

LA NUEVA CONSTITUCION ESPAÑOLA DESDE LA FILOSOFIA DEL DERECHO

Por GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA CONSTITUCIÓN DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO: a) *La importancia del párrafo primero del artículo 1.º* b) *El concepto de Derecho que subyace en la Constitución.* c) *La teoría del Ordenamiento jurídico.*—3. LA CONSTITUCIÓN DESDE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA.—4. A MODO DE EPÍLOGO: SOBRE DERECHO, FUERZA Y CONSENSO.

1. Introducción

Resulta difícil y comprometido para un profesor universitario hacer un trabajo sobre un objeto respecto de cuya creación ha tenido también una considerable participación política. Eso ocurre en este caso con la Constitución española de 1978. Mi pretensión es hacer algunas observaciones a la misma en este artículo desde la perspectiva de la filosofía del Derecho. Quiero evitar la anécdota y la pequeña historia, aunque naturalmente será muy difícil prescindir del dato, incluso desde el nivel afectivo y personal, de una dedicación casi exclusiva durante un año al tema que ahora voy a analizar con el máximo posible de objetividad. Mi experiencia puede ser buena y positiva para el conocimiento del tema, pero también puede condicionar mis conclu-

siones. El poner de relieve este supuesto previo, por otra parte conocido por los lectores, es una obligación de honestidad científica mínima y una llamada de atención para los receptores de este trabajo, que, sin duda, les ayudará a valorarlo en sus dimensiones correctas (1).

La filosofía del Derecho, como la visión más global, con mayor perspectiva, en relación con las ciencias jurídicas parciales, es una buena plataforma desde la que observar la nueva Constitución española. Quizá también sea ésta, oportunidad para reivindicar para una de las partes de la filosofía jurídica, la teoría del Derecho, la reflexión general sobre los grandes conceptos jurídicos, sobre la estructura y sobre la función del Derecho, superando tanto el imperialismo de los iusprivatistas de construir los conceptos jurídicos desde el Derecho privado, como los reinos de taifas de las ciencias jurídicas parciales, incluido el Derecho constitucional en este caso. Todas las ciencias jurídicas deben asumir los resultados de la reflexión de la teoría del Derecho y aplicarlos en cada momento histórico al estudio de sus objetos parciales.

Una incursión histórica sobre la formación de la cultura jurídica moderna a través de la recepción del Derecho romano, del iusnaturalismo racionalista, de la codificación y de la ciencia jurídica desde el siglo XIX hasta nuestros días nos lleva a la conclusión de que la reflexión sobre el Derecho privado ha sido el fundamento central de los grandes conceptos del Derecho. Los intereses de la ideología liberal burguesa están claramente detrás de toda esa construcción. La historia ha justificado en otros momentos esa situación e incluso se la puede valorar parcialmente como positiva, pero hoy existen elementos suficientes para superarla apartando muchas de sus creaciones, como el sentido central del concepto de propiedad privada como concepto fundamental, la propia distinción entre Derecho público y Derecho

(1) Mi intención era tomarme mayor distancia en el tiempo antes de escribir sobre la Constitución, para evitar o para paliar todo lo posible interferencias subjetivas. Sólo la llamada de esta REVISTA y la importancia de este primer comentario me han hecho rectificar parcialmente mi intención. Será una excepción solitaria. Solamente al cabo, como mínimo, de un año emprenderé la tarea de escribir unos comentarios en profundidad al texto, con los materiales que acumule, especialmente con el trabajo de un curso de doctorado que dirijo este año en la Facultad de Derecho de la Complutense.

privado y de manera más global la entera concepción de la función del Derecho exclusivamente como protección o garantía de la autonomía de la voluntad del individuo y como represora de las desviaciones (2). La limitación de la función del Derecho a su aspecto protector o garantizador y a su aspecto represivo, que contemplaba el Derecho como Derecho privado y como Derecho penal, no es hoy posible por la aparición del pensamiento socialista democrático y por su reflejo en el constitucionalismo posliberal del siglo xx, especialmente a partir de 1945 (3).

Con estos planteamientos filosófico-jurídicos superadores de los clásicos en la materia del pensamiento liberal, haremos determinadas reflexiones sobre la Constitución española, por supuesto sin afán exhaustivo y como un punto de partida de posteriores trabajos, en primer lugar desde la teoría del Derecho y posteriormente desde la teoría de la justicia para indagar sobre los valores que nuestra Constitución propugna para su incorporación plena al ordenamiento jurídico. Por fin, y a modo de reflexión última, plantearé unas cuestiones generales sobre la relación entre Derecho, fuerza y consenso (4).

(2) Para el análisis iusprivatista del pensamiento jurídico moderno, *vid.* SOLARI, G.: *Filosofía del Diritto privato* (dos tomos), Giappichelli, Turín, 1959 (reimpresión de una edición de 1911, reimpresa en 1939). Hay traducción castellana, con prólogo de RENATO TRAVES, en De Palma, Buenos Aires, 1946-1950. *Vid.* asimismo GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *Estudios de Teoría de la sociedad y del Estado*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, especialmente los trabajos «Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna» y «El racionalismo jurídico y los Códigos europeos» (I, II, III), pp. 411 a 543. *Vid.*, por fin, TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I: «Assolutismo e codificazione del diritto», Il Mulino, Bolonia, 1976.

(3) Hay que reconocer que dos elementos del pensamiento marxista, desde la revisión leninista que los acentuó, han dificultado también esa nueva perspectiva del análisis jurídico. Me refiero, por una parte, a la tesis de la desaparición progresiva del Derecho y del Estado, y por otra, a la de la determinación de la superestructura jurídica y política respecto de la infraestructura económica. Muchos planteamientos alejaron al pensamiento socialista del tratamiento de los temas jurídicos o provocaron acusaciones de heterodoxia y de revisionismo a quienes se introdujeron en ellos a pesar de todo. Para este tema, hoy fundamentalmente superado, *vid.* mi trabajo *Liberdad, poder, socialismo*. Civitas, Madrid, 1978.

(4) En uno de los debates sobre la Constitución ante el Pleno del Congreso de los Diputados, en relación con el artículo 14, dije, explicando el voto del grupo parlamentario socialista: «... Todos saben que el problema del Derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, «todos» permite una ley de aborto. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, «la persona» impide una ley de aborto. Por eso nosotros estamos en contra de los fraudes intelectuales y científicos, nosotros estamos en contra del juego de palabras.» Eso provocó que el portavoz de UCD, señor Pérez Llorca, dijera: «... considero grave que un jurista eminente... haya dicho en medio de un debate constitucional que el derecho depende del poder y de la fuerza...». En ocasión posterior, en la junta de portavoces, el in-

2. La Constitución desde la teoría del Derecho

Desde esta perspectiva interesa resaltar fundamentalmente tres aspectos en la Constitución: en primer lugar, el artículo 1, párrafo primero, como síntesis muy correcta de las actuales conclusiones mayoritarias de la relación actual entre sociedad, poder, Estado y Derecho; en segundo lugar, la calificación del concepto del Derecho que subyace en la Constitución y, en tercer lugar, la teoría del ordenamiento jurídico que se desprende del texto.

a) *La importancia del párrafo primero del artículo primero*

El contenido del texto que analizamos no es habitual ni siquiera en las Constituciones más modernas.

«España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.»

La Constitución española de 1931 decía en su artículo 1, párrafo primero: «España es una República democrática de trabajadores de toda clase que se organiza en régimen de libertad y de justicia.» Por su parte, la Constitución italiana de 1947 dice en el texto paralelo a los que analizamos que «Italia es una República democrática fundada en el trabajo». La Ley Fundamental de Bonn de 1949 dice en su artículo 20: «La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social» (5). Por fin, la Constitución portuguesa de 1976 dice en su

geniero señor Abril Martorell, vicepresidente del Gobierno, me hizo una observación en el mismo sentido. Es oportuno recordar algunas perspectivas de esa relación entre derecho y fuerza, añadiendo una pertinente referencia al consenso para aclarar ese tema y fijar mi posición al respecto para evitar simplificaciones y utilizaciones políticas del tema.

(5) La Constitución de la República Federal Alemana no se inicia por este artículo tradicional, sino por los derechos fundamentales que ocupan desde el artículo 1 al artículo 19. Sin duda esta posposición está vinculada no sólo a la importancia que se quiere dar a los derechos fundamentales como base de toda la Constitución, en un país que acababa de salir de un régimen nazi, sino también a la imposibilidad de hacer una definición de Alemania como una unidad, por la división derivada de las zonas de ocupación occidental y rusa, que se refleja en el propio preámbulo del texto constitucional.

artículo 1: «Portugal es una república soberana basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular y empuñada en su transformación en una sociedad sin clases» (6). En todos los supuestos, el párrafo siguiente o, en su caso, el artículo siguiente hace una referencia a la soberanía, residenciándola en el pueblo o, como en el caso de la Constitución republicana, afirmando que «los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo». Lo mismo ocurre con el actual texto de nuestra Constitución de 1978 cuando afirma: «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado» (art. 1, núm. 2).

La originalidad del artículo 1, párrafo primero, y lo que lo diferencia de los restantes textos aquí señalados y, desde luego, de todo el Derecho constitucional, es el punto de vista desde el que se plantea. Tiene además una gran importancia por ser el punto de partida de la Constitución, su pórtico, la definición de su ámbito y de sus objetivos. En efecto, los demás textos están científica y doctrinalmente planteados desde el Derecho constitucional, que es en definitiva una ciencia parcial, mientras que nuestro texto está planteado desde la teoría del Derecho, desde la filosofía del Derecho, que es el intento integrador de superar las perspectivas parciales y abordar el problema desde toda su complejidad. Ese es, a mi juicio, el gran acierto del texto que parte de la nación «España» y de la calificación del poder político, del Estado —«se constituye en un Estado social y democrático de Derecho»— relacionándolo (en lo que está la innovación y la aportación de la teoría del Derecho) con el ordenamiento jurídico y con los valores que propugna para ser incorporados a éste: «La libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

La relación entre esos factores, que es lo original del texto del artículo 1, párrafo primero, de la Constitución española supera el idealismo iusnaturalista y vincula el Derecho al poder

(6) El artículo 2 es una reiteración y ampliación de lo establecido en el artículo 1: «La República portuguesa es un Estado democrático basado en la soberanía popular, en el respeto y en la garantía de los derechos y de las libertades fundamentales, en el pluralismo de expresión y organización política democrática, que tiene como objetivo asegurar la transición al socialismo mediante la creación de condiciones para el ejercicio democrático del poder por las clases trabajadoras».

del Estado (7), aunque tampoco desconoce los valores y por eso no cae en el reduccionismo del positivismo estatalista.

En un trabajo anterior decía: «... En el marco histórico del mundo moderno el Ordenamiento jurídico está apoyado en el Poder. El fundamento último de la validez de un sistema jurídico está en el Poder. Cuando hablamos de poder queremos decir, sobre todo, aunque no exclusivamente, poder del Estado, que es la forma de organización moderna del poder político...» (8).

En el mismo trabajo decía más adelante: «... Porque constatar que el poder es el fundamento de la validez del Derecho y un punto clave, junto con el reconocimiento de los destinatarios, para la eficacia de un ordenamiento, no supone en absoluto renunciar a una teoría de la justicia, a una lucha por el Derecho justo, sino que permite un enfoque correcto del mismo...» (9).

Esta conexión entre poder y Ordenamiento jurídico, abierta desde el realismo, sin ilusiones idealistas, a los valores jurídicos se recoge correctamente en el texto que analizamos y esa es quizá su mayor virtud desde un enfoque filosófico jurídico.

Unas observaciones complementarias en cuanto al contenido del precepto y en concreto a alguna de sus expresiones es también pertinente para cerrar el análisis.

— El término «se constituye» es más acertado que el término «es» que utilizó la Constitución de la Segunda República. Como decía Pérez Serrano en sus famosos comentarios, «... en buenos principios de interpretación no cabe admitir la consustancialidad entre sujeto y predicado...» (10). Se «constituye» da más adecuada idea, por otra parte, de la innovación que supone la Constitución respecto a la situación anterior y de la ruptura política y jurídica que representa. Por fin, el tiempo del verbo

(7) Para el tema de las relaciones entre Derecho y poder, *vid.* mi trabajo «Reflexiones sobre Derecho y poder», en *Libertad, poder, socialismo*, citado, pp. 219 a 239.

(8) *Ob. cit.*, en nota anterior, p. 231.

(9) *Ob. cit.*, p. 234. En el mismo sentido, BOBBIO dirá: «La definición del Derecho que hemos acogido no coincide con la de la Justicia... Autoriza a los que detentan el poder a ejercitar la fuerza, pero no dice que el uso de la fuerza sea justo por el solo hecho de haber sido querido por el poder originario... El Derecho tal cual es expresión de los más fuertes, no de los más justos. Tanto mejor después si los más fuertes son también los más justos...» (*Teoría dell'Ordinamento Giuridico*, Giappichelli, Turín, 1960, pp. 63-64).

(10) *La Constitución Española* (9 de diciembre de 1931). Antecedentes, texto, comentarios. Ed. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1932, p. 56.

plasma con corrección la idea abierta de cara al futuro en cuanto al desarrollo y al perfeccionamiento histórico del Estado social y democrático de Derecho, mientras que el desastroso texto aprobado por la Comisión Constitucional del Senado cerraba con el tiempo del verbo esa perspectiva (11).

— La expresión «Estado social y democrático de Derecho» es también oportuna aunque desde el punto de vista teórico sobra el término social, comprendido en el término democrático, como etapa posterior en la evolución del Estado de Derecho (12). No era, sin embargo, inútil adjetivar al Estado de Derecho (que históricamente ha sido liberal, social y hoy democrático en aquellas sociedades más avanzadas) porque desde la teoría del Derecho —no desde la filosofía política ni desde la historia del pensamiento— en la concepción de Kelsen, todo Estado, por el hecho de ser un Estado, es decir, por constituir un ordenamiento coactivo, es en ese sentido un Estado de Derecho. También la calificación del Estado de Derecho como «democrático» da un sentido progresivo a este concepto, que, sin embargo, como antes decía, se ve oscurecido con el calificativo «social», que además de la razón de que supone una etapa anterior en la evolución histórica del Estado de Derecho puede tener una interpretación no técnica, pero sí política, que desvirtuaría su sentido al colocar sucesivamente los términos social y democrático (13).

I

(11) En base a una enmienda del senador CELA, incomprensiblemente apoyada por UCD, se sustituyó este párrafo primero por uno que decía: «España queda constituida en un Estado de Derecho democrático y social que proclama como principios de su Ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y la paz». Este texto destruyía todas las virtudes del párrafo y fijaba, con el tiempo del verbo «queda constituida», estáticamente sin posible desarrollo al Estado de Derecho.

(12) Vid. ELÍAS DÍAZ: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 1.ª ed., Edicusa, Madrid, 1966, y también «El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas», en *Legalidad-legitimidad en el Socialismo democrático*, Civitas, Madrid, 1978, páginas 149 a 166. Vid., asimismo, LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

(13) El texto inicial de este artículo fue ofrecido por el Grupo parlamentario socialista con el siguiente texto: «España se constituye como Estado democrático de Derecho que propugna como valor superior de su Ordenamiento jurídico la justicia en la libertad y la igualdad». El señor Fraga Iribarne propuso que se añadiese el término social, a lo que se sumaron los representantes de UCD y de la minoría catalana y también desde esos mismos sectores se propuso el añadido del pluralismo político, lo que fue aceptado por todos. En el acta de los trabajos de la ponencia de 25 de agosto de 1977 se señala textualmente: «El representante de la minoría vasco-catalana ofrece un texto transaccional para el artículo 1.º que, con algunas rectificaciones en la forma, fue adoptado como elemento de trabajo en primera lectura». El texto adjunto al acta decía así: «España se constituye en un Estado demo-

— La expresión «propugna» es especialmente adecuada para señalar la relación del Estado y el Ordenamiento jurídico respecto a los valores que sólo son Derecho si se incorporan al Ordenamiento jurídico positivo y que necesitan para su realización el impulso y el apoyo del poder político. Su temporal sustitución por el verbo «proclama», realizada por la Comisión del Senado, privaba al párrafo del sentido de lucha por el Derecho más justo, que así queda mucho más claro.

Para resumir el juicio favorable que me merece este artículo 1, párrafo primero, habría que decir que posee un carácter de modernidad en el enfoque de las relaciones que se establecen entre España, el Estado, el Ordenamiento jurídico y los valores que este último debe realizar y que, salvo la innecesaria adición del término «social», es un texto muy pertinente para la teoría del Derecho (14).

b) *El concepto de Derecho que subyace en la Constitución*

Es importante también, con el apoyo objetivo de los datos que suministra la teoría del Derecho, indagar sobre el concepto de Derecho que se desprende de la Constitución, porque de este tema se van a sacar conclusiones oportunistas, simplemente de cara a la galería electoral, sin base real (15). También en otro ámbito distinto y, por supuesto con planteamientos académicos serios, se ha sostenido, a mi juicio equivocadamente, que la Constitución española se sitúa en un concepto del Derecho liberal clásico (16).

crático y social de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el respeto al pluralismo político». Como se ve, este texto, de acuerdo sobre la base del texto inicial corregido del grupo socialista, ha resistido con muy pocas modificaciones hasta el texto definitivo que hoy comentamos.

(14) Cuando analicemos desde la Teoría de la Justicia el contenido de los valores que se propugnan haremos también algunas observaciones críticas desde esa perspectiva.

(15) Ya en algunas ocasiones, como en el programa «La Clave», emitido por Televisión Española en septiembre de 1978 sobre el tema Constitucional, el portavoz del Grupo Parlamentario de UCD, señor Pérez Llorca, ha reivindicado para el liberalismo la inspiración total de la Constitución. El enfoque de la Teoría del Derecho tiene criterios objetivos que permitirán rechazar esta opinión.

(16) Durante la defensa ante el tribunal de una tesis doctoral de don MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN —por cierto excelente, sería y trabajada— sobre el tema de la «Participación de los ciudadanos en la Administración pública» (Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 3 de diciembre de 1978), el profesor TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, rec-

A nivel general, y con las aportaciones que nos suministra la historia política y la historia de la filosofía del Derecho y del Estado, resulta muy difícil sostener que el moderno constitucionalismo, ya a partir de 1848, pero, sobre todo, en nuestro siglo xx, sea un producto del pensamiento liberal. Al menos tres grandes conquistas del constitucionalismo se producirán a pesar del pensamiento liberal, con su oposición formal (17) y son impuestas por la lucha, a veces muy cruenta, del movimiento obrero y del socialismo democrático. Me refiero al derecho de asociación, al sufragio universal y a los derechos económicos, sociales y culturales. Hoy también cabría añadir a esta lista la lucha por los derechos de solidaridad, los nuevos derechos fundamentales, al medio ambiente (a la no contaminación, al aire limpio, al agua limpia) los derechos de los consumidores, etc., que no se impulsan por la lucha de los liberales, sino en muchos casos con su oposición (18). No parece, pues, posible con esos datos atribuir al concepto del Derecho que se desprende genéricamente de las Constituciones del siglo xx como normas supremas del Ordenamiento jurídico, una calificación liberal excluyente, como tampoco hay elementos serios que permitan sostener que existe una teoría alternativa del Derecho y el Estado desde el socialismo, o más concretamente desde el marxismo. Sin embargo, una aproximación al tema en referencia a nuestro texto constitucional desde la teoría del Derecho sí descubrirá importantes elementos alternativos vinculados al socialismo democrático que permitirán ofrecer un concepto mixto del Derecho en una evolución que, partiendo del concepto liberal y manteniendo los importantes elementos positivos de éste, tiende hacia nuevas formas y funciones del Derecho, auténticas alternativas para hacer real el ideal de libertad, igualdad y fraternidad.

tor de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, y muy competente administrativista, sostuvo esa posición. Yo también formaba parte del Tribunal, pero había intervenido con anterioridad y no pude en aquel acto académico dejar clara mi opinión. Sirvan estas páginas de cordial contestación al ilustre profesor y amigo.

(17) Por supuesto que sectores del pensamiento liberal más radical o más progresivo defenderán también esos postulados.

(18) Sobre este tema, vid. N. BOBBIO: *Quale Socialismo*, Einaudi, Turín, 1976. Hay traducción española en Plaza Janés, Barcelona, 1977. Vid. asimismo mi trabajo «El Socialismo y la Libertad», en *Libertad, poder, socialismo*, citada, pp. 133 y ss., y ELÍAS DÍAZ: «Socialismo democrático y derechos humanos», en *Legalidad-legitimidad en el Socialismo democrático*, citada, pp. 125 y ss.

Si observamos la evolución del pensamiento jurídico, de la cultura jurídica moderna, en feliz expresión de Tarello, observamos que el Derecho es fundamentalmente Derecho privado (que para los iusnaturalistas racionalistas coincide con el Derecho natural) y Derecho penal y que el pensamiento jurídico construye sus conceptos sobre la base del Derecho privado. Incluso el nacimiento más sistemático y autónomo del Derecho público en Alemania, con Laband y Jellinek utilizará para su fundamentación conceptos de Derecho privado y lo mismo se puede decir del Derecho administrativo liberal clásico (19).

El Derecho, por consiguiente, en la concepción liberal, realiza dos funciones centrales: de garantía de la autonomía de los particulares, que se realiza centralmente a través del contrato, de la propiedad y de las sucesiones y de represión—utilizando sanciones negativas o penales—para las violaciones del orden establecido, sobre todo, en el Derecho privado. Desde ese punto de vista, por consiguiente, el concepto del Derecho se remite a su finalidad de garantía y de represión a través de normas amparadas por una sanción institucionalizada. La función del Derecho es esencialmente negativa en todos los grandes teóricos desde Thomasius hasta Kelsen, pasando por Kant y el Hegel del «Derecho abstracto». Hayek expondrá muy claramente esta tesis cuando dice: «En realidad, vemos que las normas de Derecho privado y penal o, al menos, la mayor parte de ellas... suponen sólo prohibiciones que limitan el campo de la libre acción y sólo en casos excepcionales asumen la prescripción de acciones determinadas...» (20). Para este autor el desbordamiento de este concepto liberal del Derecho produce sólo la alternativa de la sociedad totalitaria, con lo que es un ejemplo modélico de la tesis liberal de que la igualdad destruye la libertad, centro de tantas líneas retardatarias y antiprogresistas del pensamiento liberal clásico, incapaz de asumir el reto del mantenimiento y de la profundización de la libertad para todos en la sociedad de masas. En ese sentido dirá: «La progresiva sustitución de las normas de conducta del Derecho privado y penal por conceptos

(19) Para este tema, *vid.* las obras citadas en nota (2).

(20) «Ordenamento giuridico e Ordinamento sociale», *Il Politico*, XXXIII, 1968, páginas 693-723; la cita es de la p. 703.

derivados del Derecho público es el proceso en virtud del cual las sociedades liberales existentes se han ido transformando progresivamente en sociedades totalitarias...» (21). En esa misma línea son muy reveladoras también del concepto liberal del Derecho las expresiones de Ihering en *El fin en el Derecho*, cuando dice: «... Resulta de esto que el concepto de la sociedad coincide en parte con el del Estado. Pero también sólo en parte; en la medida en que el objetivo social requiere para su realización de la mediación de la coacción externa. Pero esa exigencia es sólo en una parte pequeña. El comercio y la industria, la agricultura, la fabricación, el arte y la ciencia, las costumbres domésticas se organizan en lo esencial por sí mismas. El Estado con su Derecho interviene sólo aquí y allá en la medida que es inevitable para asegurar el orden que se han dado esos fines a sí mismos contra la lesión...» (22). En base a ese concepto liberal de las funciones del Derecho, Ihering lo definirá en la misma obra como «... el conjunto de las condiciones de vida de la sociedad, en el sentido más amplio de la palabra, asegurado mediante la coacción externa por el poder público...» (23).

El carácter negativo de aseguramiento o de garantía de la autonomía de la voluntad y la represión de los excesos de los límites establecidos por medio de las sanciones negativas, es el núcleo central del concepto liberal del Derecho que encontramos en todos los textos del constitucionalismo clásico.

Desde esa perspectiva, ¿se puede decir que el concepto del Derecho que se desprende de la norma fundamental de nuestro Ordenamiento jurídico es liberal?

La respuesta es negativa si nos atenemos a los siguientes elementos de la Constitución española de 1978 que conducen a un concepto mixto, con importante influencia del socialismo democrático (24):

(21) «The Principles of a Liberal social order», *Il Politico*, XXXI, 1966, pp. 601 a 618; la cita es de la p. 609.

(22) *Der Zweck um Recht*, 1877, 1883. Traducción castellana de DIEGO ABAD DE SANTILLÁN. Editorial Cajica, Puebla, México, 1961, p. 83.

(23) *El fin en el Derecho*, citado, p. 364.

(24) Quizá la teoría alternativa del Derecho y del Estado no sea sino la profundización hasta sus últimas consecuencias de esta concepción mixta que asume los grandes valores de libertad del liberalismo clásico, que intenta depurarla de los de-

1) La potenciación de la participación de los ciudadanos como superación del carácter excluyente y exclusivo de la democracia parlamentaria o democracia representativa. Encontramos la participación en los artículos 6, 9.2, 20.3, 23, 27.7, 48, 51, 87.3, 92, 105, 125, 129, 140, última frase.

2) La iniciativa económica pública. Es un tipo de acción directa de los poderes públicos que, por consiguiente, matiza la iniciativa económica privada propia del Estado liberal y de su concepto del Derecho. «Se reconoce—dice el artículo 128.2—la iniciativa económica pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiese el interés general.»

3) La planificación de la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y su más justa distribución (art. 131.1).

4) La subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1) y la limitación del derecho de propiedad, como derecho no igualitario, y a través de esa limitación su práctica desconstitucionalización y remisión a la ley ordinaria (artículo 32.2).

5) La función promocional del Derecho que aparece como muy importante en el texto, con lo que eso supone de acción positiva por parte del Estado (25). Así se observa esta función promocional en los artículos 40, 43.3, 44, 46, 47, 48, 50, 51.2, 129.2. De manera muy especial hay que señalar la importante función de promoción, es decir, de acción positiva que establece el artículo 9.2 cuando dice:

«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los

rechos de contenido no igualitario y crear condiciones de participación y de igualdad y libertad reales para los individuos y para los grupos. En esta línea se sitúa el texto constitucional.

(25) Sobre la función promocional del Derecho, *vid.* BOBBIO: «La funzione promozionale del diritto», en *Dalla struttura alla funzione*. Edizioni di comunita. Milán, 1977.

grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social...».

En este supuesto, la acción positiva del Derecho pasa por incentivar la acción futura de los particulares o reconocer con sanciones positivas —premios— una conducta ya realizada, y exige normas de organización, es decir, normas de participación, de cooperación o de integración de individuos para perseguir fines comunes (26).

6) La realización de funciones positivas para asegurar el cumplimiento de fines derivados del ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales por parte de los ciudadanos. En esos supuestos se podría entender también que estamos ante una función promocional del Derecho, aunque entendida ésta, me parece, de una manera más profunda que en el concepto de Bobbio, porque aquí no se trata ya de promover o facilitar unas determinadas actuaciones o conductas de particulares, sino de realizar conductas por parte de funcionarios de servicios que tienen como fin facilitar prestaciones para la *promoción* de la persona y de su libertad e igualdad respecto de los demás. Aquí lo que se promueve es directamente el desarrollo de la personalidad por medio del ejercicio de un derecho subjetivo de carácter económico social o cultural que genera un derecho a exigir una determinada conducta positiva por parte del Estado (27). Sobre todo, esta perspectiva se encuentra en el artículo 39 (protección a la familia) y en el artículo 41 (régimen público de la seguridad social).

Desde todos los niveles que acabamos de señalar, el concepto del Derecho que se desprende de la Constitución no es sólo el de una garantía para la acción de los particulares con el ejercicio de la coacción por medio de sanciones negativas —penas— para quienes infrinjan los límites del ordenamiento. Supone una acción positiva, una acción directa en el plano económico, una

(26) Mientras que el concepto liberal del Derecho se centra en normas de conducta que pretenden garantizar la convivencia de individuos o grupos que persiguen fines individuales y nada más. *Vid.* sobre este tema el artículo de Bobbio «Diritto e scienze sociali», en *Dalla struttura alla funzione*, citada, pp. 42 a 61.

función promocional con la existencia de muchas normas de organización. En definitiva, es un concepto del Derecho de un sistema mixto con gran influencia del socialismo democrático.

c) *La teoría del ordenamiento jurídico*

Desde el punto de vista estructural que responde a la cuestión de cómo es el Derecho y no para qué sirve, que sería la respuesta a dar si se analiza el concepto desde la perspectiva funcional, lo importante es considerar cuál es el entramado jerárquico de las normas en nuestra Constitución. Así consideradas las normas en sus respectivos escalones suponen un entramado de poderes y de obligaciones o, desde otra perspectiva, de poderes que generan normas y de normas que a su vez crean más poderes (28). Y esta elaboración de la teoría del ordenamiento jurídico en nuestra Constitución es fundamental y tiene un gran sentido práctico y político en cuanto delimita las esferas de competencia material y formal y también el ámbito territorial de vigencia en los supuestos de distribución territorial de facultades entre los poderes del Estado y los de las Comunidades autónomas.

La cúspide del ordenamiento jurídico la ocupa la Constitución, que es ley fundamental, norma de normas, y que establece los principios generales del ordenamiento jurídico (sobre todo en el título preliminar), los derechos y las libertades (título primero), la organización de los poderes (títulos II a VI), los principios de la organización económica y de la Hacienda (título VII), la organización territorial del Estado y el desarrollo del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 (título VIII), el Tribunal Constitucional como garantía de la Constitución (título IX) y la Reforma constitucional (título X), además de una

(27) La teoría jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales está muy en sus comienzos, pero supone uno de los aspectos más sustanciales de una posible teoría alternativa del Derecho y del Estado. En España los profesores de Filosofía del Derecho se ocuparán del tema en su próxima reunión que se celebrará en Murcia, en diciembre de este año (redactó esta nota a principios de noviembre de 1978), organizada por el Departamento de Filosofía del Derecho de aquella Universidad que dirige el profesor HURTADO.

(28) Sobre este tema, *vid.* NORBERTO BOBBIO: *Teoria dell'Ordinamento giuridico*, Giappichelli, Turín, 1960.

serie de disposiciones adicionales (4), transitorias (9), derogatoria y final.

En ella se encuentran, junto a normas de conducta o de primer grado, con mandatos, prohibiciones o permisos dirigidos a los ciudadanos o a las autoridades y funcionarios (29), normas de segundo grado o de organización. Estas últimas son normas que mandan mandar (por ejemplo, artículo 13.4 que ordena la redacción de una ley para organizar el derecho de asilo de los ciudadanos de otros países y de los apátridas), normas que prohíben mandar (artículo 15, en cuanto abolicionario de la pena de muerte, o el artículo 25.1 en cuanto prohíbe normas que sancionen conductas que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa), normas que permiten mandar (artículo 11.3, en cuanto permite establecer tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España). Se pueden encontrar en estas normas de segundo grado hasta nueve combinaciones, combinando el mandato, la prohibición o el permiso como tipos de normas de conducta (30).

También es importante señalar la constitucionalización de determinados principios generales del Derecho en el artículo 9.3, con lo que se zanja el tema de su carácter, tan discutido por la doctrina y no esclarecido por los textos de Derecho positivo, en el marco de la polémica iusnaturalismo positivismo. Al menos los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, de seguridad jurídica, de responsabilidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, son principios generales que son Derecho positivo y, además, al máximo rango jerárquico (31).

(29) El artículo 9, primer párrafo, establece la obligación de obediencia al Derecho, y en primer lugar a la Constitución para gobernantes y para gobernados con un contenido del siguiente tenor: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico».

(30) Así, junto a las ya citadas, se pueden encontrar normas que permiten prohibir o permitir, normas que prohíben prohibir o permitir, y normas que mandan prohibir o que mandan permitir.

(31) Sobre este tema, *vid.*, entre otros, JENARO CARRÍO: *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.

Por fin, parece también procedente dejar constancia de la existencia en la Constitución de normas-programa sin contenido jurídico inmediato, sino como marco para la acción política de los poderes públicos. Este es, sobre todo, el supuesto del capítulo III del título I, «De los principios rectores de la política social y económica». El artículo 53.3 aclara, lo cual es positivo por razones de seguridad jurídica, cuál es el verdadero alcance de estos preceptos al decir: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen...». El rango inmediatamente inferior lo ocupan las leyes orgánicas, que se distinguen de las leyes ordinarias por razones materiales y formales y que tienen por ambos criterios un rango superior a éstas, de tal forma que sería anticonstitucional tanto que una ley ordinaria regulase materias reservadas a la ley orgánica, como que una ley ordinaria derogase total o parcialmente a una ley orgánica (32).

El ámbito material de las leyes orgánicas se establece en el artículo 81.1 y comprende «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los estatutos de autonomía y el régimen electoral general, así como las demás previstas en la Constitución», que son las siguientes: Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas (art. 8.2); Ley Orgánica del Defensor del Pueblo (art. 54); Ley Orgánica de suspensión de derechos para personas determinadas en relación con bandas armadas o elementos terroristas (art. 55.2); la Ley Orgánica reguladora de la iniciativa legislativa popular (art. 87.3); la Ley Orgánica del Referéndum (art. 92); la Ley Orgánica de autorización para delegar el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 93); la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 104); la Ley Orgánica del Consejo de Estado (art. 107); la Ley Orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y de sitio (art. 166); la Ley Orgánica del Po-

(32) Varios proyectos de ley enviados por el Gobierno a las Cortes referentes a problemas educativos, como los de Autonomía universitaria o de financiación de centros docentes, deben ser leyes orgánicas por afectar a materias reservadas a este grado jerárquico del Ordenamiento jurídico una vez aprobada la Constitución.

der Judicial (art. 122); la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (art. 136); la Ley Orgánica para la alteración de límites provinciales (art. 141.1); la Ley Orgánica para la autorización de constitución de comunidades autónomas o para sustituir la iniciativa de las Corporaciones locales a que se refiere el artículo 143.2 (art. 144); la Ley Orgánica para la coordinación y demás facultades referentes a las policías locales (art. 148.22); la Ley Orgánica de creación de policías por las comunidades autónomas (art. 149.29) (33); la Ley Orgánica para la ampliación del marco autonómico (art. 151.1); la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 165).

Los requisitos formales de las leyes orgánicas se establecen en el artículo 81.2 y suponen su aprobación por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, en una votación final sobre el conjunto del proyecto. En el Senado el procedimiento es idéntico para las leyes ordinarias u orgánicas (art. 90). La modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá asimismo mayoría absoluta del Congreso (art. 81.2). En este nivel de las leyes orgánicas los Estatutos de Autonomía tienen la consideración de norma básica del ordenamiento de cada comunidad autónoma y forman parte del ordenamiento jurídico general o estatal con ese rango (art. 147.1). Su ámbito de vigencia territorial será el de la comunidad autónoma, pero su rango en el ordenamiento jurídico general impide que sea modificado por normas estatales de rango inferior. Los estatutos de autonomía prevalecerán sobre las normas estatales en lo que esté atribuido a la exclusiva competencia de las comunidades autónomas y, como es lógico, el Derecho estatal será en todo caso supletorio (artículo 149.3 (34)).

Debajo de las leyes orgánicas vienen las leyes ordinarias que proceden del poder legislativo y que tienen como límites materiales los temas que constituyen el contenido de las leyes or-

(33) Esta Ley Orgánica puede unificarse con la anterior y constituir una sola.

(34) Las competencias exclusivas de las comunidades autónomas se forman con las que otorga el artículo 148, las que no están atribuidas expresamente al Estado por el artículo 149, las que las Cortes Generales puedan atribuir a todas o a alguna Comunidad autónoma en el marco de una Ley cuadro (art. 150, 1) y las facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que el Estado transfiera o delegue y que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación (art. 150, 2).

gánicas y las materias que corresponden en exclusiva a las comunidades autónomas y que, de acuerdo con su Estatuto, deban proceder del legislativo de la respectiva comunidad. La denominación que la Constitución da para estas leyes de las comunidades autónomas es la de disposiciones normativas con fuerza de ley (art. 153.a).

A partir de las leyes coexisten, con los criterios ya señalados y contenidos en el artículo 149,3, las normas estatales y las de las comunidades autónomas.

El rango inferior a las leyes ordinarias lo ocupan los decretos legislativos, cuya potestad normativa se atribuye al Gobierno (art. 82.1) a través de una delegación concedida por ley de bases o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo (art. 82.2). Los límites materiales del decreto legislativo serán: las materias reservadas a leyes orgánicas (art. 82.1); la modificación de la propia ley de bases (artículo 83.a) o la facultad para dictar normas con carácter retroactivo (art. 83.b).

Formalmente se agotan las delegaciones por el uso que haga de ellas el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente y no podrá entenderse concedida de modo implícito ni por tiempo indeterminado (art. 83.3).

Los decretos-leyes tienen el carácter de disposiciones legislativas provisionales y deberán, posteriormente a su promulgación, ser sometidas a debate y votación de la totalidad del Congreso de los Diputados en el plazo de treinta días. Su ratificación los sitúa, a mi juicio, al nivel de las leyes ordinarias y su derogación en ese trámite ante el Congreso los hace perder validez (art. 86).

Son límites materiales de los decretos-leyes el ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos del título I, el régimen de las comunidades autónomas y el derecho electoral general.

El rango inferior lo ocuparán las disposiciones reglamentarias del Poder ejecutivo, ordenadas a su vez de acuerdo con la potestad y jerarquía de los órganos productores de las mismas y en todo caso sometidas a la Ley y al Derecho (art. 103.1).

El problema central de la teoría del ordenamiento jurídico en nuestra Constitución lo va a constituir la coexistencia del orde-

namiento jurídico del Estado y, en su seno, los ordenamientos de las comunidades autónomas. Aunque ya se han señalado los criterios de distribución y el carácter supletorio del ordenamiento estatal, los problemas hubieran quedado más claramente resueltos si se hubiera aceptado la propuesta socialista de las tres listas (35). No nos ofrece ninguna duda que sobre este tema se producirán dudas de interpretación que exigirán el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

3. La Constitución desde la teoría de la justicia

El enfoque del texto constitucional respecto de las relaciones entre Derecho y Poder, que se plasma en el artículo 1.1, y a las que ya me he referido en la primera parte de este artículo, no dificultan, sino, por el contrario, hacen posible el análisis fructífero de los valores o de la idea del Derecho justo que se desprende de la Constitución. La teoría de la legitimidad se plantea asimismo en el artículo 1.1, encuadrada en esa relación entre Derecho positivo (Derecho válido) y Poder, y describe los valores superiores que se propugnan para su incorporación al ordenamiento jurídico y que son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Hoy Derecho, en el sentido pleno del término, es sólo el Derecho positivo, y en éste se realizan los ideales jurídicos que forman la Justicia como reguladora del Derecho que debe ser. Con este enfoque que se ha incorporado al texto constitucional español se supera el enfoque iusnaturalista que considera a los ideales jurídicos como Derecho y también el enfoque de un positivismo extremo que se cierra a la teoría de la justicia o que, en algunos supuestos radicales, vincula la justicia a la positividad (el Derecho es justo por el hecho de ser Derecho positivo) (36).

Ya hemos visto el correcto uso de los términos «se constituye» y «propugna» para entender la forma de incorporación de estos

(35) Las tres listas suponían la regulación de las competencias exclusivas del Estado, de las Comunidades autónomas y de las compartidas con distintos niveles.

(36) Sobre este tema, *vid.* mi trabajo «Sobre la filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudio», en *Libertad, poder, socialismo*, ya citado, pp. 250 y 251.

valores «legitimidad crítica» al Derecho positivo—«legitimidad válida»—. Centrándonos ya en el contenido y en el sentido de los cuatro grandes valores señalados en el artículo primero, vamos a analizar, en primer lugar, su pertinencia, y, en segundo lugar, el desarrollo constitucional de su contenido.

Desde la teoría de la Justicia hay reiteración en la enumeración de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Por distintas razones, «pluralismo político» y «justicia» son reiterativos y los conceptos que representan se encuentran ya insertos en las ideas de libertad y de igualdad.

El pluralismo político es un elemento del valor libertad. En su génesis histórica en el mundo moderno la idea de la libertad, como veremos más adelante, se desarrolla a través de los derechos fundamentales y exige el pluralismo político que, por otra parte, se manifiesta también en uno de los derechos concretos, que es el derecho de asociación. Por consiguiente, desde el punto de vista teórico no parece necesaria, sino que es reiterativa, la inclusión del término pluralismo político. Si se ha mantenido, pese a su temporal exclusión por la Comisión Constitucional del Senado, es por razones políticas, ya que abundar en ese tema después de cuarenta años de régimen autoritario parece puesto en razón desde ese punto de vista.

La Justicia es también un término innecesario y reiterativo con los términos libertad e igualdad que constituyen hoy el contenido material de la idea de justicia en tanto en cuanto representan los supremos valores del mundo moderno incorporados respectivamente por el liberalismo y el socialismo democrático.

El Derecho justo o la idea de justicia han experimentado a lo largo de la historia múltiples caminos para buscar una objetividad a sus contenidos, primero a través de la autoridad del autor del «Derecho natural» —Dios—, y luego, tras la ruptura de la unidad religiosa, a través de su descubrimiento por la razón, en la naturaleza humana—iusnaturalismo racionalista—. La remisión a fórmulas como la de origen romano que identifica la justicia con el dar a cada uno lo suyo, o el imperativo categórico kantiano, tampoco solucionaron el tema. Kelsen será tajante en su crítica: «... Sin embargo, ninguna de las numerosas teorías sobre el Derecho natural ha logrado definir con éxi-

to el contenido de ese orden justo en una forma que siquiera se aproxime a la exactitud y objetividad con la cual la ciencia natural puede determinar el contenido de sus leyes, o la jurídica el contenido de un ordenamiento positivo. Lo que ha sido presentado como derecho natural, o, lo que equivale a lo mismo, como justicia, consiste en su mayor parte en fórmulas vacías como *suum cuique*, a cada quién lo suyo, o tautologías desprovistas de significado, como el imperativo categórico, esto es, la doctrina kantiana de que uno debe hallarse determinado solamente por principios que puede querer que sean obligatorios para todos los hombres. Pero la fórmula «a cada quién lo suyo» no contesta la pregunta sobre qué es lo suyo de cada quién y el imperativo categórico no dice cuáles son los principios que uno debiera querer se transformasen en obligatorios para todos...» (37).

Para la filosofía jurídica actual ante las críticas a los planteamientos clásicos de las que la posición de Kelsen es muy significativa, el contenido material de la justicia es precisamente el desarrollo de los valores libertad e igualdad, como valores del mundo moderno con un fundamento histórico suficiente que «excluye la duda o el desacuerdo en la actualidad, pero no garantiza, de una vez para siempre, la eliminación de todas las incertidumbres y de todas las futuras controversias...» (38).

Las ideas de libertad y de igualdad eran suficientes para señalar los valores superiores a incorporar al ordenamiento jurídico como voluntad del poder político representado por un Estado social y democrático de Derecho. Su desarrollo se encuentra en los derechos y en las libertades reconocidas en la Constitución (39).

La reiteración en el supuesto del pluralismo político tiene la explicación política que ya hemos señalado; en cuanto a la referencia a la justicia, sí puede conducir a error en tanto en cuanto se pudiera considerar que describía unos contenidos dis-

(37) *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción castellana, Universidad Nacional Autónoma de México, 1.ª ed., 1949; 3.ª ed., 1969, p. 11.

(38) PERELMANN, en su trabajo «Peut-on fonder les droits de l'homme», en la obra colectiva *Le fondement des droits de l'homme*, La Nuova Italia, Florencia, 1966.

(39) Para mayor desarrollo de este tema, vid. mi obra *Derechos fundamentales*, 2.ª ed., Guadiana, Madrid, 1976, sobre todo el tema primero sobre el concepto de derechos fundamentales.

tintos a los de la libertad y de la igualdad. Únicamente cabría encontrar algún sentido a la mención pensando a largo plazo en la ampliación del contenido material de la justicia a otros valores como el de la solidaridad mencionado en otros artículos de la Constitución, como el segundo.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, los valores libertad e igualdad se desarrollan en el título primero referente a los derechos fundamentales, que son Derecho positivo, con lo que se plasma en el texto constitucional la concepción dualista de los derechos fundamentales que distingue entre valores y Derecho positivo de los derechos fundamentales y que formulé en mi obra *Derechos fundamentales*, con amplitud de justificación (40). Desde esa perspectiva se pueden definir los derechos fundamentales como «facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción...» (41).

La Constitución en desarrollo de los valores de libertad e igualdad organiza los derechos y deberes fundamentales en el título primero y en otras partes de la Constitución.

Con los derechos de libertad se señala, por una parte, un ámbito de autonomía, donde la persona se puede desarrollar, sin interferencias del Estado y en general de los poderes públicos, de los grupos de presión o de los demás individuos, y, por otra parte, un ámbito de participación en la vida política y social que supere el dualismo representantes-representados y fortalezca la acción directa de los ciudadanos en los organismos públicos y sociales.

Con los derechos de igualdad se tiende a hacer posible y real la igualdad esencial de todos los seres humanos, corrigiendo los desequilibrios en las relaciones sociales y poniendo a disposición de los ciudadanos—que ejercen un verdadero derecho de

(40) *Vid.* obra citada en nota anterior.

(41) *Ob. cit.*, p. 80.

crédito frente al Estado y, en general, frente a los poderes públicos—prestaciones sociales y culturales.

Entre los derechos de libertad podemos encontrar el derecho a la vida, inicial y radical derecho base de la libertad (art. 15); la libertad religiosa, ideológica y de cultos (art. 16); el derecho a la libertad personal y a la seguridad (art. 17); el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18); la libertad de residencia y de circulación (art. 19); la libertad de expresión y de información junto con garantías institucionales que hacen posibles esos derechos (art. 20); la libertad de cátedra (art. 20.1-c); el derecho de reunión (art. 21); el derecho de asociación (art. 22); el derecho a la participación política (art. 23); el derecho a la jurisdicción y las garantías procesales (arts. 24 y 25); la libertad de enseñanza (art. 27); el derecho de petición (art. 29); la objeción de conciencia (artículo 30.2).

Entre los derechos de igualdad se pueden señalar el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación (art. 14); el derecho a la educación (art. 27); el derecho a la libre sindicación (art. 28.1); el derecho de huelga (art. 28.2); el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio y a una remuneración suficiente (art. 33).

También se marcan en el capítulo III los principios rectores de la política social y económica—normas-programa—, es decir, valores que se consideran esenciales y respecto de los cuales se establece un mandato para que los poderes públicos los desarrollen legalmente y se puedan convertir también en el progreso dialéctico de la incorporación al ordenamiento jurídico de mayores parcelas de los valores superiores de la libertad, y sobre todo de la igualdad, en derechos para todos los ciudadanos. No son aún derechos subjetivos, pero sí suponen una especificación y concreción de los valores señalados en el artículo 1.º, y en ese sentido suponen normas de organización o de segundo grado y, en todo caso, un paso adelante respecto de la pura enunciación genérica de los valores.

Entre estos principios se pueden encontrar los referentes a la protección de la familia (art. 39); a la justa distribución de la renta y a la seguridad e higiene en el trabajo (art 40); a la

seguridad social (art. 41); a los emigrantes (art. 42); a la protección de la salud (art. 43); al acceso a la cultura (art. 44); al medio ambiente (art. 45); al patrimonio artístico (art. 46); a la vivienda (art. 47); a la participación de la juventud (artículo 48); a los minusválidos (art. 49); a la tercera edad (artículo 50); a los consumidores y usuarios (art. 51).

Lo que diferencia a los derechos de libertad y de igualdad respecto de estos principios es que los primeros tienen una protección eficaz, bien a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad ante los tribunales ordinarios o a través del recurso de amparo (si se trata de los derechos reconocidos en el artículo 14 y en la sección 1.^a del capítulo II), bien a través del recurso de inconstitucionalidad para los derechos del capítulo II, sección 2.^a (art. 53.1 y 2), y del recurso de amparo también para la objeción de conciencia (artículo 53.2).

El respeto a los principios reconocidos en el capítulo III según el artículo 53.3, «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Sin embargo, no podrán ser alegados ante los tribunales si no es de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Aunque el texto constitucional ha dado en este campo pasos importantes, aún se encuentran en inferioridad de protección los derechos económicos, sociales y culturales que son sólo principios rectores o que no se encuentran en la sección 1.^a del capítulo II del título I. También aquí se pone de relieve el carácter mixto del concepto del Derecho que se desprende de la Constitución, con influencia liberal y socialista, porque todavía la función garantizadora, propia de los derechos de libertad, prima sobre la función promocional, propia de los derechos de igualdad en la terminología del profesor Bobbio. De todas formas, en relación con otras situaciones anteriores hay un progreso evidente que se abre incluso de cara al futuro a los principios reconocidos en el capítulo III. Queda muy claro frente a la resistencia liberal anterior (42) que los derechos de igualdad

(42) Doctrinalmente se afirmaba que la igualdad no era susceptible de asumir categorías jurídicas de derechos fundamentales, naturalmente que dentro del condicionamiento histórico del pensamiento jurídico liberal. *Vid.* sobre este tema, por

pueden ser derechos subjetivos y que los ciudadanos pueden ser titulares de los mismos, y que una profundización de la democracia se puede hacer desde los derechos de igualdad, es decir, en libertad y democracia, y no desde el Estado con tentación totalitaria de cariz leninista.

El despliegue de los valores de libertad e igualdad puede dar mucho juego para el progreso y para la liberación histórica de todos los hombres en nuestro texto constitucional. Porque frente a lo que piensa ese viejo liberalismo a la defensiva, la igualdad no restringe la libertad, sino en aquellos casos de libertades de clases de contenido no igualitario, como el derecho de propiedad. Por el contrario, los derechos de libertad en su gran mayoría son no sólo compatibles, sino potenciados con la igualdad.

4. A modo de epílogo: sobre Derecho, fuerza y consenso

La Constitución, como todo el ordenamiento jurídico, basa su validez última en el apoyo del poder. Ha sido necesario históricamente desentrañar la falacia idealista de que el fundamento de la validez era la justicia de la norma para poder construir una teoría de los valores jurídicos realista que no fuera un castillo en el aire y, por consiguiente, para trabajar por un Derecho justo. Esto ha quedado claro en este trabajo y por eso conviene, para terminar, insistir en que el sostén último de la Constitución de 1978 es un poder democrático y una sociedad democrática. No sólo es necesario sostener con ese poder y esa fuerza del Estado y de la sociedad la validez de la Constitución, sino que es necesario impulsar también su desarrollo con la voluntad firme de utilizar todas las posibilidades del desenvolvimiento de las normas constitucionales y de la legislación orgánica u ordinaria que la completa. A su vez la Constitución va a ayudar también al fortalecimiento del poder democrático y de la sociedad democrática. A la luz de estas ideas se ve la

ejemplo, JEAN RIVERO, que dice: «... La libertad crea necesariamente desigualdades: una sociedad que se pretende igualitaria no puede sino restringir el uso de las libertades», *Cours de Libertés Publiques. Les Cours de Droit*, París, 1971, p. 174. En la misma línea, JACQUES ROBERT: *Libertés Publiques*, Ed. Montchretien, París, 1971, páginas 18-19.

clara conexión entre política y Derecho y, por consiguiente, la necesidad que tiene la filosofía del Derecho de la filosofía Política para su comprensión de la realidad, que es jurídica y política al tiempo.

La afirmación de que el fundamento último de la validez (no de la justicia) de un ordenamiento jurídico y de una Constitución alcanza así su sentido en la sociedad del siglo xx y se explica también el sentido del consenso tan vulgarmente utilizado en el proceso constituyente de 1978. El consenso es el acuerdo de las fuerzas políticas mayoritarias en la sociedad y, por consiguiente, en el poder del Estado para apoyar la validez de la Constitución (43). Es algo necesario en una sociedad democrática y es lo que va a permitir el apoyo del poder a la validez de la Constitución. Es lo que garantiza su larga duración como norma básica de la paz, de la convivencia, de la libertad y de la igualdad de los españoles.

(43) Sobre el tema del consenso, *vid.* «Le Consensus», en *Pouvoirs Revue d'Etudes Constitutionnelles et politiques*, 1978-5, con trabajos de BREDIN, BOURRICAUD, BRAUD, BUCI-GLUCKSMANN, BURDEAU, CHAMPAGNE, DECRAENE, DELORS, DUVERGER, RIVERO, VINCENT, etc.