

Principialismo y orden constitucional

Juan José SOLOZÁBAL

Universidad Autónoma de Madrid

Working Paper n.155
Barcelona 1998

I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO VERDADERO DERECHO POSITIVO: CONSTITUCIÓN Y ORDEN JUSTO

Mi propósito en este trabajo es reflexionar sobre las relaciones entre el Derecho natural -que es a lo que en definitiva me parece se remite en la referencia del título de mi conferencia al valor de la justicia- y el Derecho constitucional, más concretamente el Derecho constitucional positivo, el Derecho constitucional español.

En principio estas relaciones parecen de **clara contraposición**. El Derecho natural como sistema ideal, digamos moral, justificado en virtud de sus propios títulos es un orden evidente, permanente y universal que se opone al Derecho positivo como conjunto normativo concreto, vigente y cuya efectividad impone un determinado Estado.

Aunque quizás esa contraposición pueda atenuarse algo teniendo en cuenta el carácter del propio Derecho constitucional. El Derecho constitucional, sin demérito de compartir los caracteres del Derecho positivo: su pretensión de eficacia, regulando efectivamente relaciones humanas, estableciendo directamente derechos y deberes, o la garantía estatal de su vigencia, etc. tendría características especiales, singularidades desprendidas de su condición como derecho político o derecho de integración, como derecho cuyas normas, según señala DREIER, tienen un contenido "propenso a la ideología"; y muchas de sus cláusulas, especialmente en el caso de las definitorias, o las directivas, etc., presentan un carácter abierto, indeterminado, una estructura principal.

La referencia a R. DREIER remite a Ralf Dreier "Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation", en DREIER y SCHWEGMANN, *Probleme der Verfassungsinterpretation*. Baden-Baden, 1976, p. 13.

Quedémonos, con todo, en una primera ojeada, con esta impresión de incompatibilidad, de contraposición entre el derecho natural y el positivo.

El Derecho constitucional es verdadero derecho: no se trata de propuestas ideales sobre las relaciones entre los hombres, deducidas de la voluntad divina, la naturaleza de las cosas o las exigencias de la propia razón, evidentes y desde este punto de vista abiertas a todos -esto es universales- y que se impondrían en conciencia. El Derecho constitucional consiste en una regulación concreta de las

relaciones políticas en una comunidad, en función de determinada ideología, que obliga a las autoridades y los ciudadanos bajo la amenaza de la propia fuerza del Estado.

Evidentemente la pretensión del constitucionalismo es ante todo la de establecer un orden político limitado, cuya cifra e instrumento, también su garantía, será la Constitución. Pero del mismo modo, como mostrarán las experiencias de las Constituciones semánticas y las nominales, por seguir la terminología de **Löwenstein**, que puede haber Constitución sin orden constitucional, intelectualmente es posible distinguir el constitucionalismo del concepto de Constitución. Históricamente el constitucionalismo es anterior a la existencia efectiva de Constitución; y ésta, aunque conceptualmente se diferencie de él, no puede persistir sin su soporte.

Con todo quizás se sigue utilizando una contraposición tendencialmente abusiva entre antiguo régimen y orden constitucional. El *antiguo régimen* no es una mera estructura personal de dominio. Si los Estados europeos prerrevolucionarios no hubieran tenido una consistencia institucional, no por no explicitada o reconocida menos real, no hubieran durado siglos. El proceso de objetivación del Estado como forma política independiente, hasta cierto punto, del monarca, no comienza en la Ilustración, más bien culmina en ella.

Derecho, pues, positivo: escrito, integrado en el ordenamiento, en una condición además determinada, a su cabeza justamente, consistente por tanto en determinadas prescripciones, atinentes al propio orden institucional, a la organización de los poderes del Estado y a los derechos más importantes, fundamentales los llamamos precisamente por su condición nuclear en el **status** de los ciudadanos. Estamos por consiguiente ante un **derecho cierto**, no identificable libremente según la conciencia de cada cual al interpretar las exigencias morales y racionales de la naturaleza, sino consistente en concretas decisiones sobre el propio aparato institucional, sobre la estructura del Estado y los derechos fundamentales, y además **derecho vigente**, como orden obligatorio "para los ciudadanos y poderes públicos" como dice el artículo 9 de nuestra Norma Fundamental.

Ciertamente las Constituciones no se pueden entender sin **el constitucionalismo** que continúa el propósito de someter al Estado -su propia organización y las relaciones con sus ciudadanos- al Derecho que arranca de muy atrás y que recibe un formidable impulso en la Ilustración, y nutre intelectualmente la Revolución. Esta no es un fenómeno de mera liquidación del

orden -o desorden-, -del estado de cosas en cualquier caso- del antiguo régimen, que jurídicamente es un **totum revolutum**, acumulación asistemática de derechos adquiridos y políticamente depende exclusivamente de la voluntad del monarca, sino que funda y establece un nuevo sistema político en el que el Estado se organiza sobre la voluntad popular y en el que los poderes públicos se someterán al imperio de la ley.

Llamo la atención sobre el hecho de que en el constitucionalismo sí hay derecho natural: en la medida en que el movimiento revolucionario se justifica por su denuncia del orden político y jurídico del antiguo régimen como irracional e injusto; y en cuanto que la propuesta de contenido constitucional -la organización del Estado conforme al principio de separación de poderes y la inclusión de una Declaración de Derechos- se hace con referencia también a cánones de razón y justicia.

Pero donde ya no cabe Derecho natural es en la Constitución como norma positiva: hoy, aun reconociendo una especificidad estructural al Derecho constitucional, aceptamos sin reserva alguna la plena condición normativa de la Constitución que como derecho efectivamente vigente no se diferencia de los demás y como el resto del ordenamiento se entiende sin dependencia alguna del derecho natural. El juicio sobre la justicia del derecho no corresponde al jurista como técnico sino como ciudadano, como ciudadano experto en derecho, pero como ciudadano; el análisis del contenido material del derecho incumbe al político, aunque el aplicador del derecho debe tener en cuenta la finalidad de la norma y su adecuación a las circunstancias; al sociólogo del derecho, que no al jurista, compete, en fin, el análisis de la eficacia del derecho.

Como se sabe esta consideración plenamente jurídica de la Constitución -su integración definitiva en el ordenamiento positivo de un país- se alcanza en Europa plenamente por Kelsen, afirmándose cabalmente en el orden institucional a partir de la instauración de la Justicia Constitucional (En Estados Unidos la condición normativa de la Constitución tiene menos problemas para imponerse en la medida, me parece, sobre todo de ausencia de separación entre el derecho público y privado; la identificación -propia del universo anglosajón- muy clara de los derechos mas que con referencias de justicia como pretensiones efectivamente alegables ante los tribunales; y la experiencia de disputas competenciales reales de los poderes establecidos en las colonias entre sí o con la propia Metrópoli, resueltas eventualmente por órganos jurisdiccionales).

Es de justicia recordar al respecto el trabajo de E. GARCIA DE ENTERRIA, cuyas tesis, como ocurre con las aportaciones clásicas, se han incorporado

inadvertidamente al acervo de nuestra cultura jurídica constitucional: "La Constitución como norma jurídica" en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, 1981.

P. CRUZ: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid, 1987. Una interesante evaluación sobre la aportación kelseniana a la justicia constitucional -verificada en contraposición a la actitud respecto de la misma de Carl Schmitt- en G. ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale*. 1988; P. PEREZ TREMPES: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid, 1985, p. 48 y ss. Véase el trabajo de PETTA: "Schmitt, Kelsen e il custode della Costituzione" en *Storia e Politica*, 1977, p. 506 y ss.

Pero Kelsen operaba sobre el trabajo que había hecho la Escuela alemana de Derecho Público sobre todo a través de Laband. No deja de ser curioso -algo más que esto- que en muy buena medida el aparato categorial del Derecho constitucional, tal como hoy lo utilizamos, se construya en una situación -la del imperio bismarkiano- que no es propiamente constitucional. Esto puede llevarnos a pensar en la autonomía de la ciencia que consiste en este caso en la propuesta de un sistema conceptual derivado pero autónomo del propio derecho positivo, capaz de una vida propia en virtud de desarrollos meramente lógicos, lo que obviamente no puede significar desconocer el papel legitimador que se deriva de conferir al derecho "constitucional" prusiano un estatuto científico: Laband en sus memorias agradece el reconocimiento oficial de su teoría y refiere complacido como el Kaiser le llamó en una comida oficial en Metz en Septiembre de 1893 uno de los hombres más ilustres.

M. FIORAVANTI: *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*. Milano, 1979. W. WILHEN: *Metodologia giuridica nel secolo XIX*. Milano, 1974.

J. SOLOZABAL: "Sobre el contexto histórico intelectual del positivismo jurídico" *Revista de Estudios Políticos* nº 48/1985.

Interesante es reparar asimismo, con ocasión de nuestro reconocimiento a los fundadores del Derecho constitucional científico, en las posibilidades de aprovechamiento, al menos parcial, de elementos conceptuales en situaciones jurídico políticas muy diferentes a aquéllas en que tales construcciones intelectuales surgieron en virtud de la estructura homóloga de los sistemas normativos en que las mismas se insertan.

La pervivencia de categorías o conceptos más allá de su contexto político e intelectual ilustra sobre el carácter acumulativo del Derecho constitucional y en definitiva explica por qué es posible el progreso científico de la disciplina: esta persistencia a veces se produce gracias a las nuevas funciones que la institución que permanece puede llegar a desempeñar; pero en ocasiones lo que ocurre es que la estructura esencial del concepto sencillamente se utiliza en una nueva

figura cuya relación con la matriz original es sólo aparente. De modo que en el Derecho constitucional hay **continuidades**: así sin el concepto de derecho público subjetivo no es posible entender el de derecho fundamental, por más que se trate de dos figuras radicalmente diferentes. Es verdad que como quería Jellinek sin Estado no hay derechos, pero lo que ocurre más bien es que es la admisión de derechos lo que hace posible la existencia del Estado, pues el Estado constitucional no es sólo el Estado (auto) limitado sino heterolimitado, precisamente por la imposición, conceptual y política, de los derechos fundamentales.

Hay **adaptaciones**: es lo que ocurre con la sanción en la Monarquía parlamentaria, por ejemplo, que es una institución que se acepta de la Monarquía constitucional, pero ahora con una nueva significación y configuración: la sanción de la ley por el monarca no denota decisión sobre el contenido de ésta, de modo que se trata de una contribución obligatoria y formal del rey a la función legislativa, frente al carácter potestativo y políticamente motivada de la institución en la Monarquía constitucional. Persiste con todo alguna continuidad: en ambas formas políticas estamos ante una intervención del monarca necesaria para la propia existencia de la ley, y por eso de significado constitutivo.

Hay, en fin, **verdaderas traslaciones de estructuras conceptuales homólogas**. Piénsese en lo que ocurre con el concepto de *contenido esencial* de los derechos fundamentales, con que nos referimos a aquel núcleo invariable de facultades que definen irremediabilmente a un derecho y que es claramente una noción identificable a la de la imagen maestra de una institución. Se trata, como es sabido, de la apropiación de una estructura categorial que aparece no sólo en relación con una figura jurídica diferente, sino además, en este caso concreto, claramente contrapuesta. Cuando Carl Schmitt, sobre las huellas de Smend, acuña la expresión garantía institucional, la opone frontalmente a la figura de la libertad, de la que el concepto institución viene a ser su negativo. Desarrollos teóricos posteriores acercarán ambas categorías permitiendo la apropiación -sin que la noción de la institución renunciara a su utilización- por parte del concepto de derecho fundamental de un elemento tan importante en la institución como la imagen maestra, que ahora se identifica con el concepto de contenido esencial.

De la aportación de Jellinek a la figura de derecho fundamental, tratando de calibrar su aportación para la comprensión de su estructura normativa, me ocuparé próximamente en un trabajo donde pretendo ampliar mis consideraciones al respecto en "Algunas cuestiones básicas de la teoría general de los derechos fundamentales" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 71. Véase L. SCHNEIDER: *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19. Abs. 2 G.G.* Berlin, 1983, p. 205 y ss.

Sobre la problemática de la sanción, resumidamente, véase mi Voz "Sanción de la Ley" en *Enciclopedia Jurídica Civitas*. Madrid, 1995. Y sobre la continuidad estructural entre la noción de *imagen maestra* y *contenido esencial*, mi trabajo "La libertad de expresión desde la teoría de derechos fundamentales" *Revista española de Derecho Constitucional* nº 32.

Pero también debe propiciar por nuestra parte una utilización cuidadosamente consciente -y no mimética- de determinadas categorías o conceptos, que si bien resultan útiles, en virtud de cierta inercia constitucional que lleva a las instituciones a una adaptación funcional antes que a su desaparición, no dejan de tener efectos potencialmente perturbadores, de modo que en cualquier caso, como ha observado M. ARAGON, no se excluya el replanteamiento de su vigencia o eventualmente su sustitución.

M. ARAGON: *Constitución y Democracia*. Madrid, 1990.

Cierto con todo que la positivación del constitucionalismo no puede acabar con el legado del iusnaturalismo y ello no sólo en el plano a que antes nos referíamos de la legitimación, de modo que todavía en el constitucionalismo revolucionario se admite, por lo menos en el momento fundacional, la justificación iusnaturalista. Me refiero a los importantes puntos en común del iusnaturalismo y el positivismo que ha considerado GONZALEZ VICEN en términos generales pero cuyas reflexiones pueden admitirse en el caso concreto del Derecho constitucional como derecho positivo.

F. GONZALEZ VICEN: "El positivismo en la filosofía del Derecho Contemporáneo", "Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo" y "Sobre el positivismo jurídico", editados en *Estudios de Filosofía del Derecho*. La Laguna, 1979.

Desde luego que el punto de partida del iusnaturalismo racionalista y el del Derecho constitucional son diferentes: allí se parte de axiomas y aquí de normas respaldadas por el Estado: pero el enfoque, el propósito y el resultado de estos dos planteamientos intelectuales no difieren demasiado, al reducirse la importancia del objeto sobre el método y debilitarse la dimensión coactiva del derecho en demérito de su significación sistemática.

El objetivo del estudio científico de cualquier derecho positivo -por ejemplo el constitucional- es el establecimiento de un conjunto de conceptos y relaciones, justificado por su propia coherencia, susceptible de validación en el orden jurídico concreto que le subyace, al tiempo que capaz de generación normativa. Su propósito será la producción de un sistema cerrado y sin lagunas -como

referencia fundamental también del ordenamiento positivo- de modo que en realidad la validez de la norma no depende de su relación con la voluntad soberana de que procede, sino de la adecuación, en su producción y posición, al sistema en que se integra.

Me parece también que la distancia entre el Derecho natural y el Derecho positivo constitucional es más reducida asimismo en algún ordenamiento como el norteamericano. Tal creo es lo que se desprende del librito de Edward S. CORWIN que subraya ciertamente la impronta iusnaturalista de la Constitución americana, lo que le lleva a resaltar su excelencia material, pero también, si se quiere decir así, la específica comprensión modal del derecho natural, como forma racional de entender lo justo, debido a la propia idea americana del Derecho natural, identificado más que con un conjunto de proposiciones objetivas, eternas, evidentes y por ello a disposición de todos, como un modo de resolver conflictos, específicamente los de tipo político, utilizando un procedimiento racional, sometido a discusión y especialmente abierto a aquellos expertos, por formación y oficio, en lo que COKE, había llamado "*artificial reason and judgement of the law*".

E.S. CORWIN: *The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law*. Cornell University Press, 4ª reimpresión, 1961.

Ch.H. MCLLWAIN: *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid, 1991. Sobre la formación histórica del derecho constitucional británico y norteamericano siguen pareciéndome insuperables las páginas de M. GARCIA PELAYO: *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, 1964.

En el **Derecho constitucional de nuestro tiempo** predomina la actitud que marca las distancias entre el Derecho natural y el constitucional, resaltando la inutilidad o incluso nocividad de la referencia iusnaturalista en el derecho positivo. Podríamos aducir multitud de testimonios. Recordemos aquí los de BOBBIO y ELY.

Para BOBBIO la remisión iusnaturalista es inútil por su incoherencia: sencillamente no existe derecho natural, pues lo que así se denomina ni es **derecho**, como tipo característico prescriptivo, esto es como orden verdaderamente efectivo y, por tanto, eventualmente coactivo; ni es **natural**, pues es imposible ofrecer un contenido institucional o normativo del mismo aceptado con universalidad en el tiempo y en el espacio: lo que hoy es considerado canon de corrección, ayer fue un comportamiento odioso y bárbaro y mañana puede reputarse obsoleto. Lo que resulta aceptable en un área geográfica de determinada cultura es perseguible en otra. "Creo, escribía

MONTAIGNE, que no cabe en la imaginación humana fantasía alguna que, por muy absurda que parezca, no sea capaz de encontrar parecido en algún uso público, y, que, por lo tanto, no deje de ser apoyada y fundamentada por nuestra razón".

N. BOBBIO: "Algunos argumentos contra el Derecho Natural" en H. KELSEN, N. BOBBIO y otros: *Crítica del Derecho Natural*. Con Prólogo de Elías DIAZ. Madrid, 1966.

M. de MONTAIGNE: *Ensayos I*. Madrid, 1985, p.159.

ELY considera inútil la referencia al Derecho natural pues su contenido - para ser compartido- se limita a "vaguedades" inservibles por su inconcreción o deviene polémico a medida que se detalla en proposiciones, que entonces resultan inaceptables para algunos, de modo que el sistema iusnaturalista pierde la universalidad que pretende.

Por lo demás la referencia a una base ética del derecho no puede concluir en la exigencia de su veracidad. "Podemos, dice ELY, razonar acerca de problemas éticos pero ello no equivale a descubrir su verdad ética absoluta", ni por tanto, mucho menos, puede suponer un rasero con el que confrontar las decisiones de los representantes de la comunidad. Por ello este autor contrapone a la que a la postre sería una visión **material** -iusnaturalista- del Derecho constitucional, la idea **procesal** de Constitución, conforme a la cual se atribuye al legislador la tarea de auténtico aplicador de la Constitución, dejando a la justicia constitucional la garantía -eventualmente incluso frente al legislador- de la apertura del sistema político, de modo que los órganos del Estado formen regular o de modo procesalmente correcto su voluntad.

J.H. ELY. *Democracy and Distrust*. Cambridge, 1980. La cita corresponde específicamente a la p. 54.

La reflexión de Ely subraya la dimensión objetiva de los derechos fundamentales sobre su aspecto subjetivo o personal, su dimensión política sobre su significación garantista. Desde luego sin derechos fundamentales no hay democracia, pero los derechos fundamentales son algo más que las condiciones de procedibilidad del sistema político: son, en una reflexión más profunda, no sólo la garantía de su funcionamiento correcto sino la misma justificación del orden político, pues sólo la democracia asegura de verdad la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, y no su mero reconocimiento normativo.

La fundamentación iusnaturalista del Derecho constitucional - especialmente de lo que tópicamente se llama parte dogmática, esto es su Declaración de derechos- parece particularmente inapropiada desde una perspectiva política, que repara en la merma de legitimación que hoy puede suponer una apoyatura explícitamente iusnaturalista de la Constitución, y, asimismo, desde un punto de vista intelectual al abocar dicho tipo de comprensión en una idea inconveniente de la función constituyente.

La remisión iusnaturalista del ordenamiento político constitucional a un sistema metapositivo de tipo racionalista o cristiano parece incompatible con los supuestos meramente seculares o la condición pluralista de la cultura política de nuestras sociedades. De otro lado, y frente a la privación de coherencia y completud que la referencia a un soporte indubitable proporciona, la fundamentación iusnaturalista haría perder a la Constitución la base consensual sin la que las modernas constituciones no se conciben. Esta exigencia consensual, más el carácter secular y neutro del Estado, mera obra humana al servicio de simples fines terrenales, impiden la apoyatura iusnaturalista del orden constitucional. Otro planteamiento sería incompatible con los presupuestos ideológicos de las sociedades modernas que no reposan, afortunadamente, en ningún consenso ideológico que no sea la admisión del disenso, salvo en lo esencial de la aceptación de unas reglas de juego que permitan a todos el juego político en libertad.

Además decíamos el planteamiento iusnaturalista ignora la verdadera naturaleza de la función constituyente que no consiste en una operación intelectual mediante la que se trasponen al derecho positivo desde el **cielo de los valores** determinadas instituciones o derechos, que tienen vigencia por sí en el plano de la razón y de la justicia, sino en la plasmación soberana por un pueblo de determinada organización política congruente con su propia existencia histórica, reaccionando frente a los abusos de poder que ha conocido, y con su voluntad de asegurar en el futuro un orden de derechos y libertad para sus ciudadanos. Así el proceso constituyente no se explica desde parámetros de lógica, como operación, básicamente de una minoría ilustrada que establece un orden político de acuerdo con parámetros de justicia que reconoce, sino, antes que nada, como movimiento político de afirmación positiva de un determinado orden efectivamente querido por la comunidad.

La representación correcta del momento constituyente como actuación antes que nada política, y por ello imposible de entender sin reparar en las causas intelectuales y sociológicas de su gestación, no puede cerrar el paso a

una posible consideración sistemática de la Constitución. Ello no quiere decir que sus diversos elementos ciertamente sean mero desarrollo lógico de un principio o causa, pero pueden ser comprendidos, al menos hasta cierto punto, como integrantes de un mismo todo. Partamos de que esa perspectiva es exigida, como antes se ha visto, en la misma actuación del orden constitucional, de modo que las instituciones requieren de los derechos y éstos se aseguran por aquéllas; pero es que tal idea sistemática de la Constitución es asumida por el propio constituyente, a veces expresamente, así los derechos resultan de la dignidad de la persona ("son inherentes" a ella, según nuestro artículo 10) o se deduce inequívocamente del texto constitucional si, por ejemplo, se repara en la conexión de unos derechos con otros, especialmente fuerte entre algunos de ellos (así en el caso de la libertad de expresión, y el derecho de reunión; o la libertad ideológica o la libertad de expresión y el derecho a la educación etc.).

La visión sistemática de la Constitución -especialmente de su Declaración de derechos- resulta particularmente apropiada para posibilitar su interpretación, permitiendo en concreto una intervención constructiva del juez constitucional; y ello no sólo porque la consideración sistemática de la tabla de derechos permite reducir -en virtud de la virtualidad generativa de tal enfoque- la indeterminación de muchos de las cláusulas en que se contienen, sino sobre todo porque los planteamientos interpretativos sistémicos reducen el interés de la averiguación de la significación auténtica o histórica del texto constitucional, y aumentan las oportunidades constructivas, como decía, de quien lo aplica.

Repárese en que detrás de la intervención del juez constitucional no sólo hay un triunfo del principalismo -y por consiguiente una derrota de la consideración de la ley como la auténtica interpretación constitucional- sino una garantía, de inequívoco alcance democrático, de las generaciones presentes frente a la de los padres fundadores: la Constitución así es antes que lo que la generación fundadora estableció, lo que para los jueces constitucionales actuales -de designación inmediata o mediatamente democrática- significa.

Sólo el constructivismo sistemático permite que la declaración de derechos funja como verdadera norma completa. Hay otra posibilidad de superar o reducir la indeterminación constitucional: aludo a la referencia que, en relación a la interpretación de los derechos, se hace a los instrumentos internacionales ratificados por España (art. 10-2º C.E.) y que asegura un contenido mínimo -no coincidente necesariamente con el esencial- a los derechos fundamentales incluidos en la Constitución, no a otros (no se trata por tanto de un medio de innovación o apertura de nuestra Declaración de Derechos).

Por lo demás, y como resulta obvio, las potencialidades constructivas del enfoque sistemático, no liberan al juez constitucional del texto de la Constitución: el juez determina el contenido efectivo de los derechos, procede a su delimitación conceptual, establece relaciones o conexiones sistemáticas entre ellos, incluso puede red denominarlos, pero todo ello -esto es su actuación de definición e interpretación- lo hace en el marco constitucional, o lo que es lo mismo respetando las decisiones del constituyente, y sin capacidad de verdadera innovación: es el supremo intérprete de la Constitución, pero se trata de un poder constituido, por ello sujeto, y no dueño de la Constitución, o con capacidad de disposición sobre la misma.

Sin embargo, y a pesar de todo lo dicho hasta aquí, me parece que haríamos mal concluyendo que las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo son de mera contraposición, quizás a atenuar si se repara en la significación conservadora casi siempre, como viera Kelsen, del derecho natural que tiende a consolidar, santificándolo, antes que devaluar, criticándolo, el derecho positivo.

Véase su trabajo "Justicia y Derecho Natural" incluido en el libro ya citado en H. KELSEN, N. BOBBIO y otros: *Crítica del Derecho Natural*. Madrid, 1966, p. 29 y ss. También el prólogo de Elías DIAZ al mismo, "Introducción a la Sociología del derecho natural"

Dedicaré por ello resto del trabajo a mostrar que, según mi criterio, por el contrario, es importante la influencia de los, llamémosles así, rasgos iusnaturalistas, (No encuentro otra expresión más satisfactoria para referirme a la indeterminación y apertura de las normas constitucionales) que tienen un considerable peso en la conformación estructural y efectiva del Derecho constitucional, ratificando la peculiaridad normativa de éste, a que hace un momento nos referíamos, que me parece arranca de esta cierta *contaminación iusnaturalista*.

Sobre los rasgos peculiares de las normas constitucionales, véanse las reflexiones de A. NIETO: "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional" *Revista de Administración Pública*, nº 100-102, vol. I. J.J. SOLOZABAL: "Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 15. Madrid, 1985.

II. LA IMPRONTA IUSNATURALISTA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL: LA CONSTITUCIÓN COMO ORDEN ABIERTO Y MARCO DE COMPRENSIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Pero antes me gustaría preliminarmente manifestarme sobre, de un lado, la inevitabilidad de esta influencia y razonar después, en términos generales, sobre su pertinencia para entender correctamente algunos rasgos importantes del derecho constitucional.

Aunque con toda razón consideremos el constitucionalismo como la positivización del orden político, que pasa a comportarse no de acuerdo con reglas morales, de contenido y vigencia dudosos, sino sometido a las previsiones -concretas y ciertas- del derecho, y desde este punto de vista insistamos en la radical diferencia entre lo que más bien es ética -el llamado derecho natural- y lo que verdaderamente es derecho -el Derecho constitucional-, en la reflexión jurídica -o Teoría del derecho- la posición de ambos sistemas no es tan drástica.

Hay en efecto en el mundo jurídico -también en el histórico, como mostró por ejemplo A. de Tocqueville al subrayar la continuidad esencial entre El Estado del antiguo régimen y el posterior a la Revolución, como lo indica también la inercia institucional a que antes nos referíamos- pero sobre todo en el conceptual un especial sentido acumulativo, que se resiste a abandonar conceptos o enfoques, que tienen su origen en un particular momento o que se entienden originariamente con un determinado sentido, pero que después muestran una polivalencia o utilidad que explica su persistencia, en cualquier caso, o, a veces incluso, una reemergencia resaltada.

Continuidad que subraya, como se sabe, con toda razón E. GARCIA DE ENTERRIA: *Revolución francesa y Administración contemporánea*, 4ª edición. Madrid, 1944.

Por lo demás ya veíamos como GONZALEZ VICEN llamaba la atención sobre alguna identidad, oculta pero profunda, entre el iusnaturalismo y el positivismo: si la reflexión científica jurídica consiste en buscar una red de relaciones entre formas, dichas formas -o incluso los sistemas en los que se insertan- pueden tener una estructura homóloga en el derecho natural y en el derecho positivo, especialmente en este caso en la Teoría general de la disciplina de que se trate, que permite un cierto trasvase entre los dos enfoques.

F. GONZALEZ VICEN: "El positivismo en la filosofía del Derecho Contemporáneo", "Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el

pensamiento jurídico contemporáneo" y "Sobre el positivismo jurídico", editados en *Estudios de Filosofía del Derecho*. La Laguna, 1979.

Pero es que además me gustaría mostrar que esa relación no sólo es inevitable sino que resulta también positiva en la medida en que permite una comprensión adecuada, abierta, de la Constitución, evitando incurrir en dos peligros que acechan a la interpretación de ésta y que podríamos denominar, exageradamente, **la idea titánica y cabalística** de la misma.

La idea, en efecto, absolutamente capital, de la primacía de la Constitución, de su superioridad lógica, sobre el resto del ordenamiento que tiene, además de la dimensión determinadora del sistema de creación normativa para el derecho postconstitucional, una exigencia de congruencia, entendida como prohibición de contradicción y como mandato de comprensión conforme a ella, de todo el ordenamiento, sea pre o postconstitucional, tiende a veces a interpretarse como si esa superioridad fuese no sólo lógica, sino por decirlo así, genética. Así la Constitución sería no sólo la norma más alta, sino la fundadora, la norma primera, en ese sentido, del sistema: de modo que antes -y fuera- de la Constitución no hubiera nada y después de la Constitución sólo prolongación y desarrollo de la misma.

Respecto al derecho anterior la Constitución no puede determinar su sistema de producción, llevado a cabo según las pautas del ordenamiento preconstitucional, pues otra cosa supondría algo así como saltar sobre la propia sombra, una empeño absolutamente absurdo. Esto no es minimizar la supremacía de la Constitución sobre el derecho viejo que necesariamente ha de ser entendido conforme a la Constitución -teniendo en cuenta especialmente la fuerza expansiva de los principios de la misma- y respecto del cual la Constitución renueva la base de validez, pues en el futuro el derecho preconstitucional forma parte del ordenamiento (continúa integrándolo) en la medida en que la Constitución lo asume, dada su compatibilidad material con él.

En su dimensión profunda la relación entre el derecho constitucional y el inconstitucional, se presente con anterioridad o de modo posterior a la constitución, debe ser entendida preferentemente como un problema de validez. La invalidez del derecho preconstitucional la aprecian los jueces ordinarios, de modo exclusivo normalmente, al considerar derogado el derecho inconstitucional; la nulidad constitucional la declara exclusivamente el Tribunal Constitucional. El derecho preconstitucional inconstitucional pierde su vigencia, **ope constitutionis** -Disposición derogatoria apart. 3º- en razón de su invalidez, y sin que normalmente intervenga el Tribunal Constitucional (Sobre los supuestos en que

cabe su intervención, véanse STC4/81 y 11/81). El derecho postconstitucional inconstitucional no pierde vigencia -salvo los casos de suspensión temporal de las disposiciones autonómicas impugnadas por el Presidente del Gobierno- si no es como consecuencia de su anulación, al ser declarado inconstitucional, por el Tribunal Constitucional.

Este planteamiento según el cual todo el derecho estaría en la Constitución, que sería el **alfa y omega** del ordenamiento, lleva a una idea de las demás normas, y manifiestamente de las legales, como ejecución de la Constitución que es, en primer lugar, **inadecuada** desde el punto de vista del sistema de fuentes, en cuanto ignora la concepción de la ley como verdadera creación del derecho, como decisión relevante de la comunidad, a través de sus representantes, sobre su modo de vida; y resulta asimismo, en segundo lugar, **antidemocrática**, en la medida que prima a la generación constituyente sobre las demás. La Constitución mas bien, hay que proponer, no tanto contiene cuanto hace posible **un orden constitucional** o sistema normativo que preside pero que en buena medida es decisión libre de quienes, en el marco constitucional, aprovechan sus potencialidades.

Evidentemente las relaciones entre la Constitución y la ley no se captan adecuadamente reduciéndolas a una prohibición de incongruencia, de modo que la Norma fundamental sea sólo y siempre límite para la ley: la posición del legislador no es de absoluta libertad en relación con una materia (prescindiendo de que el constituyente impone la calidad del legislador mismo, al determinar si una regulación corresponde a la ley orgánica o está vedada al legislador autonómico y de la exigencia del respeto en el caso del derecho fundamental del contenido esencial) cuando el constituyente ha procedido a iniciar la regulación de su régimen, de una parte, desapoderando al legislador, porque ya no disfruta de una habilitación general para normar, y, de otro lado, imponiéndole en su actuación de completamiento normativo unas pautas de necesaria observancia. A veces, como es bien sabido, la reserva de ley -que es el instrumento articulador del ordenamiento más importante en la realidad- exige al legislador un determinado contenido en su regulación o la observancia en la misma de determinados principios u objetivos.

Esta referencia más intensa constitucional se da también en el plano institucional, respecto del que la Constitución contiene decisiones efectivas, nucleares, sí, pero de suficiente contenido. Así, en la medida que el desarrollo institucional -en relación especialmente con la organización del Estado autonómico- no tiene un significado meramente organizativo, como si se tratase

de prolongar sin más las decisiones sobre la forma política tomadas en los momentos fundacionales, sin remitirse, antes bien y necesariamente, a los principios del régimen constitucional que configura, es imprescindible requerir en la realización de dicho desarrollo una relación constitucional que vea en la Norma fundamental no sólo el marco en el que obligadamente ha de caber, sino el principio o la base en que tal desarrollo se apoya e inspira.

Pero esta idea de Constitución -que en definitiva se basa en una incorrecta comprensión de su carácter normativo- entiende especialmente mal las relaciones exteriores de la Constitución, encapsulando a ésta, y aislándola del mundo cultural en el que existe y al que se remite. Se trata de lo que llamaba hace un momento, siguiendo a BORGES, la **idea cabalística** de la Constitución, como libro, o texto, en el que nada puede ser casual, en el que todo -todas sus letras- tienen que estar justificadas.

J.L. BORGES: "El libro" en *Borges oral*. Barcelona, 1980, p. 13 y ss.

El problema se presenta efectivamente porque la Constitución utiliza conceptos o categorías procedentes del mundo del derecho o normativiza -especialmente en sus cláusulas finalistas o definitorias- elementos provenientes de otros ámbitos culturales, cuya comprensión, que en puridad consiste en un problema jurídico, pues se trata a la postre de una tarea de interpretación, no puede realizarse al margen de determinaciones ajenas a la Constitución, aunque su significado efectivo haya de ser "constitucionalmente adecuado", esto es congruente con las decisiones reales, aunque no necesariamente explícitas, de la Norma Fundamental.

Así nos encontramos ante cláusulas que utilizan categorías o conceptos normativizados a partir de su inclusión constitucional, pero cuyo contenido no puede ser determinado cabalmente ni en la Constitución ni en el resto del ordenamiento, dada su pertenencia a realidades claramente extrajurídicas. Ello no quiere decir, naturalmente, que la fijación del significado de estos conceptos sea absolutamente discrecional, pues necesariamente ha de verificarse en términos acordes con el orden constitucional, esto es en compatibilidad con sus valores y principios, aunque de los mismos se derivan más límites que imposiciones constitutivas.

Este tipo de cláusulas por consiguiente exponen la Constitución al mundo exterior, y no pueden adquirir vigencia normativa sin el completamiento, necesariamente extrajurídico, a que debe proceder el intérprete o aplicador constitucional. El problema consistirá en no proponer una interpretación de este

tipo de categorías que choque con principios e instituciones constitucionales y en alcanzar en la tarea interpretativa un rigor que, a la vez que salva a la Constitución de la disolución, consiga la reducción de la realidad exterior a las necesidades normativas de aquélla.

Esta consideración abierta de la Constitución que en definitiva lleva a una comprensión, diríamos espiritual de la misma, como obra de cultura, necesaria, si se mira bien, para agotar sus posibilidades normativas, que se incrementan en la medida en que se ofrecen a un significado abierto de sus preceptos, comienza por resultar de utilidad para entender la misma base del orden constitucional, que propiamente no es un problema jurídico, pero que tiene una repercusión evidente de este tipo y cuya comprensión no es exclusivamente una cuestión de filosofía jurídica, que se pueda dejar sólo en las manos -bien doctas por otra parte- de los filósofos de derecho. Si el entendimiento correcto de un problema se alcanza también al excluir soluciones inconvenientes -o falsas- del mismo, puede ser interesante decir que, aunque desde una perspectiva constitucional el estudio de la base del sistema constitucional no es propiamente un problema de este carácter, no sería sensato prescindir de la contribución que el Derecho constitucional -o los constitucionalistas- pueden aportar a la solución de tal problema ayudando a su planteamiento correcto.

El orden constitucional no puede sostenerse desde sí mismo ni su justificación puede hacerse exclusivamente en base a la consideración de la excelencia o rigor técnicos: bastaría con aducir, para probar esto, fracasos constitucionales como los de la Constitución de Weimar o de nuestra Segunda República. No hay, habría que concluir, Constitución, ni orden constitucional sin voluntad de Constitución, sin convicción de su necesidad para establecer un orden político efectivo y justo.

Evidentemente la voluntad **-las ganas-** de Constitución son el supuesto de la instauración del régimen constitucional, pero también de su mantenimiento. El éxito constitucional depende de la convicción de la comunidad de su necesidad, lo que remite ciertamente a la imprescindibilidad de cualquier Constitución efectiva -que organice y limite el poder- pero sobre todo a la adecuación de la Constitución al patrón de orden político -al orden justo, por tanto- querido por la comunidad.

K. HESSE: *Die Normative Kraft der Verfassung* (1959), en *Verfassung*, edición de M. FRIEDICH. Damstadt, 1978, p. 86 y ss.

Esto quiere decir que la reflexión sobre las exigencias de la justicia en relación con el orden constitucional es una reflexión -se haga por ejemplo sobre los patrones de la teoría sustantiva de RAWLS o de la ética de la comunicación de HABERMAS- en modo alguno ajena a los intereses del constitucionalismo, pues afecta a los presupuestos en la fundación o en la actuación de la Constitución.

Véase J. RAWLS, en B. PAREKH: *Pensadores políticos contemporáneos*. Madrid, 1986. E. BELTRAN: "El neoliberalismo: la filosofía política de John Rawls" en *Historia de la Teoría Política* (6) edición de F. VALLESPIN, Madrid, 1995.

A. OLIET PALA: *Liberalismo y Democracia en crisis*. Madrid, 1994. Fdo. VALLESPIN, edición de J. HABERMAS y J. RAWLS: *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona, 1998. L. PRIETO: *Constitucionalismo y Positivismo*. México, 1997.

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS CONSTITUCIONALES:

- 1. Los derechos fundamentales no son simple derecho positivo.**
- 2. El reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales con reserva legal específica o implícita.**
- 3. Principialismo y derechos fundamentales.**

No extrañará así que, señalada la apoyatura metapositiva de la Constitución, subraye que la dimensión iusnaturalista constitucional se hace especialmente visible en lo que convencionalmente se suele llamar parte dogmática, esto es en los derechos fundamentales.

Por supuesto no podemos ignorar el carácter positivo de **las cláusulas** que llamamos **prescriptivas** de la Constitución, esto es las que contienen derechos y obligaciones. Estamos ante verdaderos derechos, valga la redundancia, derechos jurídicos, consistentes en pretensiones concretas, dotados de protección efectiva en cuanto alegables ante el juez, y esto en virtud del reconocimiento y amparo que les confiere el Estado. Evidentemente los derechos fundamentales son derechos positivos y no naturales, lo que quiere decir que se disfrutan en los términos del ordenamiento en lo referente a su contenido, límites y protección.

Los derechos fundamentales son derechos constitucionales, con las características estructurales (apertura, etc.) y de rango (supralegalidad, rigidez)

del tipo de cláusulas en que se contienen. Su base política y su importancia en una sociedad democrática, también su relieve ético y la evidencia de su constancia, no pueden hacernos olvidar que esas dimensiones -esenciales insisto- son de carácter prejurídico. Para nosotros lo importante es que estamos ante preceptos integrantes del ordenamiento y protegidos, además con especial intensidad de otra parte, por el Estado.

Véase mi "Algunas Cuestiones básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales", *Revista de Estudios Políticos* nº 71.

Pero no son **simple** derecho positivo. Evidentemente se trata de un derecho suprallegal: los derechos fundamentales en cuanto Derecho constitucional vinculan al legislador, sometido al constituyente y por eso obligado a no desfigurarlos, a respetar su esencia en función de su condición de poder constituido y no porque lo exija un precepto constitucional. La indisponibilidad del contenido esencial del derecho para el legislador se desprende de la posición constitucional de éste y no, innovativamente, de un mandato constitucional explícito.

Véase sobre el carácter meramente declarativo o verdaderamente constitutivo de la cláusula que impone el respeto del contenido esencial en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental las posiciones de P. HÄBERLE y L. SCHNEIDER, respectivamente, en *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs 2 Grundgesetz*, 3 Auflage, Heidelberg, 1983; y *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19. Abs 2 G.G.* Berlín, 1983.

A mi juicio es muy difícil sostener que el mandato del respeto del contenido esencial añade algo a la prohibición implícita en la misma idea normativa de Constitución de una actuación desfiguradora del legislador en relación con ninguna decisión constitucional, tampoco posible por tanto en materia de derechos fundamentales. Por otra parte el límite del contenido esencial afecta a otras figuras que no son derechos fundamentales, se trate de derechos simplemente constitucionales o categorías como la de garantía institucional, y además la configuración preferentemente espacial de tal concepto se adecua mal a las características de los derechos relacionales -o derechos- -principio, así el de igualdad-, derechos formales, así secreto de las comunicaciones, o derechos procesales (me refiero al que abre el artículo 24 -"derecho a la tutela judicial efectiva"- si no se entiende como rúbrica de los que vienen a continuación) de modo que el contenido esencial en algunos casos es difícilmente desprendible de decisiones del constituyente y queda absolutamente en manos del Tribunal Constitucional.

El derecho fundamental vincula también al poder constituyente constituido, que no puede proceder a una reforma constitucional, se utilice el procedimiento que sea, que los suprima o desvirtúe. Admitimos por ello límites, estén o no reconocidos en la Constitución, lógicos o inmanentes, o como se les quiera llamar, pero en cualquier caso indisponibles al poder de reforma de la Constitución.

De modo que una cosa es **cambiar la** Constitución, introduciendo modificaciones en ella, que pueden tener incluso una pretensión global o general, o "total" como dice nuestro artículo 168 C.E., y otra cosa es **cambiar de** Constitución, lo cual no es ejercer un poder de revisión sino de destrucción de la misma. Esto es lo que acontece cuando se cambia la titularidad del poder soberano, se le dificulta su actuación en el futuro o, supuesto que aquí se plantea, se impide un funcionamiento democrático al sistema político en virtud de supresiones o limitaciones intolerables de los derechos fundamentales.

Otro planteamiento ignora que la Reforma es una institución de garantía establecida y prevista en la Constitución y cuyo ejercicio corresponde verdaderamente a un poder constituido, esto es inferior a la Constitución y subordinado a ella: a nuestro juicio la condición derivada de la Reforma expresa su carácter instrumental y subordinado, que no puede agotarse en una dimensión meramente procedimental, como si su carácter secundario fuera sólo temporal y no operase asimismo en el plano lógico y jurídico. El poder constituyente constituido no es originario, ni ilimitado, ni puede acometer propiamente una actividad fundante del orden político. En el plano de la validez es un poder derivado, limitado por ello jurídicamente y sin legitimación política para innovar o refundar el orden político.

Así la Reforma no sólo recibe límites procedimentales de la Constitución, esto es únicamente puede ponerse en funcionamiento de acuerdo con lo establecido en ella, sino límites de contenido: hay topes materiales y propósitos finales que el poder constituyente constituido no puede perseguir, porque implicarían una disposición absoluta de la Constitución de la que los órganos constituyentes no originarios carecen.

La primera modificación (**cambios en la Constitución**) es lícita constitucionalmente hablando, la segunda (**cambio de Constitución**) es inmantenible pues, a mi juicio, en este tipo de cambios, no puede afirmarse continuidad verdaderamente jurídica entre el primer documento constitucional y el segundo, por lo menos en el plano material.

Cierto que el tránsito de la Constitución originaria (democrática) a la situación jurídico política posterior (dictadura) se ha producido sin irregularidad procedimental y por ello sin cesura o interrupción en este plano, pero ello no permite vincular propiamente el orden de cosas presente al sistema constitucional anterior, como si aquel sucediese a éste o, jurídicamente, pudiese justificarse como su continuación. El tipo de relaciones que cabe, meramente formales, entre la democracia y la dictadura se captan con más facilidad si reparamos en lo que ocurrió en España en la transición democrática.

En el tránsito de la situación autoritaria (franquista) al régimen constitucional (actual) la utilización de los propios instrumentos de modificación del antiguo sistema, permite hablar de *reforma* y continuidad procedimental, que no puede ocultar *la ruptura* cualitativa o el salto en el plano material al pasar de una dictadura a una democracia: la Constitución de 1978 que se elaboró conforme a las previsiones procedimentales de la última de las leyes fundamentales no procede evidentemente de las mismas, ni tiene por tanto verdadera vinculación con ellas.

Véase las observaciones de F. RUBIO: "Los derechos fundamentales" *Claves* nº 75, Septiembre 1997.

Pero lo que quería señalar especialmente es que los derechos fundamentales son -al menos además- **derecho suprapositivo** en la medida en que se imponen también al poder constituyente, en el sentido de que éste no puede prescindir de los mismos ya que son un ingrediente necesario de la Constitución: sólo hay derechos fundamentales constitucionales, ciertamente, pero *no hay Constitución sin derechos fundamentales*. Recordemos en efecto el famoso artículo 16 de la Declaración que establecía el **canon** indubitable constitucional: un Estado que no establece la separación de poderes ni contiene una declaración de derechos carece de Constitución.

Profundicemos algo en esta idea: desde luego las constituciones incluyen, también necesariamente, algo más que derechos fundamentales. Me refiero a la estructura institucional del Estado, lo que suelo llamar la "fábrica constitucional"; pero advirtamos que lo que hace el constitucionalismo revolucionario es no tanto establecer ese edificio institucional -aunque sí ciertamente rectificar su planta sobre nuevas bases, las del principio de separación de poderes- sino decidir libre y expresamente sobre él: las constituciones explicitan un **plan of Government** sobre el que han decidido soberanamente.

Pero donde la decisión constituyente es innovativa es en el plano de los derechos fundamentales que la Constitución establece tan necesaria como verdaderamente, y que antes no existían: el súbdito pertenecía a un verdadero Estado, como estructura política permanente y soberana, pero no tenía derechos que sólo conseguirá cuando se haga ciudadano.

Lo que hace el constitucionalismo revolucionario es decidir soberanamente sobre el **Plan of Government**, sobre la estructura política del Estado, pero su intervención, si bien se mira, es más refundadora que verdaderamente (esto es innovativamente) constituyente. El Estado ya existe y existe con una estructura institucional propia, consolidada y establecida. El Estado esta constituido aunque no tenga Constitución. Como señalábamos antes el proceso de objetivación y despersonalización del Estado, como organización política que trasciende y en la que en realidad se integra, con una determinada posición que resulta del orden de aquél, el monarca, es anterior a la Ilustración.

Queda así planteada, como he puesto de manifiesto en otro lugar, la tarea del estudio constitucional del Estado del antiguo régimen, que en cuanto forma política, dotada de eficacia y continuidad, como orden político permanente y legítimo tenía por decirlo así, al menos hasta cierto punto, una constitución, no por implícita, menos cierta y operante.

J.J. SOLOZABAL: "Fuerismo e independentismo: las dos almas del Nacionalismo Vasco", *Cuadernos de Alzate*, nº 16, Mayo 1997.

Los derechos fundamentales son derechos políticos en la medida en que aunque se tienen **frente al Estado**, necesariamente, porque el peligro para los mismos suele proceder especialmente de quien dispone de una posición de predominio, lo que vale decir de los poderes o autoridades públicas, se tienen **en el Estado**, en la medida que es el orden jurídico estatal el que protege los derechos, que no son postulados filosóficos o exigencias éticas sino pretensiones accionables ante órganos jurisdiccionales, pero nunca **contra el Estado**, pues no hay derechos constitucionales sin el Estado, aunque los mismos normalmente se esgriman frente a éste.

Pero la positivación de los derechos fundamentales no puede significar su devaluación, pues su suerte no puede confundirse con la de las constituciones. Aunque el constituyente determina su formulación, no puede suprimirlos ni reducirlos más allá de su **standard** mínimo.

K. STERN: "Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte" en ISENSEE y KIRCHOF (eds.): *Handbuch des Staats Rechts*. Heidelberg ,1987, p. 25 y ss.

Esta doble dimensión de los derechos fundamentales alcanza a todos ellos pero quizás ha dejado una huella en la propia declaración constitucional cuando reconoce a algunos de ellos **con reserva legal**, subrayando su necesidad de construcción por el legislador, exponente así del carácter, como veíamos, político del derecho fundamental en este caso. Otros en cambio están reconocidos **sin reserva**, aunque naturalmente ello no pueda excluir su completamiento normativo en virtud de los apoderamientos generales que en nuestra Constitución, para el desarrollo, contiene el artículo 81, y el artículo 53 para la regulación del ejercicio de los mismos.

Sin duda no puede dejarse de atribuir una significación a esta actitud del constituyente: la no invitación al legislador a completar el régimen -aunque no esté impedida como acabamos de ver- debe llevar a una mayor cautela del poder legislativo, cuya intervención constructiva o definitiva del derecho habría de evitarse, limitándose a una labor ordenadora y tuitiva, de modo que hubiese de actuar con una menor libertad de movimiento.

Así, si mi propuesta interpretativa es correcta, los derechos fundamentales reconocidos sin reserva legal explícita y concreta, en razón de su condición más claramente natural tendrían un basamento únicamente constitucional: no se trata de contraponer derechos humanos, exclusivamente constitucionales, frente a derechos positivos, preferentemente legales, pero sí señalar si no una diferencia cualitativa al menos una diferencia de régimen que en el fondo se remite al carácter más, si se quiere, iusnaturalista en unos derechos que otros.

El criterio interpretativo de las reservas específicas subraya la contribución constitucional en el régimen de los derechos no cubiertos por las mismas, pero no puede llevar a dividir los derechos constitucionales en *derechos humanos*, reconocidos por el constituyente pero con legitimación extraconstitucional, lo que explicaría la escasa contribución del legislador en el establecimiento de su regulación y *derechos fundamentales*, creados por el constituyente, y disponibles decisivamente en los términos fijados por la ley.

En la literatura alemana véase R. HERZOG: *Allgemeine Staatslehre*, "Die Grundrechte", p. 367 y ss.

Ello supondría la admisión de una positivación iusnaturalista, que no es propiamente un problema jurídico, sino metajurídico, y una jerarquización axiológica de los derechos fundamentales que tampoco creo admisible. Pero lo que si hay en esta propuesta interpretativa por mi parte es una explicación de la existencia de derechos fundamentales sin reserva legal específica, que a mi juicio no indica una capacidad especialmente libre del legislador, sino justamente al revés un menor soporte de su intervención normadora, deducible así no directamente de un designio expreso del constituyente, sino en virtud de la habilitación genérica de los artículos 53 y 81. Por supuesto si la libertad del legislador está especialmente restringida cuando se trata de la fijación del régimen un derecho fundamental, la intervención normadora del reglamento tendrá -frente a lo que estableciese I. DE OTTO-, especiales dificultades de producción.

Para lo que sirve esta distinción entre derechos fundamentales con reserva legal y sin ella -aparte de excluir **ex radice** desarrollos normativos exorbitantes en los que se puede incurrir cuando el legislador asume funciones definitorias o constitutivas del derecho- es para reparar en algo que el tratamiento institucional de los derechos puede a veces ignorar, y es que no todos los derechos son igualmente políticos o necesitan de la misma manera su configuración del legislador. La ausencia de reserva legal ratificaría la condición de derechos defensa de algunos derechos fundamentales, subrayando la marginalidad de la intervención del legislador en su definición.

Posición de L. SCHNEIDER: *op. cit.*, p. 205 a 210. Véase mi trabajo, "La Libertad de Expresión desde la Teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32.

Pero lo que llamábamos huella iusnaturalista tiene otras manifestaciones en el Derecho constitucional que no afectan, como las que hemos visto, a la sustentación del orden constitucional ni se refieren preferentemente a un sector del mismo. Voy a excluir de mi examen **identidades** que podríamos llamar **funcionales**: el Derecho constitucional es como el derecho natural para el resto del derecho positivo un rasero o canon del que se desprende no ya un juicio de disvalor ético para el derecho contrario sino una declaración de nulidad. Pero como se ve la idea de parámetro, imprescindible para entender el Derecho constitucional, revela una procedencia iusnaturalista. En el fondo -aunque no se reconozca- la idea de supremacía de la Constitución tiene una impronta ética: el Derecho constitucional obliga no sólo como norma anterior o fundante sino como norma **mejor** y, desde este punto de vista, superior al resto del derecho.

Me refiero a un rasgo estructural o modo de ser de las normas constitucionales, de casi todas las normas constitucionales, especialmente de algunas de ellas, las prescriptivas, finalistas y definitorias, pero incluso las organizativas, pues en última instancia tampoco éstas se pueden entender fuera de los principios del régimen constitucional que configuran. En efecto, las normas constitucionales en cuanto derecho abierto, concentrado si se quiere, adolecerían de esa indeterminación que, desde luego en grado mucho mayor, significaría también al derecho natural.

Me parece que **el principialismo** de las normas constitucionales, que es lo que estamos señalando cuando nos referimos a su incompletud, vaguedad, etc. plantea varios problemas: por ejemplo el de la clasificación de tales cláusulas con arreglo a este criterio.

Para lo que puede ayudar el repaso de su tipología que se establece en U. SCHEUNER: "Staatszielbestimmungen", en el volumen colectivo citado, editado por M. FRIEDICH: *Verfassung (Wege der Forschung)*, vol. 452, Darmstadt, 1978). F. RUBIO: "La Constitución como fuente del derecho" en *La Constitución española y las fuentes del derecho*. A. NIETO: "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional" *Revista de Administración Pública*, nº 100-102, vol. I. J.J. SOLOZABAL: "Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales", nº 15 *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, 1985. Por lo demás intento una transposición de la tipología de las cláusulas constitucionales a las autonómicas en "Estado autonómico y sistema de fuentes a la luz de la Jurisprudencia constitucional", en *Las Bases constitucionales del Estado autonómico*. Madrid, 1998.

Así no todas las normas constitucionales se ven afectadas por el mismo grado de indeterminación, y por ello puede imaginarse una escala cuyo primer nivel lo ocupan las normas que fijan valores y las normas que contienen principios estructurales, viniendo después las normas definitorias, luego los derechos y por último las normas organizativas o competenciales. Otra cuestión es la determinación del significado o la interpretación de las mismas que se hará en función de su referencia a realidades jurídicas u otros ámbitos culturales, pero teniendo en cuenta el tipo de preceptos en que tales conceptos se contienen.

Podemos quizá volver luego a estos problemas, o a algunos de ellos, pero en cualquier caso el carácter principial de muchas de las cláusulas constitucionales lo que denota es que el constituyente no se limita a establecer una estructura política determinando sus elementos y garantizando la actuación funcional de los mismos: no se trata, diría yo, de establecer **un mero Estado de derecho**, un aparato de poder en el que impere la ley, aplicada por tribunales independientes y cuya formación ha sido el resultado de un limpio proceso

democrático, sino de instituir un **Estado material de derecho**, que supera una concepción meramente procesal del orden constitucional, de modo que se justifique la actuación del Estado no sólo por su corrección sino por su orientación al servicio de determinados fines establecidos en última instancia desde la ética, aunque no operen directamente desde este plano sino como referencias mediadas por el derecho que efectivamente integran y desde el que constitucionalmente han de entenderse.

Esta orientación valorativa constitucional que tiene diversas manifestaciones -así es perceptible ya desde el primer artículo de nuestra Constitución, donde se establecen los principios axiológicos del ordenamiento, pero no es ajena a otros preceptos donde se contienen principios de orden más bien institucional o estructural, así en el artículo 9-1º la irretroactividad del derecho sancionador o la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y resulta muy visible en algunas cláusulas definitorias constitucionales, de modo especial la que considera a España como un Estado social- impide a mi juicio **una visión meramente procesal** de la Constitución que constreñiría ésta a la regulación del juego político, garantizando como exige un Estado de derecho el imperio de la ley y el control de los tribunales, atribuyendo al resto de los preceptos constitucionales un significado meramente ancilar.

U. SCHEUNER: "Die Neure Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland". *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*. II vol. Edición de E. von CAEMMERER y otros. Karlsruhe, 1960. Karl LARENZ: *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. y Presentación Luis DIEZ-PICAZO.

Esta visión de la Constitución choca en concreto con la idea que nuestro constituyente ha asumido de los derechos fundamentales, cuya significación no se agota en su **dimensión objetiva**, en cuanto elementos funcionales de la democracia, según la expresión conocida de HÄBERLE. Ciertamente, diríamos remedando el famoso **dictum** del T.C. Federal Alemán en relación con la libertad de expresión, sin derechos fundamentales no hay democracia, pues efectivamente los derechos fundamentales son condición necesaria de la democracia, que como sistema político no puede existir sin el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales. Pero los derechos fundamentales tienen también una **dimensión individual**, pues en virtud de su relación con la dignidad de la persona, su desconocimiento o supresión impiden el desarrollo cabal del individuo y suponen una lesión intolerable de sus oportunidades vitales y de su **status** jurídico.

P. HÄBERLE: *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs 2 Grundgesetz*, 3 Auflage, Heidelberg, 1983. Véase mi "Algunas Cuestiones básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales". *Revista de Estudios Políticos* nº 71.

Como es obvio la relación de los derechos fundamentales con **la dignidad de la persona**, de la que son la proyección positiva y vital, no es una construcción doctrinal sino una afirmación constitucional. Es el constituyente quien refiere los derechos fundamentales a la dignidad de la persona que le son inherentes y que son fundamento "del orden político y de la paz social".

La doctrina podrá construir sobre la relación entre derechos y dignidad enlazando a ésta especialmente con el contenido esencial de dichas facultades. Además establecerá los términos en que es posible averiguar el significado de la dignidad para lo cual en primer lugar propondrá en concreto una idea de ésta secular, elemental y compartida. De este modo quedará reducida a ese mínimo indubitable y constante "cualquiera la situación en que se encuentre" (STC, 120/1990), consistente en el derecho de toda persona a un trato que no contradiga su condición de ser igual y libre capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno.

Pero la fijación del alcance de la incorporación en la Constitución de la dignidad de la persona exige reparar, en segundo lugar, en que tal concepto se encuentra normativizado en una **cláusula definitoria no calificatoria**, esto es una norma materialmente definitoria que aunque no contiene una calificación tipificatoria sí supone una decisión sobre determinada orientación político jurídica, asumida por el constituyente y relacionada con el régimen constitucional en que se integra.

Sobre las cláusulas definitorias en general como normas a caballo entre las que señalan fines y las organizativas, véase mi trabajo "Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 15. Madrid, 1985. Sobre las cláusulas definitorias no calificadorias, ver mi trabajo "Estado autonómico y sistema de fuentes a la luz de la Jurisprudencia constitucional", en *Las Bases constitucionales del Estado autonómico*. Madrid, 1998. Y en concreto respecto de su utilización por el Estatuto vasco, "Estatuto Vasco y Orden Constitucional", *Cuadernos de Alzate*, nº 17, Madrid, 1997.

Estamos ante un precepto -el artículo 10 de nuestra Constitución- que acredita el carácter abierto de la misma: la dignidad de la persona, en efecto, remite a una idea ética del individuo y su posición política, aunque la averiguación del significado de la cláusula que contiene tal valor, esto es

cabalmente la interpretación de dicho precepto, no es un problema moral sino jurídico.

J.J. SOLOZABAL: Voz "Dignidad de la Persona", *Enciclopedia Jurídica Civitas*. Madrid, 1995.

Conviene señalar, no obstante, que esta comprensión material de los derechos fundamentales se agota, de ordinario, en la relación de éstos con la dignidad de la persona, sin que pueda alcanzar a señalar **finés** a los derechos fundamentales, cuya orientación, en cada caso, permitiese hablar de un ejercicio lícito o ilícito de los mismos. Al menos los derechos de libertad consisten en facultades sobre la propia conducta, reconocidas indeterminadamente, de modo que el propio titular -y no el ordenamiento- los orienta a los fines que le interesan. El ordenamiento establece límites, mediante la ley penal o incluso en el propio texto constitucional, pero no fija objetivos a los mismos, que establezcan un parámetro de corrección a su ejercicio: es precisamente la relación de los derechos fundamentales con la dignidad de la persona lo que impide la relativización de éstos a ningún objetivo transpersonal aunque se trate de alguno tan alto como la satisfacción de un interés general.

La funcionalización de los derechos y la atribución de un significado constitutivo y definidor del legislador son riesgos del enfoque institucional de los derechos fundamentales que, como hemos dicho, no conviene por igual a todos ellos, en especial a los de libertad. En efecto el reconocimiento de los derechos fundamentales no admite subordinación a fines: no tenemos libertad de expresión para opinar cosas juiciosas, pertinentes o convenientes para la colectividad, sino porque una comunicación con trabas o sometida a censura es incompatible con nuestra condición de seres humanos libres.

Por otro lado, una intervención del legislador que rebase el propósito de ordenar o proteger el ejercicio de los derechos tiene el riesgo de convertirse no en tuitiva sino en impeditiva de nuestros derechos de libertad: si la ley define con precisión las facultades en que nuestros derechos consisten o realiza una regulación exhaustiva de las condiciones de su ejercicio, de ello se derivarán no oportunidades para su disfrute sino riesgos para tales derechos.

Véase L. SCHNEIDER: *op. cit.*, p. 125 y 126. Asimismo mi "Ordenación jurídica de la Televisión", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 5, Valencia, 1993, p. 37 y ss.

La indeterminación de los derechos quiebra, con todo, en el caso del **derecho a la educación** reconocido en el artículo 27 en el que las decisiones

constitucionales no sólo tienen la pretensión definitoria del derecho, esto es la especificación de las facultades en las que el mismo consiste, o el establecimiento de límites a su ejercicio, sino la propuesta de objetivos a la educación cuyo derecho se garantiza, de modo que en conexión con la idea material constitucional, como dice el TC en la STC 5/1981, "la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos, de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva".

IV. LA IDENTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PRINCIPIOS

La identificación constitucional de los principios debe hacerse salvando la idea de Constitución que me parece denominaba antes **cabalística** que se esfuerza por encontrar coherencia o sistema donde no los hay ni es necesaria su existencia, de modo que se sacrifica quizás el relieve de esa dimensión genérica o principal por el hallazgo de tipos o ejemplos concretos reconocidos expresamente como principios en el texto constitucional. Ciertamente que el tenor literal obliga (un constitucionalista no puede olvidar la letra de la Constitución, que es vehículo de la eficacia de la misma y protección frente a su disolución), pero cuando se habla de principios la clave identificatoria debe ser más conceptual que literal, de modo que con independencia de su reconocimiento explícito nos encontramos ante principios cuando se trate de normas que a la vez que modulan la comprensión de otras orientándolas en determinado sentido - esto es lo que quiere decirse cuando se afirma que los principios informan- se trata de cláusulas que requieren de completamiento y además que los principios constitucionales no son los únicos principios del orden constitucional que el intérprete constitucional deriva, si no desprende, de la Constitución y que establecidos por el Tribunal Constitucional, se imponen en la interpretación del ordenamiento -leyes y reglamentos- a jueces y tribunales (art. 5 LOPJ).

Admitiendo el **género** de las normas principales -a la vez exponentes del carácter consensual, la vocación de permanencia y la apertura de la Constitución al resto del ordenamiento y a la cultura- distinguiría entre principios axiológicos y estructurales o institucionales. Todos los principios -valores o principios generales de Derecho constitucional- son normas incompletas, útiles para la interpretación del ordenamiento y con diferente capacidad generativa. Aunque en todo caso conceptualmente estemos ante Principios Generales del Derecho, en un supuesto estamos ante normas jurídicas cuyo significado ético contrasta con el significado en principio meramente técnico de los principios estructurales -se refieran a todo el ordenamiento o a algún sector del mismo-, más necesitados

aquéllos de mediación legislativa para su aplicación, y por ello cuya utilización directa podrá pensarse reservarse preferentemente al Tribunal Constitucional.

Los *principios constitucionales* reconocidos explícitamente en la Constitución funcionan como parámetro de constitucionalidad en los mismos términos que cualquier otro precepto de la Norma Fundamental (conceptualmente serán un supuesto de los Principios generales del derecho, en cuanto que, en razón de su indeterminación o apertura, como normas incompletas se asemejan más a un principio que una regla; su actuación es normalmente informadora, modulando el significado de las demás normas, constitucionales o no y sirviendo así para la comprensión del ordenamiento); pero no sirve como derecho supletorio "en defecto de ley y costumbre", según prescribe el art. 1 del Código civil (así STC 4 /81 de 2 de febrero o STC 116/87 de 7 de Julio, en la que se lee que "como regla general, los valores superiores del ordenamiento pueden bastar para promover recursos o plantear cuestiones de inconstitucionalidad"). Tales principios deben distinguirse de *los principios del orden constitucional* (por ejemplo principio de proporcionalidad o principio de la unidad de mercado) como decíamos no contenidos sino derivados, subprincipios, del sistema constitucional, deducidos de normas principales, por ejemplo cláusulas definitorias, o de determinadas regulaciones constitucionales como las que afectan a una institución.

Estos principios de orden constitucional -tengan un propósito modulador, integrador o generativo, que conceptualmente integran, ahora sí más plenamente, los Principios generales del derecho del Código civil- regirán según el valor atribuido a la doctrina de los órganos jurisdiccionales que los reconozcan. Si tales principios son definidos por el Tribunal Constitucional obligarán a toda la jurisdicción, mientras que los principios constitucionales de este tipo declarados por la jurisdicción ordinaria sólo obligarán, en cuanto Principios generales del derecho, en la medida en que el Tribunal Supremo los incorpore como doctrina legal a sus propias decisiones, imponiéndose entonces a los tribunales inferiores, según se desprende de diversos pronunciamientos del Supremo como las sentencias de 29 de Enero y 13 de Junio de 1962 o 10 de Junio de 1966.

Los principios constitucionales comparten con otras normas constitucionales su indeterminación, participando así, aunque en diferente grado, del principialismo de la estructura normativa de las mismas y con otro tipo de normas su incompletud -así por ejemplo en el Derecho penal unos preceptos establecen el tipo, otros la sanción, otros las condiciones de culpabilidad, etc.; de modo que sólo el conjunto de ellos contiene la regulación a considerar en un

determinado supuesto-. Lo que diferencia a los principios de otras normas incompletas es su capacidad moduladora y generativa, eventualmente también su condición de normas supletorias.

Hablamos de *principios constitucionales* y de *orden constitucional*, aquéllos incluidos en el texto constitucional, sean de orden axiológico o estructural, los unos preferentemente de contenido ético-político, necesitados de mediación política, o intervención del legislador, los otros de significado técnico, de especificación más fácil para el intérprete; los de orden constitucional o subprincipios, deducidos, no desprendidos, de la Constitución.

Todos los principios informan el ordenamiento, modulan el significado de sus normas, comparten la estructura conceptual de los Principios generales del derecho; pero sólo los principios explícitamente constitucionales tienen rango supralegal.

Sobre esta problemática, A. NIETO: *Derecho Administrativo sancionador*. Madrid, 1993, p. 41 y ss. A. GARRORENA: "Valores superiores y principios constitucionales" en *Estudios de Derecho Público, Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Madrid, 1997, p. 26 y ss. M. ARAGON: *Constitución y Democracia*, p. 99 y ss. L. PRIETO: *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid, 1992. F. RUBIO: Prólogo, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Madrid, 1995.

Hasta aquí la exposición, aunque podríamos dedicar todavía algún espacio a la puesta de manifiesto de orientaciones positivas del Constituyente que el ordenamiento no puede desconocer y que modulan esa visión meramente procesal de la Constitución como marco, sólo límite de cualquier orientación de los poderes públicos, pero no referencia material de su actuación. Hay por el contrario, creo, verdaderas decisiones del Constituyente, vinculantes por tanto, sobre el sistema político y también sobre el ordenamiento jurídico.

Concluyo aquí: he expuesto, como decía MONTAIGNE (en sus *Ensayos*, p. 387), "fantasías, informes e indecisas, como hacen aquellos que publican dudosas cuestiones a debate en las escuelas, no para establecer la verdad, sino para buscarla".

NOTA

Transcribo aquí, con algunos añadidos no sólo bibliográficos, la ponencia que con el título "La impronta iusnaturalista en el Derecho Constitucional" presenté al Seminario de Profesores de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona en Marzo de 1998. Al profesor Isidre Molas he de agradecer muy cordialmente no sólo la invitación para tal participación, sino las sugerencias que hizo al texto, junto a otros profesores como J.L. Pérez Francesch, J.C. Gavara o J. Freixes. Para todos ellos, incluyendo asimismo a Francesc de Carreras y a Manuel Cachón, Decano de la Facultad de Derecho, mi reconocimiento por su hospitalidad y, lo diré utilizando el término cervantino, cortesía.