p. 50.

<sup>900</sup> Muy distinto al surgido en la doctrina germana de mediados del siglo XVIII que implicaba, como explica Pérez Luño, además de la absolutización de la idea racional-formal subyacente en la construcción kantiana del Estado de derecho, “la supeditación de las libertades individuales a los fines del Estado” y que derivó en la concepción hegeliana del Estado de fuerza. Pérez Luño, Antonio E., *op. cit.*, nota 830, pp. 220 y 221; Díaz, Elías, *op. cit.*, nota 141, p. 37.

tural consagrado en la Constitución.<sup>901</sup> Este “retorno al derecho natural”, marcado por la intención de evitar la injusticia de las leyes y la “perversión del ordenamiento”, producto de la desformalización o rematerialización de los textos constitucionales, implica el abandono de la distinción entre la ley y el derecho, considerándose este último, por su contenido axiológico, el verdadero orden normativo, por lo que sus aplicadores estarían sometidos a este orden de valores más que a la legislación positiva. No puede extrañar, en esta virtud, que el crecimiento de la presencia de los órganos de control se halla derivado, en ocasiones, de considerar que la propia ley puede llegar a degradarse a instrumento de injusticia.<sup>902</sup>

## 2. *El carácter estructuralmente abierto de los derechos*

Otro de los aspectos del proceso de materialización del derecho es el cambio de estructura de las normas jurídicas, que pasan a ser concebidas como cláusulas generales dirigidas a “producir justicia material”.<sup>903</sup> En consecuencia, todos los derechos se presentan como principios con textura abierta, sin contornos precisos, carentes de sentido material único, susceptibles de que su contenido sea extendido, interpretado y desarrollado cada vez que las circunstancias lo requieran.<sup>904</sup> Los derechos no “están definidos de una vez y para siempre” ni son mandatos cerrados a las concepciones futuras ni su positivización en la Constitución consigna su definición,<sup>905</sup> por lo que no pueden limitarse sus contenidos potenciales. La que por su formulación escueta y restringida pudiera considerarse una norma limitada puede convertirse, en virtud del impulso de sus titulares, en fuente de innumerables significados.<sup>906</sup>

Esto no significa que los derechos no sean normas determinadas, concretas, objetivas y puntuales<sup>907</sup> que se imponen y aplican de forma inme-

<sup>901</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, “Derecho y moral”, *cit.*, nota 11, p. 547.

<sup>902</sup> Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 831.

<sup>903</sup> Estas normas son típicas del Estado social dice Aarnio, Aulis, “Sobre el derecho y el Estado de bienestar”, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, trad. de P. Larrañaga, México, Fontamara, 1995, pp. 40 y 41.

<sup>904</sup> García Torres, Jesús, *op. cit.*, nota 854, p. 1037; Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *op. cit.*, nota 262, p. 44.

<sup>905</sup> Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, nota 26, p. 639.

<sup>906</sup> Martín-Retortillo, L., “Régimen constitucional de los derechos...”, *cit.*, p. 32.

<sup>907</sup> Hesse, K., “La Ley Fundamental y la unidad de Alemania”, entrevista realizada por P. Cruz Villalón, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 3, 1991, p. 17.

diata en cualquier situación ni desconocer que poseen un contenido esencial, sólo quiere decir que son más que reglas jurídicas, o, en todo caso, como explica Alexy, que su estructura posee un “carácter doble”<sup>908</sup> que incluye, al mismo tiempo, un mandato normativo perfectamente definido e ineludible y la cualidad de ser garantía del futuro para todos los ciudadanos por su especial textura flexible adaptable a las circunstancias por su potencial capacidad de optimización, intensificación y expansión. Los derechos son mandatos definitivos y mandatos de optimización. En virtud de su primera cualidad, vinculan efectivamente y de forma ineludible a todos los poderes públicos, mientras que como mandatos de optimización expresan la exigencia de ser realizados en la mayor medida posible.<sup>909</sup> En palabras de Dworkin, los derechos son sustancialmente normas que poseen por definición una razón para ser desarrollados en acciones y en normas de derechos individuales y bienes colectivos, como termina señalando Alexy. Los derechos son “conceptos” con un contenido esencial, susceptibles de cambiantes, diversas y extensivas “concepciones” (“conceptos controvertidos” los llama Dworkin en otro lugar), normas con la posibilidad de ser complementadas y desarrolladas y que otorgan espacio a las más diversas concepciones concurrentes de moralidad política.<sup>910</sup> Como dice Aragón, los derechos son “fórmulas de derecho fuertemente condensadas que albergan en su seno condiciones o gérmenes de reglas”,<sup>911</sup> o, como escribe Zagrebelsky, son un número indefinido de posibilidades, normas destinadas a un “incesante hacerse”, esbozos cuyo contenido depende del contexto y cuyo “alcance concreto se mueve en el sentido de la evolución de las ideas”. Los derechos son normas siempre abiertas a la realidad, a las más diversas y novedosas situaciones fácticas. Por ello, y ante la necesidad de proteger al individuo y satisfacer sus exigencias, la apertura que principalmente se les reconoce es de contenido para subrayar que pueden dar paso a nuevos aspectos de la libertad o dignidad humana y a otras funciones y formas de tutela.<sup>912</sup> Para autores como Richards, sólo esta forma de interpretar las cláusulas de derechos fundamentales, como principios abstractos contextualmente sensibles a

<sup>908</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 415, pp. 133 y 138.

<sup>909</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 144, pp. 162, 165 y 185.

<sup>910</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 173, pp. 79, 214-216, 219-220.

<sup>911</sup> Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 12, p. 93.

<sup>912</sup> Häberle, Peter, “La libertad fundamental en el Estado constitucional”, *cit.*, pp. 255 y 257.

los cambios de las circunstancias de hecho y normativas, resulta consistente con el presupuesto moral de la legitimidad constitucional.<sup>913</sup>

Una de las consecuencias de esta apertura es la noción sobre el catálogo de derechos consignados en la Constitución, el cual no puede ser, se dice, completo ni exhaustivo, en virtud de que existen derechos diferentes a los expresamente señalados, es decir, derechos implícitos o periféricos que refuerzan o garantizan la existencia de los derechos explícitos. La posibilidad de que existan derechos implícitos, que provocan la ampliación del contenido normativo de la Constitución, sugiere que su conocimiento se adquiere o infiere a través de procesos de interpretación, específicamente, mediante procesos de integración realizados por los jueces, y que éstos pueden utilizar para ello normas no consagradas expresamente, y en este supuesto, la revisión de la constitucionalidad de las leyes no se limitaría a su confrontación con las normas escritas en la Constitución sino con los principios no expresos en el texto.<sup>914</sup> La Constitución no sería únicamente su contenido explícito, sino también el implícito, y mientras más amplios sean ambos contenidos, el espacio de intervención del juez sería más ancho. Esta concepción de los derechos señala nuevos límites a la acción del legislador y permite que el juez constitucional haga labor de segundo constituyente “ya sea respecto de los “derechos naturales” olvidados por los redactores de la Constitución, sea respecto a las “situaciones de libertad” que emergen progresivamente en la conciencia jurídica y política y son materializadas en las convenciones internacionales, en las leyes ordinarias o en los valores comúnmente admitidos por la sociedad”.<sup>915</sup>

Concebir a los derechos y, en general, a las normas constitucionales como conceptos provoca que se conviertan en “dato interpretativo” y que la actividad que realizan los jueces al momento de aplicar la Constitución se transforme en labor de concretización, lo que significa que éstos asuman la facultad de fijar las concepciones de las normas. Como escribe Böckenförde, en la medida en que los derechos se presentan como normas principio no se les interpreta sino se les concretiza, y esto

<sup>913</sup> Richards, David A. J., “La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional”, trad. de E. Alonso García, *RCEC*, Madrid, núm. 1, 1988, p. 148.

<sup>914</sup> Estévez Araujo, José A., “Estructura y límites del derecho como instrumento del Estado social”, en Olivas, E. (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, p. 152.

<sup>915</sup> Citando a Marie-Claire Ponthoreau, así lo consigna Acosta Sánchez, José, “Transformaciones de la Constitución en el siglo XX”, *REP*, Madrid, núm. 100, 1998, pp. 81 y 82.

implica su desarrollo creativo dotándolos de contenidos determinados, ya que la concretización es el llenado creativo de algo que únicamente se fijó en principio, que permanece abierto y necesita de la predeterminación conformadora para ser ejecutable. La concretización, por tanto, va más allá de la interpretación, ya que como dice este autor siguiendo a Huber, aquella requiere más atribución de sentido que aclaración de sentido y es más atribución de sentido desde fuera.<sup>916</sup> Las decisiones del juez al presentarse como concretizaciones del texto no son ley ordinaria sino derecho constitucional. Además, resulta inevitable que sobre una norma aumente el número de concretizaciones y que una lleve a la siguiente. Todo esto se produce como interpretación de la Constitución, y no es desconocido que cada vez que se amplía, extiende y enriquece el contenido de las normas constitucionales, se amplía, al mismo tiempo, la competencia de los jueces. Al convertirse éstos en órganos de “concretización jurídico-creativa de la Constitución”, ésta se enriquece en su contenido y el legislador se ve vinculado a ella en virtud de la primacía de las decisiones de aquél.<sup>917</sup> Piénsese también que la concretización del contenido de los derechos no tiene, muchas veces, conexión con la literalidad, el significado de las palabras o el contexto normativo, pues cuando se concibe a las disposiciones constitucionales como principios, cuyas características estructurales son la indeterminación y apertura, no pueden ser entendidas literalmente, ya que “la interpretación literal de un principio no tiene otro efecto que el de privarlo de todo contenido prescriptivo y hacerlo, así, inutilizable en la aplicación del derecho”.<sup>918</sup> Asimismo, y como señala Tribe, la generalidad de las normas constitucionales sugiere y exige el intento de no limitar su significado a resultados y contextos específicos que estuvieron en la mente de aquellos que por primera vez los utilizaron, sino más bien pretenden estimular la creación de significados a la luz de las necesidades y discernimientos de las generaciones subsecuentes.<sup>919</sup>

<sup>916</sup> Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, trad. de J. L. Requejo Pagés, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 126 y 127.

<sup>917</sup> Böckenförde, Ernest-Wolfgang, *op. cit.*, nota 262, pp. 95, 135 y 136.

<sup>918</sup> Guastini, Riccardo, “¿Especificidad de la interpretación constitucional?”, trad. de J. Ferrer I Beltrán, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 294.

<sup>919</sup> Tribe, Laurence H., “Los límites del propósito original”, *Facetas*, Washington, núm. 75, 1987, p. 31.

Sobrevienen así algunas dificultades en la interpretación de las normas constitucionales, ya que precisamente en virtud de su carácter abierto no se les puede dotar de un significado que obligue a una sola dirección en su desarrollo, produciéndose diferentes interpretaciones y resultados, según las variadas circunstancias de hecho, contextos sociales o exigencias normativas. La Constitución, como escribe Habermas, parece haber perdido su elemento estático: “aun cuando la letra de las normas permanezca intacta, sus interpretaciones están en flujo” y, en virtud de ello, los jueces están en posibilidad de reelaborar constantemente su significado. Además, el entendimiento de las normas constitucionales como principios provoca que las operaciones interpretativas que realizan los jueces sobre ellas no se contemplen como creación ilegítima de normas debido a que se considera que éstos sólo descubren lo que está contenido de forma concentrada en ellas. Como dice Aragón: “las reglas derivadas de un principio están indeterminadas en él, pero son “predictibles” en términos jurídicos”.<sup>920</sup> La estructura de los derechos conduce, como escribe Böckenförde, a la idea de que existe una predeterminación de los contenidos normativos de la Constitución. Así se puede entender la razón de la distinción, tan recurrida por los tribunales, entre enunciado o precepto legal y normas que en el mismo se encuentran, distinción que, como hemos señalado en el capítulo precedente, ha dado lugar, junto con otros factores, a la emisión de las llamadas sentencias intermedias. Esta misma estructura semántica de las normas hace que el juicio de constitucionalidad pase a ser un juicio de valor más o menos opinable, es decir, ni verdadero ni falso, llevado a cabo por el juez constitucional. Así, para Ferrajoli, el juicio de validez o constitucionalidad de una ley “es un juicio de valor confiado a la valoración operativa del juez”.<sup>921</sup> Por todo esto se ha dicho que la concepción de los derechos como principios abiertos puede hacerlos perder su carácter normativo o eliminar su significado básico. Se teme que mediante ella se relativice el carácter vinculante de la Constitución, como lo expresó, entre otros, y desde el inicio de esta concepción, E. Forsthoff.

La apertura de la Constitución también parece obligar a los tribunales a realizar, mediante sus sentencias, “una adaptación progresiva”, una “tarea de actualización vivificadora” del texto constitucional a la realidad social y a las circunstancias y valores políticos siempre cambiantes.

<sup>920</sup> Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 12, p. 96.

<sup>921</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 420, pp. 874-877.

La función del juez se muestra, de esta forma, no sólo exegética, sino creativa, de desarrollo e impulso de la Constitución.<sup>922</sup> Ante esta circunstancia, Guastini se pregunta: ¿dónde queda la importante función que tiene el procedimiento de reforma de la Constitución, que precisamente al hacer participar a ciertos órganos tiene como función “adaptar el texto normativo a las nuevas circunstancias”? “¿Por qué, ante la inactividad del “legislador constitucional”, la renovación de la Constitución debería realizarse por vía interpretativa, por obra de ciudadanos privados (como son los juristas) y/o de órganos en todo caso incompetentes para enmendar la Constitución?”. Esto constituye, termina diciendo el jurista italiano, “una violación de la propia Constitución (de aquellas normas que precisamente regulan la revisión constitucional)”.<sup>923</sup> Claro está que no hay que olvidar que cuando el juez constitucional se enfrenta a preceptos abiertos, se coloca ante el dilema de dotarlos de sustancia o vigor, o bien considerarlos no vinculantes a riesgo de que la Constitución pierda su carácter normativo.

### 3. *El principio de ponderación*

Considerar a los derechos un orden de valores implica que forman parte de un sistema de normas mutuamente interrelacionadas en el que no pueden existir antítesis y contradicciones de sentido, como afirma Pérez Luño, estando todos en “íntima interdependencia, condicionamiento recíproco y una verdadera y profunda complementariedad, tanto histórica como sistemática”.<sup>924</sup> Y es precisamente de considerar que cada derecho adquiere significado preciso en función del conjunto, y de que entre ellos existe un “esquema relacional”, ya que todos se hallan en conexión entre sí y con la totalidad de la Constitución, en virtud del cual ha surgido el principio de ponderación.

Concebir a los derechos como principios inmersos en un sistema conlleva la inexistencia de una jerarquía material o de relaciones de prioridad que

<sup>922</sup> Rodríguez Bereijo, Álvaro, “Constitución y tribunal constitucional”, *REDA*, Madrid, núm. 91, 1996, pp. 370 y 371.

<sup>923</sup> Guastini, Riccardo, “¿Especificidad de la interpretación constitucional?”, *Distintiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de J. Ferrer I Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 296.

<sup>924</sup> Smend, Rudolf, *op. cit.*, nota 859, p. 106; Castro Cid, Benito de, “Los derechos sociales económicos y culturales”, *cit.*, pp. 76 y 77; Häberle, P., “La libertad fundamental en el Estado constitucional”, *cit.*, pp. 64-70.

implique la primacía de alguno de ellos; al contrario, esta noción conduce a establecer una jerarquía formal que sólo comprenda las diferencias expresamente señaladas en el derecho positivo.<sup>925</sup> Esto es así porque si la Constitución y los derechos son factores de integración plasmados concretamente como orden unitario de valores por los miembros de la comunidad, se reconoce la capacidad de aquélla de fijar sus parámetros de valor y la posición y rango de dichos bienes.<sup>926</sup> En esta virtud, la norma básica no puede ser contemplada como “una tabla” en la que se consigne el “valor posicional” de cada derecho, ya que entre ellos no puede existir un orden o superioridad jerárquica ni diferencias de rango,<sup>927</sup> todos tienen el mismo valor y dignidad, salvo que, como señala Prieto, directamente se establezca esa prioridad. En otras palabras, no es posible admitir el absolutismo de un principio o derecho o el establecimiento de jerarquías inflexibles entre ellos. Dentro de la Constitución no pueden existir reglas de preferencia, más que las que ella misma establece ni puede haber una jerarquía material a pesar de que pudieran existir algunas contradicciones. Como escribe Stern, todos los derechos tienen “el mismo valor, peso, importancia” y fuerza jurídica debido a que las diferencias de rango únicamente existen entre normas de diferente cualidad o entre aquellas que expresamente disfrutan de rango superior. Una Constitución de principios no es un orden o sistema de valores jerarquizado, sino un conjunto plural de principios que entran en juego simultáneamente.<sup>928</sup> De esta forma se expresa el principio de equivalencia de los bienes y derechos constitucionales que excluye las jerarquizaciones internas en la Constitución y “la atribución de abstractas posiciones de valor, claudicantes y preferentes, a aquellos bienes y derechos”.<sup>929</sup> Considérese, además, que

<sup>925</sup> Otto y Pardo, Ignacio de, *op. cit.*, nota 844, pp. 117 y 118. Es muy riesgoso establecer, siguiendo las mismas coordenadas del ordenamiento, una jerarquía de derechos, pues se crearían derechos absolutos. Schefold, Dian, “L’effettività dei diritti fondamentali in Germania”, *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bolonia, Il Mulino, 1997, pp. 394-395.

<sup>926</sup> Häberle, Peter, “La libertad fundamental en el Estado constitucional”, *cit.*, p. 57.

<sup>927</sup> Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., trad. de M. Rodríguez Molinar, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 340 y 400. Como escribe Stern: “Ningún bien jurídico debe de ser considerado como de rango superior a costa de otro valor protegido, a menos que la propia constitución ordene la diferencia de rango”. Stern, Klaus, *op. cit.*, nota 26, pp. 293 y 294.

<sup>928</sup> Prieto Sanchís, Luis. *op. cit.*, nota 425, p. 322.

<sup>929</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 104, p. 58.

el establecimiento de una jerarquía de derechos sería incompatible con el carácter pluralista de la sociedad, ya que en caso de conflicto, el principio de mayor valor privaría en todos los casos sobre los inferiores dando lugar a una peligrosa tiranía de dicho valor.<sup>930</sup>

Las nociones anteriores hacen imposible la lectura única de los derechos y convierten en necesaria la actitud de proceder a encontrar sus significados coordinándolos con otras normas del mismo sistema y tomando en cuenta las peculiaridades de la situación concreta que se presente. Los límites y contenidos de los derechos, como dice Häberle, deben determinarse mediante una visión de conjunto que considere el significado de los derechos como elementos constitutivos de un sistema unitario, independientemente de los visos de contraposición e aislamiento entre los mismos. Esto nos indica, dice Gianformaggio, que todos los derechos son concurrentes y que la aplicación de uno, en cualquier contexto, implica simultáneamente la aplicación de todos y la exclusión de ninguno. En palabras de De Otto: “los derechos y libertades, por reconocerse en el interior del ordenamiento jurídico, han de conciliarse con otros bienes que el ordenamiento protege y no pueden hacerse valer de modo absoluto frente a estos”.<sup>931</sup> De la misma forma, Alexy señala que el principio de unidad de la Constitución y de concordancia práctica de todas sus normas exige la conciliación y armonización de los derechos con otros bienes constitucionalmente protegidos; el valor principal, dice, es el de la necesaria coexistencia de los contenidos.<sup>932</sup> Los derechos no exigen una determinada medida de cumplimiento, sino la más alta que resulte viable a la luz de otros derechos.<sup>933</sup> De esta forma, se puede afirmar, con Zagrebelsky, que entre todos los derechos, principios y valores constitucionales existe una especie de compromiso que garantiza su convivencia a pesar de su

<sup>930</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 42, p. 124. Si se parte de que ninguna norma o derecho tiene un valor absoluto pues de lo contrario surgiría la tiranía de dicho valor, se sostiene al mismo tiempo que el único valor realmente existente dentro de la Constitución es el pluralismo de valores. La dimensión absoluta de los derechos deviene así un “espejismo”, puesto que “el absolutismo no sólo viene objetado por cláusulas externas limitadoras o suspensivas, sino por la constante necesidad de compatibilizar la aplicación práctica de los distintos derechos humanos”. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *op. cit.*, nota 873, p. 55.

<sup>931</sup> Otto y Pardo, Ignacio de, *op. cit.*, nota 844, pp. 110.

<sup>932</sup> Alonso García, Enrique, *op. cit.*, nota 422, p. 198.

<sup>933</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992, p. 47.

aparente contradicción, situación que justifica y exige la interpretación sistemática-unitaria de la Constitución como “garantía segura para la tutela de los derechos fundamentales”.

No existen, pues, derechos absolutos, los límites de éstos están determinados por otros derechos constitucionalmente protegidos con los cuales deben conciliarse y armonizarse recíprocamente para poder coexistir. La prevalencia o forma de limitación entre unos y otros no puede determinarse *a priori*, es necesario atenerse al caso concreto y a las circunstancias específicas para determinar su posición dentro del sistema jurídico y en la relación jurídica particular. Es así como funcionan, en el momento de su operatividad, los derechos cuando son considerados principios. Todos subsisten a cualquier operación interpretativa; la aplicación de uno no implica la pérdida de validez de los otros; en caso de colisión, uno de ellos debe ceder ante el otro, pero aquel no pierde su validez, ya que en otras circunstancias la cuestión de la precedencia puede variar. La solución de una colisión entre principios consiste, por tanto, en la fijación de una relación de precedencia que debe tomar en cuenta las circunstancias del caso y que no establece de manera fija las condiciones necesarias de su aplicación ni exige una decisión en particular.<sup>934</sup> Así, los derechos encuentran su carácter singular en su aplicación haciéndose “más difíciles los casos fáciles”, obligando “a un planteamiento siempre más problemático de las soluciones sencillas basadas en la subsunción” y pasando a convertirse el razonamiento en una verdadera exigencia constitucional. La aplicación de los derechos aparece así como algo más que la mera subsunción de un caso bajo una regla, como un proceso de ponderación y balanceo.<sup>935</sup>

La caracterización de los derechos como principios que no se encuentran en relación de exclusión ni de supra a subordinación y cuyo objetivo es realizar la tarea de conformar un orden unitario provoca que su aplicación se vuelva difícil y sea necesaria la regulación de compatibilidades, la solución de colisiones, la fijación de puntos de equilibrio y la coordinación entre los mismos.<sup>936</sup> La ponderación deviene así el instrumento

<sup>934</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 173, p. 76.

<sup>935</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 894, p. 138; Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, 2a. ed., trad. de M. Atienza, México, Fontamara, 1998, p. 27.

<sup>936</sup> Prieto Sanchís, L., *op. cit.*, nota 425, p. 321; Häberle, P., “La libertad fundamental en el Estado constitucional”, *cit.*, pp. 94 y 95; Rubio Llorente, Francisco, “Principios y valores constitucionales”, *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, p. 656.

indispensable para fijar los contenidos y límites de los derechos y la regla de solución de los conflictos surgidos de su aplicación caracterizándose porque con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, sino

una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.<sup>937</sup>

Entendiendo a todos los derechos como portadores del mismo valor, cuando contienden entre sí, el punto de equilibrio entre ellos no está predeterminado por lo que debe procederse a realizar una operación de balanceo, siendo la situación normativa, el caso concreto, quien fijará los pesos diversos y moverá la tabla del equilibrio a favor de uno u otro.<sup>938</sup> La decisión se obtendrá de la ponderación entre los derechos y el contexto particular en que la operación se realice. Por ello, Alexy señala que los derechos “implican una estructura racional de argumentación orientada a través del concepto de ponderación” mismo que deviene un principio general de aplicación que, es más, al decir de Häberle y Starck, aunque no esté contenido de forma expresa en la Constitución, debe ser considerado un principio inmanente o derivado de la misma, y, específicamente, del sistema de derechos, porque, dicen, la razonabilidad no necesita de una “expresa remisión legal para su empleo”.<sup>939</sup>

Si los derechos son considerados principios, proporcionan razones para las decisiones, pero no las determinan. Su peso, valor y alcance se descubren en los casos específicos en que colisionan con otras normas de derecho fundamental sin que se invalide el que en una situación sin-

<sup>937</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 425, pp. 326 y 327.

<sup>938</sup> Chessa, Omar, *op. cit.*, nota 422, p. 3933.

<sup>939</sup> Así lo recomienda principalmente Häberle según Schefold, Dian, *op. cit.*, nota 925, p. 391; Starck, Christian, *op. cit.*, nota 426, p. 2531; Solazábal Echavarría, Juan José, “Principialismo y orden constitucional”, *AFDUAM*, Madrid, núm. 2, 1998, p. 224; Lucas, Javier de y Vidal, Ernesto, “Una nota sobre interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales”, en Álvarez Conde, E. (ed.), *Diez años de régimen constitucional*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 17. Dworkin señala que no se desvaloriza un derecho si en el caso de un conflicto entre ellos se protege el derecho más importante a costa del que lo es menos. Tampoco hay violación de derechos si se limita un derecho si se cree que un derecho concurrente es más importante. Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 173, p. 288.

gular sea de menor peso<sup>940</sup> y o se alegue contradicción o incoherencia entre los mismos. Ningún derecho puede ser declarado inválido ni serle añadida alguna cláusula de excepción, pero bajo ciertas circunstancias tendrá preferencia sobre otro. La importancia del conocimiento de los casos concretos es, desde esta concepción y como se comprenderá, mayúscula: “sólo en el caso, y a través del caso se hace comprensible lo que “piensa” la ley”. El significado y alcance de cada derecho se define en estricta correspondencia con el caso concreto. Para Zagrebelsky, constatar que los principios se realizan mediante “el contacto de la realidad viva de las experiencias sociales”, demuestra las exigencias de carácter jurídico que impone la realidad. Así, la justicia se contextualiza. La interpretación deviene “tópica” convirtiéndose en una forma de “pragmatismo orientado a los casos y a los contenidos”.

Sin embargo, es importante destacar que la técnica de la ponderación puede ocasionar la relativización de la norma constitucional y la disolución del sistema de derechos fundamentales en una casuística que termine por provocar la pérdida de su unidad de sentido. Si esto sucediera, como señala Pérez Luño, en lugar de una teoría de los derechos fundamentales conforme a la Constitución, tendríamos múltiples interpretaciones, en principio igualmente legítimas, cuya aplicación, lejos de ser corolario de la racionalidad objetiva o intención normativa de la norma básica haría que ésta quedara “relegada a factores tópicos de oportunidad, con el riesgo de que ello se traduzca en una instrumentalización partidista del texto constitucional fruto de ideologías arbitrarias”.<sup>941</sup>

La ponderación entre derechos o valores de rango constitucional puede “aumentar dramáticamente el poder del juez constitucional”,<sup>942</sup> otorgarle amplios márgenes de discrecionalidad y convertirlo en artífice de la configuración del sistema de derechos, privando a la ley de su valor intrínseco de ser expresión de compromisos asumidos entre las diversas instancias sociales. Para García Amado, dicha discrecionalidad, que puede encubrir un franco “decisionismo judicial o interpretativo”, puede producirse por lo menos por las siguientes tres razones: primero, porque como los principios carecen de contenido unívoco, es el intérprete quien determina

<sup>940</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 935, pp. 9 y ss.; Atienza, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en Vázquez, R. (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Alfaguara, 1998, pp. 198 y 201.

<sup>941</sup> Pérez Luño, Antonio E., *op. cit.*, nota 830, p. 305.

<sup>942</sup> Herdegen, Matthias, *op. cit.*, nota 344, pp. 40 y 41.

el contenido relevante antes de la solución del caso; segundo, porque el intérprete es el encargado de llevar a cabo una conciliación adecuada con los principios opuestos que existen en el ordenamiento constitucional, y tercero, porque la forma de balancear los principios no es idéntica en todos los casos, “ya que es el propio caso el que determina el sistema métrico o la balanza con la que en esa ocasión los principios se van a medir”.<sup>943</sup>

Esta concepción del sistema de derechos convierte al órgano jurisdiccional en la instancia llamada a realizar el equilibrio entre ellos y en el encargado de que todos los contenidos básicos tengan eficacia y no se produzcan restricciones innecesarias en los mismos. Como no existe una rígida jerarquía de valores absolutos, sino un orden flexible de preferencias prima-facie a favor de determinados valores o principios con la consiguiente carga de la argumentación,<sup>944</sup> el juez se convierte en responsable de salvaguardar no sólo un principio, sino varios simultáneamente, tratando de realizar la concordancia práctica entre ellos y eliminar las posibles contradicciones que se presenten.<sup>945</sup> Ante esta situación, el juez está obligado a justificar sus decisiones con buenos argumentos, interpretar el ámbito normativo de las disposiciones constitucionales, y ponderar los intereses en juego en cada caso específico. Mediante la ponderación, y tomando el caso como punto de referencia, el juez establecerá una regla, siendo el contexto particular el que proporcionará la definición del criterio de justicia *ad hoc* e individualizará el punto de equilibrio entre los principios.<sup>946</sup> La norma, en consecuencia, y como dice Pérez Luño, no será presupuesto, sino resultado del proceso de interpretación. En virtud de esta facultad creativa, escribe Spadaro, se puede decir que los jueces no sólo crean normas con rango legislativo, sino la misma norma básica construyendo y reconstruyendo, con sus decisiones, el parámetro constitucional y estableciendo su significado. De todo ello resulta un derecho constitucional concreto e histórico que muestra la inseparabilidad de la norma con la realidad,<sup>947</sup>

<sup>943</sup> García Amado, “¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. XIII, 1996, p. 71.

<sup>944</sup> Luther, Jörg, *op. cit.*, nota 426, p. 313.

<sup>945</sup> Aunque de entrada esta tarea la describe como imposible, esta función le atribuye Zagrebelsky al juez constitucional. Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 42, p. 16.

<sup>946</sup> Scoditti, Enrico, *op. cit.*, nota 268, p. 31.

<sup>947</sup> Kaufmann, Arthur, “Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica”, trad. de A. Ollero, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 17, pp. 358 y 359.

y que exige una activa presencia del juez que se vuelve, con mayor intensidad, un sujeto que interviene, crea derecho y proyecta en sus decisiones sus prejuicios, convicciones e intereses, como dice Kaufmann.

La necesidad de ponderar entre principios constitucionales ha conducido, en algunas experiencias, a construir una escala de valores derivada de la labor jurisprudencial, a la que se le atribuyen las cualidades de ser abierta, flexible y mutable a todas las posibles innovaciones surgidas de la actividad judicial, modificaciones legales, costumbre y otros factores.<sup>948</sup> Lo que interesa destacar ahora es que la ponderación puede llevar al establecimiento de una jerarquía de valores diseñada por el intérprete, que se confronta con la realizada por el legislador. Pero aun así, como las soluciones deben referirse a los casos concretos, la jerarquía establecida entre las normas se torna móvil y cambiante y es que, como escribe Guastini, la ponderación de principios se funda

en una peculiar interpretación de los principios en juego, así como en un subjetivo juicio de valor (un juicio en términos de justicia) del juez. De este modo, el juez impone su propia valoración frente a la valoración de la autoridad normativa (en este caso, la autoridad constituyente). Además, el conflicto no es resuelto de manera estable, de una vez para siempre, dando prevalencia, sin más, a uno de los principios en conflicto sobre el otro... cada solución al conflicto vale sólo para el caso concreto, con lo cual sigue siendo imprevisible la solución que recibirá el mismo conflicto en casos futuros.<sup>949</sup>

Otro de los principales problemas de esta concepción reside en que conduce a conferir a los tribunales plena libertad para realizar la ponderación de bienes y, por tanto, para determinar los espacios de libertad que existen en cada conflicto de derechos. Al juez se le otorga la facultad de elegir, y por consecuencia, reducir los significados contenidos en las normas, lo que implica la posibilidad de que imponga sus juicios personales, predilecciones y valoraciones políticas; en suma, su voluntad más que su racionalidad. Para Pace, justamente el peligro es la relativización de los contenidos normativos de los derechos por la proliferación de una casuística oportunista y decisionista, y para De Otto, el riesgo deviene

<sup>948</sup> Romboli, Roberto, "Italia", trad. de E. Expósito Gómez, en Aja, E. (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional...*, cit., nota 83, p. 102.

<sup>949</sup> Guastini, Riccardo, "Derecho dúctil, derecho incierto", trad. de M. Gascón, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. XIII, 1996, p. 122.

cuando dicha ponderación se realiza sin que existan criterios teóricos que permitan valorar correctamente sus magnitudes:

como en los valores, también la relación entre bienes habrá de resultar de la propia Constitución de manera expresa, y cuando no sea así la decisión a favor de aquel o de éste no podrá tener más fundamento que una ponderación en la que todo es inseguridad y juicios de valor subjetivos y con la que se pone en peligro la unidad de la Constitución y su misma prioridad jerárquica, porque la obligada hermenéutica constitucional, sin la que no es posible una dogmática de los derechos fundamentales, se sustituye por un trabajo de Sísifo en el que otra vez se ha de resolver sin guía fiable problemas que renacen en cada encuentro de bienes.<sup>950</sup>

La lógica de los valores exige que tanto las reglas de interpretación como la naturaleza de la hermenéutica se adecuen a la lógica de la *rag-gionevolezza* y a las reglas sobre relaciones entre valores. Desde la perspectiva de la teoría constitucional, concebida como sistema de valores, la ponderación pasa a ser la esencia del juicio de constitucionalidad, la única metodología efectiva capaz de resolver las posibles antinomias que se presenten en el interior de un sistema de doble legalidad. Esto implica “una profunda renovación teórica y un significativo cambio en el método del derecho constitucional”.<sup>951</sup> La hermenéutica aparece así como determinante para la definición de los contenidos de la Constitución. La teoría constitucional pasa a ser, como se ha dicho, teoría de la interpretación.<sup>952</sup> Sin embargo, no puede dejar de considerarse que la tendencia a incrementar la importancia de la interpretación jurídica puede llevar a la construcción de una Constitución que se manifieste total en el plano del derecho y con vocación de cubrir cualquier franja de la sociedad.<sup>953</sup> Y es que, como escribe Bongiovani, precisamente porque la ley aparece siempre como un equilibrio entre intereses y principios confluyentes, la actividad de los jueces se inmiscuye progresiva y necesariamente sobre

<sup>950</sup> Otto y Pardo, Ignacio de, *op. cit.*, nota 844, p. 121. Este autor también señala que en la labor de ponderación son de importancia extrema el contexto o las circunstancias, la intención de los autores, la finalidad normativa y sus consecuencias pero casi no toma en cuenta el desarrollo legislativo de las normas.

<sup>951</sup> Baldassarre, Antonio, “Constitución y teoría de los valores”, trad. de E. García, *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 32, 1994, pp. 31 y 33.

<sup>952</sup> Kaufmann, Arthur, *op. cit.*, nota 947, p. 361.

<sup>953</sup> Angiolini, Vittorio, *op. cit.*, nota 430, p. 20.

el aspecto político y paralelamente extiende su control sobre la racionalidad y razonabilidad de las opciones políticas. “El postulado de la racionalidad, tiende a ponerse como instrumento general de control de las clasificaciones legislativas y de las soluciones de los problemas constitucionales en clave interpretativo-aplicativa”.<sup>954</sup> Así, la consideración de las normas constitucionales como principios y, en general, la incorporación en las constituciones de normas valorativas explica el cambio de funciones de los tribunales constitucionales y la existencia de nuevos contenidos en sus sentencias, que de forma más relevante los acercan a realizar actividades legislativas. Y es precisamente por la necesidad de proceder a la ponderación de principios y reconocer que la jerarquía valorativa de cada derecho se define en cada caso concreto, que se habla de una “dimensión ética del control de constitucionalidad”.<sup>955</sup>

### III. LA AMPLIACIÓN DEL CÍRCULO DE DESTINATARIOS DE LOS DERECHOS

Tradicionalmente, la Constitución ha sido considerada protectora del individuo frente a los poderes públicos; sin embargo, actualmente se extiende su entendimiento como un conjunto de normas que vinculan a todos los poderes, públicos y privados.<sup>956</sup> Antes de pasar adelante es necesario insistir en que la atribución de funciones y objetivos a los órganos del Estado, especialmente al que ejerce el control constitucional, está en relación con la idea de Constitución que se tome como base. Kelsen nos otorga, al respecto, un ejemplo contundente. Si para él la jurisdicción constitucional debía tener como objeto garantizar el ejercicio regular de las funciones estatales, éste derivaba de su concepto de Constitución, basado en la estructura jerárquica del ordenamiento, y de una cuestión que para nosotros resulta implícita en la anterior, pero que es importante resaltar para entender la concepción kelseniana sobre la justicia constitucional: estima que únicamente pueden violar la Constitución los órganos constitucionales al ser éstos, en su concepto, los únicos destinatarios de

<sup>954</sup> Bongiovani, Giorgio, “Dalla “dottrina della costituzione” alla «teoria dei valori»: la ricerca di un difficile equilibrio”, *Democrazia e Diritto*, núm. 1, 1997, pp. 99 y 100.

<sup>955</sup> Ollero, Andrés, *op. cit.*, nota 743, pp. 94-98.

<sup>956</sup> Giorgio, Pastori, “Funciones y derechos sociales entre Estado y sociedad”, *Documentación Administrativa*, Madrid, núm. 248-249, 1997, pp. 201-205.

la misma.<sup>957</sup> Resulta comprensible que estas ideas o supuestos imperaran en el momento de la conformación de la justicia constitucional porque entonces, por lo menos en Europa, no existían formulaciones teóricas que consideraran a otros posibles violadores de la norma básica. Si la jurisdicción constitucional había sido configurada como una garantía, su conceptualización se hizo dentro del contexto histórico y político de la época y por ello fue diseñada sólo como instrumento de defensa frente a la opresión del poder político monopolizador de la coacción legítima.<sup>958</sup>

La concepción de los derechos fundamentales como decisiones constitucionales básicas implica reconocerles que tienen valor en todo el ordenamiento jurídico y capacidad de informar la vida social y política. Además, si se parte, como hemos dicho antes, de que los derechos tienen como fundamento la dignidad del hombre, debe reconocerse ésta en todos los ámbitos, pues la existencia humana es una existencia social. Su validez, en consecuencia, no puede quedar reducida al ámbito estatal, debiendo también regir en el ámbito de las relaciones privadas y sociales, lo que exige dejar de interpretarlos formando parte exclusiva de la relación Estado-ciudadano y entenderlos vigentes no sólo donde el Estado participa directamente, sino de forma universal, en toda dirección, tipo de relaciones y ámbitos del derecho.<sup>959</sup> Esto significa una ampliación de la esfera de sujetos obligados por los mismos, y, es más, un verdadero cambio cualitativo de los derechos que afectan su sentido.<sup>960</sup>

<sup>957</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 89, pp. 3 y 4.

<sup>958</sup> En *El federalista* XXXIII Hamilton afirma que la Constitución entendida como ley suprema “es una regla que están obligados a observar aquellos a quienes se dirige”. *Cit.* por Martínez Sospedra, Manuel, *op. cit.*, nota 595, pp. 8712 y 8713.

<sup>959</sup> Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *op. cit.*, nota 262, pp. 105, 106 y 109. “En su concepción como derechos públicos subjetivos los derechos establecían un orden de relaciones jurídicas entre el Estado, concebido como persona jurídica, y los ciudadanos individualmente considerados. Fuera de esta relación era impensable la vigencia de los derechos fundamentales”. Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 835, p. 216. Como señala Pace: “en la actualidad no es posible mantenerse anclado en la concepción decimonónica que ve los derechos fundamentales como un estricto problema de colisión entre libertad (privada) y autoridad (pública)”. *Cit.* por Aguiar, Luis, *op. cit.*, nota 837, p. 21. Es muy interesante señalar que para Cruz Villalón es necesario precaverse de la afirmación de que la eficacia de los derechos frente a terceros es un añadido o una extensión al ámbito de eficacia de los derechos fundamentales. Dice este autor, apoyándose en la teoría contractualista del Estado que: “en el principio era la *Dritwirkung*”. Cruz Villalón, Pedro, “Derechos fundamentales y derecho privado”, *La curiosidad del jurista persa...*, *cit.*, nota 473, 1999, p. 219.

<sup>960</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, pp. 221-223. El problema de la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares, (llamada eficacia horizontal) fue inicialmente

En la base del reconocimiento de esta dimensión de los derechos está la constatación de que la presencia de poderosos grupos sociales constituye un peligro para las libertades de los ciudadanos. En la actualidad existe una “sociedad dominada, controlada y dirigida por poderes privados” que han ocasionado la eliminación de la autonomía privada y de “la simetría, paridad e igualdad” en que debían fundamentarse las relaciones jurídicas privadas,<sup>961</sup> lo que ha mostrado que el poder capaz de afectar o condicionar los derechos de los ciudadanos y desvanecer la libertad, igualdad y autonomía de la voluntad no sólo está concentrado en el Estado, sino que puede derivar de los particulares, “en cuanto que ambos son titulares de intenso poder social”.<sup>962</sup> Los atentados a la libertad individual no sólo proceden del Estado, en la esfera liberada de su control se producen amenazas mucho más graves provenientes de particulares, grupos sociales o poderes “no públicos”.<sup>963</sup> Éstos pueden impedir la libertad real y hacer que no se realice la prometida libertad jurídicamente garantizada.<sup>964</sup> De esta forma, “la tutela de los derechos no podría encontrar explicación, esto es, quedaría como puramente nominal o teórica, si esas relaciones inter privados quedaran al margen de los mecanismos constitucionales de garantía de los derechos”.<sup>965</sup> Así, los derechos pasan de una

te planteada en la atmósfera política de Weimar y desarrollada en Alemania y otros países a partir de los años cincuenta. Vega García, Pedro de, “La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *Drittwirkung der grundrechte*”, *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p. 411, y es “uno de los más difíciles problemas que la doctrina constitucional tiene planteado en la actualidad”. Aguiar de Luque, Luis, “Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. Estado de la cuestión”, *Actualidad Jurídica*, Madrid, X, 1981, p. 6. La fórmula *Drittwirkung* fue acuñada inicialmente por Hans-Peter Ipsen. Embid Irujo, Antonio, “El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado”, *REDA*, Madrid, núm. 25, abril-junio de 1980, p. 201; Gutiérrez, Ignacio, “Introducción”, en Hesse, K., *Derecho constitucional y derecho privado*, *cit.*, nota 311, p. 12; Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 677, p. 207.

<sup>961</sup> Vega García, Pedro de, “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social”, p. 129.

<sup>962</sup> Aguiar de Luque, Luis, *op. cit.*, nota 960, p. 6; Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 677, p. 209.

<sup>963</sup> “Subjetivamente los derechos fundamentales solo contemplan los atentados a la libertad individual si estos procedían del Estado, contra el cual se dirigían exclusivamente. Ahora la historia demuestra que este punto de vista era demasiado estrecho”. Grimm, Dieter, *op. cit.*, nota 414, pp. 20 y 21; Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 30, p. 11.

<sup>964</sup> Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *op. cit.*, nota 916, p. 85.

<sup>965</sup> Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 835, p. 216.

concepción puramente negativa que los entiende como defensa frente a la arbitrariedad pública a ser concebidos “también como una protección contra la arbitrariedad privada”<sup>966</sup> y, en este sentido, como domesticadores del poder social.

Los derechos pasan a regir las relaciones del ciudadano con el Estado, pero también las relaciones de coordinación que entablan entre sí los sujetos privados. La esfera de libertad de las personas, en consecuencia, incluye la protección frente al Estado y contra otros particulares que pudieran atentar contra sus derechos. Éstos tienen vigencia frente a cualquier poder, público o privado, de forma tal que “la calificación de un derecho como fundamental no prejuzga la cualidad pública o privada de los sujetos obligados”.<sup>967</sup> La protección o eficacia inmediata de los derechos puede extenderse a cualquier situación en que una persona esté sujeta a un poder superior de regulación del otro;<sup>968</sup> es decir, los derechos no sólo fijan ámbitos de actuación al individuo libre de la intervención del Estado, sino que garantizan dicho ámbito frente a toda persona o grupo que posea y ejerza “un poder predominante, de alguna manera semejante a la soberanía estatal”.<sup>969</sup> La prolongación de la lógica del Estado de derecho a las relaciones entre individuos y poderes privados que esta noción implica, como con gran acierto señala Bilbao, provoca, también, que la Constitución, mediante los derechos, influya determinantemente en el derecho privado, es decir, que funcione como guía y orientación para su configuración y que, por la propia lógica constitucional, comiencen a buscarse mecanismos de garantía de los derechos frente a las posibles arbitrariedades de aquéllos.<sup>970</sup>

Es verdad que no todos los derechos pueden ser vulnerados por los particulares, ya que algunos, por su propia naturaleza, únicamente vinculan a los poderes públicos. Lo que resulta indudable es que hay otros que trascienden la esfera relacional establecida con el Estado y garantizan a cada ciudadano un estatus social en sus relaciones jurídicas con los demás y,

<sup>966</sup> Rivero, Jean, *op. cit.*, nota 291, p. 673.

<sup>967</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 677, p. 206; Ruiz Miguel, Alfonso, *op. cit.*, nota 135, p. 666.

<sup>968</sup> Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, 3a. ed., trad. de H. Fix-Fierro, México, Porrúa, 1998, pp. 313 y 314.

<sup>969</sup> Embid Irujo, Antonio, *op. cit.*, nota 960, pp. 203 y 204.

<sup>970</sup> Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 1997, p. 266.

de modo especial, con los grandes grupos y organizaciones socioeconómicas, es más, existen derechos concebidos y positivizados precisamente en virtud de una hipotética actuación de los particulares, y es frente a éstos que se articulan sus mecanismos de garantía.<sup>971</sup> Así, reconocer la eficacia horizontal de los derechos implica, como premisa previa, reconocer su carácter heterogéneo o estructuralmente diverso: hay derechos que son oponibles únicamente frente al Estado; la polivalencia de otros (Bilbao) es inherente a su estructura o definición por lo que rigen también en las relaciones entre particulares; pero hay unos más, como afirma De Vega: “cuyas posibles colisiones sólo se generan en las relaciones entre particulares”, como sucede, por ejemplo, con los derechos sociales, cuya funcionalidad y sentido hay que buscarlos, únicamente, en el ámbito de las relaciones entre particulares.<sup>972</sup> Esto nos indica, por un lado, que no podemos atribuir un grado uniforme de eficacia horizontal a los derechos, sino que más bien para efectuar dicha operación “es imprescindible analizar en concreto y con el mayor detenimiento cada precepto”,<sup>973</sup> y,

<sup>971</sup> Fernández Segado, F., *op. cit.*, nota 878, pp. 218 y 221. Algunos derechos deben poder imponerse, para tener sentido, ante otros particulares, por lo que no es verdad que los derechos impliquen únicamente una relación entre el ciudadano y el Estado. Hay muchos derechos que se aplican a las relaciones privadas y que están concebidos “no frente a la acción hipotética del Estado, sino de los particulares, y que, en consecuencia será frente a estos a quienes habrá que articular los mecanismos de garantía”. Vega García, Pedro de, “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, en Pérez Luño, A. (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo en el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 273. Así sucede, por ejemplo, con el derecho a una información veraz, los derechos sindicales, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Vega García, Pedro de, *op. cit.*, nota 960, p. 419. De la misma forma Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 878, p. 597. La extensión de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito privado resulta imprescindible si se quiere salvaguardar determinados derechos que generan obligaciones dirigidas preferentemente a sujetos no estatales. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 677, p. 211.

<sup>972</sup> Vega García, Pedro de, “La crisis de los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 130; *id.*, *op. cit.*, nota 960, p. 419. Es patente que algunos derechos fundamentales han sido concebidos no frente a la acción de los poderes públicos, sino más claramente frente a una hipotética actuación de los particulares”. Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 835, p. 221. Los derechos no sólo tienen sentido, dice Prieto Sanchís, y operan en las relaciones entre privados, sino que algunos de ellos sólo despliegan su eficacia principalmente en ese ámbito. Prieto Sanchís, Luis, *Ideología liberal...*, *cit.*, nota 845, p. 317.

<sup>973</sup> García Torres, Jesús y Jiménez Blanco, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986, p. 18. Así lo entiende también Figueruelo Burrieza, Ángela, “Los derechos fundamentales en el Estado social y su eficacia en las

por otro lado, que los derechos fundamentales en las relaciones privadas obligan de modo diferente a como lo hacen frente al Estado “pues su ejercicio ha de inscribirse en un complejo entramado de derechos y obligaciones recíprocos presididos por reglas propias” que no puede resolverse en abstracto y de una vez para siempre.<sup>974</sup> Al analizar esta cuestión lo conveniente parece ser reconocer que, en principio, todos los derechos pueden “ser omnidireccionales” debido a que “aunque se concibieran originariamente como derechos de defensa frente al Estado, no se puede descartar, de entrada, la ampliación del círculo de destinatarios y la violación de los mismos por particulares”.<sup>975</sup>

Es preciso resaltar que, como la mayoría de los textos constitucionales, no ofrecen apoyo expreso para afirmar la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, su consagración ha sido principalmente una tarea jurisprudencial.<sup>976</sup> La extensión de la eficacia de los derechos es, principalmente, derecho judicial.<sup>977</sup> El legislador no ha podido ni querido, en muchos casos, dar soluciones claras a esta cuestión. Recuérdese que cuando Nipperdey propuso, en la década de los cincuenta, la

relaciones privadas”, *Congreso Internacional de Derecho Público. Filosofía y Sociología Jurídica. Perspectivas para el próximo milenio*, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 256.

<sup>974</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 677, p. 214.

<sup>975</sup> Bilbao Ubillos, Juan María, *op. cit.*, nota 970, p. 359.

<sup>976</sup> El Tribunal Constitucional Federal alemán a partir de la sentencia del caso Lüth-Urtiel “ha mantenido el reconocimiento de la eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales *inter privatos*”. Lo mismo ha sucedido con la doctrina y la jurisprudencia italiana que ha rechazado la doctrina de los derechos fundamentales como meros derechos públicos subjetivos y aceptado la idea de que “las normas constitucionales relativas a las libertades y derechos tienen eficacia erga omnes o, lo que es igual, han de ser tuteladas a los ciudadanos frente a las actuaciones tanto de los poderes públicos como de otros particulares”. Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 835, p. 218. En ningún país de Europa la comunidad jurídica ha alcanzado la mayor homogeneidad respecto al tema, y privan en el ambiente cautela e inseguridad como caracteres generales. García Torres, Jesús y Jiménez Blanco, Antonio, *op. cit.*, nota 973, p. 13. Como dice De Vega, salvo en la Constitución portuguesa, que en su art. 18.1 consigna que “los preceptos relativos a los derechos y libertades son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a estas”, no se encuentran en el derecho constitucional comparado, normas explícitas de reconocimiento de la eficacia directa frente a particulares de los derechos fundamentales. “Será pues, en el ámbito doctrinal y jurisprudencial donde las exigencias de la lógica jurídica harán necesario su desarrollo”. Vega García, Pedro de, “La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la Drittwirkung der grundrechte”, *cit.*, nota 960, pp. 418 y 419.

<sup>977</sup> García Torres, Jesús y Jiménez Blanco, Antonio, *op. cit.*, nota 973, pp. 141-143.

eficacia horizontal de los derechos sociales, la consideró una solución provisional ante la falta de disposición del Bundestag de desarrollar legislativamente el programa recogido en la Constitución.<sup>978</sup> Ha sido “la insuficiencia de la mediación legislativa” la causa de que la construcción de la eficacia horizontal de los derechos haya sido una obra jurisprudencial.<sup>979</sup> Por ello, dice De Vega, que reconocer la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales equivale a confirmar la limitación de la legislación ordinaria para hacer valer, como instrumento mediador en el campo de las relaciones privadas, el sistema de principios que inspira al ordenamiento constitucional.<sup>980</sup>

Zagrebelsky ha escrito que reconocer la aplicación de las normas constitucionales a las relaciones interindividuales significa “la posibilidad de los jueces de aplicar directamente las normas constitucionales en materia de derechos para resolver las diferencias entre los particulares”.<sup>981</sup> Este incremento del protagonismo de los jueces se produce a través de los dos modos en que se pregona la eficacia, frente a terceros, de los derechos fundamentales, *directa o indirecta*, ya que mediante ambas la única garantía efectiva de los derechos es la jurisdiccional y, por lo mismo, son los jueces quienes pueden y deben dotarlos de significado. En el caso de la eficacia mediata, como se sabe, se imputa la violación del derecho fundamental al juzgador, por lo que se considera que la misma no se produce en la relación entre individuos, sino entre el particular y el juez que no restablece, mediante su sentencia, el orden constitucional. El juez ordinario, considerado poder público, aparece como potencial violador de los derechos fundamentales y ello justifica que sus resoluciones sean impugnables ante el juez constitucional. Pero la verdad es que “quien viola el derecho fundamental es un sujeto ajeno a la jurisdicción, en este caso un particular, y el tribunal ordinario lo único que hace es no ofrecer remedio, pero en modo alguno ser causa u origen de la lesión, menos aún origen inmediato y directo”.<sup>982</sup> En vir-

<sup>978</sup> Así lo explica Bilbao Ubillos, Juan María, *op. cit.*, nota 970, p. 271.

<sup>979</sup> García Torres, Jesús y Jiménez Blanco, Antonio, *op. cit.*, nota 973, pp. 141-143. Bilbao Ubillos, Juan María, *op. cit.*, nota 970, p. 302.

<sup>980</sup> Vega García, Pedro de, “La crisis de los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 131.

<sup>981</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 494, p. 446.

<sup>982</sup> “De no verlo así, y dado el carácter subsidiario de casi todos los recursos de amparo, resultaría que el objeto del recurso sería siempre un acto de los órganos jurisdiccionales; lo que, además de inexacto, oscurecería la naturaleza específica de aquellas lesiones

tud de esta construcción, que para algunos es una verdadera ficción, se dota de competencia de revisión de las sentencias civiles al juez constitucional provocando que se amplíen sus funciones al convertirlo en instancia “super-revisora”.<sup>983</sup> Por ello se dice que la eficacia mediata conduce al expansionismo de la jurisdicción constitucional. Ésta asume el control, para utilizar palabras de Cruz Villalón, de la relevancia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares desde el momento en que verifica la actuación que de los mismos realizan los tribunales ordinarios, lo que conlleva, además, la extensión de la influencia del Tribunal al ámbito civil y el peligro de que, como señala Hesse, se convierta “en el supremo tribunal de los conflictos jurídico-civiles” asumiendo un papel que la Constitución no le ha conferido.<sup>984</sup>

Reconocer eficacia directa a los derechos en las relaciones privadas tiene como objeto volverlos garantías protegidas por el juez en caso de que no exista ley o ésta sea insuficiente. En el fondo de este reconocimiento late el temor de que el legislador restrinja el carácter vinculante de los derechos y los grupos sociales sigan influyendo de forma determinante en la elaboración de la ley. Pero no podemos desconocer e ignorar que consagrar o reconocer esta eficacia directa de los derechos en las relaciones entre particulares, sin mediación del legislador, podría conducir por “la indeterminación y abstracción inherentes a la norma constitucional... a la supresión... de la libertad del sujeto, cuyo *status* quedaría, en un todo, a merced de la discreción de los jueces”,<sup>985</sup> es decir, el reconocimiento de la eficacia directa podría llevar a que los jueces dilaten el valor conformador de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales haciéndolos una concreción

que efectivamente tienen su origen en la actuación de los tribunales”. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 677, p. 217.

<sup>983</sup> En este modelo hay, como se ha dicho, una mezcla de la relación jurídica material con la relación jurídica procesal. García Torres, Jesús y Jiménez Blanco, Antonio, *op. cit.*, nota 973, pp. 26 y 38. Pensamos que Prieto tiene razón cuando señala que sostener la eficacia mediata de los derechos es un corolario de la afirmación de la Constitución como norma jurídica y del principio de interpretación conforme a la misma, y una elusión del principio general conforme al cual el legislador es el encargado de reglamentar los supuestos de eficacia de los derechos. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 677, p. 212; Ballarín Iribarren, Javier, “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La “*drittwirkung*” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, *REDC*, Madrid, núm. 24, 1988, p. 298.

<sup>984</sup> Hesse, K., *op. cit.*, nota 311, p. 62.

<sup>985</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 104, p. 35.

suya, “abriendo por tanto la posibilidad de sustituir el derecho todo en su poliédrica complejidad por la simple proyección constructiva de los derechos fundamentales”. Las consecuencias serían la quiebra de la seguridad jurídica y la reducción del papel de la ley y del proceso democrático.<sup>986</sup>

#### IV. LOS NIVELES DE EFICACIA DE LOS DERECHOS Y LA FUNCIÓN DEL LEGISLADOR

##### 1. *Estado social, derechos y legislador*

El advenimiento del Estado social representó un cambio de paradigma jurídico que propició el resurgimiento del contenido de derecho objetivo siempre presente en el sistema de derechos.<sup>987</sup> Este resurgimiento provocó que los derechos, además de ser considerados derechos subjetivos, pasaran a ser concebidos como valores sustanciales del ordenamiento jurídico. Sin embargo, hay que decir desde ahora que el carácter objetivo de los derechos es dependiente de su carácter subjetivo; el primero es una incorporación o derivación de éste, que es el componente originario del derecho. Este replanteamiento o refinamiento de la concepción sobre los derechos fundamentales, desarrollada después de la Segunda Guerra Mundial, representó, a juicio de Habermas, un auténtico “shock” para la autocomprensión liberal del derecho. El cambio en las circunstancias y la estructura de la sociedad,<sup>988</sup> el surgimiento del ciudadano y la aparición de la comunidad y de todo el organismo social en el Estado modificó la forma de concebir la libertad y con ello las relaciones entre ambos órdenes. No se trata, como brevemente trataremos de mostrar, de un cambio orientado por una sola premisa, económica, social o política, sino de una transforma-

<sup>986</sup> Gutiérrez, Ignacio, *op. cit.*, nota 960, pp. 17 y 18.

<sup>987</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 323.

<sup>988</sup> La necesidad de modificar la estructura política y social fue una de las causas que obligaron al establecimiento del Estado social durante la época de la Posguerra. Abendroth, Wolfgang, “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”, trad. de W. Abendroth *et al.*, *El Estado social*, Madrid, CEC, 1986, pp. 13 y 14. Aquí es muy interesante constatar que, como señala Preuss, no se puede separar el análisis jurídico y, especialmente, el análisis de los derechos, de las relaciones sociales en su conjunto, como lo hacen las teorías formalistas-normativistas.

ción integral relacionada con los procesos de modernización de la sociedad y la emergencia de una concepción donde ésta y el individuo ocupan un lugar central dentro de la comunidad y su construcción institucional.

Es conocido que el derecho del Estado liberal derivaba su legitimación de la estructura y el funcionamiento del orden económico. Sus características racionales, sintetizadas en la unidad del orden jurídico, en la ley abstracta y general y en la vinculación de la justicia y la administración a la ley, estaban en función del modo de organización del sistema económico de mercado. Entre éste y el Estado liberal clásico había una correspondencia estructural:<sup>989</sup> el derecho estatal existía para garantizar el funcionamiento del mercado y así proteger los intereses de la burguesía. Los derechos eran los medios a través de los cuales una clase conseguía la institucionalización de un sistema<sup>990</sup> que coincidía con las reivindicaciones de la burguesía y la ideología individualista liberal. Su verdadera función era la “protección de los intereses dominantes”. Por ello se puede decir que la abstención del Estado era la más auténtica representación de su compromiso con el estatus social y económico entonces vigente y la causa por la que se excluyó del contenido de los derechos cualquier fin u objetivo social.

En esta época, como se sabe, se suponía una situación armónica de las relaciones Estado y sociedad, la presencia de intereses generales, una clase social dominante y homogénea y la inexistencia, como consecuencia, de conflictividad social.<sup>991</sup> Pero precisamente por la aceptación de la vigencia de un marco institucionalizado de iguales libertades en términos de derecho privado y de igualdad social basado en la confianza en la autonomía privada, que suponía individuos que tenían resueltas sus necesidades económicas, surgieron innumerables conflictos sociales que hicieron visibles las desigualdades en el goce de aquellos derechos que formalmente eran iguales. El modelo condujo a la exclusión de derechos a gran parte de la población, a condiciones de pobreza, dependencia y explotación, graves conflictos, antagonismos sociales,

<sup>989</sup> Habermas, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad”, *Facticidad y validez...*, *cit.*, nota 11, pp. 537-540 y 549.

<sup>990</sup> Preuss, Ulrich K., “El concepto de los derechos en el Estado del bienestar”, trad. de F. Serra *et al.*, en Olivas, E. (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991, p. 80.

<sup>991</sup> Porras Nadas, Antonio J., *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, Barcelona, PPU, 1988, p. 37.

disfuncionalidades y desequilibrios. La libertad general de acción desarrollada sobre la base de la igualdad jurídica, supuesta por el Estado liberal, no produjo más que desigualdades.

Además, como dijimos en el capítulo anterior, por su escasa capacidad económica y débil posición social, la mayoría de la población estaba exenta de la posibilidad de influir políticamente en las decisiones del Estado. El pueblo real estaba fuera del Parlamento. La participación y representación, el acceso a las decisiones políticas, estaban reservadas al estrato económicamente superior, que en esta construcción se identificaba con todo “el pueblo”, mientras que la gran mayoría de la población estaba excluida. Existía “una democracia de minorías sobre la base de una jerarquía social”. Los derechos, y la pertenencia a la comunidad política, en consecuencia, estaban reservados a aquellos que contaban con bienes económicos suficientes, y la distribución de éstos y la posición social de sus detentadores se consideraban inalterables debido a que se suponían preestablecidos.

Estas circunstancias implicaban, como denunció T. Martínez, un *hiatus* entre el plano deontológico y el existencial. “Pocas veces, advirtió Ollero, el derecho constitucional ha estado tan alejado de la realidad como lo está hoy”,<sup>992</sup> lo que podría conducir, vaticinó el italiano, a que el derecho se convierta en una realidad vacía que ocasionará una crisis general del ordenamiento debido a su extremo formalismo.<sup>993</sup> Ante esta situación, se tornó inevitable un papel activo de la sociedad y del Estado, ambos responsables de propiciar una existencia digna para los individuos, sujetándose a crítica, no los derechos fijados en el ordenamiento jurídico y en la conciencia de los individuos que, por el contrario, saldrían reforzados y profundizados, sino los medios de su realización. La vertiente determinante de la nueva concepción, y esto es importante advertirlo antes de seguir adelante, fue la relación entre derecho y realidad, la intención de dejar atrás la concepción formal del derecho para enlazarlo con la realidad social y sus transformaciones. Los esfuerzos de la dogmática jurídica se dirigirían, como con gran precisión señaló Ollero, hacia la eliminación del normativismo ausente de todo sentido social e histórico. Lo urgente era acercar norma y realidad para evitar que aquella se encon-

<sup>992</sup> Ollero, Carlos, *El derecho constitucional de la postguerra (apuntes para su estudio)*, Barcelona, Bosch, 1949, p. 11.

<sup>993</sup> Martínez, Temistocle, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milán, Giuffrè, 1957, pp. 22 y 82.

trara al margen de los problemas políticos y sociales. Así, además de rescatarse la idea de la funcionalidad del derecho y su elemento teleológico, se subrayaba su necesaria sociabilidad y situabilidad histórica. El orden constitucional de un Estado no podía ser correctamente comprendido, pensaba Pierandrei, sin considerar las reglas escritas en relación con su realización concreta.<sup>994</sup> Las normas debían ser la cualificación del ámbito material operado por la libertad, y la libertad jurídica, libertad de hecho. El reto era, en consecuencia, convertir a los derechos no en meros “nombres sin sustancia, consignados inertes e ineficaces en un elenco, sino en ideales sentidos y operantes en la vida civil de hecho practicada”.<sup>995</sup>

La base de estas modificaciones fue el cambio estructural producido en la comprensión de la sociedad y en las funciones que debía cumplir el Estado.<sup>996</sup> Aquella deja de ser un orden autónomo, “cuasinatural”, auto-suficiente y homogéneo, regido por sus propias leyes, que puede quedar abandonado a su acción espontánea, y pasa a ser un orden por construir y modelar. Las disfuncionalidades surgidas en su seno no podían ser corregidas por sí mismas, necesitaban de la acción del Estado para ser modificadas. Su autogestión no conduciría de forma directa a la justicia ni ésta sería inmanente ni brotaría a través de su funcionamiento libre. Nada más rechazable que la “ficción ideológica de una justicia social automática”. La libertad, el bien común, no son productos o datos previos ni necesariamente implican el distanciamiento del Estado. Junto a esta idea de la sociedad, el Estado pasa a ser concebido como un artificio que cumple la función de conservar la libertad y cooperar para hacer posible la igual libertad de todos. Su noción se reconstruye a partir de concepciones positivas de su actividad, lo que impulsó su “reactivación” y “reivindicación” y la transformación del papel pasivo, neutral e imparcial que le había sido

<sup>994</sup> Pierandrei, Franco, *op. cit.*, nota 454, p. 317.

<sup>995</sup> Battaglia, Felice, “Los derechos fundamentales del hombre, del ciudadano y del trabajador: esencia, evolución, perspectivas futuras”, *Estudios de teoría del Estado*, Madrid, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1966, p. 157.

<sup>996</sup> Como escribe Crisafulli, las Constituciones de la Segunda posguerra pretendieron, además de regular la estructura estatal, determinar la estructura de la sociedad. Pero la nota distintiva de ellas, pues de una u otra forma todas las Constituciones realizan este objetivo, fue que además de que regularon las relaciones entre los ciudadanos y entre éstos y el Estado sin abstraer de la realidad la posición que éstos ocupan, extendieron su competencia a regular el sistema de relaciones sociales que de hecho condicionan la libertad de los ciudadanos y a modificar, limitar y orientar la influencia de tal sistema. Crisafulli, Vezio, “Constituzione e protezione...”, *cit.*, nota 489, p. 118.

conferido. De esta forma se convierte en corresponsable del bienestar de los ciudadanos y se le asigna el objetivo de la procura existencial. En este sentido, se convierte en instrumento compensador o corrector que realiza intervenciones racionales sobre la sociedad con objeto de lograr iguales condiciones de vida para todos. Esta intervención, producida, precisamente, por el reconocimiento de la inexistencia de un orden social autónomo, y la tarea que se le atribuyó de conformar un orden adecuado, trajo como consecuencia la quiebra del principio de la separación Estado y sociedad<sup>997</sup> y el arribo de la idea, como escribe Habermas, de que los conflictos de intereses no podían seguir desarrollándose en la esfera privada. El Estado no podía ser más “sereno árbitro del libre juego socioeconómico, de la competencia y de los conflictos sociales”. El orden económico y social pasó de ser un orden prefijado, natural e intocable, a ser objeto de modelación y configuración por parte del Estado. Pero, al contrario de lo que en su tiempo sostuvo Schmitt, esta nueva concepción no significó la absorción total de la esfera social por el Estado o la desaparición de la sociedad como ente autónomo, se mantuvo la distinción entre Estado y sociedad y la noción de los derechos del hombre como presupuesto esencial para la realización de la libertad. La importancia de estas modificaciones se hace mayúscula si se aprecia que esta actitud positiva frente al Estado pasó a convertirse en auténtico factor de integración en un momento en que se habían escindido y roto para siempre los mecanismos tradicionales que mantenían la unidad de la comunidad.

Esta nueva concepción de la sociedad y del Estado trajo como consecuencia el desquebrajamiento del concepto de Estado de derecho entendido como el ordenamiento jurídico de la sociedad burguesa y la consagración de un discurso ético que permeará al derecho de contenido moral, fuerza emancipadora y transformadora. La nueva forma de Estado puso en discusión su estructura organizativa y los fines y valores que está llamado a cumplir, y consagró en su núcleo una idea de libertad distinta a la del Estado liberal.<sup>998</sup> Se pasa de una noción meramente formal a una concepción material de la libertad que remarca que el derecho debe tener estrecha relación con la justicia. Aunque parezca paradójico hay que decirlo con Kelsen: la libertad debía indicar una determinada posición del indivi-

<sup>997</sup> Abendroth, Wolfgang, “Sobre el concepto de Estado de derecho democrático y social tal como se formula en la Constitución de la República Federal de Alemania”, *Sociedad antagónica y democracia política*, Barcelona, Grijalbo, 1973, p. 276.

<sup>998</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.*, nota 502, p. 45.

duo dentro de la sociedad. Ésta se concretaría en el contenido esencial de los derechos y sus condiciones materiales de realización<sup>999</sup> y exigirá que el individuo tenga libertad general de acción, es decir, el mayor grado posible de libertad de hacer o dejar de hacer, la facultad de determinar su propia existencia dentro del grupo social y la posibilidad de desarrollar ambas exigencias. Como se aprecia, otra vez la vieja idea de iguales libertades para todos o iguales oportunidades en el ejercicio de las libertades. Se aceptaba así, como escribe Bobbio, que las personas de hecho no nacen ni libres ni iguales, que la libertad y la igualdad son “un ideal a perseguir; no una existencia, sino un valor; no un ser sino un deber”.<sup>1000</sup>

El cambio de los contextos históricos y la transformación de las circunstancias sociales exigió promover acciones para hacer real la libertad, o, en palabras de Leibholz, para transponer la libertad al ámbito donde los hombres desarrollan su existencia. Como señala Habermas, lo importante es hacer uso real de los derechos formales equitativamente repartidos. La libertad jurídica no tiene sentido sin la libertad real, y ésta no se consigue sólo mediante la abstención de la intervención estatal. La libertad depende de presupuestos sociales y factores externos muchas veces incontrolables por los propios individuos. Para contribuir a la ejecución de estas ideas, se encarga al Estado la función de procurar, mantener y asegurar las condiciones fácticas para que los sujetos puedan ejercer su libertad en igualdad de oportunidades y llevar una existencia humana digna. El Estado, de esta manera, “ya no aparece sólo como el enemigo potencial de la libertad, sino que tiene que ser también su defensor y protector”. Sin embargo, y esto es determinante en esta concepción, la atribución al Estado de esta responsabilidad de intervención en ningún momento se pensó que fuera extrema o ilimitada, porque si ello hubiera sido así, no se realizaría la libertad ni se promovería su ejercicio responsable por parte de cada uno de los miembros de la sociedad, soporte ideológico de la nueva concepción. Como señala Hesse: “una ampliación ilimitada de la responsabilidad y actividades del Estado que desemboque

<sup>999</sup> López Pina, Antonio, *op. cit.*, nota 843, p. 19.

<sup>1000</sup> Bobbio, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 67. Esta idea de los derechos también impone una determinada concepción del orden político como algo a obtener, a alcanzar, una realidad por construir y, como dice Fioravanti, que no puede ser por más tiempo considerada como presupuesta. Fioravanti, Maurizio, “Costituzione e Stato di Diritto”, *Filosofia Politica*, Bologna, núm. 2, 1991, p. 345.

en la omnicompreensiva procura, planificación y configuración estatal, anularía toda configuración existencial autorresponsable”.<sup>1001</sup> Tampoco esta intervención se configuró como política de caridad, sino como función inherente, funcional, y legitimadora del Estado. También hay que subrayar que estas nociones no llevaban consigo la supresión de los principios y valores básicos que se venían sosteniendo desde la formación del Estado liberal, “no hay un cambio de las premisas normativas” o políticas ni una negación rotunda de sus presupuestos legitimadores, sólo deviene una nueva, más amplia y sustancial interpretación de éstos y la creación de otros derechos que reforzarían y harían posibles los anteriores con base en un nuevo paradigma de la sociedad y del Estado. No por nada algunos autores afirman que es en esta época cuando se produce realmente la aparición y nacimiento de los derechos fundamentales.

Como puede deducirse de lo anterior, hay un cambio profundo en la concepción del papel del Estado en relación con el individuo y su libertad<sup>1002</sup> que viene a constituir el punto central de la normativa constitucional y la acción de los poderes públicos. Los ordenamientos atribuyen al Estado un papel activo e intervencionista en aras de transformar la sociedad y hacer posible el disfrute pleno de los derechos. Su función será contrarrestar, como señala De Otto, el déficit de derechos fundamentales existente en la sociedad. La base y guía de esta tarea de reconstrucción de la sociedad sería, precisamente, la realización de los derechos de los individuos y la remoción de cualquier posible obstáculo. En otras palabras, la finalidad de la existencia del Estado sería convertir la proclamación abstracta de los derechos en una realidad que incluyera la posibilidad de su disfrute. Se produce así lo que se ha denominado “socialización del Estado”, ya que éste se convierte en receptor de deberes y obligaciones positivas derivadas de la idea de que la libertad no se protege ni asegura con su abstención, sino con su actividad permanente.<sup>1003</sup> Esta concepción, que conlleva, repetimos, la adopción por parte de la sociedad de una actitud positiva frente al Estado, hace cambiar profundamente, como enseña Ferrajoli, *la estructura normativa del poder estatal*, que pasa de estar únicamente limitado por prohibiciones, a estar funcionalizado por obligaciones

<sup>1001</sup> Hesse, K., *op. cit.*, nota 874, p. 95.

<sup>1002</sup> López Guerra, Luis, “Las dimensiones del Estado social de derecho”, *Sistema*, Madrid, núms. 38-39, 1980, p. 171.

<sup>1003</sup> Vega García, Pedro de, “La crisis de los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 123; García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 8, p. 25.

positivas cambiando también su *base de legitimación* porque “mientras el Estado liberal debe sólo no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el Estado de derecho social debe también mejorarlas”.<sup>1004</sup>

Los derechos serán límites, pero también mandatos, es decir, verdaderas obligaciones positivas que vinculan de forma activa. Como escribe Ferrajoli, los derechos son “expectativas positivas” a los que “corresponden vínculos positivos por parte de los poderes públicos”. Al estar todos al servicio de los derechos, deben procurar su realización y efectuar las actividades necesarias para lograr su efectividad y garantía. Hesse describe este cambio de concepción con suma claridad: de las premisas de la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos surge, junto a la clásica obligación negativa, la obligación positiva “de llevar a cabo todo aquello que sirva a la realización de los derechos fundamentales, incluso cuando no conste una pretensión subjetiva de los ciudadanos”.<sup>1005</sup> El sistema de derechos constitucionales pasa a conformar un sistema de deberes para los poderes públicos, por lo que un derecho del individuo siempre implicará un deber del Estado para hacerlo real. Los órganos estatales existen para cooperar en la determinación y consolidación del contenido normativo del derecho y en el crecimiento y maduración del texto constitucional. Así, se produce, junto con un cambio de comprensión de los derechos, un entendimiento especial de las tareas del Estado. Cambia la relación entre el Estado y los derechos, ya que éstos pasan a configurar un proyecto de Estado, siendo la Constitución el instrumento para realizar el orden social determinado por aquéllos. El fin del poder político será realizar ese orden configurado en los derechos fundamentales,<sup>1006</sup> convirtiéndose el Estado en “instrumento para la creación de una liber-

<sup>1004</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 420, p. 862.

<sup>1005</sup> Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 874, p. 94. Muy cerca de esta afirmación está la de Fernández Segado: “Del carácter objetivo de los derechos, o, lo que es lo mismo, de su peculiar significación y finalidades dentro del orden constitucional, se desprende a su vez que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado”. De “la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución... no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano”. Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 835, p. 210.

<sup>1006</sup> Así, por ejemplo, Aguiar, Luis, *op. cit.*, nota 837, p. 23.

tad efectiva”, en una organización dirigida a asegurar a los individuos el ejercicio de las libertades.<sup>1007</sup>

Lo anterior no implica, y esto hay que subrayarlo, que se abandone la noción de los derechos subjetivos públicos, lo que se abandona, como dice Häberle, es una “visión unilateral de la libertad”. La vertiente objetiva complementa su naturaleza subjetiva. Considerarlos sólo derechos subjetivos pasa a ser una idea “intemporal y unilateral” de los mismos, como escribe Baño León.<sup>1008</sup> Los derechos no están formulados únicamente “a la defensiva” o de manera “unidimensional” ni tienen sólo “valor negativo” o limitativo ni imponen exclusivamente la abstención del Estado. Esta es una de sus caras, ya que también se muestran como portadores de un poder activador de los entes públicos convirtiéndose en “referencias polivalentes”,<sup>1009</sup> que imponen límites y marcan la dirección de la actividad de los órganos estatales. Es más, es difícil distinguir entre los derechos que requieren acciones negativas y aquellos otros que exigen acciones positivas y, en esta virtud, todos tienen una faceta prestacional que exige la intervención activa de los poderes públicos, lo que no implica desconocer que algunos necesitan con mayor intensidad dicha intervención para ser efectivos y definir sus modalidades y formas de tutela. Por ello Rolla puede afirmar que “cada derecho contiene en sí mismo un componente garantista y una prestación”.<sup>1010</sup> Cada uno reclama “en mayor o menor medida una organización estatal que permita su ejercicio o que los defienda frente a intromisiones ilegítimas, o también el diseño de formas de participación”.<sup>1011</sup> En consecuencia, las técnicas prestacionales no pertenecen en exclusiva a alguna clase de derechos.<sup>1012</sup> Aceptar

<sup>1007</sup> Burdeau, Georges, *La democracia. Ensayo sintético*, Barcelona, Ariel, 1960, pp. 27 y 28; Martínez Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1997, p. 85.

<sup>1008</sup> Baño León, José María, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *REDC*, Madrid, núm. 24, 1988, p. 156.

<sup>1009</sup> Kirchoff, Pablo, en su colaboración a la obra *La garantía constitucional de los derechos fundamentales...*, *cit.*, nota 9, p. 129.

<sup>1010</sup> Rolla, Giancarlo, “Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales”, trad. de C. Ortega Santiago, *REDC*, núm. 54, 1998, p. 55.

<sup>1011</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *cit.*, nota 845, p. 75.

<sup>1012</sup> Como escribe De Otto: “el derecho fundamental de libertad es multidimensional, es también libertad en la sociedad, sólo se realiza mediante condiciones sociales determi-

esta multifuncionalidad de los derechos implica, también, reconocer su pluralidad de fines.<sup>1013</sup> De esta forma, como con acierto aseguró en su momento Forsthoff, los derechos pasan a ser funciones jurídicamente garantizadas, o, como recientemente ha señalado Olivas, derechos públicos subjetivos-funciones, y, por tanto, “uno de los más significativos elementos de la unidad del proceso social global”.

Con esta forma de entender los derechos, la Constitución aparece, como afirma Dogliani, como instrumento dotado de dos funciones principales, paralelas y complementarias: garantizar un orden limitando el poder político y realizar un orden por medio del ejercicio del poder político. “Constitución como garantía de un orden y Constitución como instrumento de realización de un orden”. Constitución “non semplicemente *come vincolo esterno* ma *come forza interna que anima la stessa funzione legislativa*”. Por un lado se somete al legislador al control de los tribunales con el objeto de conservar ciertos derechos e institutos y, por el otro, se le confiere la facultad de hacerlos realidad. Con ello se crea un esquema constitucional que a la vez que exige la labor garantista del juez, obliga al legislador a una labor conformadora. Si los derechos, como derechos subjetivos, se pueden imponer frente a las decisiones de la mayoría, como derechos objetivos se les deja a la mayoría para su realización. En un caso son límite, en el otro, facultad. En un caso significan que la mayoría no es soberana, en el otro, que tiene la facultad de configurarlos, desarrollarlos, hacerlos reales y extenderlos. La Constitución aparece dirigida a efectuar una función configuradora y otra conservadora, al tiempo que preserva y salvaguarda ciertos contenidos sirve de guía para realizar una sociedad donde imperen los derechos. El constitucionalismo del Estado social supone así, el ensayo de una respuesta de síntesis entre conservación y cambio, subsistencia y desarrollo. Ésta es la sustancia material sobre la que se pretende construir el denominado Estado social fundamentado en la conciliación simultánea de los principios de constitucionalidad y democracia.<sup>1014</sup>

Lo anterior es de suma importancia, porque sólo entendiendo el significado del Estado social se puede captar el sentido que le trasmite a los

nadas, se afirma frente a los grupos, requiere una estructura”. Otto y Pardo, Ignacio de, *op. cit.*, nota 844, p. 167.

<sup>1013</sup> Pérez Luño, Antonio E., “Análisis funcional de los derechos fundamentales”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 5, 1988-1989, pp. 177 y ss.

<sup>1014</sup> Gutiérrez, Ignacio, *op. cit.*, nota 960, pp. 12 y 13.

derechos. Aquel consagra una idea de éstos situada dentro de los parámetros que impone la noción de libertad política democrática. Esto es así porque, como nos recuerda Pérez Luño, desde su génesis el Estado social tuvo en su interpretación y funcionalización una vertiente abierta y decididamente democrática<sup>1015</sup> debido, principalmente, a que históricamente la aparición de los derechos políticos y la concepción sobre la democracia precede al intervencionismo estatal. La democracia política antecede, como contundentemente decía García Pelayo, a la democracia social que pretende instaurar el Estado social. La rehabilitación del pueblo es anterior a la del Estado. Existe una sucesión lineal de conceptos que se afirman mediante un proceso que inicia con la consagración de las nociones básicas del Estado de derecho, continúa con el proceso de jurificación o racionalización de la democracia y, posteriormente, con la fijación de fines a la actividad estatal. El Estado social significa, desde esta perspectiva, no la alteración de la estructura del Estado de derecho, sino la incorporación a éste, a nivel jurídico constitucional, de fines y objetivos al Estado. Es decir, a la concepción liberal democrática del Estado se acompaña una noción instrumentalista del derecho,<sup>1016</sup> que lo considera el medio apto para ser utilizado con el fin de satisfacer exigencias de justicia social distributiva y realizar tareas compensatorias, redistributivas, regulativas y transformadoras. Por ello, el Estado social de derecho no puede ser considerado “medio Estado social y medio Estado de derecho”. Los conceptos que lo integran están inescindiblemente asociados y sistemáticamente unidos, vinculados, no sujetos a prelación. Abendroth confirmaría estas nociones. Para él, lo que históricamente sucedió fue que la obligación social del poder estatal democrático se expresó “en la misma definición del Estado”, apareciendo la idea democrática junto al “objetivo de un estado socialmente obligado”. En otras palabras, la idea de democracia como principio de legitimación política se complementó con la idea de democracia como principio de configuración social. A partir de esta unificación adquirió un componente dinámico: un poder público democratizado iba a construir una sociedad democrática.<sup>1017</sup> Siguiendo estas ideas, Forsthoff pudo escribir que el elemento de compatibilidad, el “concepto puente”, entre los Estados liberal y social es el elemento democrático, y Kāgi, que hay una comunidad de destino entre la demo-

<sup>1015</sup> Pérez Luño, Antonio E., *op. cit.*, nota 830, p. 231.

<sup>1016</sup> Torre, Massimo la, *op. cit.*, nota 238, p. 85.

<sup>1017</sup> Kammler, Jörg, “El Estado social”, *cit.*, p. 95.

cracia y el Estado social. Más recientemente, Offe, que sigue a Titmuss, definió el Estado de bienestar como aquel que expresa, en primer lugar, el deseo de la sociedad de sobrevivir como totalidad orgánica, y, en segundo lugar, la intención de todas las personas por contribuir a la supervivencia de algunas personas, siendo la democracia política el medio institucional que posibilita esta manifestación y expresión. La política democrática sería el medio de configuración del modelo de acción colectiva racional impulsado por el Estado social.<sup>1018</sup> Se puede resumir así el ideal del Estado social: democracia social bajo las formas del Estado de derecho y a través del principio democrático.

La expansión de democracia produjo el Estado social, y ambos se convirtieron en factores que propiciarían la reproducción de sus principios dentro de las diversas esferas sociales.<sup>1019</sup> Su instauración extendería la funcionalidad del principio democrático a todos los ámbitos o esferas sociales, más aún, al orden económico y social. Como escribió Crisafulli, las Constituciones de contenido social positivo expresaron una tendencia política resumida con exactitud en la exigencia de expandir el principio democrático a la esfera de las tradicionales relaciones políticas, pero también a la entera estructura de la comunidad estatal, corrigiendo y atenuando las consecuencias o daños más graves que el orden económico-social, fundado sobre el principio de la propiedad, pudiera ocasionar a los ciudadanos.<sup>1020</sup> Esta idea de extender el principio democrático a todas las esferas sociales es característica del pensamiento de la época, que se enmarca, precisamente, en una “lógica expansiva” que consideraba necesario, como dice Bobbio, que una vez conseguida la ampliación subjetiva de la participación democrática, se produjera una ampliación objetiva material que incluyera “las células básicas de la existencia cotidiana de la población”.

Definitivo resulta decir que el Estado social lleva consigo la idea de que el orden social es resultado de la comunidad que se autogobierna y decide autónomamente su configuración política. El Estado conformaría el orden social, pero a través de la formación democrática de la voluntad del pueblo. Abendroth escribía en 1964: “no se puede llamar democrático a un Estado más que si en él (o en la medida en que en él)

<sup>1018</sup> Offe, Claus, “La separación de forma y contenido en la democracia liberal”, trad. de A. Escotado, *Contradicciones en el Estado del bienestar*, México, Conaculta, 1991, p. 177.

<sup>1019</sup> Karsch, Friederun y Schmiederer, Úrsula, “Evolución funcional del Poder Legislativo”, *Introducción a la ciencia política, cit.*, p. 214.

<sup>1020</sup> Crisafulli, Vezio, “Constituzione e protezione...”, *cit.*, nota 489, p. 118.

la mayor parte posible de los ciudadanos interviene en la formación de la voluntad política y si en principio ofrece a cada ciudadano la posibilidad de insertarse en ese proceso de formación de la voluntad”.<sup>1021</sup> Si, como se reconocía claramente, el orden constitucional no podía configurarse de forma espontánea o automática, únicamente podía estar “a disposición de la formación democrática del pueblo”. Sería tarea de los ciudadanos, de la clase trabajadora especialmente,<sup>1022</sup> concretar y realizar los compromisos contenidos en la norma básica. En otro trabajo, el autor citado expresa:

La proclamación del estado de derecho democrático y social por la Constitución no sólo abre el camino para ocasionales intervenciones del estado con objeto de equilibrar un orden social amenazado, acaso, en su normalidad, pero en principio reconocido como firme y justo, sino que pone además y por principio el mismo orden económico y social presente a la disposición de la formación democrática de la voluntad del pueblo. Por eso, la Constitución no posibilita sólo intervenciones ad hoc del poder del Estado, sino que asigna a la sociedad representada en el Estado democrático la posibilidad de transformar sus mismos fundamentos.<sup>1023</sup>

El proyecto del Estado social incluye dejar en manos de los ciudadanos la posibilidad de cambiar la estructura política del Estado y, en general, transformar la sociedad.<sup>1024</sup> La democracia sería garantía de la libre e igual participación del individuo en la vida de la comunidad, y el ciudadano, convertido en elector, el “orientador político”, el estimulador de la actuación legal, sobre cuya base articularía sus demandas concretas.<sup>1025</sup> La sociedad se autotransformaría y configuraría a sí misma, asumiendo

<sup>1021</sup> Abendroth, Wolfgang, “El problema de la democracia interna de partidos y asociaciones en la República Federal”, *Sociedad antagónica y democracia política*, Barcelona, Grijalbo, 1973 p. 409.

<sup>1022</sup> Como dice Crisafulli la meta final propuesta por la Constitución a la obra reformadora de los órganos legislativos del Estado consistirá en un ordenamiento capaz de asegurar una completa tutela de la integridad física y de las exigencias de los ciudadanos que vivan de su trabajo, en cualquier hipótesis de necesidad y siempre a través de intervenciones de carácter iuspublicístico. Crisafulli, Vezio, “Constituzione e protezione...”, *cit.*, nota 489, p. 139.

<sup>1023</sup> Abendroth, Wolfgang, *op. cit.*, nota 997, p. 277.

<sup>1024</sup> Abendroth, Wolfgang, *op. cit.*, nota 988, pp.13-15, 25 y 40.

<sup>1025</sup> Porras Nadales, Antonio J., “Derechos e intereses. Problemas de tercera generación”, *RCEC*, Madrid, núm. 1, 1991, p. 224.

el control sobre su propio destino. Hay, como puede comprenderse, una extrema confianza en el principio democrático y en la capacidad de autogobierno de los ciudadanos. Por ello podemos afirmar que el Estado social representa la búsqueda de un equilibrio, entre las funciones del Estado y el pluralismo, entre la creciente y más incisiva intervención del Estado y la cada vez más activa participación de la sociedad en la definición de su destino.<sup>1026</sup> Desde la perspectiva histórica, esto significa la recuperación del pueblo y la conformación de un marco en el que las construcciones jurídicas, como escribe Leibholz, de forma contraria a lo que sucedió en el siglo XIX, comenzarán a volcarse hacia el pueblo y no hacia el Estado.

Hay que insistir en que el Estado social, como dice García Herrera, sólo se entiende “como ejercicio del poder animado por un impulso transformador”. Busca actualizar el derecho, hacerlo acorde con la realidad y convertirlo en instrumento de profundas transformaciones. Sus impulsores buscaron dirigirlo a enfrentar los problemas sociales, darles cauce y orientación y propiciar nuevos cambios. Por ello, las Constituciones de la época, a través de la estructura de sus normas, dejan abiertos caminos para realizar esa transformación y conformar una sociedad justa que considere las aspiraciones de las generaciones subsiguientes. Igual de importante es, en esta noción, la idea de que el cambio en las estructuras sociales se haría con la participación de la ciudadanía. Como dice De Otto, si bien el Estado social exige la efectividad de los derechos fundamentales, circunstancia sin la cual el mismo no es posible, “su actividad prestacional sólo puede tener un sentido realmente liberal e igualador si está encauzada a través de la participación de los ciudadanos”.<sup>1027</sup> Las funciones del Estado social únicamente se cumplirían mediante la participación de los ciudadanos, quienes actualizarían las normas contenidas, como promesas, en la Constitución. La premisa era, en consecuencia, una movilización autoconsciente de los ciudadanos. Era necesario, por tanto, no sólo un cambio en la forma de operar de los poderes públicos, sino también en la actitud de la propia sociedad civil que tendría la posibilidad de transformar ella misma su comunidad e instaurar un orden social más justo.

<sup>1026</sup> Así, como escribía Pugliatti, el derecho, en su nacimiento y actuación, pasaba a convertirse en vida e historia del pueblo que lo ha producido y actuado, ganando la sociedad, en reflexividad. Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Universidad de Sevilla, 1996, p. 72.

<sup>1027</sup> Otto y Pardo, Ignacio de, *op. cit.*, nota 844, p. 165.

Existe una íntima relación entre la democracia, la intención de realizar cambios sociales y la ampliación de la libertad de los ciudadanos y, en general, de la sociedad. Simon habla de una tríada inseparable basada en el paradigma de un hombre ideal que puesto en el lugar del ciudadano de una sociedad libre actúa con responsabilidad y criterio autodeterminista.<sup>1028</sup>

En este marco, los órganos políticos encarnan la “garantía natural” de hacer realidad el proyecto constitucional. Las cuestiones sociales debían desarrollarse y resolverse en espacios políticos, en ninguna otra sede. Concretamente, como escribe Horn, los órganos legislativos, legitimados por el voto democrático, serían los facultados para concretar el principio del Estado social a través de la ley, que si había sido el principal instrumento del Estado de derecho, sería, asimismo, la principal herramienta para realizar el Estado social<sup>1029</sup> y hacer posible la efectividad de los derechos, regular las relaciones entre poderes públicos y ciudadanos y dar vigencia integral a la Constitución. En otras palabras, la responsabilidad principal, el impulso decisivo en la concreción de las normas constitucionales, la configuración del orden social, la conformación de las relaciones Estado sociedad y la consecución de un bienestar mínimo y homogéneo para la población recaería, principalmente, en el legislador por ser el órgano legitimado por el consentimiento de los ciudadanos. La idea trae consigo el aumento de competencias, tareas y responsabilidades del legislador,<sup>1030</sup> encargado ahora de realizar mandatos de protección, promoción y procura existencial.<sup>1031</sup> Todos los conceptos y, en general, el programa constitucional, los derechos, el núcleo de principios y valores, la idea de justicia, el bien común, cuya realización se comprendía no podía ser automática ni producto sólo de su consagración normativa, debían ser realizados por quien detentaba la representación de la ciudadanía. Éste sería el primer responsable de interpretar, desarrollar y modelar un verdadero sistema

<sup>1028</sup> Simon, Helmut, “Los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de derecho”, en Thesing, J. (comp.), *Estado de derecho y democracia*, cit., nota 470, p. 182.

<sup>1029</sup> Horn, Wolfgang, “Estado de derecho y Estado social. El Estado social de derecho como principio constitucional”, en Thesing, J. (comp.), *Estado de derecho y democracia*, cit., nota 470, p. 175. Kelsen ya vio al legislador como la única y exclusiva fuente de la voluntad estatal, como “el fundamento de la existencia del estado”, por lo que pudo afirmar la existencia de una relación directa entre soberanía de la ley y forma de Estado.

<sup>1030</sup> Para una observación acerca de la relación de cada tipo de derecho con las instituciones estatales es importante, Marshall, T. H., *Ciudadanía y clase social*, trad. de P. Linares, Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 22 y ss.

<sup>1031</sup> Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 825, pp. 112 y 113.

de derechos y convertir a la Constitución en un ser viviente. Por ello Baldassarre señala que uno de los elementos característicos del Estado social es que representa la idea de la omnipotencia de la política entendida como instrumento para la realización del derecho, específicamente, para la actuación y realización de los derechos cuyos protagonistas son el legislador y la ley. Así, la noción del Estado social implica un legislador actuando como formador de la unidad política del Estado inspirado por los valores fundamentales de la comunidad. Me parece que las obras de Neumann y, sobre todo, de Heller reflejan con claridad estas ideas. Recuérdese que éste sostuvo una propuesta de Estado social que, precisamente, tenía como instrumentos básicos e insustituibles la extensión del imperio de la ley y la autodeterminación democrática.<sup>1032</sup> Podemos asegurar, en consecuencia, que el principio del Estado de derecho democrático y social es una máxima de legislación para el desarrollo del orden jurídico. En este Estado, como escribe Olivas, “la legalidad se propone como valor; en consecuencia, como fuente de legitimidad”,<sup>1033</sup> existiendo, por tanto, una íntima implicación entre legalidad y democracia, apareciendo la primera como fundamento del funcionamiento de la segunda.

Lo anterior es consecuente con las nociones que sostienen esta forma de Estado. En un orden que, además de pretender ser social, es democrático, la sociedad queda sometida únicamente al órgano democráticamente legitimado. El Parlamento se torna en “espacio público de resolución de conflictos”, punto de unión entre Estado y sociedad, foro de encuentro y enfrentamiento de todas las clases sociales e “instrumento de poder” para reformar la sociedad. Esto es así, y vale la pena insistir en esto, porque, como escribe Abendroth, si bien en la noción resulta decisiva el abandono de la fe en la justicia inmanente del orden económico y social existente, la sociedad, en su facultad de configurar el orden jurídico, “queda sometida a la acción de los órganos del Estado en los que está representada la autodeterminación democrática del pueblo”.<sup>1034</sup> Será el Parlamento el lugar donde se definirá el diseño constitucional del Estado, y, como dice Cheli, el ámbito destinado a regular el ritmo y velocidad de la marcha del sistema, el elemento “bizagra” entre el aparato estatal y la

<sup>1032</sup> Así también, por ejemplo, Preuss, Ulrich K., “El concepto de los derechos en el Estado del bienestar”, trad. de F. Serra *et al.*, en Olivas, E., (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991. p. 67.

<sup>1033</sup> Olivas, Enrique, *op. cit.*, nota 880, p. 25.

<sup>1034</sup> Abendroth, Wolfgang, *op. cit.*, nota 997, pp. 267, 269 y 271.

comunidad, el lugar del pluralismo social y la sede natural de elaboración de las políticas destinadas a orientar todas las acciones de los poderes públicos, en suma: “l’asse portante del’intera vita istituzionale”.

Por ello no nos cabe duda que si en el Estado social el legislador es el responsable de la configuración de la sociedad, ya que expresa la voluntad del pueblo, concebir a la Constitución y, específicamente, a los derechos fundamentales como normas objetivas susceptibles de ser desarrolladas es otorgar al legislador la oportunidad de realizarlas.

Los derechos fundamentales concebidos como principios objetivos, sólo prevén la obligación del legislador de actuar, pero nada dicen de las medidas que debe tomar. Por este motivo el elemento objetivo no proporciona al individuo ninguna pretensión frente al Estado. En lo que concierne a la realización de la obligación, el poder legislativo queda en libertad, pues tal realización depende de los medios disponibles y de las prioridades del programa político de la mayoría.<sup>1035</sup>

El Estado social, que lleva consigo el fomento de la acción del legislador, también, como consecuencia natural, consideró a la ley el mejor instrumento para la transformación social. La ley sería, según Horn, “el nexo formal entre el Estado de derecho y el Estado social” y garantía de libertad en tanto productora de la efectividad de los derechos fundamentales.<sup>1036</sup> Si antes se había manifestado la superioridad de la legislación por el dominio que sobre ella tenía una clase determinada, en una sociedad pluralista, donde todos los sectores sociales tendrían participación, la ley venía a ser un medio para la realización de diversos fines u objetivos sociales, instrumento único y esencial del cambio y canal, no sólo para “salvaguardar y promover los derechos civiles y políticos del individuo en una sociedad libre, sino también para crear condiciones sociales, económicas, culturales y de educación bajo las cuales puedan cumplirse plenamente las aspiraciones legítimas del hombre y quede garantizada su libertad”.<sup>1037</sup> De esta forma, la ley adquirió una marcada función social que implicaba una modificación sustancial con respecto a otras etapas

<sup>1035</sup> Grimm, Dieter, *op. cit.*, nota 414, p. 21.

<sup>1036</sup> Häberle, P., “Contenidos significativos y funciones de la Ley parlamentaria”, en López Pina (ed.), *Democracia representativa y parlamentarismo*, *cit.*, nota 88, p. 76.

<sup>1037</sup> Esta es la noción de ley extraída del Informe presentado por la Comisión Internacional de Juristas en un documento titulado: *Aspectos dinámicos del Imperio de la Ley en la Época Moderna*, Ginebra, 1965, p. 17.

históricas. Ella sería la vía para la redistribución de ventajas, la definición de medidas concretas para lograr la igualdad social, la construcción de una sociedad donde imperara efectivamente la libertad y, en suma, la remoción de los obstáculos que impedirían las desigualdades y permitieran la integración entre los distintos sectores sociales.

Con la atribución de estas funciones y fines sociales, las leyes perdieron sus características básicas de generalidad y abstracción. Si la finalidad del Estado era operar con base en las necesidades surgidas en una sociedad plural y desequilibrada económicamente y la intención era transformarla, la ley pasó a regular cuestiones concretas, asuntos urgentes y problemas determinados. Parecía imposible regular una sociedad plural, política y socialmente, con leyes generales que no aludieran a situaciones particulares. La racionalidad de las leyes se trasladó a su contenido, pasando a ser una racionalidad de corte material.<sup>1038</sup> Además, si el nuevo Estado era concebido como producto del compromiso entre las diversas fuerzas políticas, la ley debía ser resultado del acuerdo obtenido entre todos los sectores sociales, ya que sólo así aparecería como el medio para la realización del pluralismo y la integración de todos los grupos dentro del Estado. Sin embargo, es preciso aclarar, que si bien las nuevas funciones de la ley exigieron su reconceptualización nunca se contempló la pérdida de su centralidad, por el contrario, se consideró que sólo a través de ella, y con en base en los valores previamente definidos en la Constitución, los ciudadanos podían decidir “cuánto y qué espacio dar a otros valores, como la justicia social, la igualdad y la solidaridad”.<sup>1039</sup>

Lo anterior nos permite advertir la relación tan estrecha que existe, en esta idea del Estado, entre normas constitucionales y fuerzas políticas. Dice Abendroth: “la conexión de la idea del estado social de derecho con la idea de democracia pone de manifiesto que este estado tiende a conseguir en cada caso una situación de compromiso entre los grupos sociales que garantice un mínimo de criterios comunes de valor admisibles para todos”.<sup>1040</sup> En virtud de que el Estado se basaría en el pluralismo y la aceptación de la existencia de diversas concepciones sociales, la concreción de las normas debía ser producto del compromiso entre las diversas fuerzas

<sup>1038</sup> Maestro Buelga, Gonzalo, “Negociación y participación en el proceso legislativo”, *RDP*, Madrid, núm. 32, 1991, p. 80.

<sup>1039</sup> Pasquino, Gianfranco, *La democracia exigente*, trad. de R. González, Argentina, FCE, 1999, p. 95.

<sup>1040</sup> Abendroth, Wolfgang, *op. cit.*, nota 997, p. 280.

políticas presentes en la comunidad y en la vida estatal. A ellas les correspondería la tarea de actuar la Constitución e impulsar la vida política en el Estado. Esto implicaba reconocer la presencia de un amplio y complejo número de sujetos sociales y políticos, articulados en grupos de interés, partidos, sindicatos, quienes debían hacer realidad cierto orden de valores y determinado “*indirizzo*” político. De esta forma, la eficacia de la Constitución sería producto del acuerdo entre las diversas fuerzas políticas que buscaban en ella la tutela de sus intereses; todas tendrían peso en la formación y actuación de los fines animadores de la vida social e intervendrían en la realización integral de los objetivos constitucionales.<sup>1041</sup>

Las Constituciones de esta época son documentos obtenidos mediante el consenso de distintas fuerzas políticas. Su fundamento estaba en las ideas de compromiso, equilibrio y cooperación. Ésta es la característica que las define y diferencia de las del pasado, que eran producto de los intereses de una sola clase. Dichos contratos, como los llama Zagrebelsky, derivaban de acuerdos que reflejaban “un cuadro social y político general, respecto al cual cada fuerza política representa sólo un fragmento”.<sup>1042</sup> Es muy interesante constatar que años antes, Kelsen había construido un concepto de Constitución entendido como ordenamiento normativo de conflictos, resultado de compromisos contraídos por las diferentes fuerzas políticas. Como explica Bongiovani, dicha noción estaba fundamentada en la pluralidad social y dirigida a la búsqueda de acuerdos entre las distintas fuerzas políticas sobre la base de una mediación contractual expresada en la Constitución. Su intención era reconocer reglas comunes, dar voz y representación a los diversos intereses y llegar a compromisos satisfactorios para todos. El objetivo era conformar un equilibrio racional entre las exigencias de unidad política y pluralidad, concentración y participación, autoridad y libertad, en una dinámica en la cual, además de los órganos estatales, estuvieran presentes fuerzas y formaciones político-sociales diversas. La Constitución sería el punto de referencia de todos los sujetos partícipes en el proceso político y expre-

<sup>1041</sup> Barile, Paolo, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, G. Barbera, 1951, pp. 39-41. Es muy representativa la definición de Constitución que da este autor: un conjunto de institutos jurídicos, positivamente válidos y operantes, que realizan un fin político como resultado de los diversos fines perseguidos por las varias fuerzas políticas que operan en lucha entre ellas en un determinado país y momento histórico. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>1042</sup> Comanducci, Paolo, *Modelos e interpretación de la Constitución*, trad. de M. Ferrer Muñoz, México, Porrúa, 2000, p. 132.

sión del equilibrio entre las distintas exigencias sociales generadoras del orden y la unidad; el Estado conformaría una solución político institucional, consecuencia del compromiso normativo, y el derecho reflejaría dicho compromiso normativo institucional, las reglas comunes de la vida política y la condición jurídica de los diversos sujetos siendo su función configurar una estructura de mediación entre las diversas exigencias de la sociedad. Así se construía una democracia pluralista, como lo ha observado Baldassarre, basada en la reconstrucción del armazón estatal y en lo político entendido como trueque o lucha entre los diversos grupos sociales bajo la garantía común de los principios fundamentales de libertad, igual dignidad social, y recíproca tolerancia.<sup>1043</sup> Todo esto significó la creación de un espacio público de moderación del conflicto, el reconocimiento de la existencia de legítimas fuerzas políticas y la necesidad de la búsqueda de consensos para llegar a soluciones adecuadas. En este marco, la realización de las normas constitucionales y, específicamente, de los derechos, sería, como había sido su misma consagración en los textos constitucionales, producto del consenso y del acuerdo. Se puede decir, en consecuencia, que es el compromiso entre los distintos sectores sociales la idea que fundamentará la Constitución; éstos participarían en la toma de decisiones políticas fundamentales y así se afirmaría el pluralismo dentro de la sociedad reconociéndose el igual valor de todas las posiciones políticas.

En el Estado social, la doctrina de la supremacía de la Constitución aparece constituida por dos ideas fundamentales: una normatividad adecuada a una sociedad pluralista, y la individualización del sistema de partidos como medio privilegiado de la pluralidad y la soberanía popular e instrumento del acuerdo y la mediación. El mantenimiento del pluralismo democrático, la mediación entre los valores aceptados, la afirmación de ideologías particulares, el respeto del programa constitucional y la síntesis entre intereses de partes e interés general, es confiada al papel constitucional de los partidos en el marco del sistema representativo.<sup>1044</sup>

No podemos extendernos en este tema, pero es necesario decir que el origen y desarrollo de los partidos está ligado a la institucionalización de la democracia, la extensión del sufragio y la consolidación del

<sup>1043</sup> Baldassarre, Antonio, "Lo Stato sociale: una formula in evoluzione", en Baldassarre, A. y Cervati, A. (cura), *Critica dello Stato sociale*, Roma-Bari, Editori Laterza, 1982, p. 27; Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 1000, pp. 325-327 y 330.

<sup>1044</sup> Bongiovani, Giorgio, *op. cit.*, nota 754, pp. 357-360.

Estado representativo.<sup>1045</sup> Su arribo a la vida estatal representó, como señala De Cabo, la destrucción de los supuestos y mecanismos con los que se manifestaba la representación burguesa, y la recuperación e incorporación de las clases sociales en el espacio político después de un largo periodo de desconocimiento y ocultamiento llevado a cabo a través de los instrumentos políticos y jurídicos del Estado liberal.<sup>1046</sup> Por ello, en un primer momento, los partidos fueron mecanismos de expresión de las clases sociales en la órbita del Estado y de las aspiraciones frustradas de la población marginada del proceso político por razones de fortuna.<sup>1047</sup> Su nacimiento, además de ser consecuencia de la destrucción de los supuestos básicos del orden liberal también lo fue de la in-crustación del principio democrático sobre el Estado representativo. Surgen cuando la totalidad de los ciudadanos accedieron a participar en la vida política del Estado y en la toma de decisiones públicas, operando, en un primer momento, primordialmente como canalizadores de los intereses de una sociedad que se reconocía heterogénea. La sociedad penetraría en el Estado a través de un proceso mediado por el sistema de partidos, quienes serían los reductores de la pluralidad social<sup>1048</sup> dentro de un esquema general de “estatalización de la sociedad” que supone una

<sup>1045</sup> Se ha dicho incluso que los partidos aparecen como instrumentos “imprescindibles para garantizar el funcionamiento del parlamentarismo liberal”. Duverger, Maurice, *Los partidos políticos*, trad. de J. Campos y E. González Pedrero, México, FCE, 1957, p. 13; Vega, Pedro de, “Presentación”, *Teoría y práctica de los partidos políticos*, Madrid, Edicusa, 1977, p. 10. Como dice Weber: “los partidos sólo alcanzan su tipo moderno en el estado legal con constitución representativa”. Weber, Max, *Economía y sociedad*, trad. de J. Medina Echavarría, México, FCE, 1944, p. 302; Chueca Rodríguez, Ricardo L., “La representación como posibilidad en el Estado de partidos”, *RDP*, Madrid, núm. 27-28, 1988, p. 36.

<sup>1046</sup> Cabo, Carlos de, “Algunos aspectos de la problemática representación-partidos políticos”, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, UNAM, 1997, pp. 132-134.

<sup>1047</sup> Vega, Pedro de, “Estado social y Estado de partidos. La problemática de la legitimidad”, en “Problemas actuales del Derecho Constitucional. Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo”, México, UNAM, 1994, pp. 401 y 402.

<sup>1048</sup> Porras Nadales, Antonio, “El derecho intervencionista del Estado”, *REP*, Madrid, núm. 63, 1989, pp. 65 y 66. Recuérdese la concepción, por ejemplo, de Jellinek que los catalogaba como formaciones sociales, los partidos tienen una “esencia social”, por lo que consideraba que “en el orden de la vida del Estado no hay lugar alguno para el concepto de partido político”. Jellinek, George, “Los partidos como elementos de la sociedad”, en Lenk, K. y Neumann, F. (eds.), *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, trad. de I. de Otto, Barcelona, Anagrama, 1980, p. 185.

comunidad donde conviven, no siempre pacíficamente, un complejo conjunto de grupos y organizaciones.<sup>1049</sup> De esta forma, los partidos eran, precisamente, la expresión del fraccionamiento social. Hacían evidente la existencia, dentro de la sociedad, de una estratificación conflictiva y una pluralidad de racionalidades<sup>1050</sup> reflejando al pueblo organizado, “imagen y semejanza del mismo”, “medios de expresión, como señalaba Leibholz, de los cuales se sirve el pueblo para exteriorizar sus opiniones y actuar eficazmente en la esfera política. Mientras los partidos cumplan este cometido, puede considerárseles sostenedores del Estado...”.

En su momento, Triepel no dudó en sostener que el sistema de partidos políticos era “la autoorganización que se ha dado la democracia de masas”<sup>1051</sup> y, al mismo tiempo, de forma inseparable, “las fuerzas formadoras del Estado”. Neumann, por su parte, afirmó que los partidos, como instrumentos a través de los cuales “habían de ser activadas e integradas unas capas sociales de intereses divergentes y contrapuestos”, surgieron debido a que las circunstancias sociales y políticas hacían necesarias nuevas formas de organización. “Los grupos y partidos políticos, decía, tenían que convertirse en unidades de acción social y política”. De la misma forma, Leibholz señaló que los partidos eran “unidades políticas de acción”, “elementos imprescindibles en el proceso de integración política”, medios de actuación social y presupuesto funcional del sistema. En su opinión, los partidos agrupaban a los ciudadanos en unidades de acción proporcionándoles la ocasión de obrar políticamente, por lo que eran verdaderos “medios de expresión política del pueblo, sin los que éste no podría moverse dentro de la esfera política de un modo coherente”. Únicamente con su concurso, escribió, “puede el pueblo desorganizado, o sea, la masa de los ciudadanos activos, comparecer en el terreno político como una unidad de actuación efectiva”.<sup>1052</sup>

<sup>1049</sup> “Los criterios sobre los que se asienta la legitimidad del Estado social son los mismos que sirvieron para justificar y dar sentido a la acción de los partidos”. Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 1047, pp. 396 y 405. También, “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social”, *cit.*, pp. 123-125.

<sup>1050</sup> Chueca Rodríguez, Ricardo L., *op. cit.*, nota 1045, pp. 36 y 38.

<sup>1051</sup> Triepel, Heinrich, “Derecho constitucional y realidad constitucional”, en Lenk, K. y Neumann, F. (eds.), *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, *cit.*, nota 1048, p. 191.

<sup>1052</sup> Leibholz, Gerhard, “La función controladora del Parlamento en las democracias de partidos del siglo XX”, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, *cit.*,

Si el objetivo de la democracia era “mantener vivo el Estado mediante su apertura a las fuerzas políticas activas del pueblo y en consonancia con ellas”,<sup>1053</sup> los partidos ocuparían una posición privilegiada dentro del mismo, en comparación con otros grupos sociales o formas de asociación, situándose como “los únicos medios con los que los ciudadanos contarían para insertarse en la vida política”, participar en la toma de decisiones y transmitir sus demandas e intereses.<sup>1054</sup> Serían la vía a través de la cual se accedería al Estado y el instrumento de integración más idóneo de las diversas demandas sociales. Resolverían las cuestiones que interesaran a todos, las que estuvieran relacionadas con el bien común y afectaran la base del Estado,<sup>1055</sup> y asumirían el papel de “verdadero centro motor de la actuación constitucional”, produciendo y manteniendo la dirección fundamental y representando y trascendiendo los intereses particulares.<sup>1056</sup> La íntima relación entre los partidos y el Estado obligaría a aquellos, como señala Schmidt, a reconocer que hay temas en los que necesariamente debían actuar en interés del todo. “Un exagerado egoísmo de partido, que los aguijonea a buscar directa o indirectamente por todos los medios sólo su particular conveniencia, tiene que debilitar a la larga la eficacia del Estado”.<sup>1057</sup> Los partidos, en consecuencia, no debían perseguir “intereses meramente particulares” ni identificarse con los de un determinado grupo.

De esta forma, y como señala Abendroth, los partidos surgieron como grupos permanentes capaces de actuación política, asociaciones de ciudadanos reunidos para defender sus intereses e insertarse en el proceso de formación de la voluntad política, monopolizando dicho proceso y, por consecuencia, proporcionando al sistema estatal los impulsos necesarios para configurarlo democráticamente, lograr la movilización electoral de

nota 669, p. 70. En la misma obra, “El legislador como amenaza para la libertad en el moderno Estado democrático de partidos”, p. 28.

<sup>1053</sup> Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. de L. López Guerra y J. N. Muñiz, Madrid, IEP, 1975, pp. 146 y 147.

<sup>1054</sup> Abendroth, Wolfgang, “El problema de la democracia interna de partidos y asociaciones en la República Federal”, *Sociedad antagónica y democracia política*, Barcelona, Grijalbo, 1973.

<sup>1055</sup> Leibholz, Gerhard, *op. cit.*, nota 669, pp. 120 y ss.

<sup>1056</sup> Bongiovani, Giorgio, *op. cit.*, nota 754, p. 360.

<sup>1057</sup> Schmidt, Richard, “Los partidos como fuerzas formadoras del Estado”, en Lenk, K. y Neumann F. (eds.), *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos, cit.*, nota 1048, pp. 176 y 177.

la población, el ascenso al Estado de las diversas orientaciones políticas, demandas sociales, programas de acción y personas destinadas a ser titulares de los órganos públicos estatales.<sup>1058</sup> Con acierto se ha dicho que concurrirían en la formación y manifestación de la voluntad popular frente al Estado, en el Estado y desde el Estado.<sup>1059</sup>

Una de las funciones principales de los partidos sería “integracionista”, ya que organizarían a los ciudadanos y encauzarían sus acciones, incentivando y promoviendo su participación en la configuración de la voluntad popular. El pueblo se incorporaría a los partidos y a partir de ellos expresaría su voluntad. Éstos serían los “altavoces” de que se servirían los ciudadanos “para expresarse articuladamente”, tomar decisiones<sup>1060</sup> y determinar la dirección política del Estado. Al ofrecer a los ciudadanos la oportunidad de configurar la vida pública fungían como medios para la integración democrática del pueblo, mediadores del proceso representativo e instancia de comunicación entre la sociedad y el Parlamento. Su fuerte comunicación con la comunidad les permitiría transmitir las reivindicaciones de ésta a la sede del poder, canalizar la participación política y encauzar los conflictos sociales. Precisamente para cumplir estas funciones se les positivizó y convirtió en instituciones legitimadas constitucionalmente.

Debido a que los partidos monopolizarían el “proceso de configuración de la voluntad del pueblo” su organización interna era “una premisa imprescindible para la estructura democrática del Estado”. Aquella debía ser racional y democrática y ello significaba que los afiliados tendrían la posibilidad de participar en la elección de los líderes y en la configuración de la voluntad del partido; contar con información referida a las acciones, posturas y posiciones del mismo ante todos los problemas; conformar autónomamente su opinión fomentando las discusiones internas, y controlar racionalmente y con conocimiento de causa a los dirigentes actuando como auténticas instancias de control, amonestación y discusión (Weber). Este modelo de partido tenía en mente Abendroth cuando afirmó que éstos debían estar democráticamente estructurados en el sentido de que su voluntad política debía formarse de abajo hacia arriba, ya que “sólo esa

<sup>1058</sup> García-Pelayo, Manuel, *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1986, pp. 85 y 86.

<sup>1059</sup> González Encinar, José J., “Democracia de partidos versus Estado de partidos”, en González Encinar, J. J. (coord.), *Derecho de partidos*, Madrid, Espasa, 1992, p. 25.

<sup>1060</sup> Abendroth, Wolfgang, *op. cit.*, nota 1054, p. 413.

forma de partido ofrece en las presentes condiciones sociales la posibilidad de ser el instrumento con el cual el pueblo, auto organizándose, se haga capaz de función política”. Los partidos políticos, decía, tendrían el deber de orientar su ordenamiento interno basándose en principios democráticos, dejar espacios para la libertad de opinión y discusión y dar cuenta pública del origen de sus recursos, en suma: “asegurar la estructura democrática y la libertad interna de discusión”, que constituiría “el criterio de legitimidad democrática de las posibilidades de intervención de tales grupos en la formación de la voluntad política del pueblo”. Únicamente la organización democrática daría posibilidades legítimas de participar en el proceso democrático.<sup>1061</sup> Por ello es que “el adoctrinamiento y el fomento de la capacidad de juicio político de todos los militantes” constituía una de las tareas principales de la organización del partido”, ya que la existencia de una verdadera crítica pública era considerada la única forma de evitar la manipulación por parte de una oligarquía y propiciar y garantizar que su voluntad se formara a partir de su base social.

Los partidos se presentaban como asociaciones de electores “integradas por ciudadanos con una convicción política semejante”, “grupos que mediante convicciones comunes relativas a ciertos fines del Estado tratan de realizar estos fines concretos”, “formaciones anudadas por estímulos espontáneos en torno a un ideal común... que se rigen por relaciones inmediatas de afinidad, colaboración, integridad, etcétera”.<sup>1062</sup> Como escribió Forsthoff, sus miembros tendrían postulados políticos ideales, estarían formados en torno a una concepción del mundo, serían “uniones sociales libres de personas políticamente afines con finalidades electorales”.<sup>1063</sup> Que los partidos tuvieran un “fundamento voluntarista” implicaba que el objetivo de su constitución era interesar a los ciudadanos sobre la cosa pública mediante “la gestión voluntaria de la política”, ya que, como decía Weber, “la actividad de la política es una actividad de

<sup>1061</sup> *Ibidem*, pp. 419, 420 y 426; *id.*, “La función mediadora de los partidos”, en Lenk, K. y Neumann F. (eds.), *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, cit., nota 1048, pp. 232. Para asegurar esa organización democrática interna se disponen algunas reglas como, por ejemplo, la presentación pública de cuentas acerca del origen de los recursos financieros de los partidos o bien el principio de la libre fundación de los mismos.

<sup>1062</sup> Jellinek, George, *op. cit.*, nota 1048, p. 185; Garrorena Morales, Ángel, “Hacia un análisis democrático de las disfunciones de los partidos políticos”, en Vega, P. de (coord.), *Teoría y práctica de los partidos políticos*, Madrid, Edicusa, 1977, p. 82.

<sup>1063</sup> Forsthoff, *op. cit.*, nota 1053, pp. 134-144.

interesados”.<sup>1064</sup> Esta identificación voluntaria entre ciudadanos pretendía tener como efecto su integración en torno de determinadas ideas. Así se podrían conformar programas políticos o de principios comprensivos de “los puntos fundamentales de la vida general del Estado”, requisito indispensable de todo partido legítimo, según Jellinek.<sup>1065</sup> También Abendroth consideraba como función de los partidos “hacer que el ciudadano participe en la formación de la voluntad política, en activarlo democráticamente y en ganarlo para la colaboración con los partidos, todo esto mediante la oferta de concepciones alternativas de los fines a largo plazo y de programas de gobierno basados en ellas”.<sup>1066</sup> Para Leibholz, el hecho de que los ciudadanos eligieran no a una persona con ciertas cualidades y características, sino al exponente de un partido político era “una garantía para los electores de un determinado programa político”. Esta función de integrar a los ciudadanos alrededor de programas y principios políticos comprueba también el objetivo de hacer de los partidos instrumentos de enlace entre el mundo jurídico y la realidad social, *trait d’union* entre el dato material y el normativo, como escribió Martines.

Ante la presencia de los partidos, el Parlamento se transformó en órgano de actuación de la dirección política impuesta y generada por aquéllos convertidos en medios a través de los cuales el pueblo ejercitaría su soberanía. Como escribió Rescigno, en virtud de que los partidos serían instrumentos de mediación para alcanzar compromisos solidarios, realizar los principios constitucionales e imponer la dinámica política dentro del Estado, también funcionarían como canal de la soberanía política.<sup>1067</sup> Pero tenían muy claras sus finalidades. Como los principales actores dentro del órgano legislativo su obligación sería crear las condiciones “para que los despojados de la libertad y dejados en condición desigual la alcancen nuevamente”.<sup>1068</sup> Su primer deber constitucional dentro del proceso legislativo era, contribuir a devolver la libertad a quienes no contaran con ella; por eso pudo concebirseles como agentes políticos encargados de desarrollar la “configuración del espacio distributivo del Estado social”.<sup>1069</sup>

<sup>1064</sup> Weber, Max, *op. cit.*, nota 1045, pp. 300-302.

<sup>1065</sup> Jellinek, George, *op. cit.*, nota 1048, p. 186.

<sup>1066</sup> Abendroth, Wolfgang, *op. cit.*, nota 1061, p. 235.

<sup>1067</sup> Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, “Problemas constitucionales de la representación política”, *Debate Abierto*, Madrid, núm. 7, 1992, p. 141.

<sup>1068</sup> Leibholz, Gerhard, *op. cit.*, nota 669, pp. 34, 41 y 42.

<sup>1069</sup> Olivas, Enrique, *op. cit.*, nota 880, p. 20.

El Estado social, como podemos deducir de todo lo dicho hasta aquí, es mucho más que un Estado de prestaciones, es un Estado cuyo principal objetivo será hacer efectiva la libertad para que todos los individuos puedan ejercerla. La intervención estatal se convirtió en obligación jurídica por la necesidad de crear las condiciones sociales adecuadas para el ejercicio efectivo de la libertad y propiciar que los individuos pudieran tener una vida digna, máximo valor del orden constitucional.<sup>1070</sup> Las Constituciones, al consagrar lo que el Estado no puede hacer y consignar normas indicativas de objetivos generales en forma de mandatos constitucionales, ampliaron el “radio de acción” de la actividad estatal, pero pretendiendo que ello sucediera de manera acorde con el fomento de la solidaridad de los individuos. El Estado social implica una propuesta ética que tiene como presupuesto mejorar la calidad de vida de la población y proteger la dignidad de los individuos con el apoyo derivado de la idea de solidaridad que, como afirma Vallespín, “encontraba su sede programática en todas las proclamaciones constitucionales referentes a la justicia social o material”<sup>1071</sup> y se realizaría en los espacios democráticos donde participaba gran parte de la población. Desde esta concepción, las obligaciones positivas del Estado se traducían, así lo entendía Duguit, en la obligación de dictar y ejecutar leyes que, por ejemplo, organizaran y protegieran la enseñanza, socorrieran al enfermo, al desempleado o al anciano y organizaran todos los demás servicios que le permitieran al individuo lograr el mayor desarrollo de su actividad individual. “No solamente está obligado el Estado a no hacer ninguna ley que atente o perturbe la solidaridad social, sino también a hacer todas las leyes que sean necesarias para asegurar la realización de la solidaridad social” que únicamente se hace efectiva mediante la elaboración de las normas necesarias y la organización de todos los servicios que permitan y faciliten a los individuos “el completo desarrollo de su actividad física, intelectual y moral”.<sup>1072</sup>

Como el Estado social depende de la configuración de procesos políticos y sociales, la garantía de la fuerza normativa de los documentos constitucionales surgidos bajo su marco estará determinada no por mecanismos jurisdiccionales, sino por presupuestos políticos.<sup>1073</sup> El Parlamento

<sup>1070</sup> Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 1029, pp. 195 y 197.

<sup>1071</sup> Vallespín Oña, Fernando, *op. cit.*, nota 848, p. 139.

<sup>1072</sup> Duguit, León, *Manual de derecho constitucional*, trad. de José G. Acuña, Madrid, Francisco Beltrán Librería, 1921, pp. 199-202, 279 y 280.

<sup>1073</sup> Gutiérrez, Ignacio, *op. cit.*, nota 960, p. 14.

sería el órgano que proyectara los intereses sociales generales; escenario del compromiso entre grupos sociales garantizador de “un mínimo de criterios comunes de valor admisibles para todos”;<sup>1074</sup> vía de expresión de las minorías, y lugar de desarrollo de la competencia política y de resolución de conflictos. La tarea de transformación social se llevaría a cabo por vía del procedimiento democrático, donde debía predominar el debate, la disputa de opiniones, el control recíproco, la crítica y el equilibrio entre los participantes. En él participarían todos los ciudadanos contribuyendo libremente, como quería Calamandrei, a la formación y perenne renovación de la voluntad común. Su importancia residía, precisamente, en su consideración, “como lugar de participación que posibilita la composición de intereses afectados por el resultado final del mismo”.<sup>1075</sup>

Esta participación implicaría la intervención de los sujetos sociales en la génesis, elaboración y sanción de la ley, lo que permitiría mantener la correspondencia entre la voluntad popular y la ley, y, en este sentido, constituir un espacio para la autodeterminación social. “La ampliación de los sujetos formalmente habilitados o de hecho llamados a participar en el proceso de formación de la norma está en gran parte determinado por el hecho de que la producción legislativa incide directamente en la distribución de rentas y recursos y tiene unos efectos directos e inmediatos en estos planos”.<sup>1076</sup> Por esta razón, el procedimiento de formación de la ley ocuparía un lugar central dentro del Estado, ya que sería punto de encuentro entre los diversos intereses, instrumento de mediación de conflictos y cauce para lograr la integración de la comunidad. La competencia entre partidos, a su vez, produciría y alentaría, en el seno del Parlamento, un debate nutrido por los derechos fundamentales. La representación, en suma, haría posible la expresión de los grupos sociales, la libertad de opinión y la manifestación de los intereses subyacentes en la sociedad.

Todo lo anterior forma parte de la concepción política del Estado y la Constitución que sostiene el Estado social, y ello nos permite comprender el rol que dentro de este modelo le correspondía al juez constitucional. Su papel sería colaborar e indicar límites, pero de ninguna manera desarrollar directamente los principios y derechos constitucionales. Como escribió Crissafulli, su función será sancionar, hacer efectivos y operantes

<sup>1074</sup> Abendroth, Wolfgang, *op. cit.*, nota 1061, p. 280.

<sup>1075</sup> Maestro Buelga, Gonzalo, *op. cit.*, nota 1038, p. 89.

<sup>1076</sup> *Ibidem*, p. 88.

los límites impuestos por las normas constitucionales manteniendo así el equilibrio político mediante la indicación de los aspectos imposibles de negociar por parte de los sujetos políticos.<sup>1077</sup> Hay, como se puede apreciar, una clara división entre las funciones del legislador y las del juez constitucional, misma que indica una diversa posición dentro del Estado: mientras el primero haría las leyes, el segundo las anularía,<sup>1078</sup> o, en palabras de Mortati: “en la dinámica de la máquina estatal, un tribunal constitucional no puede tener otra función que aquella de freno”.<sup>1079</sup> La justicia frena e impulsa, pero no manda.<sup>1080</sup>

La realización de la Constitución fue confiada al legislador, quien desarrollaría sus principios, valores y programas; el órgano de garantía debía solamente defenderla, mantenerla y tutelarla, puesto que, repetimos, aquélla era concebida como una norma dirigida no directamente a los ciudadanos ni a los jueces o a los poderes públicos en general, sino al legislador y sólo *pro futuro* a la Corte Constitucional.<sup>1081</sup>

El entendimiento de la Constitución como un conjunto de normas consensadas por todas las fuerzas políticas provocaba que el juez se presentara como el garante del pacto institucional consagrado por las mismas, como instrumento para asegurar su prevalencia.<sup>1082</sup> En otras palabras, como la democracia era, según lo señalado por Kelsen, un compromiso entre los grupos representados en el Parlamento, la justicia constitucional debía ser un medio para su realización deviniendo su función defender y conservar los valores más importantes del ordenamiento. Por esta función exclusivamente de defensa y conservación de valores, Pierandrei consideraba injustificada la intervención del juez en

<sup>1077</sup> Bongiovani, Giorgio, *op. cit.*, nota 954, pp. 80 y 81.

<sup>1078</sup> Crisafulli, Vezio, *op. cit.*, nota 543, p. 277. La Corte Constitucional, desde la perspectiva de este autor, ocupaba una posición intermedia entre Parlamento y magistratura: “*tra chi fa le leggi, e chi e chiamato ad applicarle con la autorita del giudicato*”. De esta forma interrumpe el esquema circular abstractamente lógico producción aplicación del derecho. “Tra y due termini del circolo, si inserisce la Corte, la cui pronuncie variamente reagiscono, a seconda dei casi, e sull’uno e sull’altro”. *Op. cit.*, pp. 276 y 285.

<sup>1079</sup> Mortati, Costantino, “La Corte Costituzionale e i presupposti per la sua vitalità”, *Raccolta di scritti*, Milán, Giuffrè, 1972, p. 686.

<sup>1080</sup> Frase de C. Schmitt citada por Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 122, p. 97.

<sup>1081</sup> Modugno, Franco, “La funzione legislativa complementare della Corte Costituzionale”, *cit.*, nota 574, p. 1647.

<sup>1082</sup> Así, por ejemplo, lo entiende para Italia, Pizzetti, Franco, “Riforme istituzionali e giustizia costituzionale”, *Vita e Pensiero*, núm. 11, 1982, p. 30.

un contexto de normas de estructura abierta, ya que éstas presuponían únicamente la actuación del legislador ordinario. En una Constitución con esta estructura, decía, el juez constitucional no debe controlar las interpretaciones de las normas realizadas por el legislador, lo más que puede hacer es determinar si las fuerzas políticas se han mantenido en los límites prescritos en la norma básica, lo que de ninguna manera significa cotitularidad en la actividad de “indirizzio politico” o el ejercicio de una facultad discrecional que pueda contraoponerse y sobreponerse a aquélla efectuada por los órganos políticos.<sup>1083</sup> Desde esta perspectiva, al juez constitucional sólo le correspondía una actividad de soporte o sostén de los sujetos políticos. El programa ilimitado contenido en la norma básica se dejaba a los partidos para su especificación. Estos, como los entes o fuerzas políticas más representativas de la comunidad, serían los encargados de desarrollarla y dotarla de eficacia. “Il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi ordinarie, decía Calamandrei, dovrebbe arrestarsi là dove esse regolino materie che la Costituzione ha rimesso alla discrezione politica del futuro legislatore”.<sup>1084</sup> Este papel limitado de los jueces no se contradecía con la riqueza y complejidad de las normas constitucionales, al contrario, recuérdese que fue, precisamente, esta complejidad y riqueza de las normas fundamentales, las que condujeron y justificaron la introducción y creación de un órgano de garantía constitucional ya que esta estructura comportaba la posibilidad de que se produjeran violaciones fáciles y frecuentes.<sup>1085</sup> Para subrayar este papel sólo de límite o freno que le fue conferido al órgano de control constitucional en sus inicios, Mortati, en un trabajo consagrado al establecimiento del Tribunal Constitucional italiano, se refería a los peligros o enemigos a los que éste debía enfrentarse; encontraba entre ellos a la hostilidad, la indiferencia y la confianza ciega; esta última, a su juicio, era la más peligrosa porque podía provocar que esta institución se convirtiera, como antes había sido la monarquía, en un símbolo de protección externa que evitara que la defensa de las institucionales democráticas la realizaran los propios ciudadanos.<sup>1086</sup>

<sup>1083</sup> Pierandrei, Franco, *op. cit.*, nota 85, p. 895.

<sup>1084</sup> Calamandrei, Piero, *op. cit.*, nota 390, p. 17.

<sup>1085</sup> *Ibidem*, pp. 876 y 877.

<sup>1086</sup> Mortati, Costantino, *op. cit.*, nota 1080, p. 691.

## 2. *La intervención del Estado. El crecimiento de sus “tareas”*

El esquema presentado arriba nos indica, entre otros temas, el abandono definitivo, por parte del Estado, de su posición de mero guardián del orden existente, y su conversión en promotor de la configuración y desarrollo de la sociedad. La aplicación del poder político sería el medio más adecuado para alcanzar el fin de mejorar y consolidar formas de vida dignas.<sup>1087</sup> El proyecto del Estado de bienestar se hizo depender de su poder y capacidad para actuar en favor de la sociedad, y ello propició que su intervención, inicialmente sectorial, pasara a ser generalizada. Este proceso de institucionalización del Estado intervencionista ha podido ser, incluso, esquematizado en líneas generales de desarrollo basadas en el criterio del crecimiento de sus tareas, identificando, en cada etapa, determinadas metas características y definitorias: seguridad jurídica, bienestar social y prevención.<sup>1088</sup> Al decir de Grimm, la primera de estas etapas se ubica en el siglo XIX, época de construcción del Estado liberal, y se caracteriza por atribuir al Estado, además de la conservación del orden existente para la consagración del dominio de un grupo social, la facultad de impedir los abusos en la libertad económica. Este objetivo lo realizó el Estado a través de limitaciones jurídicas a la autonomía privada y mediante una función eminentemente represiva. En la segunda etapa, que se produjo después de la Primera Guerra Mundial, la actividad del Estado se encamina al socorro de las situaciones de emergencia social y de crisis económica, y a la tutela de las necesidades vitales de la población. Los instrumentos para la realización de estas funciones fueron la intervención en el proceso económico, la institucionalización de sistemas de prestaciones sociales y la creación de entes asistenciales. En la tercera etapa, la más reciente, el Estado asume la responsabilidad del desarrollo de la sociedad en todos los aspectos: social, económico, cultural, para lo cual utiliza los instrumentos de la planificación y dirección del desarrollo social.<sup>1089</sup>

Esta responsabilidad en la dirección y planificación del desarrollo incluye acciones “inimaginadas e interminables”, tales como la procura de la competitividad internacional mediante innovación, y la “garantía

<sup>1087</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 231, p. 121.

<sup>1088</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 520.

<sup>1089</sup> Grimm, Dieter, “Il futuro della Costituzione”, en Zagrebelsky *et al.*, *Il futuro della Costituzione*, Italia, 1996, pp. 142 y 143. Un modelo parecido puede verse en Porrás Nadales, Antonio, *op. cit.*, nota 1048, p. 70.

del futuro”<sup>1090</sup> por los riesgos que entraña el proceso de transformación técnico-científico de la sociedad, lo que trae como consecuencia, como escribe Grimm, que la actividad estatal pierda su orientación puntual y retrospectiva y adquiera un carácter prospectivo, produciéndose la dilatación de su horizonte temporal y perspectivas. El aumento de las fuentes de riesgo para los ciudadanos, derivadas, enseña Beck, de las fuerzas productivas y su carácter invisible<sup>1091</sup> genera que el Estado, para tratar de minimizar y anticipar los efectos nocivos, asuma la tarea de prevenirlos y, por tanto, acreciente su intervención, lo que implica que extienda sus tareas al extremo de desarrollar no sólo acciones protectoras, reparadoras o compensatorias, sino también otras dirigidas a anticipar posibles problemas graves, lo que da lugar a enormes márgenes de discrecionalidad y, por tanto, al quebranto de la seguridad jurídica de los individuos. El inconveniente de este tipo de acciones es, dice el propio Grimm, que la percepción y objetivización de tales riesgos, que asumen dimensiones, intensidades y extensiones sin precedentes hasta amenazar la propia supervivencia de la humanidad, sólo se obtiene después de un largo periodo de tiempo, lo que dificulta el dictado de medidas de cautela y la fijación de responsabilidades por los efectos de tales daños. Así: “la seguridad es promovida como una tarea urgente del Estado y de su aseguramiento depende tanto la legitimidad estatal como el mantenimiento del bienestar material. De aquí la transformación de la seguridad en una pretensión subjetiva y su elevación al rango de derecho humano”.<sup>1092</sup>

A esto es necesario añadir el surgimiento de nuevas necesidades cuya satisfacción también se exige al Estado. No se trata, como señala Vallespín, de necesidades, intereses o valores tradicionales, sino otros de distinta naturaleza, calificados por Inglehart como posmateriales o posadquisitivos. A las exigencias de prestaciones relacionadas con necesidades materiales y la corrección de problemas “colectivamente perceptibles”, se suman las que provienen de otro tipo de valores y que tienen que ver con experiencias de seguridad y prosperidad a largo plazo. Y es que, como señala Offe, a medida que se forman y organizan más y mejor los grupos de clientes y solicitantes, que expresan demandas incompatibles

<sup>1090</sup> Grimm, Dieter, *ibidem*, pp. 142-144; López Pina, Antonio, *op. cit.*, nota 88, pp. 26 y 27, y nota 70, p. 10.

<sup>1091</sup> Mardones, José María, “Teorías de la legitimación del poder hoy: J. Habermas y la teoría del discurso”, *Sistema*, Madrid, núm. 120, 1994, p. 56.

<sup>1092</sup> Grimm, Dieter, *op. cit.*, nota 1089, pp. 144-146.

entre sí, y se incluyen en la agenda asuntos nuevos, se activa un proceso de “expectativas en aumento”<sup>1093</sup> que conlleva el incremento de las actividades de los órganos estatales, el desorbitado crecimiento del orden jurídico, el desbordamiento de demandas sociales, una crisis de sobrecarga financiera y técnica que el Estado no está en condiciones de satisfacer y un efecto desmoralizador dentro de la sociedad que contrasta dramáticamente con sus propios fundamentos. La sobrecarga de demandas a un Estado, que por su propia estructura no está en condiciones de poder satisfacer, provoca una crisis de legitimación política, y, como señala Habermas, el rompimiento del carácter integrador del derecho y su estructura mediática y la disolución de la vinculación de la política a la realización de los derechos incondicionales.<sup>1094</sup> Estos derechos, que en un principio exigieron del Estado una actividad creciente para su realización, sufren las consecuencias de su cada vez más condicionado cumplimiento. Y si los derechos dejan de ser cumplidos o realizados, pasan a ser considerados, por los propios ciudadanos, “simples promesas vacías de contenido” apareciendo la Constitución “inexorablemente sobrepasada por la desmedida amplitud de las funciones que estaría llamada a encauzar”.<sup>1095</sup>

En suma, las tareas del Estado se han ampliado “a una general responsabilidad para mantenimiento y desarrollo social, económico y cultural de la sociedad, de los cuales en principio no se excluye esfera existencial alguna”.<sup>1096</sup> No existe ámbito social sustraído a la influencia del Estado ni límites definidos a la expansión de su actuación o intención de integrar a los diversos sectores sociales a su actividad prestacional. Su presencia ha crecido al grado de que ahora tiene entre sus funciones, por el aumento de riesgos, crisis e inseguridad, la planificación del futuro, con lo que asume el control del “ciclo vital de sus ciudadanos”. Con razón se ha dicho que el desarrollo del Estado social puede interpretarse como un proceso de elevación a la esfera pública de necesidades privadas. Los asuntos de cada individuo han dejado de ser sólo personales y han pasado a transformarse en asuntos públicos.<sup>1097</sup> El problema es que no ha existi-

<sup>1093</sup> Offe, Claus, *op. cit.*, nota 1018, p. 173.

<sup>1094</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 524.

<sup>1095</sup> Vega García, Pedro de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *REP*, Madrid, núm. 7, 1979, p. 105.

<sup>1096</sup> Grimm, Dieter, *op. cit.*, nota 1089, p. 48

<sup>1097</sup> Porras Nadales, Antonio J., “La evolución del Estado social y sus perspectivas”, *Sistema*, Madrid, núm. 118-119, 1994, pp. 239 y 240.

do ni existe, junto al crecimiento constante del intervencionismo estatal, un incremento paralelo de la presencia de la sociedad sobre el Estado.

### 3. *La decadencia de la ley y de la posición del Parlamento*

El crecimiento de las funciones del Estado, el amplio espectro de sus políticas y atribuciones de carácter material dirigidas a compensar las desigualdades sociales y económicas, la necesidad de modelar y configurar el orden social y controlar y regular todos los procesos sociales hicieron surgir un derecho de “respuesta”, “una gran necesidad normativa”<sup>1098</sup> que generó sobreproducción legislativa. En pocas palabras, el paso de un Estado abstencionista a uno activo se hizo evidente en el “desenfrenado crecimiento de la legislación”,<sup>1099</sup> en la juridificación de todos los ámbitos de la vida social.<sup>1100</sup> No hay que olvidar que la ley era para el Estado social la forma idónea de responder a las demandas sociales, por lo que su consolidación produciría, naturalmente, un incremento de aquéllas legitimando la actuación de los poderes públicos. La sobreproducción de leyes expresa, por tanto, el intento del Estado por dar respuestas a todas las demandas provenientes de la sociedad.

No voy ahora a profundizar en otros fenómenos jurídicos que acompañan al incremento en la legislación estatal. Lo que para nosotros resulta ahora importante es destacar que ha sido la base social pluralista del Estado, la exigencia de justicia social y la necesidad de hacer frente a las demandas de los diversos sectores sociales<sup>1101</sup> las principales causas por las que han aparecido multitud de normas con caracteres distintos a los tradicionales,

<sup>1098</sup> Häberle, Peter, “Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica”, trad. de E. Mikunda Franco, en Pérez Luño, A. E. (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 156; Bulow, Erico, “La legislación”, en López Pina (ed.), *Manual de derecho constitucional*, cit., nota 14, p. 763. Como escribe García Pelayo: “Jamás se ha legislado tanto en la historia como legisla el Estado de nuestro tiempo”, lo que ha traído como resultado una “inflación normativa” sin precedentes, “una orgía de legislación”. García Pelayo, Manuel, “La organización de intereses y la teoría constitucional”, cit., p. 128.

<sup>1099</sup> Cabo Martín, Carlos de, “Democracia y derecho en la crisis del Estado social”, *Sistema*, Madrid, núms. 118-119, 1994, p. 71.

<sup>1100</sup> Maestro Buelga, Gonzalo, *op. cit.*, nota 1038, p. 76.

<sup>1101</sup> Modugno, Franco y Nocilla, Damiano, “Crisi della legge e sistema delle fonti”, *Diritto e società*, núm. 3, 1990, p. 412. De Cabo no vacila en señalar que las razones por las que se ha perdido el carácter de generalidad de la ley son de índole socioeconómico y jurídico-constitucional. En pocas palabras: “la transformación socioeconómica exige

consolidándose la tendencia de revestir con forma de ley, no sólo las medidas de alcance general, sino las de alcance particular. Las leyes, como señala Preuss, se volvieron más selectivas en relación con los diferentes segmentos de la población y los diversos aspectos sociales, convirtiéndose en regulaciones de aspectos concretos, especiales y coyunturales de la vida social, con alcance limitado, considerando casos y personas particulares. De esta forma, frente al principio de generalidad aparece el de particularidad o concreción indicando el fin de la concepción que fijaba en la forma semántica de la ley la base de racionalidad del Estado de derecho.

Esta concepción de la ley como el objeto más adecuado para resolver problemas particulares, permitida y auspiciada por la transformación de la relación Estado-sociedad y la concepción normativa de la Constitución, ha traído como consecuencia la pérdida de sus características consideradas esenciales, y, por consecuencia, la erosión de la estructura unitaria del sistema jurídico, el crecimiento de la complejidad del sistema normativo, la falta de uniformidad en la importancia de las normas y, especialmente, un trascendente cambio en su función.<sup>1102</sup>

La ley deja de ser norma general y abstracta capaz de preverlo todo y se convierte en mandato de contenido individual y concreto, dirigida al cumplimiento de determinados fines y objetivos. “No más la norma, sino la medida particular dirigida a enfrentar de inmediato y en su especificidad un interés público, una necesidad determinada, una necesidad más o menos urgente”. Ello provoca, dice García de Enterría, un cambio en su concepto y funciones, ya que ahora “no pretende definir un orden abstracto de justicia y tendencialmente permanente”, por el contrario, “se presenta abiertamente como una norma ocasional, contingente, explicable sólo en función de una situación o problemas determinados que se pretende enderezar o superar, en todo caso conformar, mediante una determinada política en consideración a un cierto objetivo que se intenta alcanzar en el tiempo, más que en función de una justicia abstracta” renunciando, de esta forma, a la generalidad y concretándose en supuestos singulares y específicos.<sup>1103</sup> La consecuencia de lo anterior es una “legis-

la quiebra de la generalidad y la transformación constitucional la permite”. Cabo Martín, Carlos de, “Garantismo y ley”, *Contra el consenso*, cit., nota 1046, p. 313.

<sup>1102</sup> Arbos, Xavier, “La crisis de la regulación estatal”, *REP*, Madrid, núm. 71, 1991, pp. 266-268.

<sup>1103</sup> García de Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 2000, p. 51.

lación “motorizada” o “incontinente” que produce una sociedad “inundada por una marea incontenible de leyes y de reglamentos”<sup>1104</sup> e inevitablemente, su desvalorización, lesionando el principio de seguridad jurídica, llevando a la confusión e “indeterminación del derecho positivo a extremos difícilmente imaginables, y quizá más difícilmente aún controlables y reducibles a sistema”. Aunado a esto, las transformaciones sociales parecen conducir a la formación de una nueva “racionalidad legal” cuya orientación sería el tránsito de un derecho formal a un derecho útil, lo que implica la sobreposición de los criterios de efectividad sobre los de legitimidad en la génesis de aquel, y, lo que parece ser aún más grave, que el sistema normativo evolucione sin una “lógica unitaria de desarrollo”.<sup>1105</sup> Por lo anterior, Habermas, recientemente, ha podido asegurar que el orden jurídico ha caído en un prolifero particularismo: “en su adaptación a la complejidad de un entorno social, de la que carece de concepto, parece haber perdido su centro y deshilacharse en términos incrementalistas”.<sup>1106</sup>

Si aludimos a las características tradicionalmente atribuidas a la ley, podemos percatarnos de un proceso de deterioro de sus elementos esenciales. A su carácter de generalidad, de norma de conducta “universalmente válida”, ahora se opone el acto concreto dirigido a situaciones y destinatarios determinados no sólo en su forma, sino también en su contenido en virtud de los objetivos específicos que pretende cumplir, lo que permite distinguir nítidamente la relación medio (ley) -fin (objetivo); a su imperatividad se opone la concepción de la ley como norma destinada a cumplir funciones de integración lo que la hace aparecer como resultado de la persuasión o del estímulo,<sup>1107</sup> su carácter abstracto contrasta con la pretensión de estar “cortada a la medida de contextos particulares” e incidir directamente sobre determinados ámbitos y aspectos específicos, y a su estabilidad se oponen sus continuos cambios en vista de lograr mayores consensos dentro de la comunidad.<sup>1108</sup> No hay que olvidar, sin embargo, que en el contexto del Estado social, la pérdida de las características

<sup>1104</sup> *Ibidem*, pp. 47 y 48.

<sup>1105</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 514. Así, véase Cano Bueso, Juan, “Insuficiencias del procedimiento legislativo en el Estado social”, *cit.*, p. 648.

<sup>1106</sup> Habermas, Jürgen, *ibidem*, p. 475.

<sup>1107</sup> Maestro Buelga, Gonzalo, *op. cit.*, nota 1038, pp. 78-80.

<sup>1108</sup> Como escribe Maestro Buelga, si estas eran las notas características del modelo del Estado de derecho, “crisis de la ley y crisis del Estado de derecho son términos equivalentes”. *Ibidem*, p. 80.

clásicas de la ley es un proceso “normal” y positivo que refleja que el Estado ha pasado de una actuación mínima a una permanente, del terreno de lo común al de lo diferencial y, sobre todo, que ante las demandas del sistema socioeconómico se mueve con acciones rápidas y contenidos singulares adecuados a fines e intereses sectoriales muy concretos.<sup>1109</sup> Lo que parece soslayarse es que la congestión legislativa, al no ir acompañada de la creación de un sistema de garantías, puede comportar, entre otros efectos, el desconocimiento de los derechos y la consolidación de espacios de decisión gestionados burocráticamente.<sup>1110</sup>

Las consecuencias de lo anterior son múltiples y notables: la fragmentación del sistema jurídico y la existencia de normativas específicas para determinados sectores de la sociedad,<sup>1111</sup> pero también la invasión de las funciones legislativas por parte de otros órganos estatales, la desnaturalización del carácter de varios institutos y la propensión a la “descodificación”. Incluso, se ha dicho que la pérdida del atributo de generalidad ha provocado que la ley deje de tener como objetivo la protección de las libertades. Modugno afirma que con las leyes convertidas en medidas concretas se produce un *valnus* al principio de certeza del derecho y la confusión entre el significado de la ley como valor en sí misma y como medio para la obtención de objetivos concretos.

El incremento de la legislación y su conversión en norma efímera, “en estado de perpetua ebullición y cambio frenético” que “sigue afanosamente las exigencias de una realidad mutable”, provoca, además de la imposibilidad material de conseguir cierta racionalidad,<sup>1112</sup> la agudización de los problemas relacionados con las condiciones de legitimidad de la legalidad, ya que, como señala Habermas: “el derecho positivo, con su creciente velocidad de cambio, entierra sus propias bases de validez”.<sup>1113</sup> El Estado interventor y su proceso de legalización, juridificación y fragmentación de leyes, y su cambio continuo, ha traído consigo dificultades para conocer, manejar y controlar en su integridad el derecho vigente del

<sup>1109</sup> Cabo, Carlos de, “El parlamento en el Estado del capitalismo avanzado”, *Contra el consenso...*, *cit.*, nota 1046, p. 155.

<sup>1110</sup> García Herrera, Miguel Ángel, “Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional”, *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 72.

<sup>1111</sup> Arbos, Xavier, *op. cit.*, nota 1102, p. 270.

<sup>1112</sup> Calsamiglia, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, 3a. ed., Madrid, Ariel, 1990, p. 393.

<sup>1113</sup> Habermas, Jürgen, “Derecho y moral”, *cit.*, nota 11, p. 547.

Estado, afectando seriamente el principio de seguridad jurídica.<sup>1114</sup> La superproducción de leyes hace difícil abarcarlas, controlarlas y sistematizarlas en un orden, y exige a los ciudadanos una amplia especialización, preparación y competencia para poder conocerlas y “movilizarlas” en favor de sus derechos. Así, el ordenamiento se convierte progresivamente en impenetrable, desconocido y alejado de las posibilidades del ciudadano medio, que termina sufriendo otro de los efectos perversos a que conduce la quiebra del principio de generalidad: “la hipertrofia de lo obligatorio y prohibido en detrimento de lo facultativo y permisivo”.<sup>1115</sup> Esta circunstancia ha traído como consecuencia adicional la aparición, como muestra Dahl, de una vertiente paternalista fundada en el monopolio del saber, que representa un modo subrepticio de dominación sobre un público de ciudadanos mediatizado, apartado de las fuentes del conocimiento, nutrido sólo de política simbólica y en posición de “incompetencia básica”, como la llama Garzón Valdés.

Por otro lado, y como señala García Morillo, la gran cantidad de leyes existentes también provoca que los legisladores, en el momento de ejercer sus funciones, no aborden “a fondo y en toda su complejidad” muchas cuestiones que se les presentan y que, por consiguiente, su labor carezca de contenido normativo o de trascendencia pública<sup>1116</sup> e, incluso, sólo sea expresión de sus deseos o propósitos,<sup>1117</sup> carentes de calidad técnica. La creciente dificultad y, por ende, la especialización de los asuntos públicos tiene como consecuencia, advierte De Lucas, la progresiva burocratización de los representantes y la apatía/indiferencia y ausencia de control por parte de los representados.<sup>1118</sup> Todo esto provoca que, como con gran

<sup>1114</sup> Ara Pinilla, Ignacio, *op. cit.*, nota 862, p. 102. A este problema se refiere Galindo, Fernando, “Jueces y democracia. Criterios para una actividad democrática”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. VII, 1990, p. 162.

<sup>1115</sup> Cabo, Carlos de, *op. cit.*, nota 336, pp. 58 y 59.

<sup>1116</sup> García Morillo, Joaquín, “El Parlamento ante las nuevas realidades”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, Valencia, núm. 4, 1997, p. 156.

<sup>1117</sup> Hierro, Liborio, “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, *Doxa*, Madrid, núm. 19, 1996, p. 294.

<sup>1118</sup> Lucas, Javier de, “Sobre la justificación de la democracia representativa”, *Doxa*, Madrid, núm. 6, 1989, p. 194. La creciente complejidad de los asuntos que se presentan en la sociedad hace que con mayor número estos se confíen a los especialistas. Son cada vez más técnicos los problemas que hay que resolver. Como escribe Olivas: “el gran agente socializador que pretende ser el Estado social se apoya, cada vez en mayor medida, en los dictámenes de los técnicos”. Olivas, Enrique, *op. cit.*, nota 880, p. 19.

plasticidad señala Rivero, el ciudadano actualmente cuando observa las leyes no dice “nosotros hemos querido”, sino que dice “ellos han querido”.

Debido a que el derecho ha perdido sus características de estabilidad, duración, objetividad, certeza y coherencia, producto de la congestión legislativa, hay quienes han comenzado a buscar soluciones y voltean a diversos espacios institucionales para ello. El control de constitucionalidad aparece así como uno de los instrumentos a través del cual se corregirán estas disfunciones, y el juez, como el órgano encargado de realizarlo; es decir, la recuperación de los valores más caros del derecho “sólo parecen posibles tras la formulación definitiva de la norma que se realiza por la jurisdicción constitucional”.<sup>1119</sup>

Hauriou, en la tercera década del siglo XX, consideraba que el control de constitucionalidad de las leyes era necesario, precisamente, por el continuo cambio legislativo, que “estimulado por las pasiones electorales, ha llegado a ser una amenaza y un peligro para la libertad”.<sup>1120</sup> Para Bachof, era también la superproducción de normas, realizadas de forma apresurada y sin meditación, la razón que exigía que fueran revisadas por un órgano que actuara con la serenidad y técnica necesarias para estar atento a su conformidad con la Constitución. Este órgano sería un contrapeso, “una fuerza que se preocupe de que, al menos, los valores superiores del derecho y del orden, que la Constitución ha establecido como fundamentales, permanezcan protegidos”.<sup>1121</sup> Para otros autores, la creación de sociedades “supernormativizadas” ha provocado que los órganos encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes “acrecientan su protagonismo y conviertan la anulación de las leyes no en una acción extraordinaria y aislada, sino en un acto cotidiano al que ya no se presta atención excesiva”.<sup>1122</sup> Zagrebelsky agudamente observa que no es una casualidad la difusión y extensión de los órganos de la jurisdicción constitucional dentro del actual periodo de desarrollo del Estado de derecho. El uso desorbitado de las leyes ha eliminado la exigencia y garantía de certeza, estabilidad, mensurabilidad y objetividad del derecho. La jurisdicción constitucional, en esta virtud, asume la tarea de suplir, si bien no en el plano formal, sino en el sustancial, las características perdidas de las leyes, atropelladas en medida creciente

<sup>1119</sup> Arbos, Xavier, *op. cit.*, nota 1102, p. 271.

<sup>1120</sup> Hauriou, Maurice, *op. cit.*, nota 332, p. 335.

<sup>1121</sup> Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 415, pp. 53 y 54.

<sup>1122</sup> Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 457, p. 260.

por las necesidades del Estado social intervencionista.<sup>1123</sup> Con un razonamiento que parece partir de las mismas premisas, se ha llegado a concluir que la cada vez más penetrante intervención de los jueces a través de las diversas sentencias que emiten encuentra su causa en el cambio de naturaleza de la ley, que aumenta los márgenes de ambigüedad y deja mayores espacios a las interpretaciones, por lo que aquellos se convierten en medios que refuerzan la autoridad de la ley, en cuanto se dirigen a corregir la falta de claridad, de precisión y densidad jurídica de que adolecen las leyes convertidas con frecuencia en “disertaciones filosóficas, enunciados de intenciones o declaraciones programáticas”.<sup>1124</sup> Pero si bien lo anterior parece ser importante y certero, no se puede dejar de reconocer que, en ocasiones, es el propio legislador quien ha propiciado una intervención más acentuada del juez constitucional. Hay casos en los que el propio legislador declara su incapacidad para prever la concreta aplicación de la ley, y autoriza una posición activista del órgano jurisdiccional.<sup>1125</sup> En todo esto parece que encontramos las causas por las que se señala, cada vez más reiteradamente, que ahora la ley es resultado de dos funciones: la legislativa y la judicial, y por la que se le ha definido como “la norma tal como resulta de su revisión constitucional o de su control de constitucionalidad”.

En suma, ante la disminuida capacidad del legislador para fungir como instancia de solución de los diversos conflictos sociales y debido a que su función está cada vez más condicionada por diversos aspectos políticos presentándose el producto de su actividad como impreciso y contradictorio, el juez constitucional es, cada vez más visto, como señala Jiménez Campo, como árbitro de la razonabilidad de la misma en un segundo procedimiento que daría ocasión para ponderar o atender lo que se juzga mal apreciado o indebidamente postergado en el procedimiento parlamentario.<sup>1126</sup> Así, la erosión del concepto de ley como norma general y abstracta es una de las explicaciones de la generalización, extensión y profundización de las funciones de la jurisdicción constitucional.<sup>1127</sup>

<sup>1123</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 367, p. 767.

<sup>1124</sup> Palabras de D. Rousseau citadas por Acosta Sánchez, J., *op. cit.*, nota 112, p. 327.

<sup>1125</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 42, p. 136.

<sup>1126</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 108, p. 20.

<sup>1127</sup> Así lo entiende Scheuner a juicio de Rubio Llorente, Francisco, “El principio de legalidad”, *La forma del poder, cit.*, nota 291, p. 365.

#### 4. *La desustancialización de la ley*

Lo que se ha dicho antes permite comprender por qué con frecuencia, sobre todo cuando se trata de cuestiones que afectan intereses amplios o generales, la ley se diseña de forma imprecisa, con fórmulas vagas, genéricas y hasta superficiales, utilizando conceptos jurídicos indeterminados o reglas que se limitan a fijar objetivos genéricos, presentándose, como escribe De Cabo, como mero instrumento simbólico o legitimador.<sup>1128</sup> “Se mantiene, pues, la cobertura jurídica de la actuación estatal en general y administrativa en particular. Pero las normas que configuran esa cobertura pierden capacidad de predeterminar las decisiones concretas”.<sup>1129</sup> Este “proceso de informalización del derecho”, como lo llama Maus, es alentado por las dificultades que tiene el legislador, bajo relaciones de mayorías y minorías, de construir decisiones unívocas<sup>1130</sup> o armonizar “todos los intereses en presencia en el ámbito parlamentario”. La pluralidad política, la necesidad de conseguir compromisos, la urgencia de incluir a toda la sociedad en el proceso de elaboración de las leyes provoca que éstas contengan imprecisiones y contradicciones, vacíos y cláusulas indeterminadas. Pero estas mismas causas suelen provocar también el efecto contrario. Ello sucede cuando la propia ley, como observa Prieto Sanchís, desarrolla de forma pormenorizada alguna regulación, y termina por adoptar una fisonomía reglamentista y prolija repleta de peculiaridades y excepciones, con lo que “el reglamento no reemplaza a la ley, sino que ejerce sobre ella un efecto mimético”.<sup>1131</sup> En todo caso, el efecto es la potenciación normativa del Ejecutivo producto del entendimiento del Estado como instrumento para actuar, no para legislar.<sup>1132</sup>

<sup>1128</sup> Cabo Martín, Carlos de, “Democracia y derecho en la crisis del Estado social”, *cit.*, nota 1099, p. 71. Ahora recogido en la obra del autor, *Contra el consenso...*, *cit.*, nota 1046, p. 232; Díez-Picazo, Luis, “Constitución, ley, juez”, *cit.*, nota 839, p. 11.

<sup>1129</sup> Estévez Araujo, José A., “La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. VII, 1990, p. 112.

<sup>1130</sup> Denninger, Erhardo, *op. cit.*, nota 493, p. 63.

<sup>1131</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado Constitucional”, *Ley, principios, derechos*, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 1998, p. 27; Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 259.

<sup>1132</sup> Ramírez, Manuel, “Problemática actual del Parlamento”, *REP*, Madrid, núm. 87, 1995, p. 65.

Este proceso de “desjuridización de las decisiones” parece expresar que la legalidad es “horma” demasiado estrecha para la actuación del Estado y que las decisiones importantes tienden a desaparecer de los escenarios públicos refugiándose en los ámbitos de la administración. Las cuestiones que afectan más directamente la vida de los ciudadanos se desplazan de los espacios democráticos hacia otros lugares no contruidos para la deliberación. Como escribe Abendroth, los conflictos de intereses, los acuerdos y compromisos pasan a ser resueltos y contraídos en sede administrativa que crecientemente se autonomiza del espacio público. Cada vez más materias sociales son sustraídas de la esfera de los órganos constitucionalmente creados y facultados para considerar por igual todos los intereses afectados,<sup>1133</sup> desplazándose este poder hacia la órbita del Ejecutivo, donde los acuerdos suelen ser tomados sin ningún control ni publicidad.<sup>1134</sup> Por ello, Offe señala que en la situación actual “tras la fachada de la democracia parlamentaria, tanto el conflicto político como la solución para cuestiones de planificación acontece en ambientes organizativos desconocidos para la teoría democrática”.<sup>1135</sup> Este proceso provoca la exclusión de la participación de los ciudadanos en el canal que se considera idóneo para su relación con el Estado y alejados de los espacios públicos de decisión, quedan a expensas y bajo la dependencia de la administración. Su único contacto con el Estado pasa a estar determinado por la prestación de servicios, pero esta relación es de carácter apolítico, ya que “la actitud ante el Estado de quien recibe del mismo un servicio, no es precisamente participación política, sino una genérica actitud reivindicativa, que espera asistencia sin querer imponer acciones”.<sup>1136</sup> De esta forma, provisto de ciertos derechos “y prácticamente excluido de una participación efectiva, el pueblo se convierte en objeto de asistencia social... todo para el pueblo, pero nada a través del pueblo”.<sup>1137</sup>

<sup>1133</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 231, p. 126.

<sup>1134</sup> Cabo Carlos de, “La crisis del Estado social”, en Cámara Villar y Cano Bueno (eds.), *Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 25.

<sup>1135</sup> Offe, Claus, *op. cit.*, nota 1018, p. 157.

<sup>1136</sup> Habermas, Jürgen, “Concepto de participación política”, en Abendroth, Bacia *et al.*, *Capital monopolista y sociedad autoritaria*, Barcelona, Fontanella, 1973, p. 38.

<sup>1137</sup> *Ibidem*, p. 53. De déficits de participación habla Schneider, Hans Peter, “Soberano sin poder. Representación y participación del pueblo como problema de legitimación de la soberanía democrática”, *Democracia y Constitución, cit.*, nota 1, p. 263.

En torno a lo anterior, es inevitable considerar, con Habermas, que la dilatación del horizonte temporal de la actividad estatal planificadora y preventiva ha ensanchado los espacios de discrecionalidad de la administración y aumentado los problemas derivados de su autoprogramación. Las actividades del Estado, como señala Grimm, son cada vez menos susceptibles de dirección automática por medio de la ley por su “grado de complejidad, dependencia de situaciones o circunstancias concretas e incertidumbre, que no puede ser anticipada ni jurídico-normativamente por entero determinada”.<sup>1138</sup> Las leyes con dificultad pueden regular los complejos programas de acción de la administración que dependen de la capacidad y acierto de los pronósticos; necesitan de constantes correcciones y se orientan hacia el futuro debido a que son dinámicos y extensivos. Fracasan también los medios de regulación y control de la prevención clásica, ya que no fueron ideados para hacer frente a riesgos potenciales donde pueden quedar expuestos grandes grupos de personas.<sup>1139</sup> Todos los problemas implicados y derivados de la “sociedad del riesgo” conllevan la agudización de la desvinculación de la administración a la ley y el quebrantamiento de la seguridad jurídica.<sup>1140</sup>

Resulta comprobable que las decisiones sociales fundamentales han pasado a ser tomadas no en el interior del Parlamento, sino en el Ejecutivo, “quedando reducida la cámara legislativa a una residual posición política, relativamente vacía de contenido”,<sup>1141</sup> con la única función de brindar legitimación a las decisiones tomadas en la administración. Ésta ha dejado de ser simple ejecutora de la ley y se ha convertido en “el actor principal de elaboración de la política del Estado” asumiendo el protagonismo y la hegemonía y consolidándose “en una posición cardinal en el sistema de producción de normas jurídicas”.<sup>1142</sup> Este progresivo deslizamiento a los poderes burocráticos de la tarea de ordenación política y configuración social, que se desenvuelve, inevita-

<sup>1138</sup> Grimm, Dieter, *op. cit.*, nota 310, p. 51.

<sup>1139</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 518.

<sup>1140</sup> Grimm, Dieter, *op. cit.*, nota 310, p. 47.

<sup>1141</sup> Porras Nadales, Antonio J., “Parlamento y corporativismo”, en Pérez y Ruele, M. y Giner, S. (eds.), *El corporativismo en España*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 1159.

<sup>1142</sup> Lavilla Alsina, Landelino, “Potestad normativa, acción del Ejecutivo y Ley”, en López Pina, A. (ed.), *Democracia representativa y parlamentarismo*, *cit.*, nota 88, p. 89; Cabo Martín de, Carlos, “Estado y Estado de derecho en el capitalismo dominante: aspectos significativos del planteamiento constitucional español”, *Contra el consenso... cit.*, nota 1046, p. 211.

blemente, bajo parámetros susceptibles de interpretaciones diversas,<sup>1143</sup> ha permitido afirmar que en esta época “el Ejecutivo es el que crea y el Legislativo coadyuva a esa función”, o bien asegurar que existe un proceso de administrativización de la ley o de deslegalización, puesto que ésta “no determina ya los contenidos de la acción administrativa”, sino que es la administración quien de verdad otorga contenido a la ley. El Ejecutivo tiene en sus manos la dirección de importantes áreas de la política legislativa, la configuración del “espacio social inmediato del ciudadano” y la determinación de la eficacia de los derechos, ya que al ser los reglamentos las normas más abundantes, son también las de mayor incidencia práctica en la vida de los ciudadanos.

El aparato estatal, como señala Habermas, está en continua expansión, se programa a sí mismo, se hace independiente de las formas democráticas, afianzándose un proceso de legitimación administrativamente dirigido y controlado. Se ha producido una “expropiación burocrática” de la base sobre la que opera la democracia. La causa de este proceso está, dice el mismo autor, en que la sociedad ha pasado a ser contemplada desde la perspectiva del poder, y en ésta, “la circulación de la actuación normativa de la sociedad sobre sí misma, programada por vía de leyes, cobra el sentido opuesto, a saber el de una circulación autoprogramada del poder”. El Estado actual, en consecuencia, se ha cerrado como un subsistema centrado en sí mismo regido por el medio poder y no por las normas, logrando desplazar hacia su entorno los procesos de legitimación.<sup>1144</sup> Por ello se habla de la autonomización de la administración, que supone la no conformidad a esquemas normativos preconstituidos y de tipo general y abstracto en concordancia con las funciones prestacionales que asume el Estado, cuya satisfacción “resulta cada vez más intolerante con las rígidas formas normativas del Estado de derecho, y requieren estructuras organizativas y modalidades de intervención flexibles, no legalmente predeterminadas, sino libremente modeladas”.<sup>1145</sup>

Ante este panorama, Habermas alerta sobre el peligro de que aquel Estado que pretendía repartir oportunidades vitales a sus ciudadanos con objeto de garantizar la base material para su existencia dañe con sus penetrantes

<sup>1143</sup> García Herrera, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 1110, p. 73.

<sup>1144</sup> Habermas, Jürgen, “La soberanía popular como procedimiento”, *cit.*, nota 11, pp. 607 y 608.

<sup>1145</sup> Ferrajoli, Luigi, “¿Existe una democracia representativa?”, *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, Ferrajoli, L. y Zolo, D., Barcelona, El viejo topo, s. f., p. 43.

procedimientos y métodos la autonomía de los propios ciudadanos. Ferrajoli afirma que los procesos indicados hacen imposible calificar al Estado contemporáneo como democrático y representativo, ya que resulta obvia “la creciente impotencia de la política frente a los aparatos ejecutivos y burocráticos del poder estatal y la correlativa autonomía de éstos frente a las instancias político-representativas”.<sup>1146</sup> Bobbio va más allá y sostiene que lo anterior significa la creación de un Estado que obedece a una lógica distinta a la del Estado representativo, caracterizado por estar constituido por normas esencialmente antidemocráticas: relaciones descendentes no ascendentes, actividades secretas y no públicas, estructura jerárquica no autónoma, que tiende a la inmovilidad, no dinámico, conservador, no innovador.<sup>1147</sup>

##### 5. *La intervención de los grupos de interés en el proceso legislativo*

Si bien el objetivo inicial de la instrumentalización de la ley fue hacer posible la intervención estatal para resolver los más apremiantes problemas sociales, la multiplicación de leyes, particulares y concretas, ha terminado sirviendo a los grupos e intereses dominantes dentro de la sociedad.<sup>1148</sup> “La competencia universal de la ley, escribe Bobbio, ha sido desplazada por el protagonismo de los llamados agentes sociales, más favorables a dotarse de reglas pactadas y transitorias, condicionadas a los cambios en la relación de fuerzas, que a someterse a leyes heterónomas, con vocación de generalidad y permanencia”.<sup>1149</sup> Los grupos de interés

<sup>1146</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>1147</sup> Como escribe Bobbio, una de las paradojas de la democracia, o como señala en otro lugar, una de las promesas incumplidas de la democracia, es que trae como resultado el crecimiento del proceso burocrático. Bobbio, Norberto, “¿Qué alternativas a la democracia representativa?”, *¿qué socialismo?*, trad. de J. Moreno, Barcelona, Plaza & Janes, 1986, pp. 90 y 108. Todos los Estados que se han vuelto más democráticos se vuelven más burocráticos, pues la burocratización ha sido una consecuencia del proceso de democratización, que implica dar voz y cauce a las necesidades de todos los individuos dentro del Estado. El Estado benefactor, como Estado burocrático, ha sido la respuesta a una demanda proveniente de abajo, a una petición democrática. *El futuro de la democracia*, *cit.*, nota 143, pp. 42 y 43.

<sup>1148</sup> Cabo Martín, Carlos de, “Democracia y derecho en la crisis del Estado social”, *cit.*, nota 1099, p. 76; *id.*, “Garantismo y ley material”, *cit.*, nota 1046, p. 318; *id.*, “Estado social de derecho y ley general: una perspectiva constitucional”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 23, 1994, p. 38.

<sup>1149</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 1131, p. 30.

participan de manera preeminente en el proceso político, determinando y condicionando las grandes decisiones públicas. En la actual sociedad corporativa, dicen Modugno y Nocilla, la ley, “da attivitta normativa razionale guidata dagli interessi generali e tutrice degli interessi individuali si trasfigura in terreno di scontro e compromesso fra gli interessi parziali. El compromessismo, talora con eufemistico pudore chiamato neo-contrattualismo, e la nota tipica della legislazione odierna”.<sup>1150</sup> Las leyes han pasado a ser producto de los intereses y grupos dominantes, “convenios con los propios grupos de intereses privados”,<sup>1151</sup> conformando la opinión de una minoría, y de los sectores sociales más poderosos. Se produce así lo que se ha denominado “colonización del poder público”, o “privatización de lo público”, con la consiguiente sustitución del Estado como definidor de los intereses generales por los grupos que procuran sus propios beneficios.<sup>1152</sup> En esta “democracia de asociaciones” o “gobierno de los intereses privados”, en la que los intereses corporativos logran imponer el contenido de las leyes, sus intereses y condiciones, se disuelve la soberanía del Estado, su esfera y fuerza autónoma, pasando el ejercicio del poder público a ser compartido con organizaciones sociales poderosas sin que éstas queden sujetas a ningún tipo de responsabilidad.

El Estado ha asumido la posición de mediador de partes en conflicto al buscar no eliminar las negociaciones, sino canalizarlas institucionalmente. Los grupos sociales poderosos no sólo participan, sino determinan la actividad del gobierno y la creación de leyes haciendo valer sus condiciones. La codeterminación de la acción del Estado provoca, como señala Grimm, la alteración o trasgresión de la relación entre éste y la sociedad, situados, por esta circunstancia, en un mismo plano. En las negociaciones, que no son excepcionales, sino que se han institucionalizado dentro del sistema político, el Estado aparece como una parte más, quedando destruido el monopolio de su poder y dejando de ser el *primum inter pares*.<sup>1153</sup> La política se ha vuelto condescendiente de los poderes privados, y así, el Estado, que poseía como uno de sus elementos esenciales

<sup>1150</sup> Scarpelli, Uberto, “Dalla legge al codice, dal codice ai principi”, *Rivista di Filosofia*, núm. 1, 1987, p. 9.

<sup>1151</sup> Vega García, Pedro de, *op. cit.*, nota 1095, p. 104; Maestro Buelga, Gonzalo, *op. cit.*, nota 1038, p. 82.

<sup>1152</sup> Vega García, Pedro de, “La crisis de los derechos fundamentales”, *cit.*, p. 134.

<sup>1153</sup> Vidal, Ernesto, “Representación y democracia: problemas actuales”, *Doxa*, Madrid, núm. 6, 1989, p. 173.

el empleo de la coerción, “no actúa por más tiempo desde una posición de soberanía, sino que se encuentra en un plano de igualdad con las fuerzas sociales”.<sup>1154</sup> El Estado renuncia a su soberanía y concede a las fuerzas sociales, que no pasan por competencias electorales, la facultad de participar en el ejercicio del poder público, sin incorporarse a la estructura constitucional de responsabilidad y legitimación ni subordinarse a los vínculos constitucionales a los que están sometidos los órganos estatales.<sup>1155</sup>

Grimm nos recuerda que la participación de los grupos en la sociedad actual es necesaria, ya que la ausencia de éstos en las negociaciones pone en peligro no sólo el acuerdo, sino la estabilidad social, debido a que el Estado, que está obligado a la resolución de un conjunto cada vez más grande de problemas, no controla directamente los medios económicos para resolverlos,<sup>1156</sup> por lo que debe cumplir con sus funciones de acuerdo con aquéllos sin posibilidad de recurrir a la utilización de instrumentos imperativos en su contra. El cumplimiento de los fines estatales no depende actualmente del empleo del medio poder, sino de innumerables recursos que el Estado no tiene y no puede controlar como instrumentos imperativos. La extensión de las tareas estatales no ha tenido como correlato la extensión de sus poderes dispositivos produciéndose una amplia fractura entre las responsabilidades y los medios a su alcance para la implementación de sus programas, ya que está sometido a estrechos vínculos en relación a la forma y modo de su actuación. Por ello, dice este autor, mando y coerción no son ya instrumentos útiles para la realización de las tareas de formación del orden social y prevención de las crisis.<sup>1157</sup> Habermas, muy cerca de esta concepción, señala que es notorio que la aplicación de los programas estatales tropieza cada vez más con la resistencia de los actores privados pasando la política a depender del cálculo privado, ya que el Estado no posee los medios coercitivos para imponer sus decisiones o vincular la conducta de aquéllos. Para él, este límite estructural del sistema abre el camino a la discusión sobre el entendimiento del Estado como organización política autónoma poseedora del monopolio legítimo de la violencia.<sup>1158</sup>

<sup>1154</sup> Grimm, Dieter, *op. cit.*, nota 310, p. 49.

<sup>1155</sup> Grimm, Dieter, *op. cit.*, nota 1089, p. 159.

<sup>1156</sup> Vallespín Oña, F., *op. cit.*, nota 848, p. 138.

<sup>1157</sup> Grimm, Dieter, *op. cit.*, nota 1089, pp. 148 y 149.

<sup>1158</sup> Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 1047, p. 389; Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 231, pp. 121 y 122.

Con la influencia determinante de los grupos privados poderosos, el procedimiento parlamentario ha dejado de considerar, al contrario de lo que exige la Constitución, todos los intereses de forma igual, quedando excluidos un gran número de sectores. Esto implica, antes que todo, como advierte Barcellona, que “los sectores más débiles y menos tutelados, todos los sectores marginados, los desempleados quedan fuera del juego y del cambio político”.<sup>1159</sup> Esta situación rompe con la idea básica de que los representantes en sus decisiones deben tener presentes a todos los grupos sociales de la población con objeto de hacer posible el bien común. La participación limitada a unos cuantos estrecha la vía a través de la cual se da cauce a las diversas demandas sociales y limita el horizonte del conflicto; es decir, como sólo unos pocos participan en la configuración de las diversas demandas sociales, requerimientos de muchos sectores quedan excluidos de cualquier posibilidad de ser tomados en cuenta. Y cuando éstos de alguna forma participan, siguen siendo los grupos más poderosos los que, mediante su poder de veto o “potencial de obstrucción”, imponen una solución contraria, o bien frenan cualquier actitud reformista.

Cotta advierte que la presencia de los grupos de interés en el ámbito parlamentario ha producido la aparición de otros circuitos representativos y, por tanto, de distintos mecanismos de transmisión y mediación de intereses y opiniones muy diferentes a los reconocidos normativamente y, aún más, ha generado una alteración del sistema de gobierno. Junto al que existe jurídicamente, donde son protagonistas los electores, los representantes y partidos políticos, aparece el circuito, basado en las actividades de presión de los grupos organizados, en el que son determinantes sus líneas funcionales, su fuerza en el escenario oligopólico y el cálculo de los recursos. Se trata de un modelo de organización corporativo en el que sólo determinados grupos, visiblemente delimitados y diferenciados, que cuentan con la aquiescencia y reconocimiento del Estado, tienen la posibilidad de participar y expresar sus intereses. Si nosotros tomamos en cuenta, siguiendo a Cotta, que el circuito de la representación política debe im-

<sup>1159</sup> Barcellona, Pietro, “Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social” trad. de H. E. Díaz-Otero, en Olivas, E. (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991, p. 36. La esfera política se ve influenciada por los efectos negativos de las desigualdades económicas y sociales existentes en la sociedad, fallando un requisito fundamental de la igualdad política: la condición de aislamiento. Fishkin, James, *Democracia y deliberación...*, cit., nota 183, pp. 58 y ss.

plicar una fuerte vinculación y comunicación entre el gobierno en sentido amplio (gobierno-parlamento) y la base del cuerpo político, podemos entender el importante cambio que conlleva esta configuración política corporativa, en lo que el mismo autor entiende por sistema de gobierno.<sup>1160</sup>

Además, al sobreponerse la forma de adopción de decisiones en que participan y tienen prioridad los grupos privados al método democrático de toma de decisiones públicas, el consenso que subyace a las mismas, en palabras de Offe, surge de un acuerdo proveniente “de negociaciones informales, altamente inaccesibles, entre representantes pobremente legitimados de grupos funcionales”.<sup>1161</sup> A diferencia de los poderes públicos, los poderes privados no son localizables, son dominantes, ocultos, se mueven por definición en ámbitos de escasos niveles de igualdad, participación y control democrático,<sup>1162</sup> por lo que si éstos son los que toman las decisiones claves dentro del Estado, éstas se generan en procesos informales de negociación y, por tanto, sin transparencia y sin publicidad,<sup>1163</sup> quebrantándose principios basilares de la democracia, como el de igualdad política y participación. Como escribe Laporta, en la concepción de la democracia como negociación de intereses particulares encuentra difícil acomodo la noción de interés general y la independencia del representante político, fortaleciéndose la teoría del mandato imperativo y la tesis de la privatización de la representación política.<sup>1164</sup> Así: “actores sociales dotados de un poder paraconstitucional de negociación hacen añicos el marco de la Constitución”.<sup>1165</sup>

Por la constatación de que no sólo son entes diferentes al legislador los que toman las decisiones, sino que además éstas son adoptadas por medio de actos distintos a los formalmente establecidos, se ha podido diferenciar entre el plano de los “procedimientos y los sujetos”. En el primero se encontraría el procedimiento legislativo, como el conjunto de actos regulados jurídicamente para la formación de la ley y el proceso de elaboración de decisiones que efectivamente contribuyen a la formulación de las normas, y

<sup>1160</sup> Cotta, Maurizio, “Parlamentos y representación”, en Pasquino, G. (comp.), *Manual de ciencia política*, Madrid, Alianza Universidad, 1988, pp. 280-287.

<sup>1161</sup> Offe, Claus, *op. cit.*, nota 1018, pp. 157 y 158.

<sup>1162</sup> López Calera, Nicolás M., *Yo, el Estado*, Madrid, Trotta, 1992, p. 25.

<sup>1163</sup> Arbos, Xavier, *op. cit.*, nota 1102, pp. 269 y 270.

<sup>1164</sup> Vidal, Ernesto, *op. cit.*, nota 1153, p. 173; Laporta, Francisco J., *op. cit.*, nota 133, p. 135.

<sup>1165</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 519.

en el segundo, el nivel de los *sujetos*, que indicaría que en la confección de la ley hay que diferenciar entre el legislador formal, habilitado para realizarla, y el legislador informal, que sería aquel que realmente la elabora.<sup>1166</sup>

Lo anterior explica por qué la institución representativa no está conformada actualmente como un espacio dialéctico o dialógico, adecuado para la deliberación de puntos de vista, como se previó con la irrupción de las clases sociales al espacio público, elemento característico, como hemos señalado, del proceso de democratización. Se ha desvanecido la discusión pública de los problemas sociales y políticos básicos, siendo éstos resueltos mediante decisiones tomadas por unas cuantas personas aisladas totalmente de la esfera pública.<sup>1167</sup> La discusión parlamentaria, concebida inicialmente como intercambio racional orientado a la persuasión recíproca, mediante el cual, por el convencimiento mutuo, se alcanzaría una voluntad común, ha cambiado de sentido, ya que ahora sólo se exponen las razones que mueven a cada partido o grupo político a comportarse de cierto modo.<sup>1168</sup> En ella está ausente el requisito de la racionalidad y la argumentación, recurriéndose, en sustitución, al lenguaje emotivo, eslóganes, argumentos “ad hóminem” y “ad auctoritatem”, y, en el momento de la votación, al carisma personal y la estrategia propagandística.<sup>1169</sup> El único fin que tiene el debate es transmitir a la opinión pública la posición defendida por cada grupo político. No hay la menor intención de persuadir a los parlamentarios.

Como observa García Morillo, en el modelo actual las decisiones en las cámaras están adoptadas de antemano, por lo que son previsibles las posiciones de los distintos grupos parlamentarios.<sup>1170</sup> El sentido de la votación está previamente impuesto por la cúpula de los partidos, un grupo muy reducido de personas, eliminándose el debate racional y la decisión libre entre los diputados. Más aún, cuando hay discusión, los congresos terminan siendo “meras cajas de resonancia”<sup>1171</sup> donde, como

<sup>1166</sup> Otto, Ignacio de, “La función política de la legislación”, en Aparicio, M. A. (coord.), *Parlamento y sociedad civil*, Universidad de Barcelona, 1980, pp. 50 y 51.

<sup>1167</sup> La ausencia de discusión se ha convertido en un vicio estructural del sistema. Vega, Pedro de, “Parlamento y opinión pública”, en Aparicio, M. A. (coord.), *Parlamento y sociedad civil*, *cit.*, nota 1166, p. 26.

<sup>1168</sup> *Idem.*

<sup>1169</sup> Rodríguez Larreta, Juan, *op. cit.*, nota 184, p. 51.

<sup>1170</sup> García Morillo, Joaquín, *op. cit.*, nota 1116, p. 144.

<sup>1171</sup> Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 1132, p. 74.

consecuencia de que los acuerdos han sido tomados previamente, la confrontación de pareceres sólo tiene como objeto la medición de fuerzas, el aplauso o la aclamación. El Parlamento se ha convertido en un simple símbolo, como lo llama Pitkin, que desarrolla una especie de representación simbólica, escenario que da forma a una representación teatral,<sup>1172</sup> máquina registradora que reproduce decisiones tomadas en otros lugares, según Lasky, o como decía Leibholz: “un foro de manifestación” o “lugar, en donde se dan cita los delegados militantes de los partidos, para dar constancia de unas decisiones que ya han sido tomadas con anterioridad en los comités o los congresos de los partidos”. Esta conversión del Parlamento en simple instrumento de ratificación, propaganda y legitimación de las decisiones tomadas previamente en otras sedes, es decir, en vía de legitimación a través de la cual los intereses individuales o de grupo se convierten en públicos, hace que pierda, como escribe Ferrajoli, todo poder real en el ámbito del Estado, incluido su carácter de mediador de conflictos.<sup>1173</sup> Este cambio en las funciones reservadas a las instituciones representativas<sup>1174</sup> ha producido la “fuga de poder a sedes y cuerpos separados de aquellos” que no son representativos, pero que desempeñan la función política esencial quedando aquellas únicamente como instrumento de legitimación externa.<sup>1175</sup>

Al producirse “la privatización del poder político” y convertirse la ley en simple medio “para el fomento o la contención de intereses particulares y concretos, su auctoritas, producto en otro tiempo de su generalidad, ha quedado inapelablemente quebrantada”.<sup>1176</sup> La ley deja de ser el acto normativo central del ordenamiento jurídico, pierde su capacidad vinculante y su característica de ser expresión de la voluntad general o de la mayoría de los ciudadanos y de una “racionalidad ordenadora buscada deliberativamente”. Además, se produce la reducción de los ciudadanos “a la categoría de simples comparsas” siendo excluidos de la esfera vinculante de las normas. La ley está muy lejos de ser el instrumento que per-

<sup>1172</sup> Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *op. cit.*, nota 1067, p. 133.

<sup>1173</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 1145, pp. 28 y 29; Cabo Martín, Carlos de, “Democracia y derecho en la crisis del Estado social”, *cit.*, nota 1099, p. 6; *id.*, “La crisis del Estado social”, *cit.*, nota 1134, p. 21.

<sup>1174</sup> Garrorena Morales, Ángel, *Representación política y Constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991, p. 69.

<sup>1175</sup> Chueca Rodríguez, Ricardo L., *op. cit.*, nota 1045, p. 35.

<sup>1176</sup> Vega García, Pedro de, *op. cit.*, nota 1095, pp. 104 y 105.

mite la autonormación de los individuos y conduzca a la libertad de los ciudadanos.<sup>1177</sup> Éstos no determinan la orientación de la actividad estatal ni intervienen realmente en la formación de la voluntad popular porque tienen vedadas las posibilidades de acceder a los espacios creados para conformar las decisiones públicas. Todo ello trae como consecuencia pesimismo, apatía, desinterés y falta de participación.<sup>1178</sup> Los ciudadanos, en vez de mostrarse solidarios, se encierran en sus propias preocupaciones, relegando las de la comunidad. El egoísmo sustituye a la solidaridad. Los valores públicos declinan en beneficio de los apetitos individuales. Y en esta crisis de los mismos individuos se sumerge y debilita el espacio público. Así se produce, también, la declinación de la confianza que los ciudadanos tenían en la intervención del Estado como medio para obtener metas y objetivos de bienestar. Ésta es considerada una estrategia, altamente eficaz, elaborada por una clase al servicio de sus particulares intereses, que trata de cimentar sus posiciones de poder y privilegio.<sup>1179</sup> Los individuos no creen en la autorrealización autónoma del pueblo, ya que se sienten sustituidos por grupos privilegiados que imponen sus intereses ni tampoco confían en una participación libre con igualdad de oportunidades. Se ocasiona la pérdida de la base social del Estado y se explica, a su vez, por qué la sobrecarga del legislador, consecuencia de las cada vez más amplias exigencias de intervención, es considerada una “auténtica lacra”, una verdadera “contaminación legal”.

Y así como el Parlamento se ha desvinculado, como dice De Cabo, de su base social y se ha vuelto autónomo respecto de la sociedad, el mismo proceso de desvinculación o ruptura social se opera en el interior de los partidos políticos, que tampoco han logrado canalizar adecuadamente los conflictos sociales. Éstos muestran tales disfunciones en su actuación que actualmente, se asegura, tienen una existencia patológica.<sup>1180</sup>

La tendencia de los partidos es hacia la homogeneización o uniformidad de sus ofertas,<sup>1181</sup> en virtud de sus pretensiones generalizadoras y su

<sup>1177</sup> Ara Pinilla, Ignacio, *op. cit.*, nota 862, pp. 89 y 126.

<sup>1178</sup> Díez Picazo, Luis, “Constitución, ley, juez”, *cit.*, nota 839, p. 13.

<sup>1179</sup> Offe, Claus, “¿La democracia contra el Estado de bienestar?”, *cit.*, pp. 204 y 205.

<sup>1180</sup> Garrorena Morales, Ángel, “Hacia un análisis democrático de las disfunciones de los partidos políticos”, en Vega, P. de (coord.), *Teoría y práctica de los partidos políticos*, *cit.*, nota 1062, p. 74.

<sup>1181</sup> Cabo Martín, Carlos de, “Estado y Estado de derecho en el capitalismo dominante: aspectos significativos del planteamiento constitucional español”, *Contra el consenso...*, *cit.*, nota 1046, pp. 208-210.

intención de incorporar los más variados intereses sociales, exigencias y preocupaciones. Se mueven cada vez más en un estrecho ámbito de opciones, dando lugar a la aproximación o falta de diferenciación entre los mismos y, por consiguiente, a su desideologización, debido a varios motivos, entre los que están las cada vez más concretas demandas de los electores y más fragmentaria composición de la sociedad. Esto ha traído como consecuencia, como dice Offe, la disolución del sentimiento de identidad colectiva, que, como hemos dicho antes, era la base de la etapa primitiva de los partidos cuyos miembros se unían porque poseían “un mundo cultural de valores y significaciones compartidas”.<sup>1182</sup> Además, es clara la tendencia a la oligarquización de los partidos en el sentido de que su voluntad no se estructura en su interior democráticamente y sólo los dirigentes tienen acceso a las decisiones básicas.<sup>1183</sup> Como escribe Habermas: éstos “son instrumentos de la formación política, pero no en manos del pueblo, sino de aquellos que dominan el aparato del partido”.<sup>1184</sup> No hay espacios dentro de ellos para debatir las cuestiones que más preocupan a la sociedad. Éstos se presentan estructurados normalmente de la misma manera que el aparato burocrático: lejanos de las bases sociales y oligopólicos en cuanto a las personas que realmente tienen el poder<sup>1185</sup> y toman las decisiones. Más aún, y como escribió Neumann: la “dirección manipulativa interna de un partido por parte de la oligarquía establecida en los puestos clave” lleva al “control ejercitado desde fuera”, convirtiéndose en representantes de grupos de interés, en asociaciones “de grupos de interés económicos y sociales, sin apenas estructura organizativa”. Pero en esta época el problema se agrava, ya que en las sociedades actuales los grupos que están tras los partidos no necesitan la mediación de aquéllos.<sup>1186</sup> Como señala De Cabo, apenas existe un grupo colectivo importante “que no actúe como representante de sus propios intereses y trate de gestionar sus problemas al margen

<sup>1182</sup> Offe, Claus, “Democracia competitiva de partidos y Estado de bienestar keynesiano. Reflexiones acerca de sus limitaciones históricas”, *Parlamento y democracia. Problemas y perspectivas de los años 80*, Madrid, Fundación Pablo Iglesias, 1982, p. 55.

<sup>1183</sup> Cabo Martín, Carlos de, “Estado y Estado de derecho en el capitalismo dominante: aspectos significativos del planteamiento constitucional español”, *Contra el consenso...*, *cit.*, nota 1046, p pp. 230 y 231.

<sup>1184</sup> Habermas, Jürgen, “Concepto de participación política”, Abendroth, Bacia *et al.*, *Capital monopolista y sociedad autoritaria*, trad. de R. Gual, Fontanella, Barcelona, 1973.

<sup>1185</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 1145, p. 31.

<sup>1186</sup> Cabo Martín, Carlos de, *op. cit.*, nota 1099, p. 69.

de los partidos”, aprovechando que cuentan con sus propias estructuras de poder y que éstas muchas veces no pueden ser reguladas por la Constitución normativa.<sup>1187</sup> De esta forma, las funciones integradoras, tradicionalmente confiadas a los partidos, son reemplazadas por formas alternativas de participación política,<sup>1188</sup> intensificándose la percepción de que aquéllos ya no son mediadores del consenso ni canalizadores del conflicto ni absorben ni incorporan las demandas sociales ni median ni integran la relación sociedad-Estado.

El Parlamento no es el lugar en el que se encuentran y concilian los diversos intereses sociales. El legislador ha dejado de ser el configurador de la realidad social y jurídica del Estado contemporáneo, debido, entre otros factores, a que le han sido sustraídas competencias decisivas en materia política, o, en otras palabras, por la “usurpación de las atribuciones de normación por factores extraparlamentarios de poder”. Las leyes son con mayor frecuencia negociadas fuera del Parlamento, desvirtuando el procedimiento legislativo. Pero también ocurre que el propio legislador renuncia a utilizar sus competencias y deja de regular materias que por su naturaleza exigen su intervención. Más aún, como señala De Cabo, la ley cada vez menos demuestra alguna virtualidad jurídica, no ejerce su “fuerza de ley” en lo que se refiere a su capacidad de innovación jurídica.

Algunos autores han visto en todo este proceso una irrupción antidemocrática de los intereses organizados en el ámbito de la representación política.<sup>1189</sup> El núcleo del problema, como señala Zagrebelsky, es que cada vez se representan en el Parlamento más intereses, y cada vez menos unidad política, y un órgano que sólo representa intereses particulares produce compromisos particulares, pero no produce unidad política. Concretamente, el Parlamento no conforma un espacio donde se forme unidad política, al contrario, sólo es utilizado “para legitimar intereses particulares”. Este fenómeno puede conducirnos a la reprivatización del proceso político,<sup>1190</sup> al cuestionamiento, como escribe Vidal Gil, del

<sup>1187</sup> Fioravanti, Maurizio, “¿Quale futuro per la Costituzione?”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, núm. XXI, 1992, pp. 631-633; Cabo Martín, Carlos de, *op. cit.*, nota 1134, p. 21.

<sup>1188</sup> Offe, Claus, *op. cit.*, nota 1182, pp. 57, 58 y 63.

<sup>1189</sup> Laporta, Francisco J., *op. cit.*, nota 133, pp. 134 y 135; Zagrebelsky, Gustavo, “La sovranità e la rappresentanza politica”, *Lo stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milán, Giuffrè, 1994, p. 87.

<sup>1190</sup> Vidal Gil, Ernesto J., *op. cit.*, nota 1153, pp. 173 y 174; *id.*, “Paradojas de la democracia”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. VII, 1990, p. 52.

principio del imperio de la ley y al derrumbe del fundamento de legitimidad del Estado de derecho, ya que lo que se genera en el Parlamento no es la expresión de la voluntad general, sino la de intereses corporativos y egoístas incompatibles con dicha voluntad general. Junto a este problema hay otro igual de grave. El Estado social, se dice, ha creado nuevas situaciones de dependencia de los individuos. Las actividades realizadas y los resultados conseguidos por los grupos sociales en las negociaciones con el poder político generan límites a la autonomía individual, ya que en la mayoría de los casos son imposiciones y modos de disciplina. Este proceso, como escribe Habermas, “viene caracterizado por una ambivalencia de aseguramiento de la libertad y sustracción de la libertad”.<sup>1191</sup> El Estado, en este sentido, contiene un programa jurídico “insensible a las secuelas restrictivas de la libertad que tiene la propia compensación practicada por el Estado social”.<sup>1192</sup>

#### 6. La “descentralización” del derecho

Aunque sea brevemente, no podemos dejar de mencionar que junto con los fenómenos anteriores también se produce la ruptura de la unidad del sistema jurídico basado en el escalonamiento de normas y la pérdida de eficacia vinculante del derecho, ya que ahora ni todo el derecho procede de la Constitución ni el emanado en consonancia con ésta es considerado el más eficaz para resolver los problemas de la vida cotidiana.<sup>1193</sup>

Estamos ante un doble proceso: a) el rompimiento del paradigma de la regulación estatal y centrista, y b) la multiplicación de centros encargados de emanar y producir normas válidas.<sup>1194</sup> Han surgido espacios de producción normativa que no encuentran en la Constitución su núcleo de referencia, provocando una “dinámica centrífuga”, que elimina la clásica visión del Parlamento como único centro de producción de normas. Es el inicio, dice Prieto, del “camino de la desregulación”, de la “reprivatización y refeudalización” de la formación del derecho, contrario al propuesto y

<sup>1191</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 500.

<sup>1192</sup> *Ibidem*, p. 501.

<sup>1193</sup> Vega García, Pedro de, *op. cit.*, nota 1095, pp. 103 y 104.

<sup>1194</sup> Torre, Massimo la, *op. cit.*, nota 238, p. 70.

desarrollado por el Estado intervencionista,<sup>1195</sup> que empuja la retirada del Estado y la delegación de la responsabilidad de adoptar decisiones y ponerlas en práctica, mediante procedimientos cuasipolíticos de formación de la voluntad y compromisos, a los sectores interesados dentro de cada uno de los ámbitos de conflicto, formalizándose la autonomización de los destinatarios del derecho,<sup>1196</sup> la conformación de esferas institucionales semiautónomas de cuya gestión va a depender la implementación efectiva de ámbitos de bienestar<sup>1197</sup> y el componente corporatista que tienen los procesos reales de toma de decisiones.<sup>1198</sup> Se ha pasado gradualmente de una regulación jurídica realizada desde y a partir del Estado como elemento central, a un modelo de autorregulación social,<sup>1199</sup> que “revitaliza las fuentes sociales del derecho”. Surge así un derecho desformalizado, “reflexivo”, difundido bajo la sombra de desarrollos corporativos.

En virtud de que el derecho estatal deja de ser el único sistema normativo que dirige la conducta de los particulares y por la multiplicación de los centros encargados de emanar o producir reglas válidas o principios jurídicos, hay quienes aseguran que se ha producido el paso a un periodo de “recontextualización del derecho”, de reconocimiento de diversos contextos de producción jurídica o coexistencia de múltiples redes de órdenes legales e “interlegalidad”, que se entrelazan e interseccionan unos con otros atravesando la realidad de la sociedad posmoderna.<sup>1200</sup> Otros observan en este proceso el surgimiento de modos de “formación cooperativa de voluntad”, sustitución o complementación de la autonomía individual por la autonomía social de participantes en procedimientos.<sup>1201</sup>

La realidad del hecho ha inducido, incluso, a proponer una división entre las funciones legislativas de los órganos que crean derecho. Los órganos centrales deben limitarse, se dice, a la creación de reglas sobre cuestiones que realmente afecten a todos los miembros de la sociedad, y todas las otras materias deben ser delegadas a las partes afectadas por ser “asuntos de procesos sociales democráticamente organizados de formación de normas”. Así, la regulación estatal se limitaría a ofrecer normas

<sup>1195</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 1131, p. 31.

<sup>1196</sup> Habermas, Jürgen, “Derecho y moral”, *cit.*, nota 11, p. 546.

<sup>1197</sup> Porras Nadales, Antonio J., *op. cit.*, nota 1025, p. 226.

<sup>1198</sup> Estévez Araujo, José A., *op. cit.*, nota 1129, p. 126.

<sup>1199</sup> Asensi Sabater, José, *op. cit.*, nota 261, pp. 197 y 198.

<sup>1200</sup> Bergalli, Roberto, *op. cit.*, nota 648, p. 431.

<sup>1201</sup> Citado por Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 495.

de procedimientos, formas de organización y mecanismos de toma de decisiones, dejando a los individuos y a los grupos privados o semipúblicos la determinación de los contenidos.<sup>1202</sup>

Independientemente de la consideración sobre el valor de esta situación, lo que es un hecho es que ante la atribución de facultades de normación a asociaciones y grupos de presión, el derecho creado por los órganos del Estado entra en crisis. Y es que, como escribe Bergalli, la existencia de órdenes legales supra e infraestatales erosiona el concepto de derecho estatal. Ahora no todo el derecho deriva directamente de la Constitución, ya que hay nuevas formas de producción jurídica que discurren al margen de las instituciones estatales. En este contexto, reflexiona Grimm, la norma básica deviene un ordenamiento jurídico parcial que tiene cada vez más disminuida su capacidad de conformar el orden social y disciplinar las tensiones y cambios políticos.<sup>1203</sup>

Como señala De Vega, el hecho no tendría mayor repercusión si no fuera porque esos sectores de donde provienen dichas regulaciones se convierten en los verdaderos centros de referencia para los individuos aisladamente considerados.<sup>1204</sup> Los ciudadanos están cerca sólo de aquellas regulaciones que directamente les afectan, y muchas veces las normas dictadas en el ámbito privado, aunque pueden contraponerse a la legalidad estatal por su pretensión de autonomía, están más allegadas a sus vidas que la Constitución y las leyes.

En suma, y siguiendo a Bartole, podemos decir que la supremacía y centralidad de la ley ha sido por muchos aspectos puesta en discusión con el proliferar de otras fuentes concurrentes y la existencia de autoridades distintas a las asambleas legislativas, que, al igual que éstas, están investidas de importantes poderes políticos. Directamente subordinadas a la Constitución, estas autoridades y fuentes son factores determinantes del funcionamiento del ordenamiento, y representan, al mismo tiempo, posibles elementos perturbadores del ejercicio regular de las funciones públicas y de la garantía de los derechos fundamentales.<sup>1205</sup> Como señala Cotta, quien insiste especialmente en la conexión analítica de las cuestiones normativas y empíricas, en la emergencia de canales alternativos

<sup>1202</sup> Estévez Araujo, José A., *op. cit.*, nota 914, p. 157.

<sup>1203</sup> Llavilla Alsina, Landelino, *op. cit.*, nota 1142, p. 91.

<sup>1204</sup> Vega García, Pedro de, “La crisis de los derechos fundamentales”, *cit.*, p. 134.

<sup>1205</sup> Bartole, Sergio, “Modelli di giustizia costituzionale a confronto: alcune recenti esperienze dell’Europa centro-orientale”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 2, 1996, p. 233.

de articulación de intereses se revela la pérdida tendencial de peso de las instituciones representativas y el declive de los parlamentos,<sup>1206</sup> la crisis del principio democrático que impone que “toda ordenación mediante normas jurídicas de un área existencial pueda ser referida a una decisión de los órganos legislativos popularmente elegidos”<sup>1207</sup> y la imposibilidad de control de estas nuevas fuentes sociales del derecho, inmunes a revisión precisamente por no haber ingresado de manera formal a la clasificación de las fuentes del derecho tradicionales.<sup>1208</sup>

### *7. El debilitamiento del legislador y el fortalecimiento del juez*

El Estado se convirtió en sujeto de las más variadas pretensiones, individuales y colectivas, mediador de los más diversos conflictos sociales y responsable de crear la unidad e integración política dentro de la comunidad. Pero el sistema institucional se ha mostrado insuficiente e incapaz de dar respuestas efectivas a las demandas y cauce a los conflictos, y, concretamente, las instituciones representativas han funcionado de forma “ineficiente y anormal” deviniendo incapaces de atender los objetivos para las que fueron creadas y conformar la tan prometida unidad estatal. El legislador no sólo da muestras de no realizar de forma eficiente su tarea esencial de integración política y mediar en los conflictos de mayor trascendencia, sino que su actividad muestra incoherencia, falta de dirección precisa (porque normalmente es fruto de compromisos poco claros e inestables), retardo en la normación de los problemas más urgentes, ambigüedad al determinar el contenido de muchos principios constitucionales<sup>1209</sup> y falta de capacidad para actuar pronto y crear las leyes necesarias para desarrollar la Constitución. Precisamente en virtud de estas circunstancias, es decir, de que el órgano legislativo no ha realizado efectiva y adecuadamente las tareas y funciones que le fueron encomendadas, ha ido perdiendo la importancia que el texto constitucional le reconoce, propiciando, como escribe Zagrebelsky, que otras instancias

<sup>1206</sup> Cotta, Maurizio, *op. cit.*, nota 1160, pp. 287 y 298.

<sup>1207</sup> Citando una jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán así lo sostiene Denninger, Erhardo, “Principios constitucionales y derechos fundamentales como normas abiertas”, en López Pina, A. (coord.), *División de poderes e interpretación*, cit., nota 39, p. 179.

<sup>1208</sup> Rodríguez-Zapata y Pérez, Jorge, *op. cit.*, nota 725, p. 1532.

<sup>1209</sup> Franceschi, P. y Zagrebelsky, G., *op. cit.*, nota 267, p. 163.

intenten realizar dichas funciones y representar o crear la necesaria unidad política,<sup>1210</sup> dando paso a una importante deformación de los esquemas del Estado de derecho.<sup>1211</sup>

Las instituciones garantistas, dice Occhiocupo, son quienes, ante esta situación de disfuncionalidad de las instituciones tradicionalmente revestidas de la función de dirección política, han asumido dinamismo. Éstas, en simetría, por una parte, con la profundidad de la crisis que afecta a las instituciones y, por otra, con las demandas de justicia provenientes de la sociedad civil en fase de rápida maduración y transformación, han desarrollado, en forma, medida y tiempos diversos, una actividad de suplencia de las instituciones inactivas.<sup>1212</sup> Los jueces hacen aquello que el Parlamento debería realizar, pero que por diversas razones no ha podido efectuar. De la misma forma, De Cabo afirma que es precisamente la ineficiencia y anormal funcionamiento de las instituciones democrático-políticas y su incapacidad para resolver conflictos la causa del protagonismo de las instituciones judiciales; y Baldassarre asegura que los órganos jurisdiccionales han suplido las insuficiencias y limitaciones de otros poderes del Estado funcionando “como un verdadero y propio órgano de cierre y salvaguarda del sistema...”<sup>1213</sup> Así, parece no haber duda de que el incremento de la actividad, protagonismo, vitalidad y presencia, cada vez más relevante, de los jueces en el funcionamiento del sistema político se debe a las disfunciones que se manifiestan en diversas sedes y en diferentes momentos,<sup>1214</sup> la creciente presencia del corporativismo y la multiplicación de subsistemas jurídicos diferenciados.<sup>1215</sup>

Sin embargo, para muchos comentaristas, este proceso, que conlleva que los conflictos sociales básicos se sustancien ante los tribunales de justicia, o, en otras palabras, que los conflictos políticos se transformen en jurídicos y asuman los jueces el papel de mediadores o moderadores responsabilizándose de las posibilidades de transformación social, no constituiría una usurpación de los poderes del Parlamento, sino la muestra del ejercicio dinámico de las funciones de aquellos, que si bien hace que crezcan sus actividades y el papel que desempeñan, esto es por

<sup>1210</sup> Estévez Araujo, José A., *op. cit.*, nota 1129, p. 128.

<sup>1211</sup> Cabo Martín, Carlos de, *op. cit.*, notas 1099 y 1134, pp. 72 y 26, respectivamente.

<sup>1212</sup> Occhiocupo, Nicola, *op. cit.*, nota 793, p. 23.

<sup>1213</sup> Asensi Sabater, José, *op. cit.*, nota 261, p. 201.

<sup>1214</sup> Capotosti, Alberto, *op. cit.*, nota 365, p. 1598.

<sup>1215</sup> Olivas, Enrique, *op. cit.*, nota 880, p. 17.

causa de la irresponsabilidad de quien no ha ejercido las funciones y el rol que tiene asignado en la Constitución y no ha reaccionado, como debería, para proteger su posición y prerrogativas en el ordenamiento.<sup>1216</sup> Los jueces, más bien, con su creciente actividad, atenuarían la fractura entre Constitución formal y sociedad civil, entre norma jurídica y realidad social, convirtiéndose, como dice Ascarelli, en el “puente necesario entre el *corpus iuris* y la cambiante realidad”.<sup>1217</sup> Es más, esta posición de mediadores de conflictos sociales les brindaría una legitimación derivada de su relación permanente con los problemas sociales, atenuando de esta forma su falta de legitimación democrática.<sup>1218</sup> Nos parece que este entendimiento se constata cuando se aprecia que las determinaciones del legislador son combatidas y censuradas cada vez más crecientemente por los grupos olvidados,<sup>1219</sup> y que la ciudadanía alimenta la percepción de que el Poder Legislativo no goza de mayor consenso que el Poder Judicial, más aún, que este último está más cerca del pueblo al resolver efectivamente los problemas que cotidianamente las partes les presentan.<sup>1220</sup>

El juez ejerce un rol de suplencia y provoca que se le considere vía alternativa al Parlamento y al sistema de partidos, como ya desde hace algunos años advirtió Pizzorusso, y sede abierta para la canalización de las demandas sociales en tiempos de crisis de las sedes políticas institucionales.<sup>1221</sup> Debido, precisamente, al afianzamiento de esta labor de suplencia, Cappelletti distingue dos formas de la misma: la fisiológica y la patológica. La causa de esta última está en el incumplimiento por parte del Poder Legislativo de sus obligaciones de creación, transformación y modernización del derecho, y frente a estos incumplimientos, dice, “no puede afirmarse que una creatividad supletoria más importante por parte de los jueces deba ser tachada de violación de los límites institucionales que les corresponden”. Esta suplencia “patológica” no representaría “necesariamente una transgresión de los límites naturales de la función jurisdiccional”, sólo reflejaría “un sistema en el que los poderes públicos fundamentales se encuentran en desequilibrio. Uno o más

<sup>1216</sup> *Ibidem*, pp. 23 y 64.

<sup>1217</sup> Comentado y citado por Occhiocupo, Nicola, *op. cit.*, nota 793, p. 26.

<sup>1218</sup> Modugno, Franco, “La Corte Costituzionale italiana oggi”, *cit.*, nota 574, p. 33.

<sup>1219</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 108, p. 20.

<sup>1220</sup> Hitters, Juan Carlos, “Legitimación democrática del Poder Judicial y control de constitucionalidad”, *Justicia*, Barcelona, núm. 11, 1987, p. 426.

<sup>1221</sup> García Herrera, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 1110, p. 80.

poderes, de signo negativo, logran contraponerse a un poder de signo positivo, que es, o se supone que sea, fuerte. Lo logran gracias a la debilidad de éste”.<sup>1222</sup> Así, que todos los temas que más preocupan a la ciudadanía lleguen a ser objeto de conocimiento, consideración y decisión de los jueces, tendría una causa, y no sería precisamente, como con atino escribe Mezzanotte, accidental: en un sistema político en el cual los instrumentos de selección y síntesis de los intereses a duras penas funcionan, frente a un modo de legislar desarticulado y fragmentario, el enredo de los conflictos existentes en la sociedad tiende a inflarse y los múltiples y contradictorios intereses que no encuentran un momento de mediación política terminan dirigiéndose desordenadamente hacia órganos imparciales.<sup>1223</sup>

Ante todo lo anterior, ante la evidencia de que los jueces desarrollan una función de colegislación sucesiva y preventiva, se puede afirmar, con De Cabo, que tienden a ocupar

Un lugar que no les corresponde ni desde la estricta consideración jurídico-constitucional ni desde la lógica del sistema representativo. Se trata no tanto de un desarrollo o transformación del sistema constitucional, o de una adaptación del estado de derecho a las nuevas realidades, cuanto de una patología o excrescencia del mismo y, por tanto, de un hecho que no cabe sancionar sino denunciar, y en la medida de lo posible corregir.<sup>1224</sup>

Para Cheli, forma parte de la naturaleza de los órganos jurisdiccionales conjugar la expansión con la continencia debido a la fusión de su fortaleza con la falta de competencia para iniciar de oficio su actividad. Es característica estructural del sistema que exista un enlace flexible entre la esfera política y judicial, mismo que forma la razón de ser del sistema de justicia constitucional. Esta natural “dopia anima” o vocación “bifronte”, política y jurisdiccional,<sup>1225</sup> depende y está determinada por los tiempos y el modo del sistema político. Según las condiciones que existan en

<sup>1222</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 246, pp. 289-290.

<sup>1223</sup> Mezzanotte, Carlo, *op. cit.*, nota 526, pp. 170 y 171.

<sup>1224</sup> Cabo Martín, Carlos de, *op. cit.*, nota 1099, p. 235, también, “Garantismo y ley material”, *cit.*, nota 1046, p. 303.

<sup>1225</sup> Cheli, Enzo, “Introduzione”, en Barile, P. *et al.* (cura), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Milán, 1982; *id.*, Grassi, Stefano, “Osservazioni sul nuovo ruolo della Corte Costituzionale nella forma di governo”, en Romboli, Roberto (cura), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 153.

los diversos momentos históricos, se desarrollan o acentúan cada una de estas características del sistema. En condiciones de inestabilidad, transición, ineficiencia y parálisis del sistema político, los jueces devienen sede de mediación de los grandes intereses sociales que no encuentran expresión en las instituciones representativas tradicionales, y promotores de reformas en nombre de los valores constitucionales; en condiciones opuestas de estabilidad, competencia, eficiencia, orden, devienen órganos de los intereses minoritarios que se mueven en los márgenes de un sistema que no los representa. En el primer caso se acentúa el aspecto político del modelo, mientras que en el segundo es la vertiente jurisdiccional la que encuentra expansión.<sup>1226</sup>

Es importante resaltar que existe un estrecho nexo entre la funcionalidad del sistema político representativo y el sistema de justicia constitucional: el desarrollo de este último depende de las características del primero. Como escribe Pizzorusso, el grado de incidencia de las decisiones del juez constitucional depende, en gran medida, de la forma en que funcionan las instituciones constitucionales en su conjunto y, concretamente, el legislativo. La justicia constitucional estaría llamada a desarrollar una función dirigida al enriquecimiento del tejido institucional propio de la democracia representativa, y a fungir como válvula de seguridad operando según la mayor o menor presión política que se acumule dentro del sistema. Ante la crisis actual de la institución representativa, el órgano jurisdiccional no sólo estaría llamado a tutelar los intereses de las minorías frente a los eventuales abusos de las mayorías, sino a cubrir las insuficiencias del funcionamiento de los mecanismos de representación de los intereses sociales.<sup>1227</sup>

Es difícil decir ahora, en consecuencia, que los jueces sean exclusivamente un poder que contiene a otros poderes, que detienen o limitan al Poder Legislativo en su función de crear derecho. Pero esta afirmación no puede conducirnos a desdeñar que la existencia de un fuerte órgano de control de constitucionalidad de las leyes puede comportar el riesgo de que la actividad política dependa cada vez más de la jurisdicción, y que las fuerzas políticas recurran “precipitadamente” a ella soslayando la resolución democrática de los conflictos. Garapon ha visto con claridad las consecuencias de este proceder. Para él, los tribunales se han convertido

<sup>1226</sup> Cheli, Enzo, *op. cit.*, nota 700, pp. 272 y 273; *id.*, *op. cit.*, nota 1225, p. 12; *id.* y Caretti, Paolo, *op. cit.*, nota 259, pp. 34-36.

<sup>1227</sup> Cheli, Enzo y Caretti, Paolo, *op. cit.*, nota 259, pp. 37 y 38.

en guardianes de las promesas contenidas en las Constituciones. Su relevancia, dice, es expresión del “fracaso del hombre y la sociedad democráticos” y su activismo

no puede entenderse si no se vincula con un movimiento profundo, del cual es solo una de sus manifestaciones. No se trata de una transferencia de soberanía al juez, sino de una transformación de la democracia. Los jueces no gozarían de tal popularidad sino satisficieran una nueva expectativa política, de la que se han convertido en campeones, y si no representaran una nueva manera de comprender la democracia.<sup>1228</sup>

Para Portinaro, la creciente participación de la justicia dentro del Estado constitucional conlleva una alteración fundamental en el equilibrio de poderes y un importante daño a la autonomía de los ciudadanos que pone en peligro la sustancia democrática del Estado de derecho. Lo que se delinea, opina, es el escenario de una salida del modelo constitucional de la sociedad liberal democrática y la posible entrada a una forma de Estado constitucional no legitimado democráticamente.<sup>1229</sup>

Precisamente aquí está el núcleo de la cuestión. Como ha señalado Dogliani, la transferencia de poderes del legislador a los tribunales puede significar la reestructuración de la democracia en sentido elitista y oligárquico.<sup>1230</sup> Radbruch ya advertía de la posibilidad de que exista una situación de guerra entre el pueblo y la justicia; y Abendroth observaba que los controles constitucionales tienen el inconveniente de su menor carácter representativo, su conservadurismo estructural y tendencial burocratismo. Su función, decía, que encierra altas dosis de decisión política, puede resultar restrictiva,<sup>1231</sup> ya que, como enseña la experiencia, cuando

<sup>1228</sup> Esta afirmación de Garapon la recoge Fix-Fierro, Héctor, “Poder Judicial”, en González, M. R. y López Ayllón, S. (eds.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, 1999, p. 170.

<sup>1229</sup> Portinaro, Pier P., *op. cit.*, nota 254, p. 430.

<sup>1230</sup> Dogliani, Mario, “Los problemas del constitucionalismo en la crisis del Estado social”, trad. de M. A. García Herrera, *Estado de bienestar: perspectivas y límites*, Zaragoza, Pórtico Librerías, 1998, p. 689.

<sup>1231</sup> Aguilera de Prat, Cesáreo R., “Problemas de la democracia y de los partidos en el Estado social”, *REP*, Madrid, núm. 67, 1990, p. 100. Jefferson dijo en el mismo momento en que se ponía en funcionamiento el control judicial: “el tribunal, como instancia suprema de todas las cuestiones Constitucionales, significaría someternos al despotismo de una oligarquía”. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de A. Gallego Anabitarte, Madrid, Ariel, 1964, p. 310. Los jueces pueden imponer a la sociedad una

se verifican cambios en el orden político y económico el juez constitucional prefiere no arriesgar mucho, aferrándose a los valores consagrados por la tradición: “il suo controllo sull’azione legislativa è molto più incisivo e intraprendente, allorchè sono in gioco mere riforme di dettaglio, provvedimenti di natura contingente”.<sup>1232</sup> De Vega también ha advertido del peligro de caer en la “desvertebración democrática del Estado” que conduciría “directamente a convertir a la Constitución, como gran programa político de la libertad, en el único criterio legitimador de la vida pública”. Si esto sucediera, se impondría la lógica de la Constitución sobre la lógica de la democracia, la voluntad de aquella sobre la voluntad del pueblo. Las Constituciones, de esta forma, dejarían de “ser en la práctica obra del pueblo y fiel reflejo de la realidad social, para convertirse en creación de poderes constituyentes ocultos y misteriosos”.<sup>1233</sup>

Hemos tratado de mostrar que el aumento de la influencia del juez constitucional en la vida del Estado proviene de una comprensión más intensa de los derechos y de las deficiencias del proceso político de formación de la voluntad estatal. La materialización de los derechos aumenta de forma considerable e inevitable la participación de los jueces en la evolución, modernización y creación del derecho,<sup>1234</sup> debido a que pretenden abarcar todo el mundo jurídico y tienen varias facetas de desarrollo, todas ellas vinculantes para los poderes públicos y, específicamente, para

ideología, retener el avance hacia mayores formas de justicia social o incluso fortalecer la centralización o la autoridad de un solo poder en detrimento del equilibrio de poderes. Al respecto, Wheare, K. C., *op. cit.*, nota 369, pp. 100 y ss. Asimismo, pueden retardar reformas sociales o evitar cambios importantes para el progreso de la comunidad. Los ejemplos clásicos al respecto son la República de Weimar (1919-1933) y la crisis entre el presidente Roosevelt y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (1933-1937). Abendroth con respecto a la República de Weimar dice que hubo en ella una “corrosión sistemática del derecho constitucional por las artes interpretativas de los juristas anti-democráticos activos en la ciencia y en la jurisprudencia”. Abendroth, Wolfgang, *op. cit.*, nota 1054, p. 414. Como escribió en su momento Lincoln, si el ciudadano deja las cuestiones esenciales que afectan a todo el pueblo a las decisiones del tribunal supremo, el pueblo habrá dejado de ser el soberano y habrá entregado prácticamente su gobierno a las manos de ese eminente tribunal.

<sup>1232</sup> Vita, Ana de, “I valori costituzionali come valori giuridici superiori nel sistema francese. Il Conseil constitutionnel fra nuovi compiti e nuove responsabilità”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1984, pp. 68 y 80.

<sup>1233</sup> Vega García, Pedro de, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *REP*, Madrid, núm. 100, 1998, pp. 35 y 46.

<sup>1234</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 562, p. 617.

el legislador, además de que existen síntomas de disfunciones en diversas sedes del poder político. Hace tres décadas, Trujillo advirtió que la extensión del control de constitucionalidad estaba conectada con problemas, tales como la pérdida de prestigio de la Constitución y la crisis de la concepción clásica de la ley: dos de las cuestiones más importantes de la fenomenología político-constitucional de nuestro tiempo. Estos problemas están íntimamente unidos a otros, como la ineficacia conformadora de las Constituciones y sus fórmulas, y el dominio de los mecanismos institucionales del Estado por grupos políticos y económicos que imprimen orientación al proceso político. Estas situaciones exigen intentar su remedio. “Por eso, si realmente importa vigorizar el sentimiento constitucional estimulando la confianza en la Constitución, es evidente la necesidad de reforzar la eficacia de sus prescripciones, dotándolas de garantías eficientes”.<sup>1235</sup>

<sup>1235</sup> Trujillo Fernández, Gumersindo, *op. cit.*, nota 828, pp. 7 y 8.