

Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG, *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, 253 pp.

ROBERTO M. JIMÉNEZ CANO
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras Clave: derechos, Estado de Derecho, democracia, teoría jurídica de los derechos, positivismo jurídico
Keywords: rights, Rule of Law, democracy, legal theory of rights, legal positivism

El presente libro de Francisco Javier Ansuátegui es una recopilación de algunos de sus artículos publicados en los últimos ocho años. La unificación de los mismos en un único cuerpo se ve justificada por una idea que subyace en todos ellos y que sirve de hilo conductor a los mismos. Tal idea no es otra que la de la necesaria relación conceptual entre derechos, democracia y Estado de Derecho en una adecuada institucionalización jurídica de los derechos (p. 15).

De esta manera, las dos partes en las que se divide el libro trazan la relación entre derechos y Estado de Derecho (capítulo primero), lo que sienta las bases para abordar la relación entre Estado de Derecho y Estado constitucional (capítulo segundo) y para afrontar los desafíos que para la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre Derecho y moral supone la constitucionalización de los derechos (capítulo tercero). Ahora bien, la relación entre derechos y Estado de Derecho no puede plantearse únicamente en la esfera de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Una articulación del sistema de derechos que excede las fronteras estatales y se extiende al ámbito internacional parece necesaria. Desde esta perspectiva, Ansuátegui se enfrenta a algunos de los problemas que la universalización de los derechos plantea en un panorama transnacionalizado (capítulo cuarto),

al déficit democrático del proyecto de Constitución europea (capítulo quinto) y, finalmente, a la cuestión de un mínimo moral compartido por la sociedad internacional como trasfondo de los derechos –mínimo que a su juicio quedaría representado por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948– (capítulo sexto)¹.

La presente recensión no abordará las cuestiones básicas de este libro de acuerdo con su disposición por capítulos, sino según los temas que en él se tratan y en los que se observa la íntima conexión que existe entre unos y otros; conexión ya evidenciada por la afirmación de una necesaria relación conceptual entre derechos, democracia y Estado de Derecho. Las líneas de este trabajo serán construidas, en concreto, sobre la base de las diferentes propuestas que se hacen en el libro concentradas en la que sirve de hilo conductor y que afirma y defiende que la relación entre derechos fundamentales, Estado de Derecho y democracia es una relación conceptual y necesaria (pp. 74 y 147).

– I –

La primera relación conceptual y necesaria a esclarecer es la de los derechos fundamentales y el Estado de Derecho. La propuesta es clara: «*sin derechos fundamentales no se puede hablar de Estado de Derecho*» (p. 21). Dicha relación aparece como necesaria siempre que se mantenga, como lo hace Ansuátegui, una concepción amplia de Estado de Derecho que podría equipararse con la que defiende Elías Díaz², pero que igualmente podría identificarse con la idea de Estado de Derecho como imperio de la ley siempre que se exija el tipo de *legalidad selectiva* de la que habla Eusebio Fernández³. Y, en efecto, Ansuátegui asocia esa legalidad selectiva a unos determinados contenidos morales justificados en forma de derechos fundamentales (p. 54).

¹ Que estos sean los temas centrales del libro no es óbice para que el autor no deja de enfrentarse con destacados temas conexos que, como el tratamiento de los conceptos esencialmente controvertidos (pp. 24-39) y la propuesta garantista de Luigi Ferrajoli (pp. 57-72), son de especial trascendencia e interés para el lector.

² Vid. E. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998, pp. 44 y ss.

³ Véase ahora E. FERNÁNDEZ, "Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho", *Sistema*, núm. 136, 1997, pp. 101-114.

Ahora bien, la conexión entre derechos y Estado de Derecho, aparte de material, es hasta cierto punto lógica o, si se prefiere, semántica ya que si se pretende que el concepto de «Estado de Derecho» tenga una sustantividad propia no cabe más que adoptar una concepción amplia del mismo. ¿Qué Estado no somete, aunque sólo sea mínimamente, sus poderes públicos a normas jurídicas? Si se asimila la idea de Estado de Derecho con el de imperio de la ley, con una legalidad meramente formal y no selectiva, hablar de Estado de Derecho no sería más que una tautología, pues todo Estado sería un Estado de Derecho (p. 81). Aun así, el Estado *formal* de Derecho puede escapar de dicha tautología si se entiende, como lo hace Ansuátegui, que detrás de la idea de imperio de la ley, de sometimiento al Derecho, siempre están presentes determinados contenidos morales. No obstante, éste parece un razonamiento paradójico ya que desde el momento en que detrás de una concepción formal de imperio de la ley –en la que todo Estado en alguna medida subordina sus poderes públicos a la ley– se ve una dimensión moral sujeta a la autonomía moral del individuo todo Estado está bajo un imperio de la ley con algunos contenidos materiales. De esta forma, todo Estado sería Estado de Derecho. La paradoja sólo puede resolverse, como se hace en el libro, si el significado material del imperio de la ley (y del Estado de Derecho) se concreta y viene determinado por los derechos y libertades (pp. 84 y 85).

Entendidas así las cosas, Ansuátegui da un paso más en su argumentación y defiende que ni la denominada crisis de la ley en la actualidad supone la crisis de la exigencia del imperio de la ley (entendido como imperio del Derecho) ni el llamado Estado constitucional es un modelo diferente y alternativo al del Estado de Derecho. Aquél únicamente es una evolución de éste debido, entre otros factores, al progresivo protagonismo de las constituciones. En efecto, aunque sea cierta la idea de crisis de la ley, esto no afectaría a la de imperio de la ley siempre que se entienda por “ley” no la ley en sentido formal, sino todo el Derecho y, por tanto, quepa mantener la supremacía de una ley: la más fundamental, la Constitución (pp. 73-77). Por otra parte, la afirmación de que el Estado de Derecho, al quedar relegado a mera legalidad (formal), no cumple ninguna función de legitimidad –al contrario que el Estado constitucional– pierde sentido al mantenerse una concepción, por un lado, sustancial o material de Estado de Derecho y, por otro, “selectiva” del imperio de la ley. Si los dos elementos básicos del Estado constitucional (principio de legalidad e incorporación y garantía de derechos fundamentales al ordenamiento jurídico estatal) están presentes en la concepción amplia

o fuerte de Estado de Derecho, el Estado constitucional sólo puede suponer una evolución frente a aquél; evolución que se concreta en la primacía del principio de constitucionalidad y que supone tanto un límite al poder democrático de la mayoría como una reformulación tanto de la actividad como del control judicial (pp. 90-94).

– II –

Precisamente una de las ideas que han favorecido la imagen según la cual el Estado constitucional no sólo es una simple evolución del Estado de Derecho, sino una auténtica transformación genética ha sido aquella que considera al positivismo jurídico como responsable ideológico de la involución del Estado de Derecho y de una incapacidad descriptiva de los rasgos básicos de los ordenamientos jurídicos constitucionales actuales. Tal supuesta incapacidad es la base del conocido “argumento del contraste con la práctica”⁴. Es claro que el positivismo jurídico tiene que ser capaz de explicar un sistema jurídico con independencia de que éste se configure como constitucionalista o no y, desde esas premisas, el único iuspositivismo apto para cumplir con dicha función es el metodológico (p. 95). Ahora bien, Ansuátegui da un paso más y concreta que dicho positivismo ha de ser capaz de reconocer la inclusión de contenidos materiales en los criterios de reconocimiento, sin que ello implique contradicción con la idea del origen social del Derecho; un positivismo que afirme la separación conceptual entre Derecho y moral correcta; y, por último, un positivismo que sepa diferenciar entre el aspecto descriptivo y el normativo en el conocimiento jurídico (p. 112). Así entendido, la necesaria presencia de elementos valorativos en el Derecho no contraviene la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre Derecho y moral. A su juicio la versión de dicha tesis que puede mantenerse es aquella que separa el Derecho de la moral correcta o buena y no la del Derecho con cualquier otro tipo de moral, lo cual permite, por consiguiente, la conexión entre el Derecho y *alguna* otra moral. Siendo esto así no se ve ningún obstáculo para afirmar que, desde el punto de vista del positivismo metodológico, puede haber una presencia necesaria de elementos va-

⁴ Puede verse al respecto R. DWORKIN, *Law's Empire* (1986), Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 130-139.

lorativos en el Derecho siempre que éstos no se interpreten como criterios de evaluación jurídica que aseguren su bondad o la necesidad de una valoración positiva (p. 130).

Si esto es así, sigue argumentando Ansuátegui, no hay óbice alguno entre las tesis del positivismo jurídico y reconocer que la presencia de elementos valorativos, en especial en la más alta esfera jerárquica del ordenamiento como es la constitución, convierte a los sistemas jurídicos constitucionales en sistemas jurídicos mixtos, esto es, en sistemas jurídicos en los que junto a los criterios formales de validez se encuentran criterios materiales de validez representados precisamente por esos elementos morales contenidos en la constitución (p. 133).

Ahora bien, lo que no queda muy claro aquí es si por contenidos materiales o sustanciales se está aludiendo exclusivamente a contenidos morales o, por el contrario, la caracterización se extiende a cualquier contenido. No obstante, en el supuesto de que los primeros incluyan los segundos las dudas serían las mismas. Si por contenido se está entendiendo el significado de las expresiones, oraciones o conceptos incluidos en las normas jurídicas se hace preciso, para resolver el problema, acudir a una teoría del significado. A mi juicio, si se es coherente con los parámetros metodológicos y epistemológicos del iuspositivismo lo lógico sería seguir una teoría del significado verificacionista en sentido amplio, es decir, una teoría –cualquier teoría– que imponga restricciones epistémicas en el conocimiento del significado y que lo identifique, por ejemplo, con el uso de la expresión, el uso lexicográfico de una comunidad de hablantes o, incluso, el uso estipulativo de determinados sujetos⁵. Si esto es así, el significado de un elemento lingüístico y, por ende, también de los elementos morales no sería más que la prueba empírica de su verdad y lo que sean pruebas empíricas sólo caben encontrarse dentro de los tipos de moral que pueden reducirse a hechos verificables, es decir, la moral social, la subjetiva y la intersubjetiva. Finalmente, si todo esto es correcto, la presencia de contenidos morales en las normas jurídicas no supone, para los objetivos explicativos iuspositivistas, ningún obstáculo ni ningún compromiso moral, pero también es cierto que no añade nada nuevo

⁵ Así, este verificacionismo en sentido amplio incluiría cualquier visión que descartara el realismo “indescubrible”, esto es, de verdades sobre el mundo que sean resistentes al descubrimiento o que trasciendan la habilidad o la capacidad para averiguadas, bien porque se defienda una concepción epistémica de la verdad, bien porque se estime que el contenido de un enunciado depende de la prueba de su verdad. Vid. S. OKASHA, “Verificationism, Realism and Scepticism”, *Erkenntnis*, núm. 55, 2001, pp. 371-385, en especial la p. 372.

a la tradicional perspectiva positivista que no comparte visiones esencialistas o no verificables sobre ningún concepto, sea moral o no.

Por tanto, la presencia de elementos morales en las constituciones condiciona la validez jurídica en la misma medida en que lo hace cualquier elemento, palabra o concepto no moral. En definitiva, a mi juicio, la presencia de elementos morales no condiciona o es irrelevante a la hora de identificar el Derecho válido de una comunidad⁶. Claro, todo esto sirve a no ser que se esté considerando una teoría del significado resistente al descubrimiento o a la verificación empírica y ello siendo consciente de la dificultad que entraña probar una determinada moral social –que el propio Ansuátegui señala (p. 141)– y que abre la puerta a la presencia de la moral subjetiva de las autoridades a la hora de situar dicho universo moral.

Que el universo donde haya que buscar el significado de los conceptos morales sea uno tan reducido como el de cada individuo es claramente criticable desde el punto de vista de lo que debería ser el Derecho, pero no es menos cierto que, a mi juicio, los sistemas constitucionales actuales conducen a la subjetividad de las autoridades a la hora de determinar los contenidos morales de las normas jurídicas⁷. Son éstas las dudas que surgen a la hora de aclarar la idea de *universo moral* a la que Ansuátegui se refiere para identificar el contenido de los elementos morales contenidos en las constituciones y que condicionan la validez jurídica (p. 140).

– III –

Una vez que se ha insistido en la relación entre derechos y Estado de Derecho ahora es el momento de dar entrada a la democracia. Durante todo

⁶ Sobre la irrelevancia de la moral en la validez jurídica puede verse J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos* (1999), trad. J.L. Martí y A. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 211 y 212; y K.E. HIMMA, "Final Authority to Bind with Moral Mistake: on the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism", *Law and Philosophy*, vol. 24, 2005, pp. 1-45, especialmente pp. 15 y ss.

⁷ Que el significado de los derechos queda a las consideraciones morales subjetivas de las autoridades, principalmente de los especialistas en Derecho, queda avalado por el Tribunal Constitucional Español para el cual es necesario acudir, para dilucidar el "contenido esencial" de los derechos, a «las generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho [...]» (STC, 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico octavo).

el libro objeto de esta recensión se ha venido insistiendo en una concepción no exclusivamente formal de la democracia donde los derechos fundamentales constituyen un elemento de dicho concepto (pp. 74 y 244). Por esta razón no hay democracia allí donde no se puedan identificar los rasgos básicos del Estado de Derecho, constituyéndose de esta manera el Estado de Derecho como la expresión jurídica de la democracia. O, formulado de otra manera, si el poder político democrático se manifiesta a través del ejercicio de derechos vinculados a la idea de participación política, entonces la conexión institucional de esa forma de poder democrático es, sin lugar a dudas, el Estado de Derecho (p. 148).

Si hay un lugar en este libro donde se profundiza en la completa relación entre democracia, derechos y Estado de Derecho no es otro que el capítulo quinto a la hora de examinar el malogrado proyecto de Constitución Europea desde la lógica del constitucionalismo, que no es otra que la de la limitación jurídica y política del poder mediante estrategias formales y materiales. Pese al "no" de franceses y holandeses al proyecto de tratado constitucional europeo y la condena al olvido de éste, el análisis de Ansuátegui resulta de gran interés por cuanto proporciona las claves futuras para todo proyecto constitucional que no quiera encontrarse con el rechazo de unos ciudadanos dejados al margen de todo su proceso deliberativo. En efecto, desde los trabajos de la Convención se ha ido comprobando la poca participación ciudadana en los procesos de construcción y toma de decisiones. La lección que debe aprenderse, por tanto, es la de necesidad de mayor participación ciudadana y la de la desaparición o reducción de la intermediación estatal en las relaciones entre los ciudadanos y las instituciones de la Unión (p. 165).

El punto de partida de esta parte de la obra es la siguiente: no hay una constitución en sentido estricto si no se respeta la lógica del constitucionalismo. La conclusión, ya se adelanta, es que el proyecto de constitución no respeta dicha lógica y, por ende, la Unión Europea no tiene constitución alguna. Aunque se puede hablar de varios tipos de constitucionalismo se opta por un modelo robusto condicionado, por un lado, por derechos y libertades protegidos constitucionalmente mediante mecanismos reforzados y, por otro, vinculado con un determinado modelo de democracia identificado con mecanismos participativos y representativos (p. 173). Partiendo de esta concepción del constitucionalismo su estrecha conexión con la democracia y la participación ciudadana se manifiesta, en primer lugar, en que los conteni-

dos de la constitución son los mismos que los de la democracia, esto es, los derechos; y, en segundo lugar, en que la constitución como decisión política y jurídica tiene que ser el resultado de la deliberación y de la participación. Por estos motivos la ausencia de condiciones democráticas y participativas en el proceso constitucional europeo justificarían un claro escepticismo ante, por un lado, la posición y reconocimiento de los derechos en éste y, por otro, la legitimidad del mismo (pp. 176-180).

Desde estas premisas si el proyecto de tratado constitucional tuviera un déficit democrático y participativo, la falta de éste condicionaría tanto la idea de derechos como la de constitución misma que se pretende instaurar. Y, en efecto, parece que dicho déficit ha existido en la medida en que ha habido, por un lado, una ausencia del *demos* europeo con participación activa y, por otro, una escasa influencia de esta ciudadanía sobre las políticas y gobernantes de la Unión. Ambas carencias notorias pero lógicas si se tiene en cuenta que no se estaba ante una auténtica constitución, sujeta únicamente a la soberanía popular, sino ante un proyecto de tratado, es decir, un acto derivado de los Estados y no del pueblo.

En este punto, el problema que presentaba el proyecto constitucional era doble. En primer lugar, un problema en la titularidad de la soberanía y, en segundo lugar, un problema respecto al protagonismo del titular de la soberanía en el proceso de toma de decisiones. En cuanto al primer problema, el proyecto constitucional depositaba la titularidad de la soberanía no en el pueblo europeo, sino en los Estados que integran la Unión. Respecto del segundo problema, los ciudadanos no han tomado decisión alguna ni, por ejemplo, respecto de la declaración y reconocimiento de derechos (aunque los tengan reconocidos en el proyecto) ni tampoco han tenido disposición sobre la entrada en vigor o la derogación del tratado. Esas decisiones han sido tomadas, pues, por los Estados sin participación ciudadana alguna, lo cual implica la inexistencia de un poder constituyente democrático efectivo (pp. 182-186).

La conclusión a la que conducen estas ausencias no sería otra que la de poner en entredicho la estrecha relación entre democracia, derechos y constitución. Pero si dicha relación corre peligro, si efectivamente todo proyecto constitucional no tiene en cuenta todos estos elementos y no evita el déficit democrático, lo que realmente se pone en peligro es el propio concepto de constitución. Además, y esto ya es más grave, si no se puede hablar de una auténtica constitución, entonces parece difícil incluso hablar de derechos y de su efectiva garantía y protección (p. 191).

Una vez establecidas las relaciones entre democracia, derechos y Estado de Derecho en la esfera de los ordenamientos jurídicos nacionales, los comentarios de Ansuátegui acerca del proyecto constitucional europeo dan pie para una aproximación universal, más que internacional, de la conexión derechos-Estado de Derecho-democracia. La conexión viene dada ahora por uno de los rasgos característicos de los derechos: la universalidad. Si se quiere hablar de una universalidad como componente necesario de los derechos parece necesaria una internacionalización (universalización) de las estructuras del Estado de Derecho (p. 147).

Ahora bien, de la universalidad de los derechos se puede hablar desde un plano moral o desde un plano jurídico. Desde el plano moral la universalidad de los derechos representa la idea de identificar un paradigma moral universal de los mismos o una ética de los derechos. Desde el plano jurídico implicaría poder referirse a la plena validez, reconocimiento y garantía de normas (jurídicas) de derechos en cualquier parte del mundo. Resulta evidente que, desde el plano jurídico, no es posible hablar de universalidad de los derechos y ello por dos razones. Por los grandes problemas de protección y garantía que tienen, problemas de eficacia que podrían achacarse también a una defectuosa fundamentación de los derechos, y porque ni todos los sujetos son titulares de todos los derechos ni todos los derechos obligan a todos los sujetos. La universalidad, entonces, sólo parecía predicable en el ámbito de la moralidad (pp. 227-230).

La posibilidad de una ética de los derechos requiere, al menos, dos condiciones mínimas. De un lado, dicha ética ha de referirse a la idea de individuo como sujeto moral de los derechos. De otro, se ha de establecer una determinada manera de comprender las relaciones entre el individuo como sujeto autónomo y el grupo social en el que se integra. Ahora bien, tales condiciones se enfrentan de cara con la existencia, en nuestro planeta, de un evidente pluralismo moral. ¿Es posible, entonces, que los derechos constituyesen el elemento común de las éticas particulares? Una respuesta afirmativa pasa, de acuerdo con Ansuátegui, por la concepción de la ética de los derechos como una ética pública, una ética formal, que no presuponga ninguna concepción del bien ni ninguna forma determinada de la organización de la vida de los individuos. El núcleo de dicha ética pública, imprescindible para la realización de la dignidad humana, bien podría ser representada, en el

plano internacional, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Ésta es la importancia que, más allá de su valor jurídico, tiene hoy la Declaración Universal y que sirve de elemento común para una ética de los derechos (pp. 153-160 y 236-240).

No obstante, por sí sola, la Declaración es insuficiente. Una ética de los derechos necesitaría de la democratización de la sociedad internacional y de la construcción de un Estado de Derecho cosmopolita o internacional que suprimiera la ciudadanía asociada a nacionalidades, pues, al igual que ocurre en el plano interno, en sede internacional no hay derechos sin democracia. En todo caso, una ética de los derechos precisaría que se reprodujeran el marco del Derecho internacional las condiciones de los Estados de Derecho nacionales o, al menos, los siguientes requisitos mínimos: (1) la realización de las exigencias del principio de legalidad y del imperio de la ley; (2) la efectividad del principio de igualdad de todos los individuos ante el Derecho; y (3) la existencia de una autoridad (legítima en origen y ejercicio) capaz de imponer, incluso a través de la fuerza, las normas de Derecho internacional (pp. 161 y 241).

ROBERTO-MARINO JIMÉNEZ CANO
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: robertomarinojimenez@uc3m.es