

CÁTEDRA

Sin intención de defraudar expectativas, la entrega de esta sección analiza varios aspectos de lo que se ha llamado nuevo modelo de Estado constitucional, separando los modelos "legislativo" y "constitucional" del estado de derecho, bajo las premisas de que las constituciones son reflejo de la moral social y "ningún modelo de Estado es perfecto".

## El nuevo modelo de Estado constitucional

Pedro Talavera\*

### I

Comenzar una sección nueva, con este título, en una publicación jurídica, supone un doble desafío. Por un lado, genera expectativas de que algo relacionado con la filosofía del derecho revista la suficiente importancia como para merecer un espacio dentro de la abigarrada oferta en que se mueven los redactores a la hora de decidir contenidos, y eso eleva considerablemente el nivel de responsabilidad de quien se compromete a llevarla adelante: no defraudar expectativas es tan o más importante que garantizar la propia calidad e interés de los contenidos. Por otro lado, reflexionar sobre el derecho desde

\* Doctor en derecho y profesor titular de filosofía del derecho de la Universidad de Valencia, España.

la perspectiva del "deber ser", de modo que pueda interesar a quienes sólo respetan los dictados positivos del derecho que "es", resulta una osadía; no obstante: ¿hay alguien más osado que un filósofo?

Movido por el afán de seducir al operador jurídico con cuestiones *sobre el sentido* y afrontando el desafío de hacerlo desde la claridad, la brevedad y sin la opacidad de esos aparatos críticos que aprisionan al texto y a su autor, asumo el cometido que Carlos Villabella, director de *IUS* tuvo la gentileza de encargarme —siendo yo un desconocido dentro del panorama iusfilosófico internacional, que goza de insignes cabezas—, con una confianza en mí digna de quien cada día, como un nuevo Sísifo, aborda la tarea de sacar adelante una revista en el despiadado mundo universitario de hoy. Yo confío, a mi vez, en no defraudar su confianza y tampoco la de los lectores, muchos o pocos, que esta sección consiga tener. Al tiempo que me manifiesto abierto a debatir y contestar cuantas cuestiones y sugerencias se me planteen, agradeciéndolas de antemano.

Hemos elegido para este comienzo, en consonancia con el hilo conductor del presente número, una aproximación crítica al actual modelo de Estado constitucional, que se ha implantado como una sucesión superadora del Estado legis-

CÁTEDRA

lativo de derecho —modelo clásico surgido de la Revolución francesa—, en el contexto de las sociedades pluriculturales que predominan en el mundo desarrollado. Ojalá comencemos con buen pie.

II

Uno de los conceptos más invocados en la filosofía política es el de estado de derecho. Más que un concepto es, en realidad, una ideología jurídico-política, puesto que no es consustancial al concepto de Estado ser “de derecho”. Hablamos de estado de derecho cuando éste representa el modelo de gobierno *sub leges* y *per leges*. En otras palabras, cuando el poder actúa conforme a derecho, es decir, sometido a normas jurídicas preconstituidas: “el gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres”. En este modelo —escribió Weber— se obedece “no a la persona en virtud de su derecho propio, sino a la regla estatuida, la cual establece a quién y en qué medida se debe obedecer?”<sup>1</sup>

*El modelo “legislativo” de estado de derecho*

Históricamente, la concepción del estado de derecho en Europa surge de la Revolución francesa, cuyo objetivo había sido garantizar la libertad y la igualdad de todos los

<sup>1</sup> M. Weber, *Economía y sociedad*, FCE, Madrid, 1993, p. 707.

hombres, encuadrándolos en la categoría de ciudadanos, acabando de ese modo con los privilegios de la monarquía, la nobleza y el clero. Este programa se llevó a cabo mediante la consagración de un catálogo de derechos y libertades en la universalmente famosa *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, de 1789, posteriormente convertida en preámbulo de la primera Constitución republicana de 1793. Como garantía de esos derechos, se estableció una específica organización para el Estado: separación de los tres poderes (legislativo, ejecutivo, judicial) y sumisión de todos ellos al derecho. Ahora bien, una serie de motivos políticos (entre los que jugó un papel importante la existencia de monarquías), unido a la ideología “legalista” que concebía a la ley como norma esencialmente justa, impidieron que en Europa se desarrollara, por un lado, la idea de Constitución como norma jurídica vinculante para todos los poderes y, por otro, que la separación de poderes fuera un principio eficaz para limitar el potencial abuso de cualquiera de ellos.

La sumisión del poder a derecho (el estado de derecho) se construyó sobre una concepción unitaria de la soberanía entendida como poder *legibus solutus*. Desde esta concepción, la ley es la más alta expresión de la soberanía y, por ello, queda al margen de cualquier límite o control. Pero además, la ley que entroniza

CÁTEDRA

el estado de derecho es una norma caracterizada por la generalidad y la abstracción, dos rasgos formales que garantizan máximamente su justicia y que postulan, por tanto, el sometimiento a sus dictados.<sup>2</sup> Como consecuencia, el modelo de estado de derecho nacido de la Revolución francesa se configura básicamente como un Estado *legislativo* de derecho, en el cual prevalece el denominado “Imperio de la Ley” que produce un claro y evidente desequilibrio en el principio de separación de poderes, establecido como un sistema de frenos y contrapesos recíprocos. En efecto, el legislador se convierte en omnipotente porque se arroga la legitimidad de la soberanía, de ahí que los otros poderes deban, sencillamente, someterse a sus decisiones. Bajo este planteamiento las constituciones terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales sólo tuvieron eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconocía y con el alcance que la ley les daba; en absoluto supusieron un límite al poder legislativo.<sup>3</sup> En definitiva, el estado de derecho se desarrolló en

Europa como Estado legislativo de derecho, y ello se tradujo en la sumisión de la Administración y del Juez a la ley que, como norma general y abstracta, expresión de la voluntad general, vino considerada y presu- puesta como esencialmente justa.

La sujeción de la Administración a la ley en este modelo va mucho más allá del principio de legalidad y se establece, como decimos, en términos de subordinación: la Administración sólo puede actuar con una previa habilitación legislativa, lo que significa que para ella rige el principio: “todo lo que no está permitido está prohibido”. Esa sumisión se conseguirá plenamente con el establecimiento de un control judicial sobre sus actos (la jurisdicción contencioso-administrativa), auténtico hito frente a las prerrogativas del Ejecutivo, conservadas como el último reducto del absolutismo monárquico.

La vinculación del Juez a la ley también se contempla en términos de subordinación: frente al legislador, que posee una legitimidad política o “de origen”, los jueces tan sólo tienen una legitimidad “técnica” o “de oficio”, es decir, que su actuación será aceptable en la medida en que pueda verse como una exacta aplicación de la ley. El recurso de casación, inicialmente concebido para evitar el peligro de manipulación judicial de la ley a través de su interpretación, constituye una prueba clara de este esfuerzo por

<sup>2</sup> Éste es un aspecto que está muy presente en Rousseau, quien entiende que la generalidad y la abstracción son características de la ley, lo que, unido a la generalidad de la voluntad legislativa, le conduce a proclamar que la ley no puede ser injusta, “puesto que nadie es injusto consigo mismo”. Ver *Contrato social*, Libro II, cap. IV.

<sup>3</sup> Vid. la teorización que realiza al respecto G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, principios, justicia* (1992), Trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 13-28.

CÁTEDRA

garantizar la primacía del Legislativo sobre el Judicial.

*El modelo “constitucional” de estado de derecho*

Históricamente, el Estado constitucional de derecho es la forma política que cuajó en el constitucionalismo norteamericano a partir de su declaración de independencia en 1776. A diferencia del constitucionalismo europeo —desarrollado a partir del “Imperio de la Ley” y del mero valor político de las constituciones—, los Estados Unidos asumieron desde el principio el valor *normativo* de la Constitución. Este principio se fue incorporando al resto de países apenas desde mitad del siglo xx. Fue la necesidad de poner límites al poder (incluso deocráticamente ejercido) y de garantizar de manera inviolable los derechos fundamentales, lo que condujo a partir de los años cincuenta en Europa a la construcción del denominado *Estado constitucional*, frecuentemente ligado a la ruptura con regímenes políticos de corte autoritario y al deseo de refundar la organización del Estado sobre un nuevo modelo de legitimidad. Éste es el móvil que anima el impulso constituyente en Europa tras la Segunda Guerra Mundial, y que se plasma primeramente en dos nuevas constituciones de posguerra: la italiana, de 1947 y la alemana (Ley Fundamental de Bonn), de 1949. La experiencia fas-

cista y nazi demostraron que, en nombre de una legalidad vigente y democráticamente aprobada, podían perpetrarse los crímenes más execrables. Para evitar esa macabra paradoja se confeccionaron catálogos (constitucionales) de derechos que se situaron por encima de cualquier contingencia política. Ese mismo afán de refundación política y ruptura con un pasado autoritario estuvo también presente en los posteriores procesos constituyentes de Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978). La oleada constituyente se extenderá en los ochenta a muchos países de América Latina, en un intento (también) por reconstruir su organización política tras experiencias de dictaduras militares o guerras civiles. Más recientemente este proceso se ha producido en los antiguos países socialistas. Podríamos decir, incluso, que el paradigma del Estado constitucional, en cuanto que supone el establecimiento de límites al poder, tiende a implantarse incluso en el ámbito internacional mediante la ratificación de documentos normativos supranacionales (Carta de Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948) y la creación de Tribunales Internacionales de Justicia llamados a garantizar su eficacia.

Aunque esta idea de Estado constitucional continúa siendo una cuestión abierta y debatida entre los teóricos del derecho y de la ciencia

CÁTEDRA

política, de una forma genérica y aproximativa, podríamos denominar “constitucional” a aquel modelo de Estado en el que, junto a la ley, existe una Constitución democrática con auténtico carácter normativo que establece límites jurídicos al poder con el fin de garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos. Dicho de otro modo: en este modelo de Estado, la Constitución (y la carta de derechos que incorpora) no es un mero documento político o un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador, sino una auténtica norma jurídica con eficacia directa dentro del Ordenamiento. Además, dado que procede de un poder con legitimidad “cualificada” (el poder constituyente) se trata de la norma “más alta” de todo el sistema jurídico. Eso significa que también la ley ordinaria (aprobada en el Parlamento) debe respetar los derechos, principios y reglas establecidos en la Constitución, que se convierten así en su condición de validez. En efecto, como consecuencia de la “fundamentalidad” de sus contenidos y de la especial legitimidad de su artífice, el Estado constitucional establece la supremacía política de la Constitución y, consecuentemente, su supremacía jurídica como una especie de “supralegalidad”. Precisamente por ello, suele decirse que el Estado constitucional es un paso más en la idea de estado de derecho; o mejor, es como su culminación: si el Estado legislativo de derecho había supues-

to la sumisión de la Administración y del Juez al derecho, y en particular a la ley, en el Estado constitucional de derecho también el legislador viene sometido a derecho, en este caso a la Constitución. Así pues, el Estado constitucional de derecho incorpora, junto al principio de legalidad, el *principio de constitucionalidad*.

Así pues, uno de los rasgos que mejor definen el Estado constitucional de derecho es la orientación del Estado a la protección de los derechos fundamentales, al margen (o incluso por encima) de la ley: la eficacia de los derechos se produce no en la medida y en los términos marcados por la ley, sino en la medida y en los términos establecidos en la Constitución. Ahora bien, el enunciado constitucional de los derechos se efectúa, por lo general, en términos amplios e imprecisos, por lo que son frecuentes las dudas sobre su contenido y alcance. ¿Quién debe determinar el alcance o precisar el contenido de los derechos? He aquí una primera cuestión polémica. De acuerdo con el principio democrático, debería ser el legislador, como depositario de la soberanía, quien se pronunciara. Pero dado que estos derechos tienen un carácter supralegal (por tanto, supramayoritario; es decir, no sometidos a la contingencia política) resulta que son los jueces (constitucionales u ordinarios) quienes, en su tarea de hacer valer la Constitución, asumen este cometido. Y éste es un rasgo clave de este mo-

CÁTEDRA

delo: otorgar a la Constitución un carácter normativo comporta cambios muy profundos en la manera de concebir el derecho y las propias instituciones jurídicas. En particular, comporta cambios profundos en la manera de concebir las relaciones entre legislación y jurisdicción. En efecto, el principio de legalidad en relación con el juez, que tradicionalmente significaba vinculación exclusiva del juez a la ley, ahora debe entenderse como vinculación del juez a los derechos y principios constitucionales *antes* que a la ley (el juez puede negarse a aplicar la ley si la considera contraria a esos derechos o principios), lo que resulta muy polémico desde el punto de vista del principio democrático. Esta realidad ha catapultado al juez a una posición clave dentro del sistema como supremo garante de los derechos de los ciudadanos, por encima, incluso, de la ley (su decisión, que no tiene fundamento democrático, puede contradecir la ley, que goza de toda la legitimidad democrática). En el Estado constitucional se produce, pues, una doble realidad.

*Los jueces deben hacer valer la Constitución por encima de la ley*

En el Estado constitucional el juez está vinculado a la ley (principio de legalidad) pero antes a la Constitución (principio de constitucionalidad). Esa doble vinculación del juez (a la ley y a la Constitución)

significa que sólo está obligado a aplicar *leyes constitucionales*, de manera que está obligado a realizar un juicio previo de constitucionalidad de toda ley que deba aplicar. Si entiende que la ley es constitucional (porque cabe hacer de ella una interpretación conforme a la Constitución), entonces debe aplicarla. Pero si la ley no resulta constitucional (porque no cabe hacer de ella ninguna interpretación constitucionalmente adecuada), entonces no está vinculado a ella y no debe aplicarla. En este segundo supuesto, en los sistemas denominados de *judicial review* (juicio directo de constitucionalidad por parte del juez ordinario), como es el caso anglosajón, los jueces pueden “desplazar” la ley y resolver el caso aplicando directamente la Constitución. En los sistemas de control concentrado (existencia de tribunales constitucionales), los jueces no pueden desplazar la ley sino que vienen obligados a plantear una “cuestión de inconstitucionalidad” al tribunal constitucional, que es el único órgano llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley. En ambos casos el papel del juez se relanza en relación con la ley: en el primero (*judicial review*) porque se reconoce directamente la facultad del juez para no aplicar las leyes que considera inconstitucionales; en el segundo (control concentrado) porque, a pesar de no tener dicha facultad, es posible que el juez

CÁTEDRA

pueda “esquivar” la ley bajo el argumento de que está haciendo una interpretación de la ley conforme a la Constitución; o sea, es posible que el juez aplique la Constitución (o el entendimiento que tiene de la misma) en detrimento de la ley.

*Las constituciones son reflejo de la moral social*

Las constituciones, en efecto, consagran una gran cantidad de derechos y principios que son el reflejo de las concepciones morales de la sociedad. Son, por así decirlo, moral positivada o, como también se ha dicho, derecho natural positivado. Además, estos principios y valores constitucionales ni siquiera reflejan una concepción uniforme de la justicia. Son principios y valores tendencialmente contrastantes, por lo que la eventual presencia de varios de ellos en un caso concreto (cosa por lo demás muy frecuente) deja al juez sin guía para la acción: se abre un ancho margen para la discrecionalidad judicial, pues es el juez quien debe sopesar los principios constitucionales en juego y decidir razonadamente (o sea, discrecionalmente) cuál de ellos debe prevalecer en ese caso concreto. En suma, la necesariamente abierta interpretación de las normas constitucionales, impregnadas de valores de justicia, así como la presencia en la mayoría de los casos de valores y principios constitucionales contrastantes entre

sí, parece que conduce inevitablemente a que en la resolución del caso concreto terminen triunfando las opciones valorativas del juez sobre las del legislador. Lo que contribuye a reafirmar nuevamente el papel de aquél en detrimento del éste.

*El protagonismo de los jueces*

Como acabamos de ver, el Estado constitucional nos sitúa ante una importante paradoja: la actuación judicial, en principio, debe estar regida por el principio de legalidad, cuyo significado fue precisamente evitar que el juez pudiera crear derecho con sus decisiones, ya que carecía de la legitimidad democrática propia del Legislativo; para ello la ley siempre trató de reducir al mínimo las facultades dispositivas o discrecionales del juez: para que el poder judicial fuera, en cierto sentido, nulo. Sin embargo, el principio de constitucionalidad acaba confiando al juez un enorme poder discrecional, que le permite en última instancia crear derecho: baste con invocar en sus decisiones los principios y derechos constitucionales.

En consecuencia, las leyes en el Estado constitucional vienen sometidas a una doble legitimidad: una legitimidad formal (órganos y procedimientos de producción legislativa) que se verifica en los parlamentos y emana del principio democrático; y una legitimidad material (derechos, valores y principios) que debe in-

CÁTEDRA

formar toda la legislación, y cuya observancia depende del criterio de los jueces, cuya actuación no se fundamenta en el principio democrático. Esto significa que el juez se ha convertido en el protagonista absoluto de este modelo de Estado constitucional, ya que sólo él puede garantizar todo el sistema de valores, principios y derechos recogidos en la Constitución. ¿Es ésta una responsabilidad que debe considerarse inherente a la función judicial o es demasiado poder para una institución cuya legitimidad no dimana del principio democrático? No hay unanimidad en la respuesta.

¿Es posible conciliar la lógica del principio de legalidad (sumisión del juez a la ley) tradicionalmente sostenida por el positivismo europeo, y la del principio de constitucionalidad (vinculación del juez a los valores, principios y derechos con-

sagrados en la Constitución, más allá de la ley)? Digamos que, más que superar la aporía, el Legislativo ha buscado el mecanismo para conservar su supremacía política y legislativa: consiste, obviamente, en participar de manera decisiva en el proceso de selección de los miembros que componen los tribunales constitucionales. En efecto, en la mayoría de países, estos órganos acaban siendo un reflejo de la composición de la Cámara legislativa, ya que sus miembros acaban siendo designados a propuesta de los diversos grupos parlamentarios. Esto produce una evidente politización de sus decisiones más importantes. Los ejemplos son abundantes y conocidos en todas partes. De ahí que tal situación también genere malestar. En fin, parafraseando la mítica escena cinematográfica: “ningún modelo de Estado es perfecto”. ■

ACTUALIDAD LATINOAMERICANA

Los profesores que para la ocasión colaboran en esta sección se encuentran muy vinculados con los procesos constitucionales de última data ocurridos en América Latina, por lo que sus opiniones son muy valiosas no sólo como estudiosos del derecho constitucional que son, sino además como observadores privilegiados de acontecimientos. En este caso transcribimos dos comentarios sobre el proceso constituyente de Bolivia y la propuesta de reforma

constitucional de Venezuela, cuyos resultados ya han sido ampliamente divulgados.

### De Sucre a Oruro, pasando por Santa Cruz

Rubén Martínez Dalmau\*

El sábado 15 de diciembre todos parecían felices en Bolivia. Con la tensión que se vive en el país, es difícil no pensar, como diría Obélix,