

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Universidad de Jaén

DERECHOS, CONSTITUCIÓN, DEMOCRACIA
(ASPECTOS DE LA PRESENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN
LAS CONSTITUCIONES ACTUALES)*

El texto del presente trabajo es, con alguna modificación, el de la conferencia pronunciada el 10 de noviembre de 2000 en el ciclo «Derechos y libertades en la Historia», organizado por el Instituto Universitario de Historia Simancas, de la Universidad de Valladolid. Se enmarca también en un acuerdo de investigación con el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, y en el Proyecto de investigación: «Derechos fundamentales y Teoría del Derecho» (n.º PB 96-0114) Programa Sectorial de Promoción General del Conocimiento, Dirección General de Enseñanza Superior (M. E. C).

La posición de los derechos en la Constitución actual, o en las Constituciones actuales, puede ser analizada utilizando diversas estrategias. Así, por una parte, cabría estudiar cuál es el lugar que los derechos ocupan en un Ordenamiento constitucional concreto, el nuestro por ejemplo, observando cuál es la posición específica de la que disfrutan, cuáles son los mecanismos jurídicos que les acompañan, cuáles son las técnicas de protección que los garantizan, de qué manera están, en definitiva, vinculados los diversos poderes del Estado respecto a ellos. En este sentido, nuestro Ordenamiento jurídico es, a partir de 1978, un Ordenamiento que podríamos considerar «tipo» al respecto. Por otra parte, también sería posible intentar desarrollar una exposición de las consecuencias derivadas del hecho de que en un Ordenamiento constitucional se incluyan normas de derechos fundamentales. En este sentido podríamos considerar, sin pensar necesariamente en un Ordenamiento concreto, qué efectos se desprenden de la presencia de estas normas en un sistema jurídico, cuáles son los condicionantes que se derivan de la misma, cuáles son las circunstancias que caracterizan dicha presencia. Creo que en esta ocasión, posiblemente sea más fructífera explorar las posibilidades de esta segunda estrategia. De acuerdo con lo anterior propongo el análisis de algunos problemas derivados de la existencia de normas de derechos fundamentales en los Ordenamientos constitucionales, habida cuenta de que, podríamos afirmar, dichos problemas y circunstancias caracterizan la presencia de los derechos en las Constituciones actuales, o para ser más exactos, son problemas que se originan a partir de la vinculación que en la actualidad se establece entre los derechos fundamentales y el concepto de Constitución, tal y como éste se articula en el Constitucionalismo contemporáneo. Pienso que este planteamiento puede ser fructífero y está en

condiciones de ofrecer posibilidades de reflexión desde una perspectiva de Filosofía del Derecho, que se caracteriza por su aproximación crítica a las realidades jurídicas. En todo caso se enmarcaría dentro de lo que podríamos denominar «Filosofía del Derecho Constitucional», cuya importancia viene determinada en la actualidad por el desarrollo del constitucionalismo.

De todas maneras, creo que no se debe olvidar que la situación actual de los derechos fundamentales debe ser entendida como el resultado de determinados procesos históricos, a la luz de los cuáles los derechos adquieren sentido en cada momento. Ello, porque el de «derecho fundamental» es un concepto histórico que surge en el marco de determinados contextos (aquellos que Peces-Barba ha identificado con el Tránsito a la Modernidad)¹ y que evoluciona al ritmo y con las condiciones que caracterizan la evolución de esos contextos. La atención a la perspectiva histórica es la que nos ayuda a entender el sentido actual de los derechos.

Parece evidente también que el discurso sobre los derechos constituye un ámbito en el que las dimensiones morales, políticas y jurídicas aparecen vinculadas. Si esta vinculación es en ocasiones notoria en determinadas parcelas del Ordenamiento jurídico, mucho más lo es en este terreno, en el que la política desempeña su papel de mediación entre las exigencias morales y las normas jurídicas. Por ello, en relación con los derechos, es difícil construir una teoría perfecta y exclusivamente estructural, una teoría pura en el sentido kelseniano.

Para comprender el significado de la presencia de derechos fundamentales en una constitución, creo que es imprescindible tener muy en cuenta la relación que se establece entre tres conceptos: derechos fundamentales, Estado de Derecho y democracia. Al respecto definiendo la idea según la cual el sentido respec-

¹ Vid., en general, W.AA., *Historia de los derechos fundamentales* (tomo I), G. Peces-Barba y E. Fernández (dirs.), Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 1998.

tivo de cada uno de estos tres elementos depende de la relación que establezca con los otros dos términos. Los tres forman un esquema, con un sentido global o de conjunto, que se pierde si se elimina alguno de ellos. De manera ciertamente esquemática y concisa, podemos pasar a mostrar cual es el sentido básico de la relación a la que se acaba de aludir:

a) Derechos fundamentales y Estado de Derecho. Los derechos fundamentales son un elemento imprescindible del concepto de Estado de Derecho que aquí se defiende. Ciertamente es que en relación con el concepto de Estado de Derecho caben diversas posibilidades de comprensión, entre otras cosas, porque —como el de derechos fundamentales— es también un concepto histórico que, como tal, surge en un determinado contexto y que varía de acuerdo con la evolución de las condiciones de dicho contexto, y porque, además, es un concepto esencialmente controvertido, de acuerdo con la propuesta terminológica desarrollada en los años 50 por Gallie². Así, podríamos diferenciar un concepto formal de Estado de Derecho, de un concepto material o sustancial. En sus orígenes, el Estado de Derecho es concebido inicialmente como sometimiento del Poder político

² Vid. GALLIE, W. B., «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, 1955-56, pp. 167-198. En este sentido E. W. BÜCKENFORDE, sin utilizar la terminología de Gallie, asume la misma idea cuando señala como característica propia del concepto de Estado de Derecho «la de poder establecer diferencias entre tipos de Estado de Derecho que se distinguen entre sí no sólo por rasgos accidentales sino también estructurales. Se trata de un rasgo que es propio de ciertos conceptos algo difusos y no enteramente delimitables desde el sentido mismo del término, que no se dejan definir «objetivamente» ni de forma concluyente desde sí mismos, sino que permanecen abiertos al flujo cambiante de las concepciones teóricas sobre el Estado y la Constitución. Son así susceptibles de concreciones diversas, sin que ello suponga que cambie por entero su contenido, es decir sin que pierdan su continuidad o se degraden a meras fórmulas vacías», «Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho», ID., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de R. de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, p. 18.

a la norma jurídica, como imperio de la ley. La ley, entendida como lo hacía Rousseau, ésto es como norma general y abstracta³, vincula a todos, poderes públicos y ciudadanos. En este sentido, la idea de Estado de Derecho entra en directa contradicción con una situación de arbitrariedad, en la que las conductas no están sometidas a normas dictadas previamente. Cuando este esquema estrictamente formal muestra sus carencias (debido, entre otros factores, al desafío de los totalitarismos)⁴, adquiere sentido defender otra concepción del Estado de Derecho, que es la que aquí se asume, y que entiende que esa legalidad no es cualquier legalidad, sino una «legalidad selectiva»⁵. En efecto, la ley o, habida cuenta de las dificultades que tiene seguir pensando en la ley como una norma perfecta, general y abstracta, la norma jurídica en el Estado de Derecho no es cualquier norma jurídica: al contrario, se caracteriza por su vinculación a unos determinados contenidos, referidos, en última instancia a los derechos fundamentales. En el Estado de Derecho, la norma jurídica es un instrumento encaminado en última instancia a reconocer, proteger, garantizar, derechos,

b) Estado de Derecho y democracia. El Estado de Derecho es un determinado modelo de estructuración del ejercicio de la capacidad normativa por parte del Estado. Las exigencias, morales y jurídicas, del Estado de Derecho impiden considerar que todo Estado es un Estado de Derecho, como propuso Kelsen. Al contrario, sólo los Estados, y los Ordenamientos jurídi-

³ «Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que aquellas consideran los ciudadanos en cuerpo y las acciones en abstracto; jamás el hombre como individuo ni la acción en particular», ROUSSEAU, *Contrato social*, Porrúa, México, 1987, p. 20.

⁴ Vid. CHEVALLIER, J., *VÉtat de droit*, Montchrestien, París, 1992, pp. 107 y ss. Vid. también BÖCKENFORDE, E. W., «Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho», *op. cit.*, pp. 34 y ss.

⁵ Vid. FERNANDEZ GARCÍA, E., «Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho», *Sistema*, n.º 138, 1997, p. 102.

cos, que satisfacen determinadas condiciones pueden considerarse auténticos Estados de Derecho. En este sentido, el Estado de Derecho podría ser considerado como la expresión jurídica de la democracia. No hay democracia allí donde no se pueden identificar los rasgos básicos del Estado de Derecho, de la misma manera que no tiene sentido hablar de Estado de Derecho en referencia a un régimen político no democrático. En todo caso, conviene aquí recordar que ambas ideas, Estado de Derecho y democracia, constituyen hoy un referente en los discursos políticos entre los cuáles se han desarrollado discursos con un alto grado de retórica. Hoy, ningún Poder político se reclama, por lo menos en público, como contrario al Estado de Derecho o a la democracia.

c) Democracia y derechos fundamentales. En el marco de una comprensión no exclusivamente formal de la democracia, los derechos fundamentales constituyen un elemento de dicho concepto. Para que en un Ordenamiento jurídico se encuentren protegidos de manera consistente y eficaz los derechos, es necesario un determinado compromiso, sincero, por parte del Poder político, cuya expresión normativa es el propio Ordenamiento. Ese compromiso se materializa en la positivación, en forma de normas jurídicas de derechos, de las exigencias morales que existen tras los mismos; al mismo tiempo, esa positivación es el resultado de la identificación que se produce entre el Poder político y la moralidad de los derechos. Dicho compromiso sólo se produce allí donde existe un Poder político democrático, entre otras cosas porque la juridificación de esas pretensiones morales supone una limitación hacia el Poder político⁶: desde el momento en que existen normas de derechos fundamentales, el Poder político sabe que hay cosas que no va a poder hacer, y al mismo tiempo sabe también que hay cosas que va a estar obligado a hacer, o que por

⁶ Vid. PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 111 yss.

lo menos se le puede exigir, aunque sólo sea en sentido político, que haga. Así, el Poder político democrático, que es por definición participado, es el único capaz de limitarse a través del reconocimiento de derechos fundamentales a los individuos. Es evidente, en este sentido, que la relación entre derechos fundamentales y Poder político no se articula de la misma manera si estamos pensando en un Poder político democrático o en un Poder de otro tipo.

Por otra parte, también es necesario aludir a otra vinculación, que es la que existe entre derechos fundamentales y Constitución. La idea de Constitución, entendida no exclusivamente como norma superior de un Ordenamiento jurídico, sino como norma superior que racionaliza el ejercicio del Poder, está conectada a la idea de límite de ese Poder⁷, y en este sentido, los derechos constituyen estrategias muy útiles y, en su caso, eficaces. No podemos entender el significado actual del constitucionalismo, a cuyo sentido me referiré más tarde, sin tener en cuenta el artículo 16 de la Declaración de 1789, cuando señala que «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución».

Pues bien, la inclusión de normas de derechos fundamentales en las Constituciones contemporáneas plantea cuestiones importantes e interesantes; cuestiones que, alguna de ellas, obligan a replantear convicciones o, por lo menos, planteamientos tradicionales. En esta ocasión me voy a referir a alguna de ellas. Con ello intentaré trazar un panorama, necesariamente incompleto, que ayude a comprender la posición de los derechos en las Constituciones actuales, y las consecuencias de dicha posición. Las cuestiones son las siguientes: 1) La superación de la concepción «canónica» de los derechos; 2) la transformación del sujeto de los derechos; 3) la proliferación de los

⁷ BLANCO VALDES, R. L., *El valor de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1994.

derechos; 4) la vinculación entre el Derecho y la moral a partir de la presencia de normas de derechos fundamentales; 5) las tensiones entre Constitución y democracia a partir, entre otras cosas, de la vinculación entre el concepto de Constitución y el de derechos fundamentales.

1. LA SUPERACIÓN DE LA CONCEPCIÓN «CANÓNICA» DE LOS DERECHOS

Las estructuras de las normas de derechos fundamentales, su articulación interna y las exigencias de su efectividad obligan, en mi opinión, a proceder a una reformulación de las tradicionales distinciones y clasificaciones de derechos. En este sentido, un sano escepticismo en relación con las propuestas tradicionales parece justificado. En efecto, cuando leemos los textos constitucionales enseguida nos damos cuenta del abismo que en ocasiones se produce entre las propuestas doctrinales y las concretas posiciones que ocupan los derechos en dichos textos. Encontramos textos en los que los derechos ocupan una posición que se caracteriza por su homogeneidad respectiva: todos los derechos están situados en el mismo plano, todos están acompañados por las mismas técnicas de protección y garantía, todos pueden ser reclamados de la misma manera y en la misma medida. Existe una equiparación y no se prevé al respecto ningún tratamiento diferenciado. Es cierto que esta equiparación posiblemente satisface mejor que otras alternativas las exigencias de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos (recogidos en la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobada en junio de 1993 por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, que ya había sido afirmada en la 1ª Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968), pero plantea importantes problemas a la hora del funcionamiento práctico y de la efectividad de los derechos. Creo que es fácilmente comprensible que las exigencias y los mecanismos de protección del

derecho a la vida, de la libertad de expresión, del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho al trabajo, del derecho a un medio ambiente digno y del derecho a la autodeterminación informativa, por ejemplo, no son las mismas y que, por tanto, sus especificidades reclaman tratamientos jurídicos diferenciados. En otras ocasiones, encontramos textos constitucionales en los que, a pesar de existir una determinada estructuración interna que parecería, en lo general, obedecer a clasificaciones doctrinales tradicionales (vinculadas a la que Eduardo Rabossi ha denominado «la concepción canónica» de los derechos⁸ en el marco de la cual los derechos de inspiración liberal ocupan una posición de superioridad o privilegio), éstas aparecen claramente excepcionadas a partir de las posiciones que ocupan determinados derechos. Piénsese en el caso español en el que el derecho a la educación (art. 27), uno de los derechos económicos, sociales y culturales paradigmáticos, se encuentra en la parte del texto constitucional en la que se incluyen los derechos más reforzados y garantizados (sección 1ª, cap. 2º, tit. I), aparentemente reservada a los derechos de inspiración liberal, y en el que el derecho de propiedad (art. 33), el derecho liberal por excelencia, caracterizado como inviolable y sagrado en el art. 17 de la Declaración de 1789, y que va a condicionar la organización política de la sociedad de acuerdo con la propuesta del primer liberalismo (sufragio censitario, individuos *sui iuris* en Kant)⁹, está en una zona que recibe menos protección debido a que los mecanismos de garantía no son tan potentes y reforzados.

Todo lo anterior se puede entender si somos conscientes de que la función del legislador no es clasificar, sino regular y,

⁸ Vid. RABOSSI, E., «LOS derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica», *Revista IIDH*, n.º 18, 1993, pp. 30 y ss.; ID., «La genealogía de derechos humanos: la teoría y el cliché», *Lecciones y ensayos*, n.º 69-71, 1997/8, pp. 41 y ss.

⁹ Vid. KANT, «En tomo al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica», ID., *Teoría y práctica*, trad. de M. F. Pérez y R. Rodríguez, Tecnos, Madrid, 1986.

por ello, en ocasiones, la claridad que se desprende de algunas propuestas doctrinales difícilmente se refleja en los textos constitucionales.

En todo caso, creo —ya lo señalé— que la configuración constitucional de los derechos pone en entredicho clasificaciones y caracterizaciones tradicionales. En efecto, con independencia de que existan otras propuestas (se podría afirmar que existen tantas clasificaciones como sujetos clasificadores) parece generalmente admitida —o así lo ha sido durante mucho tiempo—, por un lado, la distinción entre derechos liberales (en los que podríamos incluir a los derechos individuales y a los de participación) y derechos económicos, sociales y culturales y, por otro, entre derechos-autonomía y derechos-prestación¹⁰. Acto seguido se establece una relación entre los derechos liberales y los derechos de autonomía, de un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos-prestación, de otro. Se afirma, por tanto, que los derechos liberales son derechos de autonomía y que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos de prestación. A partir de dicha identificación puede comprenderse fácilmente por qué en ocasiones (no entraré ahora en la intencionalidad política que se puede esconder detrás) se señala que los derechos liberales son derechos «baratos» y que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos «caros».

Pues bien, creo que esta identificación presenta importantes excepciones que dificultan su aceptación en conjunto. Y ello porque encontramos en los textos constitucionales derechos liberales que no son derechos-autonomía, y derechos económicos que no son derechos-prestación. Detengámonos en algunos ejemplos. Las garantías procesales, que aparecen ya en los textos ingleses del siglo XVII con el precedente lejano de la Carta Magna, limitan las acciones del Poder público cuando

¹⁰No entraré, en esta ocasión, en el análisis de otras distinciones como podría ser la que diferencia entre derechos de libertad y derechos de igualdad.

éste ejerce su potestad punitiva sobre los sujetos, pero, al mismo tiempo, exigen, para su efectividad, la puesta en marcha de actuaciones y políticas activas que van mucho más allá de las meras abstenciones propias de los derechos-autonomía. Piénsese al respecto en el derecho que tiene el detenido a la asistencia letrada, en el derecho a la tutela judicial efectiva o en el habeas corpus. Otro ejemplo: la libertad de expresión es también uno de los derechos liberales paradigmáticos, y tradicionalmente fue entendido como un derecho autonomía. Ello implicaba que lo que el ejercicio eficaz y efectivo de esta libertad exigía era la abstención por parte de poderes públicos y de terceros. Por ello las primeras reivindicaciones de la libertad de expresión en su forma de libertad de imprenta o de prensa están vinculadas, prácticamente de un modo exclusivo, a la prohibición de la censura previa. Esta comprensión de la libertad de expresión implica la existencia de un libre mercado de las ideas, en el que, en significativo paralelismo con la concepción liberal del mercado, todas las ideas pueden concurrir en condiciones de igualdad y en un contexto de competencia perfecta. La situación actual de los medios de comunicación, protagonistas no únicos pero sí insustituibles del discurso contemporáneo sobre la libertad de expresión, dista mucho de la anterior, caracterizándose por una tendencia a la concentración y al control del acceso a ese ideal mercado de las ideas. Las exigencias actuales de la libertad de expresión eficaz, ya no son las del ciudadano independiente y autónomo que se sube a la caja de madera en Hyde Parle Corner y que pronuncia su discurso ante el público que se concentra a su alrededor para escucharle. Es necesario el acceso a los medios que controlan el mercado. Por ello adquiere sentido la previsión de intervenciones públicas, de medidas prestacionales, a través de la creación de medios públicos que aseguren el ejercicio de la libertad de expresión a los grupos sociales y políticos representativos, de acuerdo con lo establecido en el art. 20 de la Constitución. Observamos por tanto que la eficacia de un derecho liberal, en las condiciones actuales, exige la puesta en mar-

cha de mecanismos prestacionales¹¹. Un tercer y breve ejemplo: el derecho de huelga es un derecho económico y social que, al mismo tiempo, es un derecho-autonomía, ya que su ejercicio exige la no intervención por parte de terceros en la cesación de la actividad laboral.

De lo anterior se podría concluir que las señaladas clasificaciones obedecen, en realidad, a criterios diferentes: la primera distinción, entre derechos liberales de un lado y económicos, sociales y culturales, de otro se construye en función de las influencias y componentes ideológicos, y la segunda, entre derechos de autonomía y de prestación, depende de los requisitos estructurales vinculados al ejercicio del derecho. Ello nos permitiría afirmar: 1) Que no se puede mantener la distinción entre derechos baratos y derechos caros; 2) Que, en última instancia, todos los derechos exigen prestaciones por parte de los poderes públicos, habida cuenta de que el ejercicio de los derechos depende del reconocimiento constitucional y del desarrollo legislativo de los mismos, lo cual implica, como mínimo, actuaciones por parte de los poderes del Estado. En relación con estas dos conclusiones pensemos, por ejemplo, en las iniciativas que el Estado debe emprender y en los fondos que tiene que emplear para garantizar el derecho a la vida de los ciudadanos.

2. LA TRANSFORMACIÓN DEL SUJETO DE LOS DERECHOS

La posición actual de los derechos en los Ordenamientos constitucionales debe, o puede, ser entendida en el marco de lo que Norberto Bobbio denominó en su momento el proceso de especificación¹². Dicho proceso se comprende a partir de la

¹¹ Vid., por ejemplo, FISS, O. M. *La ironía de la libertad de expresión*, trad. de V. Ferreres y J. Málem, Gedisa, Barcelona, 1999.

¹² Vid. BOBBIO, N., «El tiempo de los derechos», ID., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991, pp. 97 y ss.

transformación del sujeto de los derechos. En efecto, durante mucho tiempo los derechos han venido siendo predicados de un sujeto abstracto, de un tipo de individuo del que genéricamente se presumían cualidades morales que lo hacían merecedor de garantías en forma de derechos. No obstante —aquí debemos introducir un matiz—, tampoco debemos perder de vista las contradicciones que se producen en el interior del modelo del primer liberalismo, en el que se defiende por una parte que «todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos» (art. 1 de la Declaración de 1789), y, al mismo tiempo, se articula la participación social de acuerdo con criterios restrictivos como los del sufragio censitario. En todo caso, se habla de derechos humanos, de todos los hombres (por lo menos desde un punto de vista teórico): la Declaración de 1789 es Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, la Declaración Universal de 1948 es de derechos humanos. Estamos pensando en el hombre sin atributos. Si observamos el contenido de los textos constitucionales, y también importantes dimensiones y líneas en el desarrollo del Derecho internacional, observamos que se está procediendo en muchas ocasiones a una reformulación del sujeto de los derechos. Ya no se piensa exclusivamente en los derechos del hombre abstracto, sino en los derechos del hombre situado, del hombre específico, en los derechos del individuo en función de las posiciones sociales que ocupa. En efecto, asistimos a un desarrollo paulatino de la conciencia de que en ocasiones el sujeto se encuentra en determinadas circunstancias que justifican un trato específico por parte del Ordenamiento, a través, precisamente, del reconocimiento de derechos. Por eso hoy se habla de derechos de la tercera edad, de derechos del niño, de los discapacitados, de los enfermos. En realidad estamos frente a la materialización de las exigencias de la igualdad como diferenciación, en virtud de la cual las soluciones justas exigen tratamientos diferenciados a aquellos sujetos que se encuentran en situaciones de desigualdad respecto al resto de los individuos.

3. LA PROLIFERACIÓN DE LOS DERECHOS

Si observamos la evolución histórica no sólo del concepto de derecho fundamental, sino también de los textos y declaraciones de derechos incluidas en las Constituciones y en los Ordenamientos jurídicos, observamos una clara tendencia a la expansión. Es verdad que el siglo XX ha sido el de las grandes violaciones de derechos, pero también el de los grandes reconocimientos. El aumento de la conciencia de repulsa en relación con las violaciones de los derechos, está en relación directamente proporcional con el aumento de la conciencia de la importancia de la reivindicación y reconocimiento de los derechos. Si hoy nos quejamos y denunciemos más es posiblemente porque estamos más convencidos de la importancia de los derechos. Tiene razón Bobbio cuando califica nuestra época como «el tiempo de los derechos». Así, el desarrollo del reconocimiento de los derechos puede ser interpretado como una consecuencia de la vocación expansiva de la ética¹³.

El aumento de esa conciencia tiene reflejo directo en los Ordenamientos jurídicos. Pero al mismo tiempo puede plantear problemas habida cuenta de que una excesiva ampliación de los derechos reconocidos, se dice, implica una rebaja de las exigencias morales y conceptuales que deben satisfacer determinadas pretensiones para poder ser consideradas como auténticos derechos. Dicho en otros términos, un aumento en la extensión del concepto implica una reducción en la intensidad del mismo.

Creo que el problema se puede enfocar desde un doble punto de vista. Por una parte, debemos tener en cuenta que posiblemente se produce en ocasiones un desajuste entre lo que podríamos considerar un concepto moral de derecho, y un concepto jurídico. Admitido que la idea de derecho entendida como categoría normativa es operativa al mismo tiempo en el

¹³Vid. GARZÓN VALDES, E., «Representación y democracia», *Doxa*, n.º 6, 1989, p. 157.

marco de un discurso moral y de un discurso jurídico, y siendo conscientes de que es deseable un alto grado de homogeneidad entre ambos discursos, es cierto también que en muchas ocasiones los rasgos y exigencias de los derechos (desde el punto de vista moral) son difícilmente traducibles a las normas jurídicas. La positivación de las exigencias morales tiene como resultado una imprescindible contextualización que en muchas ocasiones afecta a las posibilidades de completa materialización jurídica de esas exigencias. Creo que eso es lo que ocurre, por ejemplo, con la idea de universalidad de los derechos. Sin entrar en este momento a analizar lo que supone tomarse en serio la universalidad de los derechos, sí podemos afirmar que es cierto que la nota de universalidad es uno de los componentes del concepto moral de derecho, pero también estamos obligados a reconocer las dificultades prácticas de traducción de esa exigencia al mundo de las normas jurídicas. Se produce en este caso un desajuste entre las exigencias morales y la traducción jurídica de esas exigencias. Este desajuste es el que tienen en cuenta aquellos autores que niegan que puedan existir derechos fundamentales en los Ordenamientos jurídicos que no cumplan perfectamente esas exigencias. Es evidente que esta posición puede explicar un determinado recelo ante la aparición en los textos jurídicos de nuevos derechos, como el de Laporta, cuando escribe que «el ampliar más y más los catálogos de derechos humanos es incompatible con la mayoría de los rasgos que se predicán de ellos (...). ... haríamos bien en no trivializarlos apelando a ellos sin ton ni son o extendiendo los catálogos y las «generaciones» arbitrariamente»¹⁴. En todo caso, posiblemente esta reacción podría ser parecida a la de los liberales del siglo XIX y principios del XX cuando observaban con desconfianza la aparición de nuevos derechos (los económicos, sociales y culturales), en los textos constitucionales de entonces.

¹⁴LAPORTA, F. J., «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, n.º 4, 1987, p. 44.

Por otra parte, —segundo punto de vista—, es posible conectar la proliferación de los derechos con la insuficiencia de la categoría «derecho subjetivo» para identificar los derechos fundamentales en su conjunto. En efecto, la estructura de determinados derechos fundamentales es compleja y no permite ser identificada con la del derecho subjetivo. Con independencia de que algunos derechos fundamentales puedan ser identificados como derechos subjetivos, esta identificación no es válida para la categoría general «derecho fundamental». Mantener dicha identificación nos obliga a excluir del grupo de los derechos fundamentales a muchos de los derechos que hoy aparecen en las Constituciones, entre los que se incluyen los derechos económicos, sociales y culturales. La imposibilidad de considerar que estos derechos son derechos subjetivos es una de las estrategias utilizada por aquellos que optan por un concepto restringido de derecho fundamental, que les permite posteriormente negar que los derechos económicos, sociales y culturales, y otros como los derechos vinculados al medio ambiente y a la ecología, por ejemplo, sean auténticos derechos fundamentales. Es, por ejemplo, la tesis de Riccardo Guastini cuando distingue entre «verdaderos derechos» y «derechos sobre el papel» o «ficticios», exigiendo que para poder hablar de un verdadero derecho se satisfagan conjuntamente tres condiciones: 1) ser susceptible de tutela jurisdiccional; 2) poder ser ejercitado o reivindicado frente a un sujeto determinado; 3) que su contenido consista en una obligación de conducta bien definida, de la misma manera que definido debe serlo también el sujeto afectado por esa obligación¹⁵. Es sintomático al respecto, que el capítulo III del Título I de la Constitución española no hable en su rúbrica de derechos sino de «Principios rectores de la política social y económica», aunque en su articulado sí aluda a derechos en múltiples ocasiones.

¹⁵ Vid. GUASTINI, R., ««Derechos»: una contribución analítica», SAUCA, J. M. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1994, p. 130.

Por eso, creo que está justificado dejar de recurrir al concepto de derecho subjetivo para explicar los derechos fundamentales en su conjunto. Con independencia de las dificultades y posibilidades de comprensión del concepto de derecho subjetivo, la complejidad de las estructuras de los derechos fundamentales aconseja otras alternativas, como la de Robert Alexy, que propone la idea de «posición iusfundamental», afirmando que la situación de los sujetos en un Ordenamiento constitucional se caracteriza por la titularidad de un «haz de posiciones iusfundamentales»¹⁶, o la de Luis Prieto cuando, distinguiendo la dimensión estructural de la dimensión funcional de los derechos, señala que éstos son los que en cada momento satisfacen de mejor manera las exigencias de la dignidad humana; así los derechos son «la traducción jurídica de las exigencias morales más importantes que en cada momento han pretendido erigirse en criterio fundamental para medir la legitimidad de un modelo político y, por tanto, para justificar la obediencia a sus normas»¹⁷.

4. LA VINCULACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL A PARTIR DE LA PRESENCIA DE NORMAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La introducción en los Ordenamientos jurídicos de normas de derechos fundamentales puede ser entendida como un caso de transformación de dimensiones de moral crítica en moral legalizada. En el marco del análisis de las relaciones entre

¹⁶ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 240 y ss.

¹⁷ PRIETO, L., «Derechos fundamentales», W.AA., *El Derecho y la justicia*, ed. de E. Garzón Valdés y F. J. Laporta, Trotta-BOE-CSIC, Madrid, 1996, p. 508.

el Derecho y la moral, la moral crítica está constituida por aquellos contenidos morales que no están reconocidos por el sistema jurídico. Esos contenidos actúan como instrumentos de crítica hacia el sistema jurídico, promoviendo su transformación. Los contenidos de moral crítica constantemente presionan al Ordenamiento jurídico para provocar su reconocimiento. En este sentido se podría afirmar que todo sistema de moral crítica tiene vocación de convertirse en moral legalizada, habida cuenta de que «lo mejor» que le puede ocurrir a un conjunto de contenidos morales a la hora de imponerse en la efectiva regulación de las conductas es, precisamente, recibir la fuerza y el apoyo del Estado, existiendo la posibilidad de que, en última instancia puedan ser impuestos por la fuerza, lo cual ocurre cuando esas normas morales se transforman en normas jurídicas, añadiéndose, en este caso, un plus de normatividad, la jurídica, a la que ya tenían antes, la moral. La vocación de la moral crítica de convertirse en moral legalizada se puede observar, por ejemplo, cuando se analiza el hecho de que, por ejemplo, las confesiones religiosas en aquellas sociedades en las que ocupan una determinada situación de fuerza constantemente presionan al Estado, que es el que tiene capacidad de crear normas jurídicas, para que integre en las mismas sus propuestas y regule la sociedad de acuerdo con las mismas.

La presencia de normas de derechos fundamentales en los sistemas jurídicos es expresión de la presencia de planteamientos morales en los mismos. Dicha presencia tiene muchas manifestaciones y consecuencias. En esta ocasión voy a aludir a dos. En primer lugar, las consecuencias vinculadas a la configuración, o al funcionamiento de las normas de derechos fundamentales entendidas como principios; en segundo lugar, las consecuencias referidas a la vinculación entre criterios de legitimación interna y criterios de legitimación externa.

Alguna de las aportaciones más relevantes de la teoría del Derecho de los últimos lustros ha estado referida a la diferenciación de dos tipos de normas jurídicas, las reglas y los princi-

pios¹⁸. Con independencia de la posición que se mantenga en relación con dicha diferenciación¹⁹, podemos señalar que las reglas se caracterizan -entre otros rasgos- porque en ellas es identificable el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, de manera que si se produce en la realidad una circunstancia subsumible en el supuesto de hecho, se aplica la consecuencia jurídica, y si no, no es posible proceder a su aplicación. Por su parte, los principios son normas jurídicas en las que, por una parte, el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica no son fácilmente identificables, y por otra, su aplicación permite ser realizada en distintos grados, con mayor o menor intensidad o profundidad. Por eso se afirma que los principios funcionan como mandatos de optimización. Pues bien, las técnicas de interpretación y argumentación que se desarrollan cuando el jurista se enfrenta con principios son específicas. Desde el momento en que los principios están caracterizados por un peso o importancia relativos que dependen de las circunstancias fácticas y normativas que acompañan al caso concreto, la decisión sobre la aplicabilidad, en mayor o menor medida, del principio depende de la ponderación que realice el sujeto intérprete. La ponderación es una técnica propia de la argumentación moral, en la que se efectúa una comparación respectiva de los diversos argumentos normativos en juego y se toma una decisión en la que prevalece el argumento (el principio en este caso) con más peso o importancia.

Las técnicas interpretativas y argumentativas que se utilizan en relación con las normas de derechos fundamentales permitirían la inclusión de múltiples dimensiones morales, desde el

¹⁸ Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984; AUEXY, R., «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», trad. de M. Atienza, ID., *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993; ID., *Teoría de los derechos Fundamentales*, op. cit.

¹⁹ Vid. PRIETO SANCHIS, L., *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

momento en que, como señalan algunos autores, las normas de derechos fundamentales funcionarían como principios. En efecto, en la interpretación de las normas de derechos fundamentales se tienen en cuenta múltiples aspectos morales, entre otras cosas, por la directa vinculación que existe entre estas normas y los valores superiores de un Ordenamiento Jurídico. La dimensión moral de la interpretación de normas de derechos fundamentales viene determinada también por la naturaleza constitucional de dichas normas. En este sentido, el ámbito determinado por las normas de derechos fundamentales constituiría uno de los bancos de prueba en donde se podría certificar, en su caso, la tesis según la cual la argumentación jurídica es un caso especial de argumentación moral. Las constituciones son textos abiertos, amplios, lo suficientemente abstractos como para permitir interpretaciones plurales. Por ello, el discurso doctrinal actual sobre la indeterminación del Derecho tiene como elemento importante la constatación de la, en ocasiones, frágil barrera entre los sistemas jurídicos concretos y la moral a partir, entre otras cosas, de la presencia de un gran número de principios en los textos constitucionales²⁰.

Por otra parte, como ya se ha señalado con anterioridad, las normas de derechos fundamentales constituyen también uno de los ámbitos en los que se detecta la moral legalizada incluida en un Ordenamiento. La pregunta sobre la perspectiva moral asumida por un determinado sistema jurídico puede responderse haciendo referencia a las normas de derechos fundamentales incluidas en el mismo.

En su libro «Derecho y Razón», Luigi Ferrajoli afirma que los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales se caracterizan porque en ellos se ha producido un proceso de cons-titucionalización (o positivación) del Derecho Natural: gran

²⁰ Vid. MoRESO, J. J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

parte de los contenidos que tradicionalmente habían sido propugnados por el iusnaturalismo racionalista en forma de derechos naturales, hoy se han incluido en estos Ordenamientos jurídicos, en forma de derechos fundamentales. Este proceso tiene diversas consecuencias, conectadas entre sí.

Podemos aludir, así, a la vinculación entre dos parámetros de legitimación, como son los de legitimación externa y legitimación interna. La legitimación externa (o justificación) es la legitimación «por referencia a principios normativos externos al derecho positivo, es decir, a criterios de valoración morales o políticos o de utilidad de tipo extra o meta-jurídico»²¹. La legitimación interna (o legitimación en sentido estricto) es la legitimación «por referencia a los principios normativos internos al ordenamiento jurídico mismo, esto es, a criterios de valoración jurídicos o si se quiere intra-jurídicos»²². Si por algo se caracteriza el Estado de Derecho es precisamente por implicar una vinculación entre legitimación externa y legitimación interna: «La novedad histórica del *Estado de derecho* respecto a los demás ordenamientos del pasado reside en haber incorporado, transformándolas en normas de legitimación interna por lo general de rango constitucional, gran parte de las fuentes de justificación externa relativas al «cuándo» y al «cómo» del ejercicio de los poderes públicos»²³. En efecto, se ha producido una positivación o constitucionalización de los derechos naturales. Los grandes contenidos del iusnaturalismo racionalista se han volcado, en el Estado de Derecho, al Derecho positivo, en forma de derechos fundamentales: los derechos son «la forma jurídica *positiva* que los derechos *naturales*, teorizados como pre o meta o supra-jurídicos en los orígenes del Estado moderno han asumido con su

²¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, trad. de P. Andrés y otros, Trotta, Madrid, 1995, p. 213.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

garantía en tanto que «derechos subjetivos» [fundamentales] en las Constituciones modernas»²⁴.

Este proceso de positivación del Derecho natural implica que, en la práctica, se produzca, en gran medida, una aproximación entre la legitimación externa y la interna, o entre el deber ser y el ser del Derecho. En efecto, el conflicto entre el deber ser y el ser *del* Derecho se ha convertido en conflicto entre el deber ser y el ser *en* el Derecho. Los criterios de valoración del Derecho ya no son exclusivamente externos al mismo, sino que ahora, gran parte de ellos, se encuentran positivizados: «todo «Estado de derecho», en especial si está dotado de una Constitución rígida, es susceptible de valoración no sólo externa, referida a principios naturales de justicia, sino también interna, es decir, referida a *sus* propios principios tal y como quedan garantizados por esas tablas positivas de derecho natural que son los textos constitucionales»²⁵.

Las consecuencias de este proceso de positivación de los derechos naturales, que ahora han adquirido forma de derechos fundamentales (directamente vinculados, en el caso de nuestra Constitución, a los valores superiores *del* Ordenamiento jurídico del art. 1.1) en el Estado de Derecho son importantes, y Ferrajoli se encarga de ponerlas de relieve. Por una parte, los criterios de pertenencia al Ordenamiento —que, en última instancia siempre son formales en virtud del principio de jerarquía normativa— ya no van a ser exclusivamente formales, sino que ahora se incluyen exigencias materiales o de contenido. Es cierto que dicha positivación obliga a una reformulación de la tradicional pugna entre el positivismo y el iusnaturalismo: ya no es necesario recurrir *en todo caso* al Derecho natural —entendido como ejemplo de sistema normativo suprapositivo, criterio de legitimación externa— para identificar un criterio de valoración del Derecho positivo; éstos, los criterios de valoración, ya no son

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 356.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 357.

externos exclusivamente, sino que han sido asumidos por el Ordenamiento jurídico, formando parte en ocasiones de sus criterios de validez. Ello no implica una desaparición de las plataformas críticas respecto al Derecho positivo, sino más bien un cierto traslado de las mismas, aunque es cierto que «si hubiera que valorar los ordenamientos jurídicos de los Estados modernos por los principios generales enunciados en sus constituciones, serían bien pocas las críticas que cabría formular contra ellos desde un punto de vista externo, es decir, desde el punto de vista ético-político o de la justicia»²⁶. Así, gran parte de las críticas se deben desarrollar ahora con referencia a dimensiones propiamente jurídicas, internas al Ordenamiento. Tampoco debe llegarse a la conclusión de la pérdida de valor de una de las grandes afirmaciones del positivismo, como es la neutralidad de su definición de Derecho. Lo único que ocurre ahora es que, en el interior de un determinado paradigma, que es el del Estado de Derecho, «entre las normas acerca de la producción de normas el moderno estado constitucional de Derecho ha incluido múltiples principios ético-políticos o de justicia, que imponen valoraciones ético políticas de las normas producidas y actúan como parámetros o criterios de legitimidad e ilegitimidad no ya externos o iusnaturalistas, sino internos o positivistas»²⁷. De manera que podría afirmarse que si bien es cierto que incluso los Ordenamientos que garantizan derechos no son perfectamente justos, al menos son justos en mayor medida que otros.

La presencia de normas de derechos fundamentales en un Ordenamiento jurídico permite demostrar la compatibilidad entre la tesis de la distinción conceptual entre el Derecho y la moral, de un lado, y la tesis según la cual entre los sistemas normativos morales y los sistemas normativos jurídicos se producen múltiples conexiones y vinculaciones. Enlazando con algunas reflexiones anteriores, podríamos concluir en este

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 356.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 358.

punto que si el contenido de estas normas tiene un carácter predominantemente moral, la interpretación y argumentación que se desarrolle en torno a las mismas participará también de ese carácter.

5. LAS TENSIONES ENTRE CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA A PARTIR, ENTRE OTRAS COSAS, DE LA VINCULACIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y EL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La tensión entre Constitución y democracia caracteriza al constitucionalismo contemporáneo o si se prefiere al neoconstitucionalismo. Para entender en qué sentido hablamos de tensión parece necesario efectuar una muy breve referencia al concepto de constitucionalismo y a la idea de constitución propugnada por el mismo. En su libro sobre *La constitución de la democracia deliberativa*, Carlos Niño señalaba dos conceptos de constitucionalismo, uno débil, y otro fuerte o robusto²⁸. El primero se refiere al régimen político en el que existe una Constitución, entendida «como conjunto de normas que prescribe la organización básica del poder político y la relación entre el Estado y el individuo, imponiendo límites a la actividad legislativa». Como bien señala el autor argentino, al mantener este concepto de constitucionalismo, nada se dice respecto a la dimensión sustancial de la Constitución: la Constitución puede tener cualquier contenido. La noción fuerte de constitucionalismo se refiere no sólo a «la existencia de normas que organizan el poder y permanecen inalterables frente a los procesos legislativos, sino que también, y fundamentalmente, requiere de estructuras específicas de procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida pública». De acuerdo con lo anterior, lo distintivo del con-

²⁸ Vid. NIÑO, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R. P. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 17 y ss.

cepto actual de Constitución —en este marco— no sería exclusivamente su superioridad jerárquica en el conjunto de las normas jurídicas pertenecientes a un sistema, sino el hecho de tener determinados contenidos. A través de esos contenidos, y también a partir de la existencia de procedimientos y dimensiones formales, la Constitución limita, regula, controla el ejercicio del Poder. En este sentido, la idea de límite, de control, está íntimamente ligada a la dinámica y al significado del constitucionalismo y de la idea de Constitución, y puede ser entendida a la luz del artículo 16 de la Declaración de 1789. Así, la separación de poderes y la garantía de derechos son elementos imprescindibles del concepto de constitución. Y lo son, podríamos proseguir, porque son elementos básicos en la limitación del Poder. En efecto, cuando se plantea la relación entre el Derecho y el Poder o la fuerza y se afirma que en el marco de un Estado de Derecho las normas jurídicas, sirven para racionalizar y enmarcar el ejercicio del Poder, las normas de derechos fundamentales ocupan un lugar de claro protagonismo al respecto.

Por tanto, la presencia de una Constitución constituye un elemento de limitación del Poder, y en esa dimensión, las normas de derechos fundamentales desempeñan un papel importante. Pero, en realidad, ¿qué estamos diciendo cuando señalamos que en democracia, la Constitución, a partir entre otras cosas de la acción de las normas de derechos fundamentales, limita al Poder? Estamos haciendo alusión a la tensión a la que me refería anteriormente, esto es la tensión entre derechos fundamentales —y Constitución—, de un lado, y democracia, de otro. En el marco del constitucionalismo, la Constitución se entiende como un precompromiso²⁹, como un marco de referencia insustituible, en

²⁹ Vid. ELSTER, J., *Ulises y las sirenas*, trad. de J. J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1989; HOLMES, S., «El precompromiso y la paradoja de la democracia», en ELSTER, J., SLAGSTAD, *Constitucionalismo y democracia*, trad. de M. Utrilla de Neira, Fondo de Cultura Económica, México, 1999; MORESO, J. J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, op. cit., pp. 165-167.

el interior del cual se entiende la acción de los poderes públicos y de los ciudadanos. Determinados contenidos de la Constitución se presentan como difícilmente alterables. En efecto, encontramos en el Derecho comparado ejemplos de textos constitucionales que protegen determinadas partes imponiendo determinados y exigentes requisitos a la hora de proceder a la modificación que hacen realmente difícil dicha modificación.

En este contexto, los derechos actúan, de acuerdo con la célebre expresión de Ronald Dworkin, como «triumfos frente a la mayoría». Quiere decirse con ello, que en democracia (que, por cierto, es el único contexto en el que es posible hablar de derechos entendidos como instituciones jurídicas y plantearse los problemas vinculados a los derechos en este sentido), los derechos constituyen objetivos, conquistas que no ceden ni aún frente a las decisiones de las mayorías. El problema está servido desde el momento en que las decisiones normativas en democracia se toman a través de la regla de las mayorías. En este sentido, los derechos constituyen un límite a la democracia: en democracia, hay decisiones que no se pueden tomar ni aún por mayoría. Los derechos constituirían un límite infranqueable incluso frente a la voluntad de la mayoría. Al respecto, Stephen Holmes trae a colación una cita del juez Robert Jackson que en 1943 señalaba: «El propósito mismo de una Declaración de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de mayorías y funcionarios y establecerlos como principios jurídicos que serían aplicados por los tribunales. El propio derecho a la vida, a la libertad y la propiedad, a la libertad de expresión, a la prensa libre, a la libertad de cultos y de reunión y otros derechos fundamentales no deben someterse a votación: no dependen del resultado de elecciones»³⁰. A par-

³⁰ *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, 319 U. S. 624 (citado en HOLMES, S., «El precompromiso y la paradoja de la democracia», en ELSTER, J., SLAGSTAD, *Constitucionalismo y democracia*, trad. de M. Utrilla de Neira, FCE, México, 1999, p. 218.

tir de la anterior cita se puede entender en qué sentido el propio Holmes señala que «el constitucionalismo es esencialmente anti-democrático. La función básica de una constitución es separar ciertas decisiones del proceso democrático, es decir, atar las manos de la comunidad»; por eso afirma la existencia de una pugna «entre los demócratas, para quienes la Constitución es un fastidio, y los constitucionalistas, para quienes la democracia es una amenaza. Algunos teóricos se preocupan de que la democracia quede paralizada por la camisa de fuerza constitucional. Otros temen que se rompa el dique constitucional arrastrado por el torrente democrático»³¹. Creo que la tensión entre democracia y constitucionalismo ha sido resumida de manera concisa por Maurizio Fioravanti cuando se refiere al hecho de que existen constituciones «surgidas del ejercicio del Poder constituyente por parte del pueblo soberano, basadas en el principio de la soberanía popular, pero al mismo tiempo decididamente orientadas a situarse por encima de los legisladores, de aquellos que en ocasiones pueden considerarse intérpretes y representantes, sobre la base del principio de la mayoría, de las voluntades del pueblo soberano»³².

Posiblemente esta inquebrantabilidad de determinados contenidos sea un seguro de vida de los sistemas democráticos que, contamos con ejemplos históricos, han permitido decisiones mayoritarias a partir de las cuales se han desencadenado procesos que han determinado por provocar su destrucción. Pero también plantea problemas. Me limitaré a señalar uno de ellos.

En relación con la tensión entre democracia y constitucionalismo, parece que existen dos grandes posiciones extremas: o se está «con el pueblo soberano, y por tanto con la idea misma de una ley fundamental vinculante para el futuro o (se

³¹ En HOLMES, S, «El precompromiso y la paradoja de la democracia», *op. cit.*, pp. 218-219.

³² FIORAVANTI, M., *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 161.

opta) por la constitución como límite, como ideal de estabilidad y de equilibrio, y por tanto —señala Fioravanti— contra la desmesurada y amenazante idea del pueblo soberano»³³. En realidad, la inmodificabilidad de contenidos constitucionales podría suponer una imposición de las decisiones tomadas en el seno de una generación respecto a las posteriores. Se trata de encontrar justificaciones relevantes en relación con esta imposición. Ernesto Garzón, por ejemplo, ha propuesto la idea del «coto vedado», de acuerdo con la cual «deben ser excluidos de la negociación y el compromiso parlamentario todos aquellos bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida»³⁴. El contenido y la vigencia efectiva de ese coto vedado, «es indiferente (de) la voluntad o deseos de los integrantes de la comunidad». Como Garzón reconoce, la protección del coto vedado es un caso de paternalismo justificado, «porque la no aceptación de la garantía de los propios bienes básicos es una clara señal de irracionalidad o de ignorancia de relaciones causales elementales como son las que existen entre la disponibilidad de estos bienes y la realización de cualquier plan de vida. En ambos casos, quien no comprende la relevancia de los bienes básicos puede ser incluido en la categoría de incompetente básico»³⁵. Podríamos plantearnos la cuestión de los argumentos y mecanismos utilizables a la hora de dotar de contenido a ese coto vedado (¿quién decide su contenido?)³⁶, cuestión problemática desde el momento en que las concepciones de los individuos en torno a la esencialidad o indispensabilidad de determinados derechos evolucionan: posiblemente, los derechos que hoy consideramos esenciales no son los

³³ Ibidem.

³⁴ Vid. GARZÓN VALDES, E., «Representación y democracia», *op. cit.*, p. 156.

³⁵ Vid. GARZÓN VALDES, E., «Representación y democracia» *op. cit.*, p. 157.

⁶ Vid. DE LUCAS, J., «Sobre la justificación de la democracia representativa», *Doxa*, n.º 6, 1989, pp. 187 y ss.; y la respuesta del propio GARZÓN VALDES, «Algo más acerca del «coto vedado»», *Doxa*, n.º 6, 1989, pp. 209 y ss.

mismos que se habrían imaginado en su caso nuestros abuelos ni son los que se imaginarán nuestros nietos. Al respecto se señala la tendencia a la expansión de ese coto vedado, tendencia que va a estar determinada por factores cognitivos y materiales. El problema que se plantea es entonces el de la progresiva reducción del escenario en el que se debe desarrollar la negociación política, lo cual implica una reducción del ámbito y de las posibilidades de la democracia. Por eso, en principio, no sería, en este caso, una postura despreciable la de aquellos que señalan que el seguimiento de estrategias como las anteriores nos aproxima a explicaciones vecinas al iusnaturalismo a partir de la defensa de la tesis de la existencia de determinados contenidos jurídicos inalterables y consolidados ¿Hasta qué punto el contenido de ese coto vedado no cumple una función semejante la que podría desempeñar el derecho natural?: aquí también se están limitando los contenidos de las decisiones del Poder político. Es sintomático al respecto que Ferrajoli aluda a un criterio «metajurídico» a la hora de distinguir entre lo que es modificable en la Constitución italiana y lo que no lo es, a partir de lo establecido en el artículo 138 de la misma, referido a la reforma constitucional³⁷.

En todo caso, los órganos que ejercen el control de constitucionalidad tienen, en este esquema, un papel protagonista en la tarea de renovación de los contenidos constitucionales a las circunstancias cambiantes, función ésta que es especialmente relevante desde el momento en que se ha afirmado la inalterabilidad de determinadas cláusulas constitucionales. Lo cual, también nos vincula al problema derivado de un teórico traspaso de soberanía entre el Parlamento y estos órganos. En el Estado constitucional, se matiza —algunos dirán que desaparece— la soberanía del legislador, desde el momento en que está sometido a la Constitución y controlado por órganos ad hoc. Hoy, se

³⁷ FERRAJOLI, L., «Democrazia e costituzione», WAA., *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, p. 330.

podría afirmar, la soberanía es la de la Constitución y sus contenidos inalterables.

Alguien podría pensar que todas estas tensiones posiblemente constituyen elementos de debilidad del sistema democrático. En todo caso son consecuencia del carácter abierto y plural de los regímenes democráticos. Son también un signo de la grandeza de las democracias, que, en resumidas cuentas, constituyen estructuras de convivencia sometidas a la contraposición de posiciones y favorecedoras de tendencias plurales.