

Crisis del estado y estado constitucional*

Alfonso de Julios-Campuzano**

Sumario: 1. De la primacía de la ley a la primacía de la constitución; 2. La constitución y la crisis del estado; 3. La ciencia del derecho ante un nuevo paradigma.

Resumen: el Estado Constitucional comporta la aparición de un nuevo paradigma de Estado de Derecho que alcanza de lleno a los modelos teóricos de la Ciencia del Derecho y a las categorías epistémicas sobre las que ésta se había construido. De otra parte, la globalización implica también una mutación profunda del paradigma jurídico dominante que provoca una crisis del modelo jurídico estatalista. En este contexto teórico y práctico emerge la pregunta sobre el futuro del Estado Constitucional y de sus contenidos emancipadores en una época de crisis del Estado y de la Ciencia jurídica que le había dado soporte, de creciente interdependencia y de disolución de las fronteras estatales. ¿En qué condiciones puede el constitucionalismo sobrevivir a estas transformaciones?

Palabras-clave: Estado Constitucional; Crisis del Estado; Ciencia Jurídica; Nuevos Paradigmas; Globalización.

Abstract: Constitutional State entails the appearance of a new paradigm of State that reaches squarely the theoretical models of Legal Science and epistemic categories on that this one had been constructed. On the other hand, globalization implies also a deep mutation of the juridical dominant paradigm that provokes a crisis of the juridical model of statalism. In this theoretical and practical context, emerges the question on the future of the Constitutional State and of its emancipating contents in an era of crisis of the State and the Legal Science model that had given it support, of increasing interdependence and of dissolution of the state borders. In what conditions can constitutionalism survive to these transformations?

Keywords: Constitutional State; State Crisis; Legal Science; New Paradigms; Globalization.

1 De la primacía de la ley a la primacía de la constitución

Las mutaciones que el orden jurídico está experimentando en nuestros días alcanzan de lleno a diversos niveles de regulación y parecen comprometer la unidad interna del propio ordenamiento y el cometido de la norma suprema como cúspide de un

* Trabajo publicado en AA.VV., **Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba**, volumen II: "Teoría y metodología del derecho", Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas- Dykinson, 2008, pp. 355-377.

** Alfonso de Julios-Campuzano es Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla. Ha realizado estancias de investigación en la Universidad de Ferrara (Italia), en la Universidad de Oxford y en la London School of economics and Political Science (Reino Unido) y en diversas universidades brasileñas, como la Federal de Paraná y la Federal de Santa Catarina, entre otras. Es autor de cinco libros, editor de tres y ha publicado más de cuarenta artículos en revistas científicas de su especialidad.

sistema normativo pleno y autosuficiente. A estas alturas resulta atrevido perseverar en la defensa de aquella concepción tradicional del ordenamiento jurídico que dio a luz el positivismo decimonónico¹ y que se consagraba en unos cuantos principios fundamentales: a) la primacía de la Constitución como marco regulatorio en el que se establecían las condiciones del gobierno legítimo, al tiempo que se asignaban facultades y se distribuían competencias en lo relativo al ejercicio del poder; b) la consagración del imperio de la ley como fuente primaria de producción jurídica y garantía de imparcialidad y generalidad frente al eventual abuso del poder por parte de quien lo detentara, de modo que todos sin exclusión quedaban sometidos a la voluntad racional que representaba la ley como expresión de la voluntad popular; c) la consiguiente concepción monista de la producción jurídica, de suerte que el ámbito de la juridicidad quedaba circunscrito exclusivamente a la producción jurídica estatal que se presuponía racional y, por ello mismo, legítima; d) la limitación estricta de la función judicial a una labor meramente secundaria que convertía al juez, según una célebre cita de Montesquieu, en “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”, de modo que la interpretación quedaba radicalmente constreñida por el imperativo de aplicar la norma jurídica de manera lógico-deductiva. Esta concepción de la actividad judicial cercenaba la interpretación judicial de las normas al convertir al juez en un autómatas cuya discrecionalidad quedaba aprisionada por la búsqueda infatigable de una suerte de entidad metafísica representada por la *mens legis*; e) finalmente, de una concepción del Derecho de esta naturaleza, sólo podía desprenderse una concepción “aislacionista” de la Ciencia jurídica, en la medida en que la obsesión compulsiva por una pretendida a la vez que inalcanzable pureza metódica llevó a los científicos del Derecho a convertir al Derecho en una “realidad física” no susceptible de ser valorada por quienes la estudiaban.

Sin embargo, la evolución del Estado de Derecho ha provocado profundas alteraciones, forzadas, principalmente, por la generalización, a partir de la segunda posguerra mundial, del modelo de Estado social de Derecho y la incorporación de nuevos modelos de organización política y de gestión administrativa acordes con las nuevas funciones del Estado². Sin duda, la irrupción de nuevas formas de legalidad imperfecta, a partir de las facultades legislativas de que goza el poder ejecutivo, ha contribuido a mermar la vigencia de aquella vieja y ya clásica concepción de la

¹ Sobre el desarrollo histórico del constitucionalismo y la caracterización de la “Constitución de los modernos”, cfr. FIORAVANTI, M. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001.

² Sobre los modelos de Estado de Derecho y el debate contemporáneo sobre el constitucionalismo resulta de obligada consulta la obra de DE ASÍS, R. **Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho**. Madrid: Dykinson-Universidad de Jaén, 1999.

producción jurídica y de la Ciencia del Derecho³. Al alterar los mecanismos habituales de producción jurídica con una amplia y compleja batería normativa, el Estado social de Derecho ha venido a agudizar la crisis del modelo dogmático tradicional cuya insuficiencia resulta cada vez más notoria a medida que se comprueba que esas nuevas formas de normatividad estatal, con frecuencia provenientes de poderes locales, regionales o autónomos, contribuyen a crear un panorama difuso en el que los principios del ordenamiento jurídico se ponen a prueba de continuo ante la confrontación directa de normatividades difícilmente conciliables. Asistimos a lo que la doctrina ha llamado “inflación o proliferación legislativa”, “desbordamiento de las fuentes del Derecho” o “pulverización del Derecho legislativo”⁴. Situación que, siguiendo a Ferrajoli, ha propiciado el tránsito desde el modelo paleopositivista del Estado legislativo de Derecho al modelo neopositivista del Estado constitucional de Derecho como consecuencia de la propagación de las constituciones rígidas y de la garantía jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes⁵. De este modo, la

³ Sobre la crisis del Estado regulador y del modelo de Constitución dirigente, puede cfr. FARIA, J. E. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo, Malheiros, 2000; LAPORTA, F. J., “Teoría y realidad de la legislación: una introducción general”, en Menéndez Menéndez, A. y Pau Padrón, A. (eds.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, pp. 29-88.

⁴ Para una caracterización general del fenómeno puede consultarse PÉREZ LUÑO, A. E. **El desbordamiento de las fuentes del Derecho**. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993; también, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y PAU PADRÓN, A. (eds.). **La proliferación legislativa**, cit. Concretamente, Francisco Laporta se refiere a la múltiple caracterización de este fenómeno como “*Explosión legislativa, Marea de leyes incontenible, Avalancha de leyes, Inflación legislativa, Orgía legisladora, Desbordamiento de fuentes, Contaminación legislativa, Hipertrofia legislativa, legislador desbocado, cúmulo salvaje de leyes, etc.*” (Laporta, F. J., op. cit., p. 63). Una interesante crítica a la exaltación de la ley en la mentalidad jurídica burguesa, sustentada por la dogmática jurídica decimonónica, es la de GROSSI, P. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid: Trotta, 2003, en la que el autor defiende una mirada crítica hacia el Derecho positivo y la propia Ciencia del Derecho, al tiempo que aboga por la superación de las categorías y conceptos huecos que han hipostasiado el saber jurídico, alejándolo definitivamente de la realidad, de la sociedad en la que está inmerso y de las expectativas de los individuos y grupos sociales. Nuestro autor postula un Derecho que, sin abdicar de su dimensión formal y de su vocación esencialmente ordenadora, consiga compatibilizar las exigencias del *ser* y del *deber ser*, un Derecho inserto en la experiencia histórica, un saber encarnado que sustituya la vieja idea de legalidad en su sentido formal por una legalidad que asuma la dimensión material presente en los actuales textos constitucionales (cfr. pp. 63-64).

⁵ Estos dos modelos se basan, a su vez, en tres paradigmas diferentes referidos: a) a la naturaleza y estructura del Derecho, b) a la naturaleza de la Ciencia jurídica y c) a la naturaleza de la jurisdicción (Cfr. FERRAJOLI, L., “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, M. (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, pp. 13-29. Se detecta en la doctrina jurídica un intenso debate sobre la compatibilidad del neoconstitucionalismo con el positivismo jurídico, en la medida en que la incorporación de un sistema de valores al texto constitucional comporta un restablecimiento del nexo entre moral y Derecho, por lo cual algunos autores entienden que el constitucionalismo contemporáneo supone una asunción de los postulados del iusnaturalismo y que,

pérdida del valor vertebrador de la ley como fuente primaria de producción normativa, su “desreferencialización” como criterio dirimente de la validez formal y material de las diversas “piezas” que integran el ordenamiento jurídico, ha provocado la consagración del valor primordial de la Constitución, cuyo carácter de norma suprema es ahora esgrimido como elemento articulador de la totalidad del ordenamiento jurídico. El Estado constitucional de Derecho abre, así, una nueva etapa en la evolución del propio Estado de Derecho, del modelo de organización jurídica que le es inherente y de las elaboraciones teóricas de la propia Ciencia del Derecho⁶.

Esa es la posición del jurista italiano Gustavo Zagrebelsky quien, con su tesis del Derecho dúctil, abre la puerta a una concepción abierta del texto constitucional, algo en construcción a partir de los propios materiales normativos proporcionados por la norma fundamental. Se trataría, por tanto, no de entender la Constitución como un edificio concreto, como algo acabado y concluso, sino de concebir el Derecho constitucional como un conjunto de materiales de construcción con los cuales la política constitucional realiza diversas combinaciones. De esta suerte, la Constitución asume un papel absolutamente decisivo en las complejas, heterogéneas y plurales sociedades contemporáneas, dado que la diversidad de intereses en conflicto desborda al propio ordenamiento jurídico y, con él, a la ley como principal fuente de producción jurídica en el Estado de Derecho. Su lugar es ocupado ahora por la Constitución, como paradigma de una producción jurídica flexible y plural cuya convergencia sólo puede resultar posible a través de los principios y valores establecidos en la norma fundamental. La Constitución como elemento que posibilita una unidad precaria y

por tanto, existe una aproximación indiscutible (Zagrebelsky, p.e.). Otros autores, entre los que se encuentra Ferrajoli, consideran que esta mutación no se traduce necesariamente en una ruptura entre constitucionalismo y positivismo, aunque, evidentemente, el nuevo paradigma constitucional implica una reformulación del propio positivismo y del modelo de relación de la Ciencia del Derecho con su objeto de conocimiento: la Constitución y el ordenamiento jurídico (Peces-Barba, Ferrajoli). Un interesante estudio sobre este debate es el de SASTRE ARIZA, S. **Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo**. Madrid: McGraw Hill, 1999.

⁶ Para un análisis del constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo y sus diferentes acepciones a nivel teórico, metodológico e ideológico, cfr. COMANDUCCI, P., “Formas de (Neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, M. (ed.), op. cit., pp. 75-98. Sobre las características del Estado constitucional como modelo vertebrador en el que confluyen dos tradiciones constitucionales – la francesa y la americana – y la doble función de la Constitución entendida como norma fundamental de garantía y como norma directiva fundamental, cfr. AVANTI, M. **Los Derechos fundamentales**. Apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 1996. Y para una visión sintética de los más relevantes desarrollos teóricos sobre el Estado constitucional y su relación con el Estado de Derecho, resulta muy ilustrativo el tratamiento que ofrece PÉREZ LUÑO, A. E. **Traectorias contemporáneas de la Filosofía y de la Teoría del Derecho**. Sevilla: Innovación Editorial Lagares, 2003, pp. 89-101. Frente a quienes sostienen la tesis del antagonismo, el profesor de la Universidad de Sevilla preconiza una concepción del Estado constitucional como culminación del Estado de Derecho en el proceso histórico de decantación y despliegue de la racionalidad moderna.

plural, pero imprescindible para salvar al ordenamiento de la vorágine juridificadora en la que parece sumido: el imperio de la ley ya no es garantía de racionalidad y de orden, de unidad y de paz. El trono vacío de este monarca deshauciado sólo puede ser ocupado por la Constitución⁷.

Frente al modelo liberal decimonónico, la Constitución aparece concebida simultáneamente como sistema de garantías y como sistema de valores: ha dejado de ser un manifiesto político para convertirse en una verdadera y precisa norma jurídica. Y esta mutación, que supone la consagración de la Constitución como norma jurídica efectiva dotada de fuerza normativa para modelar el conjunto del ordenamiento, provoca la destrucción del dogma estatalista de la fuerza absoluta de la ley. La supremacía de la Constitución viene a poner en cuarentena la primacía de la ley y la validez de las normas jurídicas queda supeditada ahora a los contenidos sustantivos recogidos en la Constitución y a la interpretación de los principios constitucionales⁸. En consecuencia, al desplazarse el centro de gravedad de la producción normativa desde la ley, como fuente primaria de producción, a la Constitución, como norma articuladora de una multiforme y compleja variedad de normatividades, se produce un cambio sustancial en la configuración del ordenamiento jurídico y en la concepción del Derecho que le acompaña. El fin del primado de la ley no es algo meramente testimonial. Con la caída de este coloso, cae, también, todo un complejo entramado de concepciones y categorías que había crecido a su

⁷ Cfr. ZAGREBELSKY, G. **El Derecho dúctil**. Ley, Derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1995, pp. 13-15. La posición de Zagrebelsky ha sido severamente criticada en cuanto modelo de Estado de Derecho por De Asís, para quien el panorama esbozado por el profesor de Turín pulveriza todos los elementos distintivos propios del Estado de Derecho al colocar los derechos, en cuanto orden normativo plural y abierto, por encima de la propia ley. Al elevar a los derechos a la condición de criterios materiales de justicia que dominan todo el ordenamiento se diluye la claridad y la univocidad de las normas, arrojando sobre el sistema jurídico una dosis nada desdeñable de incertidumbre. Por ello, De Asís concluye que la tesis de Zagrebelsky “describe una realidad jurídica en la que supuestamente las exigencias que acompañan a la idea de sistema y la relación entre el Derecho y el Poder, desaparecen desde el significado de la Constitución. Ahora bien, se trata de una posición que en ningún momento se plantea la necesidad de integrar ese significado en el Estado de Derecho, por lo que, independientemente de su acierto o desacierto, no puede ser realmente presentado como modelo de Estado de Derecho” (DE ASÍS, R., op. cit., pp. 92 ss. La cita procede de la p. 94). Otros comentarios críticos a las tesis de Zagrebelsky se contienen en Anuario de Filosofía del Derecho, XIII, 1996, en la que se incluyen los trabajos de GASCÓN ABELLÁN, M., “Presentación: la concepción del Derecho en *El Derecho dúctil*”; ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “No conviene ‘matar’ al ‘notario’. A propósito de jurisdicción y Derecho dúctil (en España)”; GARCÍA AMADO, J.A., “¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”; GUASTINI, R., “Derecho dúctil, Derecho incierto” y PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de *El Derecho dúctil* de Gustavo Zagrebelsky)”.

⁸ FIORAVANTI, M. **Los Derechos fundamentales**. cit., pp. 128-129.

sombra. Porque si la ley no es ya el elemento de referencia, ¿cómo habremos de medir, entonces, la adecuación al sistema jurídico? ¿Cómo podremos seguir amparándonos en la aplicación meramente mecánica del texto legal? ¿Y qué decir de la validez de las normas, de la coherencia y de la racionalidad jurídica en un ordenamiento fragmentado por una multiplicidad normativa que quiebra el paradigma epistemológico de la dogmática jurídica tradicional?⁹

En suma, el sistema de subordinación que instauró el principio de legalidad precisó de todo un complejo teórico que le dio soporte y que, ahora, como consecuencia del desplazamiento del centro de gravedad de los ordenamientos democráticos, pierde sentido. El vasto complejo de transformaciones que alienta la irrupción del Estado constitucional apunta a un proceso de desplazamiento del protagonismo que la ley había venido ejerciendo entre las fuentes del Derecho. Simultáneamente, se registran otras dos consecuencias: la primera, en lo que concierne a la interpretación y aplicación del Derecho; la segunda, en lo tocante a la quiebra del positivismo metodológico o conceptual, pues este nuevo constitucionalismo profesa un compromiso ineludible que se refleja en un enfoque “comprometido” de los problemas que afectan a la Ciencia Jurídica¹⁰. Enlazando todos estos elementos aparece lo que Massimo La Torre ha denominado la “*rematerialización*” de los documentos constitucionales y que viene a expresar la idea de que la Constitución configura un “*orden de valores*” o una “*unidad material*” que para algunos es previa al Derecho positivo¹¹. Por esta vía, la rematerialización constitucional garantiza

⁹ La crisis del modelo constitucional está alimentada, como apunta Gomes Canotilho, por una crisis de la teoría de la Constitución que se ve acosada desde arriba por las teorías filosóficas de la justicia y, por abajo, por las teorías sociológicas del Derecho. Las primeras han aprovechado la crisis de la teoría constitucional para rediseñar en términos contractualistas los modelos de sociedad bien ordenada. Las segundas acentúan la tensión entre la realidad sociológica y el idealismo inquebrantable de la teoría constitucional, enfrentando dramáticamente las exigencias de facticidad y validez, tensión que amenaza con disolver la propia teoría de la Constitución. De este modo, se pone de manifiesto la imposibilidad de la teoría constitucional contemporánea para instalarse en lo que Gomes Canotilho denomina una situación clásica, esto es, aquella en la que existe un acuerdo estable acerca de categorías teóricas, aparatos conceptuales y métodos de conocimiento (Cfr. GOMES CANOTILHO, J. J. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III, 2004, pp. 1-36).

¹⁰ PRIETO SANCHÍS, L. **Constitucionalismo y Positivismo**. 2. ed. México: Fontamara, 1999, p. 16. Sobre la compatibilidad del positivismo con la inclusión de contenidos de justicia o legitimidad en el Estado de Derecho, véase la posición de De ASÍS, R., op. cit., pp. 145 ss., obra en la que el autor sostiene una posición que contrasta con pronunciamientos de un sector importante de la doctrina que impugna esa compatibilidad. La posición de De Asís concuerda también con las críticas que Peces-Barba formula sobre este extremo a las tesis de Zagrebelsky. En su crítica al jurista italiano, el profesor de la Universidad Carlos III se opone a la valoración de aquél sobre la quiebra del positivismo en el constitucionalismo contemporáneo y su incapacidad para abordar e interpretar las nuevas direcciones de la cultura jurídica (Cfr. PECES-BARBA, G., “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante” en Zagrebelsky, G., op. cit., pp.157-173).

¹¹ Cit. por PRIETO SANCHÍS, L. **Constitucionalismo y Positivismo**. cit., pp. 16-17.

que el bloque axiológico incorporado a la Constitución ejerza efectivamente una función legitimadora de las normas y decisiones jurídicas: en definitiva, que la función constitucional proporciona un instrumento de incalculable valor para la limitación del poder y la legitimación de las normas jurídicas, cuya validez no deriva exclusivamente de un procedimiento estrictamente formal de producción jurídica¹², sino que, al incorporar un sistema amplio de valores, éste queda convertido *ipso iure* en el criterio básico de legitimidad de las normas jurídicas. De ahí que el carácter central de la Constitución venga a suponer una transformación sustancial en la configuración del ordenamiento y de la propia Ciencia del Derecho, pues la incorporación de este núcleo sustantivo de valores al plano constitucional tiene la virtualidad de establecer criterios efectivos de validación y legitimidad de las normas jurídicas que van mucho más allá de las exigencias estrictamente formales que había formulado la dogmática positivista.

2 La constitución y la crisis del estado

La aparición del Estado constitucional no resuelve, sin embargo, los múltiples problemas que se ciernen sobre el constitucionalismo contemporáneo. Fundamentalmente, porque el escenario de pluralismo normativo que se registra en el ámbito territorial de cada Estado se ve acrecentado de manera notoria por la proliferación exponencial de nuevos actores jurídicos en la arena global. La era de la interdependencia que inaugura la globalización es, ante todo, la era del pluralismo normativo: el fin de la concepción monista de la producción jurídica y de los principios sobre los que ésta se había sustentado. Es, como certeramente ha observado Ferrarese, el inicio de una nueva civilización jurídica, caracterizada por la multiplicación de actores, por la irremisible pérdida de protagonismo de los Estados a nivel interno y externo, por la quiebra del ordenamiento jurídico y por la aparición de nuevas fuentes de normatividad como consecuencia de la redefinición de los límites espacio-temporales, del que surge inevitablemente un panorama poroso de pluralismo normativo que rompe la homogeneidad característica de épocas pretéritas y que, al

¹² Así lo indica Ansuátegui cuando afirma que “*la validez de una norma jurídica no depende sólo de la adecuación de dicha norma a los criterios formales de pertenencia establecidos por una norma superior; una norma es válida cuando, además de satisfacer esos criterios formales, reúne determinados requisitos materiales que, a fin de cuentas, no son sino expresión de la opción axiológica del Ordenamiento jurídico*” (ANSUÁTEGUI, J. **Poder, Ordenamiento jurídico, Derechos**. Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III, 1997, p. 8). Sobre el significado de la validez y las diferentes posiciones doctrinales, cfr. FARIÑAS DULCE, M^a. J. **El problema de la validez jurídica**. Madrid: Civitas, 1991.

asumir formas de interlegalidad, tiende a crear redes de legalidad, paralelas o sobrepuestas, complementarias o antagonistas¹³.

El progresivo debilitamiento del Estado en el escenario internacional alcanza de lleno, así, al principio de legalidad, que se ve acosado por las acometidas constantes de nuevas instancias de regulación. Como ya se ha recordado, sólo si nos aferamos a una perspectiva estrictamente formalista sería posible sostener que los efectos de la globalización sobre el ordenamiento jurídico resultan irrelevantes¹⁴. Se ha subrayado, en este sentido, que el orden internacional instaurado tras la Paz de Westfalia ha entrado en crisis, una crisis que se traduce en la pérdida creciente de protagonismo del Estado-nación como actor exclusivo del Derecho internacional, cuyo protagonismo se ha ido diluyendo de manera progresiva a partir de la segunda posguerra mundial con la aparición progresiva de nuevos actores supra y transnacionales¹⁵.

Ese proceso se ha visto notablemente redimensionado en las últimas décadas, como consecuencia del impacto en el ordenamiento jurídico estatal de las organizaciones internacionales de integración que demanda la cesión de competencias por parte de los Estados miembros, con la consiguiente reducción de su soberanía; pero no puede soslayarse tampoco la incidencia que el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información ha tenido en la gestación de un nuevo modelo de capitalismo basado en la interdependencia y la proliferación de corporaciones transnacionales de carácter privado y de instancias transnacionales de decisión, ajenas a todo acceso democrático, así como nuevos actores sociales transnacionales congregados fundamentalmente en torno a organizaciones no gubernamentales. De este modo, la soberanía de los Estados se está viendo drásticamente limitada ante un escenario internacional cada vez más poblado por un variopinto paisaje de actores de diversa procedencia, cuya capacidad regulatoria interfiere, limita o cercena severamente la propia capacidad normativa de los Estados¹⁶.

¹³ FERRARESE, M^a. R. **Le istituzioni della globalizzazione**. Diritto e diritti nella società transnazionale. Bologna: Il Mulino, 2000, pp. 42 ss.

¹⁴ Cfr. Mercader Uguina, J. R. Sistema de fuentes y globalización. **Revista Española del Derecho del Trabajo**. n. 119, 2003, pp. 667-690.

¹⁵ Sobre el fenómeno de la globalización, su caracterización y su impacto jurídico-político, cfr. DE JULIOS-CAMPUZANO, A. **La Globalización Ilustrada**. Ciudadanía, Derechos humanos y Constitucionalismo. Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III, 2003; sobre la incidencia de este fenómeno sobre los Derechos humanos, vid. PÉREZ LUÑO, A.E., “Los Derechos humanos en la sociedad global”, en **La tercera generación de Derechos humanos**. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2006.

¹⁶ Sobre este aspecto, puede cfr. FERRAJOLI, L. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999; BECK, U. **¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo**, respuestas a la Globalización. Barcelona: Paidós, 1998; GÓMEZ, J. M^a. **Política e democracia em tempos de globalização**. Petrópolis: Vozes, 2000; IANNI, O. **A era do globalismo**, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

De este modo, se produce un vaciamiento de las propias estructuras jurídicas estatales que conlleva, a la postre, un vaciamiento del propio orden constitucional que queda desprovisto de fuerza normativa para regular las complejas y conflictivas interacciones de los diferentes subsistemas sociales¹⁷. Por doquier, al socaire de la interdependencia cada vez mayor de los procesos sociales, productivos y financieros, las nuevas formas de juridicidad transnacional e internacional interseccionan con las formas clásicas de la juridicidad estatal. La Constitución queda, así, aprisionada por la emergencia de un paradigma jurídico global que torna incontrolables los procesos económicos: la regulación de los mercados se aleja del ámbito público estatal y se desplaza hacia ámbitos privados inaccesibles al control del poder estatal. Emerge así, un constitucionalismo mercantil global cuya esencia es principalmente desreguladora; un constitucionalismo de los grandes intereses económicos transnacionales que es, por definición, anticonstitucional, pues trata de evadirse a todo control y de blindarse contra toda intervención. La Constitución económica del mercado global brota, desde la más pura expresión de los intereses privados a nivel transnacional, incidiendo directamente en los procesos regulatorios de los Estados¹⁸.

Esta interacción fuerza al paradigma constitucional a someterse a esos nuevos condicionamientos económicos para seguir manteniendo un mínimo de cohesión interna del ordenamiento y una razonable pretensión de eficacia normativa. De este modo, el texto constitucional incorpora niveles diferenciados de tutela jurídica para ciertas clases de derechos ciudadanos e incrementa el número de normas programáticas cuya articulación intraordenamental resulta imposible de acuerdo con las exigencias del sistema técnico-productivo, lo cual se traduce en una privación de mecanismos de protección jurisdiccional y de defensa ciudadana de los contenidos consagrados en tan solemnes proclamas constitucionales. De la misma manera, la Constitución se muestra ahora más proclive a la indefinición, mediante el uso de conceptos jurídicos indeterminados en muchos de sus preceptos, e incorpora redacciones esencialmente abiertas de su articulado, cuya interpretación queda encomendada a la propia gobernabilidad funcional del sistema mediante el correspondiente desarrollo legislativo. Esta flexibilización de lo jurídico en el nivel

¹⁷ En opinión de Grimm, a pesar del éxito aparente del constitucionalismo en el contexto mundial, se detectan indicios que sugieren una creciente debilidad interna de la Constitución para regular la organización social, debilidad que está vinculada directamente al aumento de las funciones del Estado y que suscita dudas acerca de si esa debilidad se debe a un déficit de adaptación o si remite a la incapacidad del Derecho constitucional para hacer frente a los desafíos del Estado social. En cualquier caso, la Constitución no resulta inmune a ese vaciamiento interno que alcanza asimismo al resto de normas jurídicas (Cfr. GRIMM, D. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006, pp. 175-209).

¹⁸ SOUSA SANTOS, B. de. **Reinventar la democracia**. Reinventar el Estado. Madrid: Sequitur, 1999, p. 10.

constitucional se ve gráficamente reflejada con perspicacia en la idea del *Derecho dúctil* de Zagrebelsky. La transformación de la soberanía estatal determina una transformación del paradigma constitucional que permita su adecuación a las actuales circunstancias del Estado contemporáneo, que se ve constreñido por nuevos procesos que alteran la comprensión original de la soberanía estatal. Entre esos “*factores demoleedores de la soberanía*” destacan el pluralismo social y político a nivel interno, la formación de poderes alternativos de ámbito supraestatal que operan en el campo económico, político, cultural y religioso y la progresiva institucionalización de contextos que integran los poderes estatales sustrayéndolos a la disponibilidad de los Estados particulares. Y es que el rasgo más notorio del Derecho constitucional contemporáneo no es la sustitución radical de las categorías tradicionales, sino la pérdida de centralidad, lo cual comporta una mutación decisiva en el ámbito jurídico-constitucional, puesto que la Ciencia del Derecho público se ve abocada a adecuar sus propias condiciones de trabajo: al estar privada de un punto unificador ya no puede formular sus categorías dotándolas de un significado concreto determinado *a priori*, sino que el significado debe ser construido¹⁹. Lejos, pues, de la afirmación del carácter cerrado, unívoco y predeterminado de las normas constitucionales, parece imponerse la idea de un Derecho constitucional en construcción, cimentado sobre un conjunto de materiales normativos flexibles, versátiles y dúctiles que permiten la adaptación a circunstancias cambiantes, acorde con la célebre concepción hartiana de la norma como una textura abierta.

Sumido de pleno en este proceso, el constitucionalismo moderno ha sido sometido a una severa crítica centrada, entre otros argumentos, en su estrecha vinculación al marco político estatal y a su incapacidad para encarar los desafíos de los flujos transnacionales que en los ámbitos político, económico y social, escapan al poder del Estado²⁰. Todo ello revela el debilitamiento de la fuerza normativa de la Constitución en un contexto marcado por la interdependencia característica de los procesos desencadenados por la globalización. Se pone así de relieve la conexión de la vigencia de la Constitución con el pleno desarrollo de su dimensión garantista. La crisis del papel garantista de la Constitución, en opinión de Ferrajoli, es una consecuencia del fin del Estado nacional como actor único de la producción jurídica. En la medida en que se multiplican las instancias productoras de Derecho y las

¹⁹ Cfr. ZAGREBELSKY, G., op. cit., pp. 10 ss. Sobre los fundamentos del constitucionalismo contemporáneo puede cfr. ALEXANDER, L. **Constitutionalism**. Philosophical Foundations. Cambridge: Cambridge University Press, 1998; para una coletánea interesante sobre las transformaciones del constitucionalismo contemporáneo puede acudir a BELLAMY, R. and CASTIGLIONE, D. (eds.). **Constitutionalism in transformation: European and Theoretical Perspectives**. Oxford: Blackwell, 1996.

²⁰ Cfr. WALKER, N. **The Idea of Constitutional Pluralism**. EUI Working Papers; Florencia: European University Institute, Law n. 2002/1, p. 3.

fuentes de normatividad y se desplazan los centros de decisión, la efectividad de la Constitución queda en entredicho, pues es la misma soberanía del Estado la que ha sido socavada y, con ella, la capacidad reguladora del texto constitucional y de su ordenamiento jurídico. Y esto entraña, según el jurista italiano, una doble forma de disolución de la modernidad jurídica, en la medida en que se genera un Derecho comunitario de naturaleza fundamentalmente jurisprudencial, como consecuencia de la intervención de diversas jurisdicciones eventualmente concurrentes, al tiempo que la multiplicación de normatividades provoca el regreso a un pluralismo jurídico propio del Derecho premoderno²¹.

Como ha puesto de relieve Ferrajoli, la eficacia de las normas constitucionales está asociada a la existencia de garantías que aseguren su materialización social. El Derecho de nuestro tiempo se ve desafiado por la ausencia de un sistema amplio de garantías, sin las cuales la eficacia de las normas queda profundamente diezmada al chocar con imperativos de tipo técnico o económico que se oponen a la fuerza normativa de los preceptos jurídicos. Frente a ello, hay que recordar que la ausencia de garantías no afecta a la positividad de los derechos, sino sólo a sus mecanismos de protección, de cuya inexistencia o insuficiencia sólo puede derivarse la necesidad de implementar una protección efectiva. Por eso, frente a quienes niegan la existencia de un derecho en virtud de su protección precaria, Ferrajoli reivindica, en función del principio de legalidad, la plena vigencia de los derechos positivamente establecidos y la obligación que concierne a los poderes públicos, internos o internacionales, de colmar la laguna jurídica que comporta la inexistencia de un sistema de garantías adecuado. El principio de plenitud del ordenamiento demanda la identificación de las carencias de éste y el diseño de garantías idóneas para impedir las. En función de ello, a juristas y legisladores les cumple el imperativo de colmar las lagunas que se produzcan en aras de la eficacia y de la completud del ordenamiento. La confusión entre derechos y garantías resulta inadmisibles, pues de planteamientos de esta naturaleza se podrían derivar resultados absurdos, como la descalificación en el plano jurídico de la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidos a simples declaraciones retóricas vacías de contenido. Frente a la falacia realista que reduce el Derecho al hecho, Ferrajoli apuesta por la articulación de un completo sistema de garantías que libere a los derechos sociales de su consideración programática y discrecional, confiados a una onerosa y compleja mediación política y burocrática²². Por tanto, si una norma válida carece de un adecuado sistema de garantías que asegure su

²¹ FERRAJOLI, L. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. cit., pp. 20-21.

²² Cfr. FERRAJOLI, L. **Derechos y garantías**, cit., pp. 34, 43, 59-65 y 108-112. Sobre todas estas cuestiones, cfr. mi trabajo **La Globalización Ilustrada**, cit., pp. 94-106.

cumplimiento, esa carencia debe ser considerada como una laguna del ordenamiento jurídico que ha de ser colmada²³. Y quizás una de las más preocupantes reducciones del pensamiento jurídico contemporáneo consiste precisamente en esta desvinculación entre el reconocimiento de los derechos y la consagración de las normas constitucionales y la articulación de un sistema de garantías que permitan conformar la realidad con las exigencias normativas.

Por eso, hacer frente a la *falacia garantista* – que proclama que un derecho que un derecho que mecanismos de tutela no es derecho – requiere un esfuerzo del constitucionalismo contemporáneo por superar la angostura de una concepción jurídica estrictamente vinculada al ordenamiento jurídico estatal. La crisis actual del Estado ante la emergencia de los procesos globalizadores hace emerger un debate sobre las sedes del constitucionalismo y su estrecha vinculación al Estado-nación. Para Ferrajoli, la soberanía es un pseudo-concepto, una categoría antijurídica, un reducto anacrónico cuya continuidad contradice la demanda de universalización de los Derechos humanos, y el Estado, un modelo de organización incapaz de articular respuestas válidas a los apremios de la hora presente. La crisis del Estado-nación se manifiesta en el desplazamiento de la soberanía, el debilitamiento del constitucionalismo, la alteración del sistema de fuentes y la erosión de la capacidad de decisión de los Estados a la hora de implementar sus políticas. Si el Estado no es capaz de desarrollar un sistema de garantías, será preciso, entonces, trascender más allá de los estrechos confines de la estatalidad para lograr espacios de cooperación y desarrollo más pleno de los preceptos constitucionales, transfiriendo los centros de decisión hacia espacios más amplios, de carácter regional, que permitan hacer frente al desafío de la inefectividad y de la ausencia de tutela y reformando convenientemente el sistema de fuentes²⁴. Es preciso cuestionar el nexo histórico entre Estado y Constitución. El paradigma garantista del Estado de Derecho, apunta Ferrajoli, es aplicable a cualquier ordenamiento²⁵. Se afirma así la vocación universalista de un constitucionalismo acosado por el espectro de la ineficacia. Ese

²³ Idem, pp. 62-63.

²⁴ Idem, pp. 114-115. Este cuestionamiento de la centralidad del Estado y de su exclusividad en la producción de los ordenamientos jurídicos guarda relación directa con la severa crítica que Ferrajoli dirige al concepto de soberanía que, en su opinión, constituye un residuo premoderno cuya consistencia y legitimidad desde el punto de vista de la teoría del Derecho queda en entredicho, ya que existe una antinomia irresoluble entre soberanía y Derecho que se expresa, en el ámbito interno, en su conflicto con el paradigma del Estado de Derecho y el sometimiento de todo poder a la ley y, en el ámbito externo, en su contradicción con las cartas constitucionales de carácter internacional. La soberanía es una idea esencialmente antitética con el Derecho ya que comporta la idea de límites y de reglas (Cfr. FERRAJOLI, L. **Derechos y garantías**, cit., capítulo 5: “La soberanía en el mundo moderno”, pp. 125 ss.).

²⁵ Idem, pp. 114-115.

vínculo aparentemente indisoluble entre Estado, Constitución y garantía de los derechos fundamentales se nos revela ahora como contingente.

La vertebración de un sistema adecuado para la plena materialización de las normas constitucionales quiebra los esquemas de una dogmática jurídica estrechamente vinculada al Estado-nación, cuya superación resulta ahora ya una necesidad inaplazable. La garantía de los derechos, su realización en términos prácticos, requiere de la implementación de nuevos modelos jurídicos acordes con las exigencias de la interdependencia en la era de la globalización. Un nuevo saber jurídico capaz de vertebrar la demanda de universalidad de los principios constitucionales y de articular una respuesta eficaz frente a la creciente pérdida de capacidad normativa de los ordenamientos jurídicos estatales. La supervivencia del constitucionalismo, en cuanto compromiso axiológico sustantivo, frente a las embestidas del capitalismo global recaba empeños supranacionales. La vía del cosmopolitismo constitucional no puede cifrarse en la reducción de la pluralidad a una homogeneidad artificial y forzada. No se trata, por tanto, de suprimir los complejos ordenamientos jurídicos estatales, sino de articular mecanismos válidos de interpenetración e interdependencia. Frente a la vieja y ya caduca imagen de la Constitución como cúspide de un ordenamiento jurídico autárquico y autosuficiente, reivindicamos una Constitución como momento articulador de complejas redes de normas interdependientes, capaz de evitar que las exigencias fácticas de los cambiantes flujos normativos transnacionales no vulneren las exigencias normativas de los valores constitucionales. Un modelo de Constitución basado sobre la interdependencia y la cooperación y no sobre la autarquía y el aislamiento del sistema jurídico.

En este sentido, la tarea que apremia al constitucionalismo es tan ardua como la amplitud del compromiso de juristas y políticos por adoptar soluciones efectivas para problemas que afectan a toda la especie humana; se trata, como ha afirmado Lewis, de ampliar el firmamento legal, tradicionalmente concentrado en derechos civiles y políticos, hacia nuevas necesidades relativas a la exclusión social que alcanzan a diferentes niveles de la cotidianidad; un nuevo orden jurídico y político cuya fuerza expansiva no se limita a las instituciones públicas sino que afecta al completo orden social. Frente a esta pretensión se podrá argüir que los mercados globales provocan una inhibición creciente de los poderes del Estado-nación en lo que concierne a su capacidad para regir sus propios asuntos²⁶. Esto es, ciertamente, así, pero la respuesta será probablemente el agrupamiento regional de Estados-nación a fin de desarrollar un conjunto compartido de principios constitucionales que

²⁶ LEWIS, N. D. **Choice and the Legal Order**. Rising above Politics. London: Butterworths, 1996, pp. 201-202.

asuman plenamente el objetivo último de una mejora de las condiciones de vida de los hombres en todo el planeta, ampliando el horizonte de la intrínseca capacidad humana de elección: “*Es tiempo de establecer – continúa Lewis – una Constitución que proclame la importancia de la vida de las personas a través de generaciones y que asegure una medida adecuada de ayuda que permita a esos seres humanos vivir su vida en plenitud... El ordenamiento jurídico tiene que asumir su cuota de responsabilidad en la liberación de nuestras naturalezas intrínsecamente electivas*”²⁷.

3 La ciencia del derecho ante un nuevo paradigma

Y ahora es llegado el momento de preguntarse qué cometido le cumple a la Ciencia del Derecho en todo este complejo e inquietante panorama. ¿Qué pueden aportar la Ciencia del Derecho y la Teoría Jurídica de nuestro tiempo en la materialización de un nuevo constitucionalismo? ¿O acaso se trata de una tarea que depende más de la voluntad política que de la elaboración conceptual? En su obra *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*²⁸, Ollero realizaba una interesante reflexión sobre la mutua implicación de la voluntad política y del método jurídico: la interdependencia entre ambas instancias es una constante en la historia del pensamiento jurídico que no puede ser soslayada. Esa interdependencia, ciertamente, hace que el método científico no sea – no pueda ser – un método aséptico, sino que está indefectiblemente vinculado a valoraciones personales: la objetividad en las ciencias es sólo una pretensión inalcanzable. Esa íntima y profunda interpenetración entre método científico y voluntad política, subyacente a toda forma de normatividad, nos revela que a la Ciencia del Derecho le cumple en nuestros tiempo una tarea primordial, la de elaborar conceptos y categorías que permitan responder a la realidad que nos circunda: la de la complejidad creciente de los órdenes jurídicos, la diversificación de los instrumentos normativos, la descodificación²⁹, la quiebra del principio de legalidad por la actuación discrecional e indiscriminada de las múltiples instancias administrativas, la limitación de la soberanía de los Estados y la cesión de competencias en el ámbito internacional, la *lex mercatoria*, las corporaciones transnacionales, el pluralismo jurídico, las instancias transnacionales de decisión etc.³⁰ Y ello requiere abandonar viejas elaboraciones

²⁷ Lewis, N. D., op. cit., p. 202.

²⁸ Cfr. OLLERO TASSARA, A. *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*. Madrid, Congreso de los Diputados, 1996.

²⁹ Cfr. VAN DER KERCHOVE, M. and OST, F. *Legal System*. Between order and disorder. Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 76-77.

³⁰ Cfr. FARIA, J. E. *O Direito na economia globalizada*, cit.

teóricas, dejar de pensar en el ordenamiento jurídico como un todo normativo autónomo, completo y jerárquicamente ordenado es, con toda seguridad, la tarea más apremiante que el jurista deberá abordar en los próximos años. Se trata, por tanto, de establecer las condiciones teóricas para que pueda emerger un nuevo paradigma constitucional, fiel a sus raíces, pero adaptado a las nuevas circunstancias, un constitucionalismo que requerirá voluntad política, pero que precisará de la aportación previa de la Ciencia y de la Teoría del Derecho para sentar las bases de aquello que Austin llamó una “jurisprudencia general”: una Teoría del Derecho universalista, de vocación cosmopolita, capaz de liberarse de los grilletes de arcanos y de dogmas, que pueda sentar las bases de un metaconstitucionalismo de signo pluralista³¹ que, construido a partir de un metalenguaje, pueda actuar como centro de convergencia de las diferentes tradiciones jurídicas y constitucionales. Pensar el Derecho de esta forma es, sencillamente, pensarlo con otros parámetros³², deconstruirlo para volverlo a construir, reinventando los sentidos de la emancipación en el tiempo que vivimos.

³¹ Cfr. WALKER, N., op. cit., p. 48. Esta vocación cosmopolita del constitucionalismo ha merecido la atención de un importante número de estudiosos. Por mi parte, resulta particularmente atractiva la propuesta de Estado constitucional cooperativo formulado por HÄBERLE, P. **Pluralismo y Constitución**. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002, que he comentado en mi trabajo **La Globalización Ilustrada**, cit., pp.135 ss.; esta dimensión del orden constitucional que trasciende los ámbitos de validez territoriales de los Estados ha generado un paradigma emergente que Gomes Canotilho ha denominado “constitucionalismo global”, modelo que, en fase embrionaria, está aún lejos de desplazar al “constitucionalismo nacional”. Los elementos caracterizadores de ese paradigma son: en primer lugar, la crisis del modelo westfaliano de las relaciones horizontales entre Estados; en segundo lugar, la progresiva imperatividad del Derecho internacional, que redimensiona principios, valores y reglas a través de acuerdos, protocolos y convenios internacionales; y, por último, la consagración de la dignidad humana como piedra angular de todos los constitucionalismos (Cfr. sobre esta cuestión GOMES CANOTILHO, J. J. **Teoría de la Constitución, Globalización Internacional e Integración Europea**, op. cit., pp. 45-54).

³² Esta idea es reflejada con agudeza por Zagrebelsky cuando aborda los nuevos sentidos de la legitimidad en nuestro tiempo y, tras aludir a una legitimidad abierta a sucesivas elaboraciones y redefiniciones que rompa definitivamente con aquella concepción autárquica, cerrada y conclusa de la Constitución y de sus horizontes de sentido, concluye: “*La legitimidad de la Constitución depende entonces no de la legitimidad de quien la ha hecho y ha hablado por medio de ella, sino de la capacidad de ofrecer respuestas adecuadas a nuestro tiempo o, más precisamente, de la capacidad de la Ciencia constitucional de buscar y encontrar esas respuestas en la Constitución. En resumen: la Constitución no dice, somos nosotros los que la hacemos decir*” (ZAGREBELSKY, G. **Historia y Constitución**. Madrid: Trotta, 2006, p. 88). Sobre este mismo aspecto, cfr. GOMES CANOTILHO, J. J., op. cit., pp. 25 ss., trabajo en el que el autor traza los aspectos singulares de la crisis del modelo constitucionalista predeterminado y autárquico en base a un amplio repertorio de factores ligados a la complejidad social, a la inclusión del estatuto jurídico de lo político del Estado social, a la reflexividad del ordenamiento constitucional, al aumento normativo y a la propia crisis del modelo estatal, entre otros.

Una vez sentadas las bases de lo que no se debe hacer, o mejor, de lo que debemos comenzar haciendo, convendría tomar cuenta de las atinadas observaciones que Norman Lewis realiza en su trabajo *Choice and the Legal Order. Rising above Politics*. Para el profesor de la Universidad de Sheffield, el gran desafío de nuestro tiempo es construir una teoría jurídica sensible a los problemas cotidianos del hombre, a sus concretas demandas en cuanto criatura racional. Se trata de conectar el Derecho con la vida, con los ámbitos social, político y económico, en los cuales, a lo largo del tiempo, se ha tratado de satisfacer las necesidades humanas y, consecuentemente, construir una Teoría del Derecho y, con ella, una concepción de lo jurídico, que no resulte impermeable a las necesidades del hombre³³. Lewis rebate, consecuentemente, las tesis de la separación radical entre Derecho y Política, cuidándose a la par de aclarar que su planteamiento no se alinea ni con los que defienden la confusión de ambos órdenes, ni con quienes abogan por la suplantación de la Política por el Derecho. Empero, nuestro autor matiza que la dicotomía tradicional entre Derecho y Política es errónea y precisa ser sustituida por una concepción más amplia del espectro jurídico-político en el que el punto medio fuera una combinación armoniosa de ambos³⁴.

Partiendo desde estas premisas, el Derecho ha de contemplarse, primariamente, como un cauce – el más idóneo, sin duda – para la satisfacción de las necesidades humanas, de aquellas que se esgrimen con vigor en el ámbito político y sobre las que raramente se reflexiona desde la Teoría y la Ciencia del Derecho. En este sentido, la sobreabundancia normativa que excede los límites del poder legislativo y que trastoca severamente los principios constitutivos del orden jurídico y las garantías constitucionales más elementales constituye, sin duda, una de las cuestiones que han de afrontarse con premura³⁵. La aparición de un amplio conjunto de instrumentos normativos de rango medio que es casi constitucional transmite un grado no desdeñable de incertidumbre a la ciudadanía cuyas garantías se ven así menoscabadas drásticamente ante la dificultad de acceder al conocimiento del Derecho vigente: normas “menores” que condicionan o limitan el ejercicio de derechos o de facultades constitucionalmente consagrados y que, por vía indirecta, constituyen un cauce encubierto de desconstitucionalización de la propia Constitución.

³³ Cfr. LEWIS, N. D., op. cit., pp. 131 ss.

³⁴ Idem, p. 137.

³⁵ Idem, p. 131. Sobre esta nueva comprensión del modelo constitucional, Lewis agrega: “*Un orden legal que no reconoce este estado de cosas es inicuo e ilegítimo. Es hora ya de que la academia de constitucionalistas amplíe sus horizontes para proclamar su compromiso con la acción social así como para suscribir la proposición de que una sociedad libre es hostil contra la dirección centralizada y que, por tanto, sus instituciones políticas y sociales deben interactuar recíprocamente a través de un sistema de pesos y contrapesos*” (Cfr. LEWIS, N. D., op. cit., p. 132).

Frente a ello, recuerda Lewis, es necesaria una Constitución capaz de insuflar nuevos ánimos a políticos y a instituciones en la búsqueda y en la maximización del potencial de elección para todos los individuos en el territorio de un Estado. Ese modelo constitucional requiere, sin duda, un esfuerzo denodado en su construcción y, en cuanto tal, precisa ser elaborada con una dosis considerable de habilidad. Se trata de diseñar, por tanto, un compromiso con la Constitución como sistema de valores que debe quedar definido en el texto constitucional como marco legal sobre el que descansa la adhesión y el reconocimiento. Se trata, en suma, de construir un modelo renovado de constitucionalismo, cuyos contornos han sido esbozados por Walker, sobre la base de criterios espaciales, temporales y normativos:

- a) En primer lugar, la crisis del modelo constitucional está vinculada, desde una perspectiva espacial, al agotamiento del modelo jurídico-político instaurado tras la Paz de Westfalia. La insuficiencia del modelo constitucional viene a corroborar la finitud del Estado como instancia organizativa básica. Por ello, el nuevo constitucionalismo precisa someter a revisión este maridaje estatal que comienza a hacer aguas. No se trata de negar el espacio del orden constitucional dentro del ámbito estatal, sino de sostener la necesidad de desarrollar un constitucionalismo postnacional que debe estar abierto a un discurso constitucional pleno y a procesos también novedosos al margen de las propias instancias estatales.
- b) Respecto al criterio temporal no podemos desconocer que existe una exigencia de continuidad histórica: a pesar de que el concepto de constitucionalismo ha sido radicalmente transformado, debe salvarse la conexión causal con sus orígenes históricos; pero ese requerimiento de continuidad histórica demanda, también, una continuidad discursiva. Debemos ser capaces de comprender el constitucionalismo no sólo como la historia de la respuesta a unas circunstancias históricas determinadas, sino como la historia de un discurso particular, un discurso sobre los valores y la racionalidad humana que, salvando los precisos pormenores de cada época, continúa estando plenamente vigente, de suerte que su riqueza significativa conecta diferentes tiempos y lugares. Podemos aquí evocar las inestimables contribuciones del constitucionalista germano Peter Häberle que destaca el valor de la Constitución como producto cultural en torno al cual se forja la identidad colectiva. El constitucionalismo conecta así sus raíces históricas con las expectativas de un pueblo y entronca la cultura con las esperanzas

y deseos que se proyectan hacia el futuro³⁶. Ese es el valor proyectivo del texto constitucional como articulador de identidades que tan agudamente ha sido sintetizado en la tesis del patriotismo constitucional³⁷. A propósito de ello, Zagrebelsky sentencia que la Constitución es más que un momento histórico concreto: representa un patrimonio cultural. La experiencia histórico-constitucional que enlaza pasado y presente y mira hacia el futuro. Esa proyección temporal de la Constitución obliga a una reformulación permanente de sus principios y de sus valores: “*La ‘historia’ constitucional no es un pasado inerte sino la continua reelaboración de las raíces constitucionales del ordenamiento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro*”³⁸.

c) Finalmente, ha de reseñarse que con respecto al criterio normativo existe una demanda de coherencia normativa inclusiva, cuya realización enervaría la crítica del debilitamiento normativo en beneficio de la explotación ideológica. Frente a esa laxitud de las proposiciones normativas constitucionales hay que oponer la recuperación de los verdaderos límites del constitucionalismo legítimo: la definición de los *standards* mínimos que resultarían coherentes con esta ética inclusiva. Esa coherencia normativa inclusiva implica un compromiso de la teoría y de la práctica constitucionales con una concepción de la democracia altamente reflexiva que se traduce tanto en un compromiso de aceptación de las diferencias, como en un

³⁶ Cfr. HÄBERLE, P. **Libertad, igualdad y fraternidad**. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta, 1998. **Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura**. Madrid: Tecnos, 2000; y **Pluralismo y Constitución**, cit.

³⁷ Cfr. el trabajo de STERNBERGER, D. **Patriotismo constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, quien formula inicialmente esta tesis que ha alcanzado un eco considerable a partir de las aportaciones de HABERMAS, J., en especial a partir de su trabajo “Patriotismo de la Constitución, en general y en particular”, en **La necesidad de revisión de la izquierda**. Madrid: Tecnos, 1991. Las posiciones de ambos han merecido la atención de PECES-BARBA, G., “La Constitución en la cultura política y jurídica moderna”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y RAMIRO AVILÉS, M. A. **La Constitución a examen**. Un estudio académico 25 años después. Madrid: Marcial Pons, 2004, especialmente pp. 61-77. En este mismo volumen, vid. también FERNÁNDEZ GARCÍA, E., “El patriotismo constitucional”, pp. 303-329.

³⁸ ZAGREBELSKY, G., **Historia y Constitución**, cit., p. 91.

³⁹ En otras palabras, concluye Walker, el constitucionalismo debe ser capaz de generar nuevas formas explicativas de conocimiento y regulación normativa que sean relevantes para otros discursos regulativos e imaginación política que pueda contrarrestar los efectos negativos suscitados por las críticas implícitas y explícitas por las tendencias del constitucionalismo hacia el fetichismo, la interferencia de discursos públicos institucionales y las aspiraciones de aquellos otros discursos emergentes en la configuración extraordinariamente cambiante de la autoridad global (Cfr. WALKER N., op. cit., pp. 21-24). Abundando en argumentos de tenor semejante, se ha operado, en opinión de Zagrebelsky, un tránsito desde la Constitución revolucionaria a la Constitución pluralista “*la Constitución del pluralismo*”

compromiso de las diferencias en la aceptación de la expresión popular mayoritaria, pero no de cualquier decisión mayoritaria sin más, sino de aquella que emana de una legalidad legítima. Existe, finalmente, una exigencia de coherencia externa: si el constitucionalismo es considerado como una forma de razón práctica, entonces habrá que hilar fino en la propia aplicación práctica de las cláusulas constitucionales, en los diseños de las proposiciones normativas y en las propias aportaciones de la teoría constitucional³⁹.

El constitucionalismo aséptico y neutral del paleopositivismo es a estas alturas un modelo superado; pero es necesario dar un paso más: saltar desde la Constitución como horizonte político a la Constitución como paradigma de la Ciencia y de la Teoría del Derecho; es decir, se trata de impregnar a la Ciencia del Derecho de los fines y valores constitucionales, posibilitando que los instrumentos normativos queden efectivamente al servicio de las tan denostadas cláusulas “políticas” del texto constitucional. Se trata, por tanto, de impregnar al orden jurídico de los fines que el Estado persigue, cuya estructura institucional no ha sido ni puede ser aséptica. Y en este contexto, la interdependencia cobra plenitud de sentido, como modelo de articulación teleológica de fines constitucionales. La crisis del modelo westfaliano comporta también la crisis de un repertorio teleológico que ha permanecido velado: el “interés nacional”, la “razón de estado”, la “conquista territorial” quedan ahora definitivamente postergados por un nuevo horizonte valorativo. Los fines del Estado constitucional quedan definidos, entonces, en el ámbito interno, por los contenidos sociales, democráticos y ambientales y, en el ámbito externo, por la cooperación y la solidaridad: un nuevo *ethos* colectivo de carácter supranacional que reafirma la vocación universalista del constitucionalismo⁴⁰.

En esa medida, el orden jurídico podrá asumir la carga valorativa del modelo del Estado constitucional desde una nueva óptica: la de un ordenamiento jurídico que no se somete “sin más” a la Constitución, sino que la hace suya en la medida en que sólo la congruencia material de sus instrumentos normativos puede reportarle unidad sistemática. Si durante décadas e incluso siglos la consistencia teórica del Derecho ha dependido de la lógica de sus proposiciones normativas o de las condiciones intrasistemáticas que confieren validez a las piezas del ordenamiento, hoy se puede afirmar que la nueva argamasa del Derecho en el siglo XXI será la

contemporáneo se puede considerar positiva en cuanto que es recreada continuamente por el concurso de múltiples voluntades que, en su converger hacia ella y según los modos de esa convergencia, la redefinen continuamente en su alcance histórico-concreto. En resumen: la positividad de la Constitución revolucionaria era **a priori**; la de la *Constitución pluralista es a posteriori*” (ZAGREBELSKY, G., **Historia y Constitución**, cit., p. 81-82).

⁴⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO, J. J., op. cit., p. 46. Sobre esta misma cuestión, cfr. PALOMBELLA, G. **Constitución y Soberanía**. El sentido de la democracia constitucional, Granada: Comares, 2000.

congruencia material de los contenidos normativos: su concordancia sustantiva con el conjunto de postulados que identifican las necesidades humanas, la presencia de un fuerte contenido material de la Constitución que se irradia hacia todo el ordenamiento jurídico⁴¹. Allí donde el Derecho se siente como ilegítimo poco importa que esté revestido solemnemente de los atributos propios de una legitimidad democrática aparente. La validez y la obligatoriedad de la Constitución no dependen de la homogeneidad cultural y de la unidad textual y semántica que otrora dominara en los textos constitucionales⁴². El neoconstitucionalismo entraña un compromiso axiológico abierto y revisable, un conjunto de valores que marcan la dirección de la ordenación social, de los programas normativos, de las acciones políticas y de las medidas legislativas.

La “rematerialización” de la Constitución desemboca de este modo en la “rematerialización” del ordenamiento, un ordenamiento cuya supervivencia queda condicionada a la superación de los viejos esquemas de validez ya definitivamente caducos. La nueva concepción de la Constitución como elemento vertebrador de un ordenamiento jurídico esencialmente abierto, poroso, permeable, policéntrico y plural recaba una nueva concepción de la Ciencia del Derecho, cuyo estatuto epistemológico, como ha recordado Ferrajoli⁴³, asume ahora una dimensión crítica y proyectiva en la medida en que se le confía la labor de denunciar las divergencias entre Constitución y legislación, en contraposición con el modelo explicativo que implantó la dogmática jurídica que dio soporte al Estado legislativo de Derecho.

⁴¹ Es el fenómeno del desbordamiento de la Constitución, asociado a la rematerialización de la norma constitucional y a su garantía jurisdiccional efectiva. Se produce así una inmersión de la Constitución en el conjunto del ordenamiento jurídico, que deja de precisar de la mediación del legislador. El acceso a la Constitución como norma suprema deja de estar mediado por la ley – que queda devaluada, depreciada y postergada por la fuerza normativa de la Constitución y del bloque axiológico que se proclama a través de los principios - para quedar ahora libre de ese condicionamiento. Al desaparecer el monopolio del legislador sobre la Constitución, ésta deja de estar aprisionada y cobra plena vigencia social como conjunto normativo accesible de modo permanente que regula la amplia variedad de los fenómenos sociales, lo cual confiere a la Constitución un principal protagonismo, pues no hay problema jurídico que no tenga relevancia constitucional (Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, M. (ed.), op. cit., pp. 130 ss.). Guastini se refiere a ello como “la constitucionalización del ordenamiento jurídico”, fenómeno que tiene su causa en la combinación de una multiplicidad de factores que rompe los viejos esquemas de la dogmática jurídica y que se conecta con la concepción de la Constitución como un texto abierto susceptible de adquirir diversos significados y que penetra intersticialmente todos los espacios del ordenamiento (Cfr. GUASTINI, R., **La constitucionalización del ordenamiento jurídico: “el caso italiano”**, en Carbonell, M. (ed.), op. cit., pp. 49 ss.).

⁴² Cfr. PALOMBELLA, G., op. cit.

⁴³ FERRAJOLI, L. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. cit., pp. 18-19.

Ha llegado la hora de que el constitucionalismo contemporáneo supere la matriz estatalista que lastra la vigencia efectiva de sus postulados. En nuestros días, la congruencia material de un constitucionalismo liberado definitivamente de arquetipos pseudocientíficos hace emerger su propia vocación universalista. El constitucionalismo del mañana sólo será si rompe definitivamente la matriz caduca de una Ciencia jurídica estrechamente formalista y el confinamiento espacial de sus límites territoriales. La coherencia del ordenamiento constitucional remite a una Ciencia jurídica inequívocamente comprometida con los principios constitucionales, una Ciencia generalista capaz de trascender las fronteras del viejo estatalismo y articular mecanismos de cooperación capaces de vertebrar un eficaz sistema de garantías para la tutela de los derechos.