

LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESTADO DE DERECHO

FRANCISCO OCTAVIO ZUÑIGA URBINA
Universidad La República

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ESTADO DE DERECHO CONTEMPORANEO

1. *Los Derechos Humanos y el Estado Liberal de Derecho*

Los derechos humanos, entendidos como conquistas éticas de un grupo social: etnia, estamento o clase que cristalizan en el orden jurídico, son específicamente un producto histórico de la modernidad. En términos históricos el origen de los derechos humanos se vincula al origen del liberalismo (la ideología política de la clase burguesa económicamente dominante en los siglos XVII y XVIII en Europa). El liberalismo como ideología política de la burguesía, confiere al "hombre" abstracto centralidad en la construcción de una cosmovisión del mundo. En este orden de ideas, el iuspublicista Manuel García-Pelayo, escribe: "El liberalismo se caracteriza por ser una concepción individualista; es decir, una concepción para la cual el individuo y no los grupos constituyen la verdadera esencia; los valores individuales son superiores a los colectivos, y el individuo, en fin, decide su destino y hace la historia".¹ Esta tesis es controvertida por aquellos autores que creen ver el origen de los derechos humanos en la

¹ GARCIA-PELAYO, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*. Alianza Editorial S.A. Madrid, 1984. Pág. 143-144-145

También consultar sobre liberalismo individualista el clásico de la filosofía de C. B. MACPHERSON: *The Political Theory of Possesive Individualism*. Oxford, Clarendon Press, 1962 (hay traducción castellana). Además del mismo autor: *La democracia liberal y su época* (trad. F. Santos Fontcía), Alianza Editorial S.A., Madrid 1982.

Edad Media, mencionándose como referencias tópicas la Carta Leonesa otorgada por el monarca Alfonso IX de 1188 y la Magna Carta otorgada por el monarca inglés Juan II en 1215. En este sentido plantea E. Díaz, que en el "contexto espiritual-cultural de la Edad Media se manifiestan tendencias doctrinales, teológicas y filosóficas, limitadoras de la voluntad omnímoda de la autoridad, especialmente cuando esta voluntad choca con los principios valorativos que por dichas tendencias doctrinales se consideran deben inspirar la legislación y la acción de gobierno".² Son controles ético-religiosos conferidos al estamento clerical y al poder papal que apelan a un Derecho Natural que no autoriza a hablar de Estado de Derecho. El "Estado" Feudal, es un orden jurídico descentralizado, esto es, el poder político está atribuido al monarca, a la nobleza y al clero; pero éstos ejercen un poder absoluto respecto de los destinatarios del poder. La burguesía en los siglos XV-XVI va a encarnar la rebelión contra el orden feudal, primero a través de un amplio movimiento intelectual: el Renacimiento (la modernidad) y más tarde apoyando decididamente la formación del Estado absoluto, que como organización jurídico política de transición va a contribuir a consolidar las nuevas fuerzas productivas del capitalismo.

En el contexto del Estado absoluto, la burguesía aspira a declarar sus derechos como atributos de los individuos anteriores al Estado; que emanan de la universalidad de la naturaleza humana (y de la razón). El siglo XVIII va a estar marcado por el triunfo de la burguesía, que va a plasmar sus derechos en declaraciones configuradoras de un nuevo orden jurídico político. Tales declaraciones de derechos tienen en común con las cartas medievales el ser limitadoras del poder político estatal, pero difieren en cuanto a "los supuestos, la estructura, el sujeto y la expresión". Con claridad meridiana, García-Pelayo plantea que:

- "a) En cuanto a sus supuestos, pues de lo que se trataba entonces era el reconocimiento de situaciones concretas y particularizadas, de poderes fácticos o de normas del "buen derecho antiguo", tradicional y hasta entonces consuetudinario, a las que se les daba una expresión más o menos solemne (Carta Magna de 1215, Bula de Oro de Hungría de 1222, Privilegios de la Unión Aragonesa de 1286, etc.); pero carecían de ese carácter planificador de la vida política con arreglo a principios apriorísticos, racionales y generales que distinguen a las modernas declaraciones (...). La misma idea originaria tiene, pues,

² DIAZ GARCIA, Elías: *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Taurus Ediciones S.A., Madrid, 1984. Pág. 24.

diversa significación, según se conexione con una concepción racional o tradicionalista del derecho y con el principio de igualdad o de diversidad".

- "b) Los derechos medievales formaban un complejo de derechos subjetivos heterogéneos en su contenido y significación; en cambio los modernos derechos individuales forman una regla de derecho objetivo."
- "c) El sujeto de los modernos derechos individuales es el individuo aislado o, si se quiere, inmediatamente conexionado con la humanidad o con el Estado. En cambio, en la Edad Media lo era en cuanto miembro de un grupo social concreto interferido entre el individuo y el poder central o el orden universal."
- "d) De todo esto se desprende que tales derechos medievales habrían de tener otra expresión, pues es claro que el pluralismo de supuestos y de entidades tenía que corresponderse con una expresión jurídica pluralista; en consecuencia, el instrumento en que se manifiestan tales derechos no es la ley general, sino la costumbre o la norma particularizada: el pacto; "el fuero", "el compromiso", etc.; pues incluso cuando se trata de "Cartas Generales", se refieren solamente a una parte de la población".¹ Con todo, existe una conexión histórica entre las cartas medievales y las declaraciones modernas, particularmente clara en el mundo anglosajón en que los derechos civiles y políticos tiene su antecedente en la "tradicición" (entre otros factores generadores).

En los siglos XV-XVI se consolida el Estado absoluto que posee en su estructura un ejército y una burocracia de grandes magnitudes que debe ser financiada principalmente por la clase burguesa.³ Tal Estado es un verdadero *Leviatan* con un poder concentrado y que reconoce ámbitos muy reducidos a la autodeterminación de los particulares, principalmente en materia de libertades comerciales y de iniciativa económica. Este orden absolutista engendra dos antinomias, que darían lugar al Estado Liberal:

³ WEBER, Max: *Economía y Sociedad* (trad. Medina Echeverría), Fondo de Cultura Económica, México, 1984. Del mismo autor: *Ensayos de Sociología Contemporánea* (vol. I, segunda parte). Trad. M. Bofill, Editorial Planeta De Agostini S.A., Barcelona, 1985.

la escisión entre el Estado y la sociedad civil y la doctrina del Derecho Natural Racionalista que reacciona frente al decisionismo (del Estado absoluto). La doctrina del Derecho Natural seculariza el fundamento del poder político del Estado, formulándose en lo jurídico-político la doctrina de los derechos naturales anteriores al derecho positivo, instrumentos limitadores del poder y que posibilitan el desarrollo capitalista.

En cuanto al origen (y fuente de inspiración filosófico-político) de los derechos humanos en las declaraciones de la modernidad, los autores han planteado visiones diversas e incluso antagónicas. Particularmente ilustrativo, sobre este punto resulta ser la polémica sostenida entre dos notables estudiosos como son Georg Jellinek y Emile Boutmy.⁴ Sobre este punto, sostenemos que el origen de los derechos humanos es la doctrina del Derecho Natural Racionalista (humanista y secular desde sus orígenes renacentista). Para la filosofía política las modernas declaraciones se inspiran en el liberalismo individualista, la nueva ideología de la clase burguesa. Con todo, en los diversos países europeos y Norteamérica, donde se verificó la "Revolución Burguesa", la función, el sentido, el acento de los derechos humanos, difiere, pues cada proceso histórico tiene sus particularidades.⁵

En cuanto a las declaraciones de derechos podemos establecer una línea de evolución. Las cartas medievales son textos que reúnen derechos históricamente existentes en favor de la nobleza feudal, el clero católico y los estamentos sociales de las ciudades; y que reflejan a un poder real débil. Las cartas medievales son concesiones unilaterales del monarca, vale decir, "constituyen estos textos legales medievales concesiones otorgadas bajo presión popular por los soberanos; son formalmente decretos y cartas otorgadas que emanan unilateralmente de la voluntad de los monarcas sin que haya intervención legislativa alguna del pueblo".⁶ Con la modernidad el carácter de concesión unilateral es superado, constituyen declaraciones dirigidas (en cierto grado) al individuo en su universalidad (el contexto societal en que se producen ya no es estamental, sino predom-

⁴ JELLINEK, Jorge: *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Editorial Nueva España S.A., México, 1945.

⁵ Para fundar esta tesis, me baso en la valiosa lectura del libro de HABERMAS, Jürgen: *Teoría y Praxis. Estudios de Filosofía Social*, (Trad. S. Mas Torres y Carlos Moya), Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987.

⁶ DIAZ, Elías. Ob. cit. Pág. 26.

minantemente clasista).⁷ E. Díaz, sostiene con claridad, que ... "En el contexto del pensamiento liberal, encontramos en la Edad Moderna en el mundo anglosajón como antecedentes válidos directos de lo que después será el Estado de Derecho".⁸ Las primeras declaraciones de la modernidad aparecen en este contexto como "Pactos" entre el monarca y el "Pueblo". A finales del siglo XVIII van a encontrar las condiciones histórico-sociales propicias para la "revolución burguesa" (en el caso norteamericano bajo la forma de independencia de las colonias frente a la Corona británica, y en el caso francés bajo la forma de una "revolución" contra el *Ancien Regime*), que va a elevar a la burguesía en clase económica y políticamente dominante. La burguesía y su ideología política van a declarar sus derechos, van a declarar su intención de constituir una nueva organización estatal: el Estado Liberal de Derecho. La Declaración de Derecho de Virginia (1776) y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia (1789), van a reflejar el triunfo de la burguesía, esto es, formulada y aprobada por una "convención o Asamblea Nacional" que reúne a representantes del "pueblo". En el siglo XIX se va a consolidar con sus especificidades nacionales el Estado Liberal de Derecho, junto a la economía capitalista.

2. LA CRISIS DEL ESTADO LIBERAL

El Estado Liberal de Derecho fue construido en base a una liberal "ademocrática" (que otorga centralidad al individuo en la sociedad y frente al Estado). La organización jurídico política del Estado es "racional", esto es, gobernada según leyes generales (fundadas en la soberanía nacional) producidas por el Parlamento.

En la historia del Derecho prima un modelo de legislador racional, resumen del ideal de la Ilustración. El poder se funda en una específica "racionalidad" legal.⁹ Así la Teoría del Derecho pasa del racionalismo ius-naturalista al positivismo formalista (e incluso al formalista ético).¹⁰

⁷ Sobre la sociedad estamental y el orden feudal, me remito al clásico de HINTZE, Otto: *Historia de las formas políticas* (trad. J. Díaz García). Ediciones Revista de Occidente, Madrid, 1964.

⁸ DÍAZ, Elías. Ob. cit. Pág. 26.

⁹ WEBER, Max *Economía y Sociedad*. Pág. 70 y sgtes.

¹⁰ GONZALEZ VICEN, Felipe: *Sobre el Positivismo Jurídico*, en *Estudios de Filosofía*

En este orden de ideas, García-Pelayo escribe: "El concepto de Estado de Derecho sufrió un proceso de desustancialización a través del positivismo, perdiendo aquellos contenidos de índole ontológica y axiológica que caracterizan su versión clásica (...). En realidad, lo que trata de defender la nueva versión del Estado de Derecho no era tanto unos derechos políticos a los que considera tan definitivamente asentados que los convierte en puros derechos legales, sino unos derechos privados, los derechos adquiridos, y para lo cual trata de reducir al mínimo la discreción administrativa. Ahora la burguesía no pretende afirmarse como una fuerza revolucionaria, buscando una justificación trascendente, sino que entra en el período de estabilidad y no anhela otra cosa que *securitas* frente a la administración..."¹¹ La protección de los derechos políticos se da por supuesta; de lo que se trata más bien es de proteger los "derechos civiles" frente al poder estatal.

Históricamente este período es el de expansión del capitalismo y de revoluciones industriales y científico técnicas. Lo cierto es que el Estado Liberal declaró derechos, pero derechos de la burguesía, de lo cual se deriva una grave insuficiencia, una contradicción interna. La pretendida racionalidad del Estado Liberal, se muestra como una forma de encubrir las graves insuficiencias del sistema.¹² En palabras del iusfilósofo E. Díaz: "Las insuficiencias del liberalismo estaban ya en gran parte presentes en la mencionada Declaración de 1789, expresión ideológica del triunfo de la burguesía, cuyo artículo final venía a definir y a fijar la propiedad como

del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna, España, 1979. También del mismo autor *Sobre los Orígenes y Supuestos del Formalismo en el pensamiento Jurídico Contemporáneo*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VIII, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1961. Madrid, 1961. El iusfilósofo GONZÁLEZ VICEN observa una dialéctica de continuidad y ruptura entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico, en cuanto ideologías burguesas: *Las teorías del positivismo jurídico son construcciones ideológicas de un punto de vista sobre el Derecho, condicionadas por el ser concreto de la realidad social* (pág. 177).

¹¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*. Pág. 159-160

¹² MARX sometió a crítica la teoría del Estado de HEGEL (monarquía constitucional) demostrando que bajo la aparente racionalidad del Estado se oculta un sistema histórico determinado de dominación política. Además, MARX sometió a crítica la doctrina de los *Derechos del Hombre* en cuanto derechos de la clase burguesa. Consultas de MARX, Karl: *Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel*, *La Cuestión Judía*, y *Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel*, entre otros escritos juveniles; en *Obras de Marx y Engels* (trad. y notas J.M. Ripalda), tomo 5. Editorial Crítica, Grupo Grijalbo, Barcelona 1978.

"un derecho inviolable y sagrado" (art. 17); esto, en el contexto capitalista llevaba de hecho a un insuficiente respeto de los derechos y libertades de los hombres no propietarios, es decir, de los proletarios".¹³ El liberalismo transforma los "derechos del hombre" en derechos de burguesía, el Estado de Derecho en Estado Legal. En ello radica una de las contradicciones internas del Estado Liberal en cuanto organización jurídico política. La raíz de la crisis del Estado Liberal de Derecho está en la unidad de dos términos de armonización difícil: la democracia y el capitalismo. García-Pelayo da cuenta de las antinomias concretas en el plano ideológico, entre democracia y liberalismo, al escribir:

"a) El liberalismo supone división de poderes como recurso técnico para limitar los propios poderes. La democracia, en cambio, no admite limitación alguna para los poderes del pueblo, por eso su más característica expresión histórico-positiva ha sido el gobierno convencional; b) Para el liberalismo es esencial la salvaguardia de los derechos de las minorías, pues todo individuo tiene una esfera intangible frente al poder del Estado; para la democracia, la voluntad de la mayoría no puede tener límite (...); c) El liberalismo significa así libertad frente al Estado; la democracia, posibilidad de participación en el Estado; d) El uno conduce a la afirmación de la personalidad; la otra, a su relativización ante la masa; e) Forma extrema de los supuestos liberales sería el anarquismo; forma extrema de los democráticos, el comunismo".¹⁴ El Estado Liberal entra en crisis como resultado de sus propias insuficiencias, puesto que frente a la demanda de igualdad, responde con la igualdad formal; a la demanda de participación responde con el sufragio censitario-capacitario; de asociación obrera responde con la "libertad".

El siglo XX va a conocer tres respuestas posibles, que son a saber: la respuesta autoritaria-capitalista a la crisis del Estado Liberal, esto es, el Estado Etico fascista y el nacionalsocialismo; la respuesta comunista, esto es, el Estado de Consejos y la respuesta de reforma al capitalismo en crisis y a su expresión jurídico-política el Estado Liberal que es la ideología del Estado Social de Derecho.¹⁵

¹³ DIAZ, Elías. Ob. cit. Pág. 29.

¹⁴ GARCIA-PELAYO, M. Ob. cit. Pág. 198, 199.

¹⁵ La crisis del Estado Liberal de Derecho y la ascensión del fascismo son tratadas con gran rigurosidad científica y perspectiva histórica por el iuspublicista ale-

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

A partir de fines del siglo XIX y principios del XX, se observa una progresiva intervención del Estado en la economía y en la sociedad, con una clara incidencia en el propio orden estatal que sufre una transformación que dialécticamente se une a la transformación de las relaciones sociales. El Estado en cuanto orden (organización de la fuerza) multiplica sus funciones, lo que se manifiesta exteriormente en una creciente burocracia.¹⁶ Existe, particularmente en el período de entre guerras y post Segunda Guerra Mundial, una fuerte presión de los movimientos obreros y de las burguesías, para que el Estado asuma una función activa en la economía, con fines de crear equilibrios más estables y de fortalecer el desarrollo capitalista. Loewenstein describe este proceso cuya primera manifestación fue la consagración en los órdenes jurídicos de los derechos sociales: "Las clases trabajadoras atacaron al capitalismo liberal por dos frentes: El proletariado industrial luchó finalmente con éxito por la igualdad de derechos políticos al alcanzar el sufragio igualitario, considerado como el medio para satisfacer su legítima aspiración de participar en el proceso político (...) Las masas trabajadoras del orden social capitalista, sometidas a las fluctuaciones de las coyunturas ocasionadas por un sistema de demanda y oferta con sus inevitables crisis, exigieron la seguridad económica para poder usar eficazmente sus derechos políticos (...) Cediendo a la presión creciente y para evitar una violencia explosión, el capitalismo de libre empresa se vio obligado a acceder paso a paso a las peticiones de las masas para una mejora económica y de una justicia social" (...). Actualmente, desde la mitad del siglo XX, el resultado es que el Estado ha asumido la función de planificar, regular, dirigir, controlar y supervisar la vida socioeconómica".¹⁷ El propio desarrollo capitalista que había originado un proletariado industrial, creaba con él una fuerza transformadora, que condujo algunos procesos revolucionarios. Este peligro revolucionario, las

mán H. HELLER, quien teoriza sobre el Estado Social, como organización del poder que dé respuesta a la crisis de la superestructura jurídica-política del capitalismo temprano. Consultar HELLER, Hermann: *Escritos Políticos* (trad. S. Gómez de Arteche) Prólogo y selección de A. López Pina), Alianza Editorial S.A. Madrid, 1985.

¹⁶ WEBER se anticipa a la realidad de su tiempo al describir las tendencias burocratizadoras al interior del Estado.

¹⁷ LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución* (trad. A. Gallego Anabitarte), Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1983, pág. 398-399.

crisis de la economía capitalista, las necesidades de expansión capitalista a escala mundial, exigían una reforma del sistema. La reforma del sistema aparece bajo la forma del Estado Social de Derecho.

El Estado Social como forma de organización jurídico-política del capitalismo tardío, se plantea como una fórmula que a través de la revisión y reajuste del sistema evite los defectos del Estado de abstencionista liberal, y sobre todo del individualismo que le servía de base postulando planteamientos de carácter social que por otra parte, queden también perfectamente diferenciados de cualquier otro sistema cercano a los totalitarismos fascistas.¹⁸ De esta manera, si "el Estado social significa un proceso de estructuración de la sociedad civil por el Estado correlativo, a un proceso constante de estructuración del Estado por la sociedad, hay que preguntarse sobre los valores y fines que lo orientan".¹⁹ La conexión del liberalismo individualista se hace sobre la base de proteger jurídicamente los derechos sociales, económicos y culturales, abriendo así una nueva dimensión a los derechos humanos, tras un objetivo de justicia social. Esta es la vía, así se plantea al menos para transformar los derechos y libertades formales en derechos y libertades reales. Este proceso está inmerso en una lógica que pretende dos objetivos: la acumulación capitalista en el marco de una sociedad dividida en clases y la legitimación del Estado por medio de la satisfacción de necesidades materiales de existencia de las clases trabajadoras, atenuando las desigualdades y dando solución a los conflictos. En este punto García-Pelayo plantea: "Una mínima satisfacción de las condiciones de existencia para los estratos inferiores y una esperanza de que en tales condiciones mejorarán constantemente de acuerdo al crecimiento del producto nacional son condición para acrecer la legitimidad, es decir, el consenso en el sistema cuyos beneficiarios principales son sin duda los estratos superiores".²⁰ Así las notas de identidad de la actual realidad societa-estatal del capitalismo tardío, son por un lado socialización del Estado y por otro, estatalización de la sociedad. En este contexto el Estado Social refleja una transformación real en comparación al Estado Liberal.²¹

¹⁸ DIAZ, Elías Ob. cit. Pág. 83.

¹⁹ GARCIA-PELAYO, Manuel: "Las Transformaciones del Estado Contemporáneo", Alianza Editorial S.A., 3ª ed., Madrid. 1982. Pág. 26.

²⁰ GARCIA-PELAYO, M. ob. cit. Pág. 29.

²¹ Sobre el Estado del Bienestar (que no es idéntico al Estado Social) autores cri-

II. LA CONSTITUCION Y LOS DERECHOS HUMANOS

I. *La Constitución como Norma Jurídica*

El Estado es la organización de la fuerza en una sociedad determinada, es decir, un orden jurídico coactivo. En la teoría tradicional del Derecho, la Constitución es atributo de la estatalidad, como también la Constitución debe tener un contenido axiológico determinado para adquirir la condición de tal. Para los críticos de la teoría tradicional, sean defensores del principio monárquico o los críticos de la izquierda, "como resultado de teorizar una análoga y determinada situación deficiente, la Constitución vendría a concretarse en una simple pieza lógico-sistemática presente en cualquier Estado de cualquier época y de cualquier signo y contenido, de modo que la Constitución pasa a ser, pues, un concepto formal y abstracto hasta el extremo positivista consecuentemente, puesto que es una pura realidad estructural de hecho, sean cuales sean los valores materiales que exprese".²² La cuestión del contenido valórico-político del texto constitucional, es sin duda extranormativo, pero no por ello carece de importancia en el plano de lo normativo.

El enfoque normativista de Kelsen, plantea que el Derecho puede ser analizado en cuanto sistema de normas jurídicas, en su doble aspecto: el dinámico y el estático. Así escribe el jurista vienés: "Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres".²³ Desde el punto de vista dinámico el derecho aparece como la "serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado".²⁴ El Derecho es un sistema de normas ordenadas en una estructura jerárquica, bajo la forma de una pirámide, que refleja el proceso de su autocreación. El Derecho es un sistema de normas, puesto que la validez de sus normas descansa sobre un único fundamento lógico, que en último término es una norma fundamental hipotética.

tos neomarxistas han teorizado sobre una, aún hipotética, crisis de legitimación del capitalismo tardío (que es una crisis de legitimación del Estado). Entre otros autores: J. HABERMAS, C. OFFE, J. O'CONNOR, L. FERROJOLI, D. ZOLO, etc.

²² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1982, Pág. 43.

²³ KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho* (trad. M. Nilve), EUDÉBA, 20 ed., Buenos Aires, 1984. Pág. 34.

²⁴ KELSEN. Ob. cit. Pág. 34.

tica. Kelsen escribe: "esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad".²⁵

La norma fundamental de la teoría kelseniana no es una norma de Derecho positivo, sino una hipótesis lógica presupuesta por el pensamiento, para dotar de plenitud y coherencia al sistema normativo. La norma fundamental en sentido jurídico-positivo, es la Constitución de cada ordenamiento estatal. Así si el derecho es fuerza, la Constitución como norma jurídica de más alta jerarquía del ordenamiento reflejará en su contenido la forma específica en que se organiza la fuerza, en cuanto faculta a determinados órganos para el ejercicio legítimo de dicha fuerza. En este sentido la eficacia de un orden jurídico es condición *sine qua non* de su validez. En el ordenamiento jurídico las normas se fijan en estratos o escalones en que las normas de superior jerarquía dotan de validez a las de inferior jerarquía, en una relación de concatenación que tiene como punto de término jurídico-positivo: la Constitución y como punto de término lógico: la norma fundamental. Consecuentemente, en el ordenamiento jurídico la Constitución aparece como la norma de superior jerarquía, como la norma suprema, independiente de su contenido valórico. Kelsen, en este punto, afirma: "El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que el mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma(...). Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto"²⁶ (...). "...el grado superior del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido". Dicho de otro modo, la Constitución, norma suprema del ordenamiento designa los órganos encargados de crear y aplicar las normas jurídicas del sistema; pero también al prescribir o prohibir el con-

²⁵ KELSEN. Ob. cit. Pág. 135.

²⁶ KELSEN. Ob. cit. Pág. 147-148.

tenido de determinadas leyes, recoge "valores superiores" (no importando el contenido de estos valores sino la capacidad de imposición de los detentadores del poder en los ámbitos personal, espacial y temporal de validez). En los términos de la teoría kelseniana, la Constitución es una norma jurídica, formalmente la norma superior; pero al mismo tiempo es una norma dependiente, esto es, para su operatividad debe completarse incorporando normas de inferior jerarquía que desarrollen sus preceptos tanto de carácter organizativos, como los relativos a derechos fundamentales. Este enfoque normativista concibe la Constitución como norma jurídica suprema de un orden jurídico nacional, en sentido jurídico positivo, independientemente de los contenidos axiológico-políticos del texto. La teoría pura mediante categorías-conceptos formales deriva a la conclusión "científica" de la supremacía de la Constitución como norma de un ordenamiento de estructurado jerárquicamente.

Utilizando otro enfoque teórico: un concepto racional-normativo sostiene que la Constitución para poscer el status de tal, debe reunir ciertos requisitos (contenidos ideológicos específicos, por cierto).²⁷

El iuspublicista M. García-Pelayo sostiene que el concepto racional normativo "concibe la Constitución como un complejo normativo establecido de una vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos".²⁸ Este concepto es consecuencia de la reproducción teórica de los ideales de la Ilustración, racionalización máxima del poder, que representa los intereses de la burguesía como los intereses universales, eternos y evidentes, que la razón ilumina y que cristaliza en normas generales de Derecho positivo. De esta manera, la Constitución aparece como un sistema de normas que resume la despersonalización de la soberanía y la afirmación del texto como instrumento soberano (abriendo paso al formalismo positivista). "Ahora, este proceso llega a su plenitud en cuanto ecuación Estado-Constitución normativa, elimina todo elemento personal, histórico o socialmente particularizado. Es, pues, pura entidad objetiva. Por consiguiente,

²⁷ La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su artículo 16 prescribe: "La sociedad que no tiene asegurada la garantía de sus derechos, ni tiene determinada la separación de sus poderes, carece de Constitución". El dogma de la separación de poderes y el principio de protección de los derechos humanos se convierten en pilares del constitucionalismo clásico (y actual, en gran medida).

²⁸ GARCÍA-Pelayo, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado...* Pág. 34.

el concepto racional de Constitución representa algo perfectamente encuadrado dentro del proceso histórico de la racionalización, objetivación y despersonalización del Estado".²⁹ La conclusión lógica de este concepto racional normativo, está en considerar que "no es constitucional cualquier ordenación fundamental del Estado, sino precisamente aquella que reúne estas dos condiciones: a) la garantía de los derechos individuales; b) la división de poderes que sirve a la efectividad de aquellos..."³⁰ Concluye García-Pelayo que lo característico del concepto racional normativo de Constitución es considerar como tal la Constitución expresada jurídicamente en forma escrita, pues sólo el derecho escrito ofrece garantías de racionalidad frente a la irracionalidad de la costumbre; sólo él permite un orden objetivo permanente ante la transitoriedad de situaciones subjetivas; sólo la precisión jurídica escrita ofrece seguridad frente a la arbitrariedad de la administración".³¹

Cabe destacar que los enfoques teóricos contemporáneos no han logrado desligarse de la carga ideológica de la tipología del concepto racional-normativo de Constitución. Loewenstein, a propósito de la regulación jurídico-política del poder en el Estado moderno, escribe: "Con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas en la Constitución destinadas a limitar el ejercicio del poder político (...). En un sentido ontológico, se deberá considerar como el *telos* de toda la Constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político".³² Vale decir, una auténtica Constitución debe reunir los siguientes elementos: distribución del poder entre los órganos estatales, mecanismos de gobernabilidad que permitan la toma de decisiones entre los detentadores del poder, un método racional de la reforma constitucional y por supuesto, el reconocimiento de esferas de autodeterminación individual, derechos civiles, derechos políticos y sociales.

Reitera esta tesis el iuspublicista español E. García de Enterría, quien con claridad en su enfoque teórico plantea: "En la Constitución como instrumento jurídico ha de expresarse precisamente el principio de

²⁹ GARCIA-PELAYO, M. Ob. cit. Pág. 37.

³⁰ GARCIA-PELAYO, M. Ob. cit. Pág. 39.

³¹ GARCIA-PELAYO, M. Ob. cit. Pág. 39.

³² LOEWENSTEN, Karl: *Teoría de la Constitución...* pág. 149, 151.

la autodeterminación política comunitaria, que es presupuesto del carácter originario y no derivado de la Constitución, así como el principio de la limitación del poder. Ninguno de los dos, y por supuesto no el último, son accesorios, sino esenciales. Sigue siendo, pues, válido el concepto antes transcrito del art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789, en el que únicamente cabría matizar hoy la relatividad del principio de división de los poderes como técnica operativa, sin perjuicio de su validez general en cuanto a sus principios y en cuanto a su finalidad, la limitación del poder de los imperantes, la garantía de la libertad"(...). "La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico.

El gran lema de la lucha por el Estado constitucional ha sido la exigencia de que el (arbitrario) *government by men* debe disolverse en un (jurídico) *government by laws*".³³ En síntesis estas aproximaciones teóricas al concepto de Constitución, llevan a concluir provisoriamente que los textos fundamentales, soporte de validez de los órdenes jurídicos nacionales, sea en una organización política democrática o autocrática, tiene un fuerte contenido axiológico-político, como todo el Derecho en cuanto ideología. Ello no significa que el contenido valórico de una Constitución sea irrelevante para la actividad de los operadores jurídicos y para el estudio científico: por el contrario importan en el proceso de decisión normativa de los Tribunales Constitucionales y de los órganos estatales, en general.

Otra cuestión, de máxima importancia en la teoría del Derecho, es la ligazón que se establece entre el concepto racional-normativo de Constitución y el modelo de legislador racional, que entró en crisis junto al Estado Liberal de Derecho. Por la vía de hipostasiar un modelo de legislador se ha creado un mito de "racionalidad legal" que sólo contribuye a momificar el Derecho en el contexto histórico social.

La Constitución en su concepto racional-normativo, entró en crisis junto al Estado Liberal, una crisis jurídica, política e ideológica. En relación a esta crisis de la Constitución, el jurista P. de Vega García, sostiene: "Como es natural, al convertirse la ley en simple medio para la realización de cambiantes fines políticos, para el fomento o la contención de intereses particulares y concretos, su *autoritas*, producto en otro tiempo de su generalidad ha quedado inapelablemente quebrantada y con ella, como no podía suceder de otra manera, la Constitución en cuanto norma *normanum* ha entrado también en crisis".³⁴ Asimismo, con la crisis de la Consti-

³³ GARCIA DE ENTERRIA, E. *La Constitución como Norma...* ...Pág. 45, 49.

³⁴ VEGA GARCIA, Pedro de: *Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución*.

tución se observa un "desbordamiento de funciones estatales", por un creciente poder y burocratización de los partidos políticos, nota definidora del Estado Social. Por último, el fenómeno antes aludido de la crisis del modelo de legislador racional, es la crisis de un tipo de racionalidad en que funda la dominación en el Estado de Derecho (Weber).

De lo anterior, podemos enunciar como conclusiones provisionales, las siguientes:

- a) La Constitución como norma jurídica es un componente principal del ordenamiento jurídico. La Constitución prescribe normas organizativas (que establecen funciones, competencias, etc.) reguladoras de la actividad de los detentadores del poder, con arreglo a las cuales se crea el Derecho.
- b) La Constitución es un componente de la estructura política de un Estado; pues todo grupo humano tiene una manera concreta de existir políticamente. La Constitución resume los valores políticos predominantes en un sociedad organizada y los traduce en principios rectores y normas jurídicas.
- c) La Constitución es parte integrante de la estructura política estatal de limitación y distribución del poder. La Constitución en cuanto sistema de normas limita el ejercicio del poder y lo distribuye en las organizaciones democráticas. Históricamente, el origen de la Constitución está ligado al Estado Liberal, a los derechos humanos y a la ideología burguesa, siendo su primera manifestación jurídico-positiva la de limitar el ejercicio del poder al establecer con rango superior "derechos naturales", como esferas de autodeterminación individual, bajo la forma de derechos subjetivos exentos de la injerencia del poder del Estado.

Ahora bien, las significaciones prácticas de estas conclusiones provisionales, entre otras, son a saber:

- 1) La Constitución como norma jurídica superior, norma fundamental en sentido jurídico-positivo, regula las relaciones de poder reales entre los detentadores del poder y sus destinatarios.

- 2) La Constitución como norma jurídica está dotada de supremacía sobre la totalidad de las que integran el ordenamiento jurídico. La Constitución se ubica en la base de la estructura jerárquica del sistema.

La supremacía de la Constitución es una aportación norteamericana al constitucionalismo. La Constitución de 1787 art.VI, Sección 2 prescribe que dicho texto es la "ley suprema de la tierra" que vincula a jueces y al *government*. Sobre el principio de supremacía, García de Enterría, escribe: "La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió" (...). "La idea de un derecho fundamental o más alto (*higher law*) era claramente tributaria de la concepción del Derecho natural como superior al Derecho positivo e inderogable por éste y va a ser reafirmada por los colonos americanos en su lucha contra la Corona inglesa, a la que reprochan desconocer sus derechos personales y colectivos".³⁵ La aportación norteamericana adquiere cuerpo, con el desarrollo jurisprudencial *-judicial review-*, no establecida en la Constitución de 1787, y que permite transformar la Constitución en un límite para el legislador y los "poderes públicos". De esta manera se forja la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución y la instrumentación en su favor del principio de la *judicial review*, que reconocerá el poder de los tribunales de declarar nulas a efectos de su inaplicación las leyes contrarias a la Constitución. "Esta doctrina no es enunciada por el Tribunal Supremo hasta la capital sentencia de 1803 en el caso *Marbury v. Madison*, obra del gran juez J. Marshall, que concreta definitivamente, en los términos de la sentencia, que *the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature*".³⁶ El constitucionalismo europeo quedó al margen de esta tradición (al menos en cuanto al influjo del control judicial a la legislación; en parte debido al excesivo racionalismo imperante que culmina con la exaltación del modelo de legislador racional, sabio y que limitara al juez en su

³⁵ GARCIA DE ENTERRIA: *La Constitución como Norma...* Pág. 50, 51.

³⁶ GARCIA DE ENTERRIA, E. Ob. cit. Pág. 54-55.

poder de decisión). Sólo en el siglo XX, tras la primera Gran Guerra, se van a articular órganos de "justicia constitucional".

- 3) La garantía de la Constitución es la fuerza, la posibilidad de coacción (la coercibilidad); como la garantía del Derecho radica que al organizar la fuerza lo hace para racionalizar el poder de imposición en una sociedad.

En relación al ordenamiento constitucional español, García de Enterría sostiene: "Lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo, como impone deducir del artículo 9,1: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Esta sujeción o vinculación es una consecuencia de su carácter normativo, por una parte; por otra, la Constitución, precisa este texto, es parte del ordenamiento jurídico, y justamente hemos de añadir nosotros su parte primordial y fundamentalmente, la que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico, enunciados en el artículo 1 de la propia Constitución y desarrollados en su articulado. Finalmente, la vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos sin excepción, y no sólo al poder legislativo como mandatos o instrucciones que a éste sólo cumpliere desarrollar -tesis tradicional del carácter programático de la Constitución-, entre los poderes públicos, a todos los jueces y tribunales y no sólo al Tribunal Constitucional.³⁷ En la Constitución española la norma es superior, debiendo aplicarse como norma fundamental, por todos los órganos del Estado y los ciudadanos. El mismo autor, al analizar la eficacia directa de la Constitución como norma superior, plantea los problemas de interpretación que suscita el art. 53,3 que establece la distinción entre los derechos y libertades y los "principios rectores de la política social y económica"³⁸, que se agregan a los derechos de operatividad directa y los derechos que requieren una legislación de desarrollo; escribe: "...el artículo 53,3 se encuentra infelizmente con otra precisión atañente a la eficacia judicial de esas normas constitucionales que son los "principios rectores de la política social y económica", la que se expresa así: sólo podrán (dichos principios) ser

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Ob. cit. Pág. 63-64.

³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Ob. cit. Pág. 69.

alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen" (...). "Lo que con toda claridad, pero con escasa fortuna, intenta decir el artículo es que al formular tales principios la Constitución no ha pretendido configurar verdaderos derechos fundamentales, sino principios propiamente dichos que han de orientar la acción del Estado como fines determinados de su misión; nada más".

2. LA "DEFENSA DE LA CONSTITUCION" EN TORNO A LA POLEMICA CARL SCHMITT-HANS KELSEN

La defensa de la Constitución, en el Estado constitucional democrático implica el establecer los mecanismos de protección de las normas constitucionales y de los derechos fundamentales que consagran, creando órganos de control de constitucionalidad de las leyes y órganos de justicia constitucional, encargados de velar y mantener la supremacía de la Constitución.³⁹

"La Defensa de la Constitución", se titula uno de los importantes libros del jurista alemán Carl Schmitt, que plantea en lo central la relación del poder político con la defensa de la Constitución.⁴⁰ El enfoque de Schmitt es crítico respecto del Estado Liberal de Derecho y particularmente de la defensa de la Constitución por el órgano supremo: el legislativo o por un órgano superior, especializado: el tribunal constitucional. Carl Schmitt, polemizando con Hans Kelsen, niega la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda ser el órgano idóneo para la defensa de la Constitución, puesto que como órgano del Estado es eminentemente político (no jurídico) y dependiente de los detentadores de turno del poder (no independiente): luego completamente ineficaz como órgano de control. La crítica schmittiana va dirigida en lo central al sistema demo-

³⁹ I. OTTO PARDO, Ignacio de: *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos* "Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. El prof. DE OTTO sostuvo: *La defensa de la Constitución pretende asegurar a ésta frente al cambio, tiende a conferir permanencia e inmutabilidad a los principios sobre los que el derecho positivo se asienta, al núcleo de su ser, a lo que se denomina -orden constitucional- como aquél que subyace al ordenamiento* (pág. 13).

⁴⁰ SCHMITT, Carl: *La Defensa de la Constitución* (trad. F. Ayala y Prólogo de Pedro de Vega), Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1983. Para profundizar consultar de SCHMITT, Carl.: *Teoría de la Constitución* (trad. F. Ayala), Alianza Editorial S.A. Madrid, 1982.

crático y al Estado de Derecho, y como crítica es aguda y fascinante, pero ideológica. La crítica de Schmitt sobre la defensa de la Constitución se dirige contra la construcción kelseniana del Tribunal Constitucional consagrado en la Constitución de Austria (1920); que refleja en máximo grado el intento racionalizador del jurista vienes al crear un órgano jurídico de control de la constitucionalidad de las leyes, con la finalidad de dotar de mayor racionalidad al sistema político.⁴¹ Schmitt plantea que ningún Tribunal Constitucional puede ser guardián de la Constitución, sino que debe serlo el jefe del Estado. El jurista alemán escribe sobre este punto: "que el Presidente del Reich sea el protector de la Constitución responde también, empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar(...). Haciendo al Presidente del Reich centro de un sistema de instrucciones y atribuciones tanto plebiscitarias como neutralizadoras en orden a la política de partidos, la vigente Constitución del Reich trata de crear partiendo de principios precisamente democráticos, en contrapeso al pluralismo de los grupos sociales y económicos del poder, y de garantizar la unidad del pueblo como conjunto político" (...). "Presupone la nación alemana entera como una unidad apta para la acción de un modo directo y no por intermedio de las organizaciones o grupos sociales, una unidad que puede expresar su voluntad y orientarse e imponerse en los momentos decisivos, aun sobre las decisiones pluralistas".⁴² El Presidente del Reich guardián de la Constitución deriva de la posesión de un poder neutral sobre los intereses particulares y la política de partidos, tan repugnados por Schmitt. La noción de poder neutral, Schmitt la obtiene de la obra de Benjamín Constant, quien a principios del siglo XIX había teorizado sobre la solución de transitoriedad dada en Europa, en que los órdenes jurídicos nacionales daban cuenta de una organización política de compromiso entre los intereses de la vieja

⁴¹ KELSEN, Hans: *La Giustizia Costituzionale (a cura di Carmelo Geraci)* Giuffrè, Milano, 1981. Esta recopilación de escritos preparados por C. GERACI, recoge los más importantes trabajos de KELSEN relativos a la justicia constitucional (jurisdicción concentrada) en los Tribunales Constitucionales de Centroeuropa (el tema de fondo que aborda el jurista vienes es la justicia constitucional en los marcos de la democracia política). La polémica SCHMITT-KELSEN, se inserta en el debate suscitado en Alemania (y en toda Europa) entre dos grandes tendencias en la doctrina de Derecho Público que abordan los grandes temas de la teoría del Estado (Estado, Constitución, Estado de Partidos, por la vía ejemplar) desde posiciones metateóricas, filosóficas y políticas opuestas, reflejo de la contradicción central: autocracia-democracia.

⁴² SCHMITT, Carl: *La defensa de la Constitución...* Pág. 250-251.

aristocracia y la nueva burguesía. En palabras de Loewenstein, "las constituciones de principios del siglo XIX, son un compromiso pragmático entre la tradición y la revolución, como una solución transitoria y por lo tanto, como el puente entre el absolutismo monárquico y el constitucionalismo democrático".⁴³ Schmitt, en relación a este "poder neutral", escribe: "El valor práctico de la teoría de un Jefe de Estado que ocupe la posición neutral, mediadora, reguladora y tutelar radica, en primer término, en el hecho de que ahora puede contestarse ya la pregunta de qué significa todavía el Jefe de Estado en un Estado de Derecho sea monarquía constitucional o democracia constitucional y cuál es el sentido de sus atribuciones, si la legislación compete absolutamente a las cámaras y los Ministros nombrados por el jefe de Estado dependen por completo de la confianza de los cuerpos legislativos y el jefe mismo está obligado al referendo de los Ministros, pudiendo decirse de él: "*il régne et ne gouverne pas*" (...) ...si al *regner* se le quita el *gouverner*, diciendo que en semejante Constitución el jefe de Estado representa, por encima de las atribuciones que le están asignadas, la continuidad y permanencia de la unidad política y de su homogéneo funcionamiento, y que por razones de continuidad, de prestigio moral y de confianza colectiva debe tener una especie de autoridad que es tan consustancial a la vida de cada Estado como la fuerza y el poder imperativo, que diariamente se manifiesta de modo activo" esa función neutral es en dicho Estado un *pouvoir preservativeur*".⁴⁴ El poder neutral schmittiano oculta el juicio de valor implícito de la primacía, en último término del Jefe de Estado, en la defensa de la Constitución, y en el resguardo de las instituciones que definen el sistema político; es la primacía del principio autocrático sobre el principio democrático, con una clara reproducción teórica.⁴⁵ En este sentido, P. de Vega García criticando las tesis de Schmitt, sostiene: "Se ha entendido y no sin fundamento que la conversión del Jefe de Estado en defensor de la Constitución, lo que en realidad comporta, es una opción ideológica muy clara que, lejos

43 LOEWENSTEIN, Karl. Ob. cit. Pág. 160.

44 SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución...* Ob. cit. 217-218-219-220.

45 La primacía del Jefe de Estado (Presidente de la República de Weimar) es reflejo teórico-político de una construcción jurídico constitucional basada en el principio monárquico-autoritario. Ello llevará al decisionismo schmittiano a justificar la primacía del Canciller y líder del Reich A. HITLER. La tendencia autoritaria de la doctrina del Derecho Público alemán contribuyó a minar las bases de la democracia política, con dramáticas consecuencias posteriores.

de colaborar al mantenimiento y defensa del sistema de valores del constitucionalismo, para lo que efectivamente sirve es para precipitar su destrucción".⁴⁶

Por el contrario, Kelsen plantea que el Tribunal Constitucional ejerce una función judicial, o mejor dicho jurídica, diferente a la función de los Tribunales Ordinarios de Justicia, puesto que si bien ambos producen y aplican Derecho, los Tribunales Ordinarios sólo producen actos jurisdiccionales de efectos individuales, mientras que el Tribunal Constitucional al aplicar la norma fundamental jurídico-positiva a un acto legislativo y al proceder a su anulación por inconstitucionalidad, no produce sino que anula una norma general, realiza el acto contrario a la producción jurídica, es decir, que actúa como legislador negativo. De esta manera, en la teoría kelseniana el control de constitucionalidad (la defensa de la Constitución) debe ser una función jurídica atribuida a un órgano independiente que resuelva sobre la inconstitucionalidad de las leyes, todo ello como reflejo del proceso de máxima racionalización de la legislación, como parte integrante de un sistema.⁴⁷

Desde una aproximación histórica podríamos establecer una línea de evolución en la "defensa de la Constitución". En una primera época con la consolidación de la burguesía en el poder político (plenamente o compartido con la aristocracia y el monarca), la Constitución asume una importancia central, es atributo de estatalidad y de organización democrática; luego la crítica a la Constitución proviene de las clases o estamentos opuestos a la "revolución burguesa". En una segunda época, de expansión capitalista, la Constitución resume el ideal del liberalismo "doctrinario" que del conflicto monarca-pueblo formula una solución de compromiso que convierte al monarca en el "poder neutral", intermediario y preservador, y reserva al "pueblo" (burguesía) la "soberanía nacional". En una tercera con la crisis del Estado Liberal, la Constitución es sometida a fuertes

⁴⁶ Pedro DE VEGA en el Prólogo del Libro de SCHMITT *La Defensa de la Constitución*. Pág. 20.

⁴⁷ Con cierta razón se ha sostenido que la teoría del Derecho y del Estado de KELSEN, es el último gran intento de recrear una Teoría-Filosofía del Estado Liberal de Derecho. La coherencia y plenitud del orden jurídico-estatal (noción de sistema), la identificación Derecho-Estado (y el presupuesto metódico de pureza) son consecuencias de la racionalización máxima del poder ocurrida a fines del siglo XIX y de la cual el jurista vienés es tributario-heredero. De más está destacar el símil KELSEN-WEBER.

críticas, destacando la de Carl Schmitt, una de las más esclarecedoras del siglo XX.

3. LA "JURISDICCION CONSTITUCIONAL" Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los conceptos de "jurisdicción constitucional" y supremacía de la Constitución, se encuentran íntimamente ligados, en términos jurídico-políticos, lógicos e históricos. La sentencia del Juez Marshall en el caso "Marbury vs. Madison" recoge magistralmente el principio: *lex superior derogat lege inferiori*. La norma constitucional es norma superior del ordenamiento jurídico y los tribunales de justicia deben aplicarla, declarando inconstitucionales las leyes contrarias a la Constitución.

La "jurisdicción constitucional" en cuanto mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes, se concibe en los órdenes jurídicos de Constitución rígida. Ello porque "en una Constitución flexible, por el contrario, donde a nivel jurídico formal la Constitución no reviste el carácter de ley suprema, como consecuencia de no operarse en ella distinción entre ley constitucional y ley ordinaria, los conflictos de leyes serán siempre conflictos normativos entre disposiciones de igual rango".⁴⁸ Con todo, bien podría concebirse una justicia constitucional material o de contenido. Lo cierto es que las Constituciones normalmente tienen un rango formal superior a las simples leyes. De esta manera, como sostiene P. de Vega, "si jurídicamente el control de constitucionalidad sólo se concibe desde la definición previa de la Constitución como ley suprema, política y científicamente sólo es lícito sostener la existencia de una justicia constitucional cuando la Constitución se entiende como realidad normativa y no como mera configuración nominal o semántica".⁴⁹ Vale decir, la "jurisdicción constitucional" emerge históricamente como un instrumento de defensa de la Constitución. "Con todo no es el simple aumento de competencias formales el aspecto más característico de la actual justicia constitucional; en lo que permite definirla sin ambages, como guardián de la Constitución verdaderamente nuevo y original viene dado por el hecho de que el juez constitucional -y el caso alemán representa un paradigma de excepción- ya no es sólo vigilancia del cumplimiento de la ley, sino que además se ha convertido en el vigilante y el encargado de hacer cumplir a los órganos

⁴⁸ VEGA GARCIA, Pedro de *Jurisdicción Constitucional...* Ob. cit. Pág. 94.

⁴⁹ VEGA GARCIA, P. de. Ob. cit. Pág. 95.

del Estado y a los ciudadanos el orden fundamental de valores ínsitos en la Constitución".⁵⁰ El órgano del Estado que detenta la función de "jurisdicción constitucional" se ha transformado en un "super poder estatal".

En la postguerra en Europa se elaboran sistemas de "justicia constitucional", uno el de la Constitución de Weimar de 1919 en Alemania, y el Tribunal Constitucional, creación personal del jurista Hans Kelsen, en la Constitución austríaca de 1920. La "jurisdicción constitucional" en el modelo de Kelsen, difiere del *judicial review* norteamericano. El *judicial review* implica que determinados jueces pueden inaplicar leyes que juzguen inconstitucionales aunque los fallos de la Corte Suprema son vinculatorios para los jueces de inferior jerarquía. El modelo de Kelsen, configura un control concentrado en un órgano del Estado: el Tribunal Constitucional.⁵¹ Como correctamente sostiene García de Enterría, "esta variante organizatoria esconde una profunda significación por encima de su simple apariencia práctica. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes se configura como función constitucional que no sería propiamente judicial, sino, en los explícitos términos de Kelsen, de "legislación negativa".⁵² En el modelo de Kelsen de control de constitucionalidad, hay un juicio puramente lógico que no es actividad judicial de aplicar una norma a un caso concreto, sino una operación intelectual que establece la compatibilidad abstracta entre una norma superior (la Constitución) y una norma inferior (la ley); es decir, las resoluciones del Tribunal Constitucional se pronuncian sobre un vicio de anulabilidad (no de nulidad) de la ley, que se traduce en que estas resoluciones tienen una naturaleza constitutiva y su valor *ex nunc* y no retroactivo. El modelo pretende evitar el gobierno de los jueces. La finalidad del modelo, a juicio de García de Enterría, es que "prohibiendo a los jueces que inapliquen las leyes, el sistema pretende reforzar los mecanismos de sumisión de la jurisdicción a la legislación y de primacía parlamentaria en un momento en que los jueces tienden a valorar negativamente el acceso a las cámaras de nuevas fuerzas sociales y políticas capaces de trastocar los valores tradicionales; otorgando al Tribunal Constitucional la facultad de declarar, *ex nunc* y

⁵⁰ VEGA GARCÍA, P. de. Ob. cit. Pág. 110.

⁵¹ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO: *La jurisdicción Constitucional como forma de creación de Derecho*. En *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 23, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional...* Pág. 57.

erga omnes, inconstitucional una ley, asegura a la vez la primacía de la Constitución sobre el Parlamento..."⁵³

Agrega el mismo autor, profundizando en estas ideas que con el modelo de Kelsen "se ha querido paliar a través de este sistema tan cuidadosamente articulado el riesgo de un gobierno de los jueces, que, además, entonces era especialmente peligroso en Europa por la vigencia, que en aquel momento en la doctrina jurídica acepta dogmas como los de la Escuela Libre del Derecho, la libre recherche en Francia, la Volksgemeinschaft o comunidad del pueblo, el sentimiento colectivo, etc., que pretende liberar en cierta manera a los jueces de la observancia de la ley".⁵⁴

El legislador español y europeo en general, en materia de "jurisdicción constitucional", con sus modalidades específicas, ha asumido el modelo kelseniano de jurisdicción concentrada en un solo órgano del Estado: el Tribunal Constitucional.⁵⁵ El Tribunal Constitucional tiene por ámbito de competencia: conocer y resolver los recursos de inconstitucionalidad de las leyes del Estado y de las Autonomías, el recurso de amparo interpuesto por particulares una vez agotadas las vías judiciales ordinarias para proteger sus derechos fundamentales, conocer de los conflictos constitucionales y conocer y resolver en el control previo de inconstitucionalidad, tanto para la ratificación de ciertos Tratados como para la aprobación de proyectos de Estatutos de Autonomía o Leyes Orgánicas.

El Tribunal Constitucional asume plenamente la defensa de la Constitución, y particularmente la protección de los derechos humanos por la vía del recurso de amparo, y del control de constitucionalidad.⁵⁶

Un problema acuciante hoy, relativo a la "jurisdicción constitucional", es el de sus implicaciones políticas, puesto que en último término, el control de constitucionalidad de las leyes y la protección de los derechos fun-

53 GARCIA DE ENTERRIA, E. Ob. cit. Pág. 58.

54 GARCIA DE ENTERRIA, E. Ob. cit. Pág. 132.

55 Sobre Tribunales Constitucionales europeos consultar: L. FAVOREAU, M. CAPPELLETTI, A. PIZZORUSSO y otros *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* (trad. I. Aguiar de Luque y M. G. Rubio de Casas). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

56 PEREZ TREMPES, Pablo: *La protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo*. En *Anuario de Derechos Humanos* Nº 2. 1983, Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, 1983.

damentales, pivotes centrales del sistema, suponen la adopción de una decisión política (y en este sólo sentido es válida la crítica schmittiana). Un órgano no vinculado a la "soberanía popular", sino a la Constitución tiene las funciones de legislador "negativo" y de gran protector de los derechos humanos. He ahí el problema. Entonces, cabe preguntarse: ¿La justicia constitucional representa la judicialización de la política o la politización de la justicia? ¿Cuál es la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional que actúa como legislador negativo y supremo intérprete de la Constitución? ¿La jurisdicción constitucional es el gobierno de los jueces o un componente central del Estado democrático?

III. CONCLUSIONES

1. *La Constitución y sus Límites*

Hemos planteado que la Constitución es una norma, la norma fundamental en sentido jurídico-positivo, de todo ordenamiento jurídico. La Constitución es la base en la que descansa el fundamento de validez de un ordenamiento, y que presupone la existencia de una norma fundamental hipotética, fundamento último de validez del Derecho y en los que descansa la idea de sistema de normas pleno y coherente. La Constitución resume la regulación jurídica de la estructura de poder de una organización social. La Constitución establece expresamente los órganos del proceso de auto-creación del Derecho, y puede prescribir o prohibir determinados contenidos de la legislación de desarrollo del texto constitucional. En este orden de ideas, Kelsen escribe: "Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen a alguna de las libertades que le están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficiencia a dicha prohibición al declarar personalmente responsable al Jefe de Estado o a los Ministros que han tomado parte en la sanción de una ley inconstitucional o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un quórum más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores difi-

cultades".⁵⁷ De esta manera, la Constitución rígida como la flexible imponen límites a su modificación, sea por la vía de la supremacía formal o material, como también imponen límites a la legislación del ordenamiento en particular.

Ahora bien, en el contexto histórico la Constitución surge con la "revolución burguesa" y la ideología liberal, esto es, está ligada al ascenso de la burguesía como clase al poder político del Estado, lo cual significa la participación de ésta en el proceso de formación de la voluntad política y en el establecimiento de derechos naturales como esferas de autodeterminación individual. La Constitución es el texto normativo que resume los principios rectores de la ideología liberal: principio de división de poderes, legalidad de la Administración, imperio de la ley, y protección de los derechos fundamentales: que se articulan en una forma específica de organización jurídico-política: el Estado Liberal de Derecho. Luego, tanto las Constituciones de compromiso entre la burguesía, la aristocracia y el monarca, como las marcadamente liberales, con sus matices recogen la protección de estos derechos y principios rectores del nuevo Estado.

De suerte que el primer límite a la Constitución (como al Estado) surge con el Estado Liberal: la protección de los derechos del "hombre", entendidos como derechos naturales anteriores al Estado y derivados de la universalidad de la "naturaleza humana". Las Constituciones modernas, al reconocer un catálogo de derechos fundamentales, se imponen un límite consistente en no poder modificar tales derechos sino por un mecanismo de reforma constitucional establecido en el propio texto.

Por otra parte, los derechos humanos operan como un límite a la reforma constitucional y en general, a todo el proceso de creación de normas jurídicas. Para algunos autores las disposiciones intangibles y los límites inmanente, son verdaderos límites a la reforma constitucional. Las disposiciones intangibles de una Constitución tienen como fin librar de modificación a determinadas normas constitucionales, pueden hacer referencia a dos situaciones de hecho: medidas para proteger instituciones constitucionales (lo que Loewenstein denomina intangibilidad articulada) y las normas que garantizan valores fundamentales de la Constitución. Los límites inmanentes a la reforma constitucional se refieren a la inmunidad de que gozan ciertos valores ideológicos fundamentales inmanentes, implícitos en la Constitución. En Europa, especialmente en Alemania esta revalorización de la dimensión axiológica del Derecho se expresa en la Ley Fundamental de Bonn y en la jurisprudencia del Tribunal Constitu-

⁵⁷ Kelsen, Hans: *Teoría Pura del Derecho...* Ob. cit. Pág. 148.

cional Federal. Sin embargo, cabe preguntarse si puede la Constitución o un órgano del Estado imponer límites al poder constituyente, en definitiva a la soberanía popular.⁵⁸

Finalmente, la Constitución establece un claro límite a la legislación en general y a las normas jurídicas. Un límite positivo es el que afecta a la legislación de desarrollo de las normas constitucionales, que no pueden alterar el contenido de las normas que explicitan. Un límite negativo, es el que afecta a la legislación y a las normas jurídicas, en el sentido que no pueden alterar el contenido de los derechos fundamentales como tampoco el ejercicio de tales derechos por sus titulares. Estos variados límites positivos y negativos de la Constitución, van a ser articulados en el proceso de defensa de la Constitución por el órgano que tiene atribuida la función del control de constitucionalidad de las leyes, como el órgano que tiene atribuida la función de proteger los derechos fundamentales.

2. Legitimidad y Legalidad

La modernidad, desde el Renacimiento hasta la "revolución burguesa", cristaliza en la secularización del poder, la separación del Derecho de la Moral; puesto que aspira a configurar un nuevo orden jurídico-político, basado en la supremacía de la Ley, emanada de un Derecho Natural racional, y que es concretada a la realidad por un legislador racional.

Para M. Weber, la racionalidad del sistema de dominación -Estado contemporáneo- radica en el fundamento del poder y que lo legitima, es una racionalidad legal, una racionalidad "democrática".⁵⁹

En el Estado Liberal coinciden la legitimidad (de esta racionalidad "democrática") y la legalidad (de un modelo de legislador racional). Pero

⁵⁸ En la Constitución la intangibilidad y los límites inmanentes hacen referencia a los "valores superiores" del ordenamiento fundamental y del sistema político; y se explican históricamente a la luz de las experiencias autoritarias que han sufrido algunos países europeos durante el siglo XX. Con todo, me parece no democrático imponer límites al poder constitucional, pues ello sustituye la soberanía popular por la soberanía del Derecho (que se desvela como una simple mistificación ideológica que encubre la imposibilidad de introducir reformas profundas al sistema político, o el muy concreto límite al pluralismo político que impone la Ley Fundamental de Bonn y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional). Los límites a la reforma constitucional y al poder constituyente pueden tener consecuencias extraordinariamente conservadoras en la jurisprudencia constitucional, en los operadores jurídicos y en la dogmática jurídica.

⁵⁹ WEBER, Max: *Economía y Sociedad...*

este enfoque que no sólo es teórico, sino sobre todo ideológico, es la legitimación del poder sobre la base de un modelo y de una forma de Estado.

Para Bobbio, legitimidad y legalidad son atributos del poder. De esta manera, una acción humana es conforme a las leyes si el sujeto tiene derecho a realizarla y si tiene derecho a realizarla lo hace dentro de determinados límites preestablecidos (legitimidad y legalidad). Bobbio, escribe: "De tal modo que considerando "legitimidad" y "legalidad" como términos que indican dos distintos requisitos del poder, de ahí derivaría que "legitimidad" es el requisito de titularidad y "legalidad" el requisito de ejercicio del poder..." (...). "Cuando se exige que un poder sea legítimo se pide que quien lo detenta tenga un justo título para detentarlo; cuando se invoca la legalidad de un poder se pide que sea ejercido justamente, es decir, en base a leyes establecidas" (...). "Respecto al soberano, la legitimidad es lo que funda su derecho y la legalidad lo que establece su deber, por el contrario, respecto al súbdito, la legitimidad del poder es el fundamento de su deber de obediencia y la legalidad del poder es la principal garantía de su derecho a no ser oprimido".⁶⁰

Los derechos humanos son, a nuestro juicio, el fundamento relativo de la legitimidad del poder, de la justeza del título de los detentadores del poder y fuente de la obediencia al Derecho. La legalidad es la garantía de los súbditos de un orden jurídico nacional, de que el poder "legítimo" actúa a través de cauces preestablecidos por el Derecho. La protección de los derechos humanos en las normas constitucionales y en el ordenamiento jurídico (lo que supone establecer los mecanismos procesales y organizativos de protección) son la fuente de legitimidad del poder político.

En este sentido, el Estado Social expresa limitadamente, la superación de las insuficiencias del liberalismo y del Estado Liberal, es decir, está dotada de mayor "legitimidad".

3. Palabras Finales

El Derecho es la organización de la fuerza, es un orden jurídico coactivo. La organización de la fuerza implica un límite al poder y la cristalización de ciertos valores en el ordenamiento jurídico bajo la forma de derechos humanos; que a través de su protección constitucional se insertan en el

⁶⁰ BOBBIO, Norberto: *Contribución a la teoría del Derecho* (estudio preliminar, recopilación y traducción Alfonso Ruiz Miguel), Editorial Fernando Torres S.A., Valencia, 1980. Pág. 309.

proceso de defensa de la Constitución y establecimiento de una "jurisdicción constitucional". De esta manera, la protección constitucional de los derechos humanos devienen en un principio central para determinar la "legitimidad" del poder en el Estado democrático contemporáneo.