

LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO CONTEMPORÁNEO: LEGITIMIDAD DEL MODELO DE ESTADO NEOCONSTITUCIONAL

The Transformations of the Contemporary State: Legitimacy of the Model of Neoconstitutional State

Rafael Enrique Aguilera Portales *

RESUMEN: En la actualidad nos encontramos ante una crisis irreversible del Estado moderno tradicional, que asoma bajo la pérdida de soberanía y el grave deterioro del principio de legalidad como principio fundamental del Estado de derecho. La primacía de la economía sobre la política y el crecimiento exponencial del mercado sobre la esfera pública cuestionan gravemente el modelo de Estado democrático y social que deseamos construir. El presente trabajo se centra en analizar las distintas transformaciones que está sufriendo nuestro modelo de Estado desde el nuevo paradigma del neoconstitucionalismo. Un paradigma epistemológico y metodológico que está revolucionando la ciencia política y constitucional.

ABSTRACT: *Nowadays we face up to an irreversible crisis of the traditional modern State, with a loss of sovereignty and with a serious deterioration of the principle of legality as a fundamental principle of rule of law. The primacy of economics over politics and the exponential growth of the market over the public sphere are seriously questioning the model of social democratic state that we want to build. This text focuses on analyzing the various transformations that is suffering the state model from the new paradigm of neoconstitutionalism. An epistemological and methodological paradigm that is revolutionizing the political and constitutional science.*

PALABRAS CLAVE: Estado contemporáneo, neoconstitucionalismo, revolución política, revolución epistemológica, Estado de derecho.

KEY WORDS: *Contemporary State, neo-constitutionalism, political revolution, epistemological revolution, Rule of Law.*

Fecha de recepción: 25-05-2011

Fecha de aceptación: 10-1-2012

I. La encrucijada del Estado contemporáneo: ¿agotamiento o crisis crónica?

El momento que estamos viviendo en la actualidad se caracteriza por ser un tiempo de encrucijada, perplejidad e incertidumbre. El proceso virulento de integración económica mundial que denominamos globalización irrumpe agresivamente transformando nuestros modelos de Estado, sociedades y ciudadanía. La crisis irreversible del Estado moderno tradicional asoma bajo la pérdida de soberanía y el grave deterioro del principio de legalidad como principio fundamental del Estado de derecho. La primacía de la economía sobre la política y el crecimiento exponencial del mercado

* Profesor de Teoría Política de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León (Monterrey) y coordinador del Departamento de Filosofía del Derecho del Centro de investigaciones Jurídicas de dicha Universidad.

sobre la esfera pública cuestionan gravemente el modelo de Estado constitucional que deseamos construir. Estos cambios trascendentes exigen una actualización de las categorías políticas y jurídicas tradicionales que hemos utilizado en la Teoría constitucional.

Las constituciones que aparecen en la segunda mitad del siglo XX tienen, en primer lugar, una condición normativa garantizada y, en segundo lugar, características peculiares con respecto a su contenido sustancial. En un principio, las normas constitucionales tuvieron un valor meramente programático, es decir, un conjunto de recomendaciones u orientaciones dirigidas al legislador, para consolidar su valor normativo y operar como una auténtica norma jurídica con eficacia. Con la nueva corriente del neoconstitucionalismo, las constituciones incorporan contenidos materiales que adoptan la forma de derechos, principios, directrices y valores. Estas disposiciones constitucionales presentan un amplio grado de indeterminación y vaguedad pues remiten a conceptos controvertidos de una fuerte carga valorativa moral como justicia, libertad, autonomía, dignidad humana, solidaridad. El positivismo estricto había establecido el mecanismo de interpretación jurídica basada en la subsunción como razonamiento lógico- formal, sin embargo el neo constitucionalismo dará paso a una nueva operación argumentativa basada en la ponderación¹.

A mediados del siglo XIX, el gran autor alemán LASSALLE escribía que las constituciones son documentos que reflejan "**las fuerzas activas**" o las relaciones de poder de los diversos actores que operan en el Estado. Normalmente, las Constituciones en la modernidad se limitaban a diseñar un sistema ideal: una determinada organización política modélica que de forma cotidiana y ordinaria no coincidía con la realidad. La disparidad o desfase entre la Constitución escrita e ideal y la Constitución real y efectiva como modo real de funcionamiento institucional y social de un pueblo cuestionaba el concepto de Constitución y lo sometía a una dura revisión. Si la constitución escrita no traduce fielmente esa estructura socio-política, no tiene valor alguno ni es duradera; por tanto es papel mojado, que sólo cumple una función ideológica como encubridora de la Constitución real. Al respecto, VON STEIN afirmaba que la Constitución no tiene otro cometido, sino legitimar jurídicamente un orden social y político realmente existente.

Normalmente, cuando usamos el término "**Constitución**"² conviene aclarar o delimitar a qué contenido significativo estamos

¹ SASTRE ARIZA, Santiago "La Ciencia Jurídica ante el Constitucionalismo" en CARBONELL, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.

² Véase GUASTINI, Ricardo, "Sobre el concepto de constitución" en Carbonell, Miguel (comp.) *Teoría de la Constitución, Ensayos escogidos*, Universidad Nacional Autónoma de México- Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 93-122.

aludiendo, pues nos encontramos con un concepto usado frecuentemente por el lenguaje político y jurídico que conlleva una enorme multiplicidad de significados o polisemia de sentidos. Por tanto, el uso del término **"Constitución"** tiene varias acepciones o variantes significativas que conviene analizar y aclarar concienzudamente.

En primer lugar, la noción de Constitución alude en la historia del pensamiento político a una ***forma de organización de Estado o régimen político***. En este sentido, se trata del conjunto de instituciones políticas que son adoptadas por un determinado pueblo. El término de Constitución alude a una estructura política de un Estado o régimen político. En este sentido, hablamos de la Constitución democrática de Atenas o la Constitución timocrática de Esparta. En segundo lugar, el término **"Constitución"** se refiere al ***conjunto de normas generales*** que proporcionan forma al Estado, una determinada organización política y territorial del Estado y sus relaciones con la ciudadanía. El desarrollo histórico ha avanzado hacia una juridificación del término constitución y una sociologización del término régimen político. La distinción entre Derecho objetivo y derecho subjetivo nos ha posibilitado una distinción importante, mientras por Derecho objetivo entendemos el conjunto de normas jurídicas que regulan un determinado Estado, el concepto de derecho subjetivo explica los derechos y libertades de las personas (derechos públicos subjetivos).

Normalmente, se habla de Constitución para referirse a un ***documento normativo especial y peculiar*** que formula y codifica las normas o el resto del ordenamiento jurídico. Este es el término más extendido cuando se refiere a un ***tipo específico de ordenamiento político de tipo liberal-garantista***³ donde el poder es limitado en función de la protección y garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas. El concepto moderno de Constitución es jurídico, liberal y garantista, por eso anida y se desarrolla en el régimen liberal, que proclama la primacía del individuo sobre la sociedad.

³ Este modelo constitucional se encuentra presente en la mayor parte de los países que han consolidado modelos de democracia representativa junto a modelos de control constitucional del ordenamiento jurídico. Vid. ARIAS MALDONADO, Manuel, **"La política en la teoría deliberativa. Notas sobre deliberación, decisión y conflicto"**, en Revista Española de Ciencia Política, n° 16, abril 2007, pp. 37-59; VALENCIA SÁIZ, Ángel **"An Imaginary Solution? The Green Defence of Deliberative Democracy"**, en *Environmental Values*, vol. 16, n° 2, mayo 2007, pp. 233-252; GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio: **"Fundamentación de la democracia a propósito de la dialéctica legalidad-legitimidad: relación estructural entre la sociología política weberiana y los modelos procedimentalistas de ética discursiva"**, en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (Coord.): ***La democracia en el Estado constitucional (Nuevos enfoques y análisis)***. México, Porrúa, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2009, pp. 22-44.

El último sentido es el que vamos a adoptar a lo largo de este trabajo, pues implica un modelo de Estado de derecho basado en el principio de división de poderes, que pretende garantizar los derechos y libertades de sus ciudadanos. Este concepto liberal de constitución deriva del *artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano (1789)* que establece que: **“una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución”**. MORTATI resalta el concepto de Constitución material como estructura orgánica fundamental de una sociedad, donde se incluyen, las fuerzas e instituciones políticas y por otro lado, los fines políticos reales que persiguen esas fuerzas e instituciones. Por tanto, la Constitución, antes que norma jurídica, constituye la estructura social, fuerzas políticas, instituciones históricas de una determinada sociedad.

II. La revolución política y jurídica del neoconstitucionalismo

En la actualidad, estamos asistiendo a una revolución o cambio de paradigma en el mundo jurídico, un nuevo modelo emerge tras los derroteros, ruinas y cenizas del neopositivismo y formalismo jurídico. Se trata del neoconstitucionalismo como nuevo modelo que interpreta el Derecho no como conjunto consistente, sistémico y coherente de normas jurídicas, sino como un conjunto flexible y armónico de principios, valores, reglas. Sin duda, esta corriente de pensamiento político-jurídica innovadora y revolucionaria introduce un nuevo concepto de Constitución ya no desde el modelo tradicional formal y normativo, sino desde una visión de denso contenido sustancial fundado en valores y principios. El papel que juega la Constitución en los actuales sistemas políticos y jurídicos ha llegado a condicionar el discurso filosófico-político hasta el punto de fundar una nueva teoría del Derecho. Gustavo ZAGREBELSKY⁴ ha expresado muy acertadamente cómo el derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva la teoría y filosofía política y jurídica del intérprete constitucional. El derecho, por tanto, que tradicionalmente se concebía como un conjunto de normas externas, heterónomas y coactivas, se va convirtiendo en un conjunto normativo flexible, adaptable y móvil en el cual la primacía de la argumentación e interpretación jurídica, la prioridad axiológica y deontológica va cobrando cada vez más fuerza y relevancia. En este sentido, la ley deja de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho y comienza el síntoma de crisis irreversible del paradigma **positivista**. **“La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de**

⁴ ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995.

una instancia más alta"⁵. Si el positivismo fue el tiempo de la codificación napoleónica y el derecho codificado, el neoconstitucionalismo constituye la teoría e ideología del Derecho decodificado, del derecho dúctil, libre y flexible enriquecido por la interpretación amplia de la Constitución.

Igualmente, el neoconstitucionalismo transforma completamente la concepción decimonónica que teníamos del Estado moderno. El Estado liberal que aparecía como una estructura jurídica, política y social monolítica favorecida por una concepción rígida de soberanía y una cierta homogeneidad cultural y política va a ser reemplazada por un nuevo modelo de Estado de derecho o Estado constitucional donde se cuestionan y relativizan la noción de soberanía a nivel externo y donde los fenómenos del multiculturalismo asoman y reclaman nuevos espacios de poder a nivel interno. Las nuevas sociedades abiertas, complejas y plurales postmodernas exigen nuevas normas constitucionales y un nuevo modelo de Estado que implemente la nueva generación de derechos y libertades de los ciudadanos. Las nuevas Constituciones que surgieron tras la segunda Guerra Mundial supusieron una nueva concepción de Derecho constitucional con un gran número de principios de justicia, derechos fundamentales junto a los derechos de libertad y sociales, que imponen al Estado ciertas tareas de intervención en la sociedad y la economía. El Estado no puede conformarse con ser un Estado mínimo o pasivo al limitarse a la garantía de las libertades negativas, sino que asume ser un protagonista clave con tareas activas para volver efectivos los derechos fundamentales de los ciudadanos. El Estado sufre nuevas metamorfosis fundamentales en su constitución misma. El Estado legalista da paso al Estado constitucional. El Estado de derecho anuncia el Estado Constitucional. El Estado legislativo se transforma en Estado de derechos y libertades fundamentales.

El neoconstitucionalismo, como observa Paolo COMANDUCCI⁶ siguiendo la distinción que realiza Norberto BOBBIO, es una ideología,

⁵ *Ibid.*, p. 40. El derecho por naturaleza "dúctil", es decir, invasivo, flexible y dinámico tiene necesidad de una nueva metodología hermenéutica e interpretativa, no severamente deductiva, silogística y subjuntiva como propugnaba el iuspositivismo decimonónico, sino como técnica ponderativa conectada a la razonabilidad práctica y su conexión con los principios constitucionales. La nueva metodología va dirigida hacia la ponderación de los principios y valores en juego. El juez debe elegir entre estricta legalidad o justicia sustancial adoptando la solución menos traumática. Véase DEL REAL ALCALÁ, Alberto, "Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley constitucional. El caso del término 'nacionalidades' como concepto jurídico indeterminado", en *Derechos y Libertades*, nº 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Boletín Oficial del Estado, Madrid, Enero-Diciembre 2002, pp. 223-250.

⁶ COMANDUCCI, Paolo, "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico", en Carbonell, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003, p. 83;

una metodología y una teoría política y jurídica. Una ideología que pone en segundo plano la limitación del poder estatal en la que tanto había insistido el constitucionalismo tradicional y presenta a los derechos humanos como la referencia principal y fundamental de todo el Estado de derecho. La constitucionalización de los sistemas jurídicos excluye la existencia de un deber de obediencia al Derecho. El positivismo ideológico queda superado en la medida que la ley exige conexión a los principios constitucionales, la vinculación entre Derecho y Moral se hace presente a través de las virtudes morales del Derecho. Una metodología plural, abierta y flexible que presenta los principios constitucionales y los derechos fundamentales como el puente idóneo entre el derecho y la moral. Y una teoría porque pretende abandonar el modelo estatista, legicentrista, formalista interpretativo constitucional que se ha venido utilizando en el Derecho constitucional. La constitucionalización de los sistemas jurídicos hace insostenible la aplicación subjuntiva del Derecho por lo que se precisa modelos de interpretación jurídica basados en la ponderación judicial. La insuficiencia del modelo de reglas hace entrar en escena la importancia de los principios constitucionales por lo que **el modelo teórico positivista queda superado. Por tanto, "El Estado de derecho ya no es el "imperio de la ley" sino el "imperio del derecho", esto es, de la Constitución, de los principios y de la labor de intérpretes y argumentadores"**⁷. La ley pierde su posición privilegiada y hegemónica hacia una posición subordinada respecto a los mandatos constitucionales, quedando convertida en un mero instrumento de actuación de los principios constitucionales, perdiendo su expresión de poder político:

"La ley un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del Derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales"⁸.

Véase también GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio: "La Ciencia y la 'Ciencia' jurídica. Los modelos de Ciencia jurídica", pp. 39-48; "Los modelos de 'Ciencia' jurídica en el positivismo", pp. 49-64; "La crisis del positivismo", pp. 65-74; y "El retorno a la racionalidad práctica", pp. 75-88; y "Los llamados *derechos humanos de tercera generación*", pp. 259-274, en VV.AA.: *Filosofía del Derecho. Lecciones de Hermenéutica jurídica*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia - Unidades Didácticas, 2006.

⁷ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, "Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico" en TORRES ESTRADA, Pedro (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, México, Limusa, 2006, pp. 41-66, p. 41. Véase también DEL REAL ALCALÁ, Alberto, *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000 (editor junto a J.A. López García).

⁸ ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil, op. cit.*, p. 40.

La aparición del neoconstitucionalismo surge con el ataque que realiza Ronald DWORKIN al positivismo jurídico en los años setenta, sobre todo por la crítica formulada por DWORKIN a Herbert HART bajo el argumento de la primacía de los principios frente a las reglas y la idea de que el Derecho no se distingue conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos ámbitos. El iuspositivismo inclusivo asume la vinculación y conexión entre Derecho y moral.

El imperialismo de la moral constituye un rasgo distintivo del neoconstitucionalismo expresado en las interpretaciones morales de las constituciones que realizan DWORKIN, ALEXY y NINO:

“El imperialismo moral representa quizás la reacción de los juristas y de los filósofos del derecho de los años noventa del siglo veinte frente a otros imperialismos: pensemos en el imperialismo de la política, que ha caracterizado a los años setenta, o el imperialismo de la economía, que ha marcado los años ochenta”⁹.

Algunos autores hablan del imperialismo de la moral, pero más bien de lo que habría que hablar es de la apertura del Derecho a la moral, pues el positivismo jurídico como paradigma hegemónico del siglo XX, no permitió una lectura moral del Derecho lo cual nos condujo a los graves atentados hacia la dignidad humana que se produjeron en dicho siglo, como el holocausto y genocidio soviético y nazi.

En oposición al imperialismo de la moral por encima del derecho se erigen, como un nuevo rey, algunos autores como COMANDUCCI, GUASTINI, POZZOLO, que mantienen una posición escéptica. El reconocimiento del valor jurídico de la Constitución y sus principios no necesita, según ellos, un englobamiento del Derecho en la moral pues esto convierte a la constitución en un lago movedizo, indeterminado y ambiguo. Nuevamente surge la lucha entre Apolo y Dionisos, entre el espíritu de la pesadez y el espíritu de la ligereza.

No obstante, el neoconstitucionalismo constituye un término no unívoco y homogéneo, que indica objetos muy diferentes y autores muy distintos, que se encuentran vinculados por esta teoría del

⁹ BARBERIS, Mauro, **“Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral”**, en *Neoconstitucionalismo(s)*, UNAM, Trotta (ed. Miguel Carbonell), 2003, p. 270. El positivismo jurídico excluyente ha mantenido una posición de exclusión y discriminación hacia la moral lo cual nos llevó a una lectura excesivamente normativista y formalista del Derecho. Véase también ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier; LÓPEZ GARCÍA, J. Antonio; DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto; y RUIZ, R. (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Dykinson, Madrid, 2005; ESCÁMEZ NAVAS, Sebastián, **“El Estado de la virtud. Sobre la noción de tolerancia en el liberalismo político de John Rawls”**, *Isegoria*, nº 31, diciembre 2004, pp. 47-78.

Derecho del Estado constitucional contemporáneo. Esta teoría normativa parte de la negación del presupuesto positivista de separación estricta entre Derecho y Moral que pretende encontrar los principios de justicia insertos en el Derecho. Este nuevo paradigma ha ido abriéndose paso gracias a la teoría constitucional de Rudolf SMEND, la filosofía de los valores de SCHELER Y HARTMANN, el iusnaturalismo deontológico, progresista y crítico de RADBRUCH, STAMMLER, BLOCH Y WELZEL y pensadores contemporáneos como Jürgen HABERMAS, Luigi FERRAJOLI, Peter HÄBERLE, Gustavo ZAGREBELSKY, Robert Alexy, Ronald DWORKIN, Luis PRIETO SANCHÍS, Manuel ATIENZA, Ernesto GARZÓN VALDÉS, Carlos SANTIAGO NINO, Francisco LAPORTA.

El neoconstitucionalismo podríamos resumirlo, como afirma Luis PRIETO SANCHÍS en los siguientes rasgos sobresalientes¹⁰ : 1) más principios que reglas 2) más ponderación que subsunción, 3) omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria, 4) omnipotencia judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario, 5) coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios.

En primer lugar, tendríamos que perfilar los diversos sentidos que tiene el término Constitución para posteriormente aclarar qué estamos expresando con el término neoconstitucionalismo. En un sentido filosófico político amplio podemos establecer que el término Constitución ha sido entendido como límite al poder político, es decir, como cualquier ordenamiento estatal de corte liberal y garantista que pretende proteger al ciudadano de las intromisiones ilegítimas del Estado. El concepto liberal de la Constitución proviene del **Art. 16 de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano** que establece: **“una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, como límite no tiene Constitución”**.

Este modo de utilizar el término de constitución como sinónimo de un Estado liberal y garantista está en la actualidad en desuso. Pero para entender la evolución constitucional que hemos vivido en el último siglo debemos acudir a la aportación fundamental de KELSEN con su modelo de justicia constitucional, denominada jurisdicción concentrada, que es modelo jurisdiccional vigente en Alemania, Italia, España y Portugal. KELSEN en efecto fue un firme partidario de un constitucionalismo escueto y sencillo, circunscrito al establecimiento

¹⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002; PRIETO SANCHÍS, Luis, *“Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”* En *Neoconstitucionalismo (s)*, Miguel Carbonell (Coord.), Trotta, Madrid, 2003; *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.

de normas y procedimientos, esto es, a una idea de Constitución como *norma normarum*, como norma reguladora de fuentes del Derecho¹¹, desde una visión piramidal-vertical. Esta visión facilitó la aparición de los Tribunales Constitucionales, donde se consagraba la supremacía jurídica de la Constitución:

“Puede decirse que con KELSEN el constitucionalismo europeo alcanza sus últimas metas dentro de lo que eran sus posibilidades de desarrollo: la idea de un Tribunal Constitucional es verdad que consagraba la supremacía jurídica de la Constitución, pero su neta separación de la jurisdicción ordinaria representaba el mejor homenaje al legislador y una palmaria muestra de desconfianza ante la judicatura, bien es verdad que entonces estimulaba por el Derecho libre, y asimismo, la naturaleza formal de la Constitución, que dejaba amplísimos espacios a la política, suponía un segundo y definitivo acto de reconocimiento al legislador.”¹²

El pensamiento jurídico de KELSEN, en especial en Austria, tuvo desde muy temprano y de manera contundente, un impacto real en la creación de una jurisdicción constitucional. El tribunal se convirtió en una especie de mero legislador negativo respecto al poder legislativo; pero rechazaba cualquier clase de interpretación sistemática y amplia de los derechos fundamentales. KELSEN realizó un esfuerzo purificador para convertir la ciencia jurídica en una ciencia neutra y autónoma. El primer aspecto de neutralidad tiene que ver con la función de limitar y describir el Derecho, sin entrar en valoraciones de tipo ideológico, moral o político. El segundo aspecto está relacionado

¹¹ KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1985. Rudolf Smend realiza un esfuerzo por liberar a la teoría Constitucional y del Estado del paradigma positivista. Smend tomó en oposición a Kelsen el método fenomenológico de Theodor Litt y su filosofía hegeliana. El Estado no es una persona jurídica dotada de derechos y obligaciones sino una realidad espiritual **“integrada” producto y resultado de procesos de interacción individuales, pero dotada de sentido.** *Vid.*, BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “Estudio preliminar” SMEND, Rudolf, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005; SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, (trad. José María Beneyto Pérez), 1985; SMITH STEVEN, B.: *Hegel`s critique of liberalism: Rigths in context*, University of Chicago, 1989, (trad. Cast.) *Hegel y el liberalismo político*, Ediciones Coyoacán, México, 2003, p. 35.

¹² PRIETO SANCHÍS, Luis, *Neoconstitucionalismo, op. cit.*, p. 116. Esta corriente neopositivista jurídica olvida fácilmente la consideración de legitimidad moral de las leyes. Las leyes pueden estar legitimadas por el proceso democrático en la que ha sido elaboradas; pero no necesariamente tienen que ser justas o estar legitimadas o fundadas moralmente. No obstante, en la actualidad el planteamiento es más complejo y controvertido. Se trata de reconocer que el modelo democrático de toma de decisiones, en cuanto históricamente existente en una sociedad dada, es un procedimiento no siempre correcto y perfecto. Muchos autores mantienen que este modelo no siempre es una garantía de justicia, aunque procedimentalmente sea intachable y perfecto.

con el empleo de una metodología propia específicamente jurídica que trata de ofrecer una explicación del Derecho a través de las normas jurídicas. Este monismo metodológico trata de separar la ciencia jurídica del resto de las ciencias políticas y morales¹³. Respecto a la primera característica de neutralidad de las ciencias jurídicas, KELSEN paga un elevado precio pues el fenómeno del Derecho no es independiente de las consideraciones morales, políticas y sociales. Respecto a la autonomía de las ciencias jurídicas. Respecto a la neutralidad los juristas no pueden limitarse a describir proposiciones a través de las normas jurídicas puesto que el Derecho tiene implicaciones sociales y políticas.

III. La propuesta metodológica y epistemológica del neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo ha introducido un creciente y renovado interés por los estudios sobre hermenéutica, interpretación jurídica y constitucional, derechos fundamentales, una apertura que ha revitalizado los estudios de filosofía jurídica y política¹⁴; no obstante, matizando esta posición, tenemos que reconocer que en un gran sector de juristas existe todavía una desconfianza abierta y declarada hacia las especulaciones filosófico-jurídicas por considerarlas irrelevantes para la práctica jurídica. Sin duda, esta actitud responde a viejos paradigmas del pensamiento jurídico todavía vigentes, pero que comienzan a cambiar lentamente. Todavía existe una tendencia a dejar de lado los estudios de Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Metodología jurídica, Sociología jurídica, bajo la fuerte herencia e influencia del neopositivismo jurídico, los problemas relativos a derechos fundamentales, su argumentación e interpretación por considerarlos problemas insustanciales e intrascendentes para la aplicación e interpretación del Derecho.

Estas otras disciplinas son auténticas ciencias o saberes que enriquecen y amplían nuestro trabajo de investigación jurídica, pues contribuyen a una *comprensión integral*¹⁵ del Derecho. De aquí la

¹³ *Vid.* KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, original alemán 1932, (trad. Roberto J. Vernengo), Porrúa-UNAM, 2ª ed., México, 1991.

¹⁴ La Teoría Política y Jurídica ha tratado de profundizar en la búsqueda de un modelo de Estado Constitucional de Derecho que representa la forma más justa, equitativa y plural organización política. En primera instancia, la filosofía política aspira y pretende ofrecer una hegemonía de valores, normas y principios, proporcionar un ideal orientativo determinado de ciudadanía dentro de una concepción pluralista e igualitaria de Estado democrático y social de Derecho. VALENCIA, Ángel, "Andrew Dobson y la teoría política verde" en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique y ESCÁMEZ NAVAS, Sebastián (ed.), *Pensamiento Político Contemporáneo: una panorámica*, México, Editorial Porrúa, 2008.

¹⁵ Dentro del enorme espectro actual de las teorías jurídicas existe la tendencia de abandonar progresivamente el monismo metodológico. Los problemas prácticos han reclamado una enorme atención actualmente; pero debemos precisar que los

importancia de no caer en una clausura o monacato cerrado con un cierto exclusivismo formalista y tecnicista que empobrece innecesariamente lo que sobre el Derecho, en su sentido más pleno, debe y puede hoy decirse desde un holismo amplio, comprensivo y diferenciador que atiende a una interpretación flexible y totalizadora del mundo jurídico. Esta actitud metodológica¹⁶ multidisciplinar y holista radica en una concepción abierta y flexible que parte de la enorme pluralidad de las ciencias jurídicas. De aquí que sea importante exigir que dichas ciencias se encajen pedagógica y académicamente en los actuales estudios del Derecho.

En toda sociedad existe un derecho que es vivido por la mayoría de ciudadanos y poderes, podemos decir que se trata de un derecho histórico. El derecho vigente o positivo es un conjunto de normas de conducta, cuyas normas son competencia regularmente cumplidas y experimentadas como vinculantes que tienen por objeto regular el una determinada organización en la vida social¹⁷. El Derecho configura una realidad compleja, polivalente y amplia, que no se puede identificar exclusivamente con normas jurídicas, sino que también la integran costumbres con pretensión de obligatoriedad, principios generales del ordenamiento jurídico, valores morales, como otras fuentes del Derecho. El Derecho es una regulación altamente sofisticada, estructurada y especializada de la vida social conforme a

métodos no son recetarios, sino construcciones-herramientas intelectuales que justifican un mayor aumento del conocimiento. La ciencia del Derecho pretende aumentar nuestro conocimiento, sin duda, y este conocimiento pretende resolver problemas prácticos; pero con cautela porque las urgencias prácticas no son buenas consejeras para el desarrollo científico. Considero que debemos tender a una compaginación o vinculaciones de los aspectos metodológicos (teóricos) con la capacidad de resolución de problemas prácticos. La praxis por la praxis, desde una visión pragmática o tecnicista nos hace perder una comprensión más amplia e integral del mundo, y todos sabemos, que el fenómeno socio-jurídico es una realidad muy compleja y controvertida. *Vid.* DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid; LAPORTA, Francisco, *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México, 2000; VALENCIA, Ángel, "Nuevos retos de la Política: Los movimientos sociales y el ecologismo en DE ÁGUILA, Rafael, *Ciencia política*, Trotta, 2003, pp. 451-475.

¹⁶ Este pluralismo metodológico es vital si queremos cambiar el actual panorama de nuestras Facultades de ciencias jurídicas, de este modo, comienza a darse una tendencia actual de carácter interfacultativo o interdepartamental hacia la multidisciplinariedad hacia la cual se dirige la Universidad a inicios del siglo XXI. Sólo así, podremos evitar el empobrecimiento intelectual de los estudios jurídicos que ha provocado la clausura formalista y positivista poco dispuesta hacia otros saberes jurídicos como son la Historia del Derecho, Sociología del Derecho, la Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Teoría del Estado, Ética jurídica, Teoría de los Derechos humanos, Hermenéutica jurídica. *Vid.* DIAZ, Elías, *Filosofía del Derecho: legalidad y legitimidad*. Madrid, Fundación Juan March, 1999.

¹⁷ *Vid.* PEREZ LUÑO, A. E.: *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 1997; CALVO GARCÍA, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, 1994.

ciertos principios de Justicia, a la vez, que una forma de control social de toda sociedad desarrollada.

En este aspecto, existe una triple realidad o dimensionalidad del derecho¹⁸, es decir, podemos contemplar el fenómeno del Derecho desde una triple visión, como **hecho social**, como **valor** y como **norma**. Hecho social, valor y norma son tres perspectivas entrecruzadas desde la que la filosofía del derecho deberá enfocar la realidad jurídica. De esta forma, hablamos del Derecho como hecho social, pero agregándole la dimensión normativo, pues existen hechos sociales que no son normativos, y además, valioso, con lo que se puede afirmar que el derecho es portador de unos valores, como los de justicia, igualdad, libertad (carácter axiológico del Derecho).

Así pues, podemos distinguir varias corrientes metodológicas dentro del Derecho: normativismo, sociologismo e iusnaturalismo. Estos tres niveles jurídicos no se dan incomunicados y no constituyen géneros de discurso inconmensurables. Como dice el profesor Elías DÍAZ: **"No habría así ruptura ni escisión total entre, por un lado, los elementos metajurídicos (elementos sociológicos y ético-filosóficos) y, por otro, los elementos propiamente jurídico-normativos"**¹⁹.

Esto significa que el jurista, en el cumplimiento de su propia función científico-jurídica, no debe desconocer y hacer caso omiso de la normatividad que sirve de substrato y de límite a su trabajo, la normatividad jurídico-positiva, como material básico, pero contrastada, cotejada, revisada, ampliada por las enriquecedoras aportaciones en el campo sociológico-jurídico o filosófico-valorativo. **Como dice el profesor Elías Díaz: "La Filosofía jurídica, perfectamente compatible con la sociología del Derecho que en buena medida sirve a aquella de base, adquiere también en esta concepción su pleno significado, no sólo lógico-metodológico sino también crítico-**

¹⁸ *Vid.* REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1997, *vid.* también Reale, Miguel (1976) *Fundamentos del Derecho*, Palma, Buenos Aires, REALE, Miguel. *Filosofía Do Dereito*. Edit. Saravia Sao Pablo, Brasil, 1972; DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1999, p.62. El gran jurista y filósofo español LEGAZ Y LACAMBRA defiende una realidad jurídica con una estructura más amplia que la contemplada ciencia jurídica moderna positivista, formalista y normativista. Para el filósofo del derecho los elementos fundamentales que integran la estructura del Derecho no son solo las normas sino también son las **realidades sociales y las valoraciones axiológicas**. LEGAZ Y LACAMBRA, "La triple misión de la filosofía del Derecho", en *Revista da Faculta de Directo*, Lisboa, 1949. LEGAZ y LACAMBRA, Luís. *Filosofía del Derecho*. Edit. Bosch. Barcelona, 1972; *Vid.* también GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio: "Derecho, vida y derecho vivo en el pensamiento iusfilosófico de Eugen Ehrlich", en EHRlich, Eugen: *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*. Edición crítica y traducción del alemán de Juan Antonio Gómez García, Gregorio Robles Morchón y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 11-25.

¹⁹ Cfr. DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1999, p. 62.

valorativo (y desde ahí, incluso ontológico)”²⁰. El neconstitucionalismo rechaza la tesis positivista de separación entre Derecho y Moral y defiende la conexión y vinculación de estas dos esferas en nuestros documentos constitucionales. La incorporación de los valores, bajo la forma de derechos fundamentales determina la inseparabilidad entre valor ético respecto del contenido meramente jurídico de la Constitución.

Jürgen HABERMAS sugiere que la moral no se encuentra encima del derecho, sino que emigra al interior mismo del derecho positivo, pero sin agotarse explícitamente en derecho positivo. El constitucionalismo actual de los derechos fundamentales ha eliminado en gran parte la discusión tradicional entre iusnaturalismo y iuspositivismo trasladando dicha discusión al interior mismo del ordenamiento jurídico. En este sentido, se admite la presencia de contenidos morales dentro del Derecho. En oposición al discurso positivista de la neutralidad y la función descriptiva se opone el modelo de ciencia jurídica que adopta un compromiso ineludible hacia juicios de valor en el análisis jurídico.

HABERMAS nos plantea un paradigma discursivo-procedimental de Derecho, así como un modelo normativo de democracia radical. Todo procedimiento legítimo de producción jurídica (legalidad) es válido (legitimidad) cuando convoca el acuerdo de los ciudadanos (legitimación) a través de procesos participativos legalmente establecidos. La teoría de la ciudadanía en Habermas, por tanto, está ligada a la conquista y ejercicio de los derechos fundamentales discursivamente legitimados por la ciudadanía.

En primer lugar, las decisiones políticas y jurídicas tienen validez en la medida en que surgen del acuerdo consensuado (*consenso intersubjetivo*) de aquellos que participan en la deliberación desde una situación de igualdad de derecho, es decir, aquello que recoge el asentimiento de todos bajo condiciones de igualdad de discurso racional:

“El carácter discursivo del proceso de *deliberación* lo que hace es sentar las bases de la expectativa de que el proceso pueda siempre corregirse a sí mismo, a su vez, sustenta la presunción de que se llegará a resultados racionalmente aceptables”²¹.

²⁰ *Ibid.*, p. 251.

²¹ *Cfr.* HABERMAS, J., “El Estado de derecho democrático: ¿una unión paradójica de principios contradictorios?” en *Tiempo de transiciones*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 141-165, p. 150. *Vid.* también su obra fundamental J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, (trad., sobre la cuarta edición revisada, de M. Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 1998. *Vid.*, GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio: “La estructura filosófica

En segundo lugar, la legitimación de las decisiones y acuerdos alcanzados bajo condiciones de discurso racional han de ser plasmadas en el derecho moderno, es decir, en leyes que obligan a todos y que garantizan las mismas libertades subjetivas siguiendo el planteamiento de autonomía política kantiana.

Las normas jurídicas poseen una dimensión fáctica, que tiene que ver con el cumplimiento y observancia actual y la coacción que la respalda; pero sobre todo con una dimensión axiológica de legitimidad. Las sociedades complejas actuales deben observar el Derecho como un factor de integración socio-cultural, no como un factor impositivo, coactivo y heterónomo. Por eso, para la hermenéutica de Habermas el procedimiento de creación de normas reproduce el proceso argumentativo y consensual de la razón comunicativa o, dicho de otro modo, un procedimiento democrático sin distorsiones. No se trata de una teoría de la validez jurídica sino una teoría de la justicia. El Derecho es facticidad fruto de la voluntad consensual de sus afectados en la se fundamenta su legitimidad. Un derecho injusto no puede ser eficaz, porque no es integrador. Habermas nos habla de facticidad o eficacia, validez o positividad para recalcar el momento ulterior de legitimidad que completa la síntesis.

4. IVas transformaciones del Estado contemporáneo: del Estado legislativo al Estado constitucional

Luigi FERRAJOLI distingue dos modelos normativos de Estado²²: el modelo paleo-iuspositivista del *Estado legislativo de derecho (o Estado legal)*, que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del *Estado Constitucional de Derecho* (o Estado Constitucional), producto de la Segunda Guerra Mundial, de las Constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. Estos distintos modelos de Estado reflejan dos experiencias históricas diferentes. El

de los modelos procedimentalistas de justicia: los modelos de 'ética discursiva' de Jürgen Habermas y de Karl-Otto Apel", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, núm. 40, 2006, pp. 171-182; DEL REAL ALCALÁ, Alberto, "Estado cosmopolita y Estado nacional. Kant vs. Meinecke", en CASTRO Alfonso; CONTRERAS, F.J., LLANO, Fernando; PANEÁ, José M. (eds): *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, 2ª edición revisada y ampliada, prólogo de Antonio Enrique Pérez Luño, epílogo de Pablo Badillo O'Farrell, Editorial Grupo Nacional de Editores, Sevilla, 2004, pp. 307-340.

²² Cfr. FERRAJOLI, Luigi, "La formación de una esfera pública europea", en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Ed.) *La Constitucionalización de Europa*, UNAM, México, 2004, pp. 75-91. Vid. también DEL REAL ALCALÁ, Alberto, "Del Estado-nación de Derecho al Estado de Derecho postnacional. Análisis de la tesis de L. Ferrajoli sobre la desnacionalización de la teoría de los derechos", en *Derechos y Libertades*, n° 13, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Boletín Oficial del Estado, Madrid, Enero-Diciembre 2004, pp. 361-381.

Estado liberal de derecho era un Estado legislativo que expresaba la afirmación suprema del principio de legalidad. La primacía de la ley expresaba la derrota de los regímenes absolutistas y totalitarios. El principio de legalidad posicionaba a la ley como acto normativo supremo en oposición a otra fuente de Derecho.

En principio, el Estado moderno nace como forma de Estado legislativo de Derecho, afirmando el principio de legalidad como criterio máximo y exclusivo del Derecho válido y con independencia de valoraciones de justicia sustancial. Ferrajoli establece un paralelismo entre transformaciones institucionales y transformaciones culturales, es decir, cómo las filosofías políticas y jurídicas son un reflejo y un factor constitutivo de las transformaciones o metamorfosis importantes que se han producido en el Estado. El iusnaturalismo como filosofía jurídica predominante en la época premoderna, mientras al Estado le faltó el monopolio de la producción jurídica; el iuspositivismo ha sido el factor de nacimiento del Estado moderno a partir de las codificaciones con el control de producción jurídica, y el neoconstitucionalismo actual está marcando el modelo actual de Estado Constitucional fundado en el desarrollo de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. En este sentido, nos encontraríamos ante un tercer modelo de Estado ampliado de Estado de derecho que podríamos denominar Estado constitucional.

El siglo XIX constituye el siglo del Estado de derecho (*Rechtsstaat*), este modelo de Estado se distinguía así del anterior modelo de Estado de fuerza (*Machtstaat*) o Estado absoluto característico del siglo XVII y, posteriormente, el Estado bajo el régimen de policía (*Polizeistaat*) propio del Despotismo ilustrado del siglo XVIII, que se orientaba fundamentalmente a conseguir la felicidad de sus súbditos bajo el lema: **"todo para el pueblo, pero sin el pueblo"**.

"No todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto es cierto que todo Estado crea y utiliza un derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Difícilmente cabría pensar hoy en un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y, sin embargo, decimos, no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho. Designar como tal a todo Estado por el hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico constituye una imprecisión conceptual y real que solo lleva –a veces intencionalmente– al confusionismo"²³.

Los elementos del Estado de derecho según el profesor Elías DÍAZ serían los mismos a lo largo de los diversos modelos por los

²³ Cfr. DÍAZ, *Estado de Derecho y Sociedad democrática, cit., p. 13.*

cuales evoluciona; pero lo interesante es que la existencia de una normatividad jurídica o sistema de legalidad no autoriza a calificar de Estado de derecho a cualquier Estado, salvo que reúna los siguientes requisitos:

- a) Imperio de la ley, que impera sobre gobernantes y ciudadanos, pero entendida como expresión de la voluntad general, es decir creada como libre participación y representación de los integrantes del grupo social.
- b) División de poderes, legislativa, ejecutiva y judicial, con predominio en la última y más radical instancia del poder legislativo, primero constitucional y luego parlamentario. Donde la institución que representa la soberanía popular quien suministra legalidad y legitimidad a aquella que ejerce la acción gubernamental.
- c) Fiscalización de la Administración Pública: actuación según la ley en todos los órdenes y niveles de ella (poder ejecutivo), así como control por los correspondientes órganos constitucionales y jurisdiccionales.
- d) Derechos y libertades fundamentales, garantías jurídica (penales, procesales y de todo tipo) así como la realización efectiva de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, que especificadas en el tiempo como derechos económicos, sociales, culturales y de otra especie, constituyen la base para una verdadera dignidad y progresiva igualdad entre todos.²⁴

La diferencia entre Estado Liberal de Derecho y Estado Constitucional consiste en que el primero nace con las Revoluciones liberales, y representa un estadio decisivo de desarrollo estatal dentro de la Teoría jurídica y política; mientras que el Estado Constitucional simboliza el actual paradigma de las democracias contemporáneas, cuyas características abordaremos en el presente estudio. También es preciso señalar, que la fórmula Estado Social y Democrático de Derecho es el modelo que subsume las dos anteriores concepciones de Estado y tiene tres dimensiones fundamentales: Estado de Derecho, Estado Democrático y Estado Social²⁵.

La idea básica de MONTESQUIEU fue que: **"el poder frena el poder"**, es decir, que para evitar el abuso del poder por parte de algún órgano es necesario, en primer lugar, que los poderes estén perfectamente separados y, en segundo lugar, que a todo poder se

²⁴ Cfr. DÍAZ, E., *Derechos Humanos y Estado de Derecho*, en LOPEZ GARCÍA, J.A. y Del Real, J. A. (coord.), *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid. 2000, pp. 128-129.

²⁵ Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995 (hay ediciones posteriores); HABERMAS, Jürgen, "Derecho natural y revolución", incluido en su *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid, Tecnos, 1997.

contraponga otro capaz de equilibrarlo y contrapesarlo. El artificio de separación de poderes resulta de la combinación de dos principios:

- 1) Principio de especialización funcional estatal
- 2) Principio de recíproca independencia de los órganos

Por ejemplo, decimos que el Parlamento ejerce la función legislativa en el sentido en que (a) los jueces y el Ejecutivo no tienen el poder de predecir normas; (b) los jueces no tengan el poder de anular o negar la aplicación de actos legislativos; y (c) el Ejecutivo no tenga el poder de oponer veto a los actos legislativos.

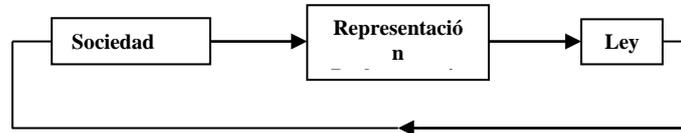
En este sentido, podemos resaltar la diferencia que realiza el neoconstitucionalismo entre *Estado de Derecho* y *Estado Constitucional*²⁶; un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. Esta delimitación conceptual puede sernos útil para expresar la legitimidad constitucional y democrática de un nuevo modelo de Estado de derecho que garantice y defienda de forma plena y acabada los derechos fundamentales. El Estado de Derecho²⁷ quiere expresar el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, sin embargo, el Estado Constitucional especifica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado. Por tanto, el Estado constitucional especifica una versión peculiar del Estado de derecho y conforma el modelo actual de Estado que adoptan nuestras democracias constitucionales actuales.

El concepto de ley posee un significado especial para la conformación y concreción del Estado de derecho. La ley es una norma general que surge como expresión de la representación política del pueblo en un procedimiento democrático caracterizado por la discusión y publicidad. La ley creada de este modo obliga a todos

²⁶ Es oportuno precisar que "Estado constitucional de Derecho" y "Estado de Derecho" en sentido fuerte no son términos sinónimos, sino, como ha señalado el profesor Luigi Ferrajoli, dos modelos normativos diferentes. Véase FERRAJOLI, Luigi: "Pasado y futuro del Estado de Derecho" en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003.

²⁷ La fórmula *Auctoritas, non veritas facit legem* aparece en la obra *Leviatán* de Thomas Hobbes, en ella se expresa la afirmación del monopolio estatal de producción jurídica y por tanto del principio de legalidad como principio fundamental de un Estado que responde a la visión ideológica del positivismo jurídico actual. Podemos apreciar el origen y configuración del Estado legislativo de Derecho moderno, pero no el origen del Estado constitucional de Derecho. Vid. HOBBS, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, (trad. Manuel Sánchez Sarto), F. C. E., México, 1940, (original en inglés 1651); MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Barcelona, Fontanella, 1970. Vid. también VALENCIA SÁIZ, Ángel "Democracy in a Risk Society? Notes on Risk and Deliberation", en *In-Spire Journal of Law, Politics and Society*, vol. 4, nº 2, diciembre 2009, pgs. 13-25.

los actores políticos que conforman la sociedad, la Administración y el Estado. El Estado y la sociedad constituyen un sistema regulado por la ley. La sociedad a través del sufragio asciende al poder del Estado, produciéndose un circuito perfecto.



En este sentido, el imperio de la ley constituye una expresión de la voluntad general y la autodeterminación política de los ciudadanos. La generalidad de la ley constituía la esencia fundamental del Estado de derecho. La norma legislativa operaba en igualdad frente a todos los sujetos de derecho sin distinción alguna. En este sentido, podemos afirmar que el Estado de derecho es un enemigo de todo tipo de excesos, abusos y extralimitaciones, es decir, de un uso no regulado del poder. La generalidad de la ley constituye una garantía fundamental de imparcialidad y objetividad del Estado frente a sus actores sociales bajo el principio de igualdad jurídica. La primacía de la ley con toda su fuerza y superioridad se vinculaba así al poder legislativo cuya decisión soberana realizaba una función ordenadora general de la sociedad y el Estado.

“La concepción del derecho propia del Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley era el positivismo jurídico como ciencia de la legislación positiva. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórica-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho – esto es, los derechos y justicia – a lo dispuesto por la ley”²⁸.

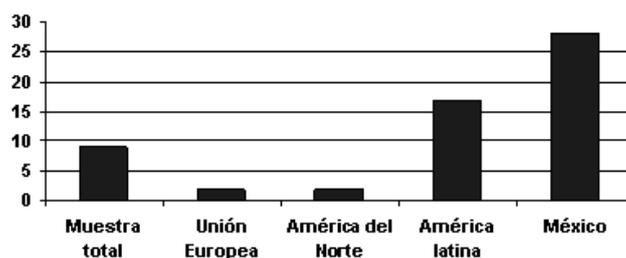
El principio de legalidad es aquel principio del Estado de derecho por el cual todo acto jurisdiccional o administrativo está supeditado a la ley. El gobierno de la ley constituye un principio fundamental del Estado de derecho que consiste en que cualquier acto del Estado debe estar sujeto a la ley, en el sentido genérico de Derecho objetivo, es decir, como el conjunto de normas jurídicas que lo gobiernan. El principio de supremacía de la ley constituye una fuente de derecho en oposición al *case law* de los países

²⁸ Cfr. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, p. 33. Véase también DEL REAL ALCALÁ, Alberto, “Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley constitucional. El caso del término ‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado”, en *Derechos y Libertades*, nº 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Boletín Oficial del Estado, Madrid, Enero-Diciembre 2002, pp. 223-250.

anglosajones, donde la principal fuente de derecho es la jurisprudencia.

El principio de legalidad posee diversas manifestaciones en el conjunto del Estado, en primer lugar, como principio de legalidad penal, defendido por el filósofo y jurista Beccaria (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenale*), igualmente, como principio de legalidad administrativa, a través del cual toda la actividad de la Administración Pública está sometida y regulada por la ley.

PORCENTAJE DE ENTREVISTADOS QUE PAGÓ SOBORNOS EN LOS ÚLTIMOS DOCE MESES



Fuente: Elaborado con datos de Transparencia Internacional en *Estado de Derecho y Seguridad Diagnóstico Ejecutivo*, Diagnósticos Ejecutivos elaborados por Konrad Adenauer Stiftung, México a Debate, Agosto de 2009.

En sentido filosófico, el Estado de derecho es un Estado en el cual no dominan los hombres, sino las leyes, entendiendo estas como productos de una razón pública y deliberativa. *Rule of law and not of men* evoca el gobierno de las leyes de Platón y Aristóteles en lugar del gobierno de los hombres. Esta primera aproximación la encontramos en la obra sobre las leyes de PLATÓN. Igualmente, Immanuel KANT siglos más tarde también insistió en la necesidad del gobierno nomocrático. *"El Estado es producto de la unión de los hombres bajo determinadas leyes"*²⁹. El Estado de derecho se ha entendido como *"el gobierno de las leyes"*, donde las leyes

²⁹ KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, (trad. al castellano), Kant, I., *Metafísica de las costumbres*, trads. A. Cortina y J. Conill, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1994, p. 142; Para ampliar puede consultarse los trabajos de LLANO ALONSO, Fernando H., *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Madrid, Instituto de Derecho Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, 2002; RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2000. TRUYOL y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado* (del Renacimiento a Kant), Vol. II, Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1975. Vid. también DEL REAL ALCALÁ, Alberto, "Estado cosmopolita y Estado nacional. Kant vs. Meinecke", en CASTRO Alfonso; CONTRERAS, F.J., LLANO, Fernando; PANEA, José M. (eds): *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, 2ª edición revisada y ampliada, prólogo de Antonio Enrique Pérez Luño, epílogo de Pablo Badillo O'Farell, Editorial Grupo Nacional de Editores, Sevilla, 2004, pp. 307-340.

constituyen el marco y límites de actuación del poder ejecutivo. Actualmente el concepto de Estado de derecho está madurando hacia una concepción amplia constitucional que da preferencia hacia una posición subordinada del papel del Parlamento. El imperio de la ley como garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas tiene que pervivir en el nuevo concepto de Estado de derecho como Estado constitucional. La ley garantiza en primera instancia una justicia formal en el sentido de aplicación de una medida igual o justicia igualitaria. En la tradición político-jurídica continental europea la impugnación al absolutismo significó la pretensión de sustituir el rey por otro poder absoluto, el Parlamento.

La reducción positivista del Estado de derecho empobrece notablemente una concepción de Estado que nos permita garantizar los Derechos y Libertades ciudadanas. Esta concepción de Estado de derecho está siendo ampliada hacia un modelo de Estado constitucional centrado en políticas de implementación de mayores garantías constitucionales de los Derechos y Libertades Fundamentales. El desarrollo y evolución histórica del Estado de derecho al Estado Constitucional, como expresa el profesor Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, se produce una triple desplazamiento del sistema del ordenamiento jurídico³⁰: 1) el desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución, 2) el desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de la Constitución 3) El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad.

ESTUDIO COMPARADO DEL IMPERIO DE LA LEY EN AMÉRICA LATINA

País	Imperio de la Ley				Posición 2002
	1996	1998	2000	2002	
Canadá	1.77	1.98	2.01	1.79	1
EE.UU.	1.70	1.77	1.92	1.70	2
Chile	1.19	1.26	1.33	1.30	3
Costa Rica	0.61	0.88	0.79	0.67	4
Uruguay	0.49	0.49	0.66	0.56	5
Panamá	0.25	-0.03	-0.02	0.00	7
México	-0.11	-0.37	-0.37	-0.22	8
Brasil	-0.24	-0.09	-0.15	-0.30	9
Jamaica	-0.20	-0.24	-0.14	-0.38	10
Perú	-0.33	-0.44	-0.52	-0.44	13
El Salvador	-45.00	-0.20	-0.44	-0.46	14
Bolivia	-0.62	-0.33	-0.51	-0.60	15
Ecuador	-0.38	-0.65	-0.66	-0.60	16
Argentina	0.27	0.24	0.18	-0.73	17
Colombia	-0.44	-0.67	-0.64	-0.75	18
Honduras	-0.81	-0.62	-0.88	-0.79	19
Guatemala	-0.61	-0.71	-0.76	-0.84	20
Venezuela	-0.62	-0.62	-0.81	-1.04	21
Paraguay	-0.48	-0.78	-0.82	-1.12	22

³⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 41. NÚÑEZ TORRES, Michael, "Nuevas tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado" en TORRES ESTRADA, Pedro (comp.) *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, México, Limusa, 2006, pp. 135-169.

Fuente: Banco Mundial, *Governance Indicators: 1996-2002-Global comparative charts*.

Una de las características básicas y fundamentales del Estado liberal de derecho consistía en la supremacía legal donde la ley aparecía como fuente jurídica suprema en oposición a las demás fuentes normativas que eran subsidiarias o subalternas. En oposición a esta idea de jerarquía funcional del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, hoy en día, se opone la idea de pluralismo jurídico y metodológico. Las categorías jurídicas de supralegalidad e infralegalidad normativa que reflejaba la concepción neopositivista se está desplazando por una progresiva descodificación del Derecho. Por tanto, se abandona el principio de jerarquía normativa en función de un **"sistema de interlegalidad" o intersección de niveles jurídicos** sobrepuestos e interrelacionados de forma asimétrica a partir de las redes de juridicidad.

"Conviene advertir que en el Estado Constitucional, que el Estado de las actuales sociedades pluralistas, complejas y pluricéntricas, la unidad, coherencia y jerarquía del ordenamiento jurídico no pueden concebirse como un presupuesto de partida sino como una meta"³¹.

El Estado democrático de derecho constituye un proceso de conquista histórica de los derechos fundamentales expresado a través de reivindicaciones, luchas políticas, disidencias colectivas o de formas de resistencia al poder establecido. La historia europea de los derechos fundamentales puede entenderse completamente como un proceso de aprendizaje colectivo de este tipo interrumpido por derrotas y conquistas. Desde esta perspectiva, afirma HABERMAS:

"El Estado democrático de derecho aparece en su conjunto no como una construcción acabada, sino como una empresa accidentada, irritante, encaminada a establecer o conservar, renovar o ampliar un ordenamiento jurídico legítimo en circunstancias cambiantes"³².

³¹ *Ibid.*, p. 66; Vid. HABERMAS, J., *La constelación postnacional*, (trad. Cast. Peré Fabra Abat, prólogo Victoria Camps), Paidós, Barcelona, 2000; BOVERO, Michelangelo, "Democracia y derechos fundamentales", *Isonomía (Revista de Teoría y Filosofía del Derecho)* n.º 16, Abril 2002, México; ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994; ARIAS MALDONADO, Manuel, "Democracia y sociedad del riesgo. Deliberación, complejidad, incertidumbre", en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 122, octubre-diciembre 2003, pp. 233-268; Véase también SANZ BURGOS, Raúl, "¿Ofrecen las transformaciones globales oportunidades a la democratización?" en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (coord.), *La democracia en el Estado Constitucional*, México, Porrúa, 2009.

³² Cfr. HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 203; OLIVAS, ENRIQUE, *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991; ARIAS MALDONADO, Manuel, "Democracia verde versus democracia liberal: ¿hacia

Por consiguiente, podemos establecer una clara correspondencia o paralelismo entre el desarrollo histórico y las distintas transformaciones que el Estado ha experimentado en los últimos siglos con la aparición progresiva de las distintas generaciones de derechos fundamentales. Al Estado liberal de derecho le corresponde la primera generación de derechos fundamentales que son los derechos civiles y políticos, denominados derechos individuales conquistados en las distintas Revoluciones liberales. El Estado social³³ de derecho expresa y encarna la conquista histórica de los derechos de segunda generación, fundamentalmente los derechos económicos, sociales y culturales acaecidos durante la Revolución industrial. El Estado Constitucional, en cuanto Estado de derecho de la tercera generación³⁴, expresa la última fase de derechos mucho más novedosos, recientes y plurales de nuestra sociedad contemporánea como son el derecho a la paz, el derecho medioambiental, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida o la libertad informática acaecidos durante la última revolución tecnológica o digital. Nos encontramos, por tanto, ante una nueva etapa evolutiva de desarrollo de los derechos humanos, de tercera generación que complementa las dos etapas anteriores de los derechos liberales individuales y derechos económicos, sociales y culturales.

“Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, performativas y axiológicas”³⁵.

La *Constitución* de un Estado democrático, para Peter Häberle, constituye una **“obra abierta”** con un carácter necesariamente falible y, por tanto, revisable³⁶. No es un documento histórico muerto, sino

un nuevo modelo democrático?”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 105, 1999, pp. 105-139.

³³ Cfr. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique y ESPINO TAPIA, Diana, “Fundamento, naturaleza y garantías de los derechos sociales ante la crisis del Estado social” en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, nº 10, año 2006, pp.1-29.

³⁴ Vid., PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995 (hay ediciones posteriores).

³⁵ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 66.

³⁶ Vid., HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001; también puede consultarse la obra del profesor ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994. ZAGREBELSKY acepta expresamente la concepción de HÄBERLE del Estado Constitucional como Estado de la sociedad abierta y pluralista, pero ponen mayor énfasis en la crítica de los presupuestos ideológicos del Estado de derecho, o sea, del positivismo jurídico decimonónico. Véase ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995.

un proyecto de sociedad justa que señala el horizonte de expectativas de una comunidad política y que sus miembros mediante sus diferentes lecturas deben ir adaptando a los cambios sociales más allá del papel de meros destinatarios de las normas, los ciudadanos conforman **"la sociedad abierta de intérpretes constitucionales"**. Sin duda, esta interpretación constitucional en sentido amplio facilita una mayor participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, una cultura jurídica y política madura de la sociedad y una corresponsabilidad e identificación democrática de los ciudadanos con sus instituciones políticas y jurídicas. El Estado constitucional configura el marco institucional competente capaz de proteger de forma efectiva y segura los derechos y libertades públicas.