

CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Manuel ARAGÓN *

SUMARIO: 1. *Introducción*; 2. *Derechos del hombre y concepto de Constitución: los derechos fundamentales como derechos constitucionales*; 3. *Los derechos del hombre como derechos legales: la ineficacia jurídica de la Constitución*; 4. *Constitución, democracia y derechos*; 5. *Algunos problemas de los derechos fundamentales como derechos constitucionales: Estado jurisdiccional de derecho y gobierno de los jueces*; 6. *El lugar de la ley en la regulación de los derechos fundamentales: equilibrio entre Constitución, legislación y jurisdicción*; 7. *A modo de conclusión; Bibliografía*.

1. INTRODUCCIÓN

Mi ponencia en este Congreso, y debo excusarme por ello, no podía estar dedicada exactamente al estudio de la Constitución de México, ya que mis conocimientos sobre la misma no lo son en grado suficiente para acometer esa empresa con el mínimo rigor que debe exigirse a un universitario. No obstante, he pretendido que tenga relación con dicha Constitución, esto es, que sea, en verdad, una ponencia “a propósito” del texto cuyo 75 aniversario ahora celebramos.

En tal sentido me parecía que ocuparme del tema “Constitución y derechos fundamentales” era una buena manera de contribuir a esta importante conmemoración, puesto que tratándose de un tema central del derecho constitucional general también está relacionado íntimamente con el derecho constitucional mexicano. El texto de Querétaro marcó, como por todos es reconocido, un hito en la historia universal de las declaraciones de derechos al incorporar a la Constitución los derechos sociales; al mismo tiempo, el amparo judicial, que es otra notabilísima contribución mexicana a la historia de la protección jurisdiccional de los derechos, si bien es cierto que

* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid.

nace mucho antes de 1917 (Constitución yucateca de 1841, Acta de Reformas de 1847 y Constitución federal de 1857) no es menos cierto que encontrará en la Constitución de Querétaro el necesario apoyo para su continuidad y consolidación.

Creo, pues, que hay una razonable conexión entre el objeto del Congreso y el objeto de mi ponencia. No resulta inapropiado, ni mucho menos, tratar de “Constitución y derechos” con motivo de la conmemoración de un texto constitucional que justamente en materia de derechos ha representado un papel tan significativo.

2. DERECHOS DEL HOMBRE Y CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS CONSTITUCIONALES

La característica genuina, es decir, la nota definitoria del Estado constitucional como forma política histórica no es sólo la limitación del poder mediante el derecho, sino, sobre todo, el sentido de esa limitación, o dicho con otras palabras, el fin a cuyo servicio la limitación se establece: la garantía de la libertad. Ya había dicho Montesquieu que unas Constituciones tienen por objeto la gloria del Estado y otras la libertad política de los ciudadanos. La limitación jurídica del poder puede tener, pues, otros fines distintos del de preservar la libertad. Así, el “gobierno de las leyes y no de los hombres” puede estar al servicio de la “gloria del Estado”, es decir, de su eficacia organizativa, en cuanto que a ella contribuye, decisivamente, la racionalización jurídica de las estructuras y competencias estatales.

Sin embargo, la idea de Constitución que prevalece en el mundo ilustrado y que dará definitivamente el nombre al nuevo Estado que emerge como consecuencia de la independencia norteamericana y de la Revolución francesa no será la de limitar el poder por razones de pura eficacia, sino la de hacerlo para preservar la libertad. En otros términos, la idea de que el pueblo es soberano, de que sólo es soberano si permanece libre y, en consecuencia, de que el Estado ha de organizarse en coherencia con ese postulado, de manera que los actos del poder “constituido” no puedan despojar a los hombres de su libertad. La Constitución, así, representa, sencillamente, el instrumento jurídico que garantiza los derechos de los ciudadanos.

La limitación material del poder aparece, por ello, como el núcleo o parte esencial de la Constitución. Las demás limitaciones, temporales o funcionales (división de poderes) son un complemento de aquélla, están, por decirlo así, al servicio de la principal y genuina limitación: la limitación material. Al fin y al cabo, ése y no otro es el sentido del pacto social que está en la raíz de la construcción teórica de la nueva forma de Estado. De ahí que ello quede claro en el propio texto de la Declaración de independencia de las colonias norteamericanas y que las primeras Constituciones que esas colonias se darán a partir de 1776, comenzando por la de Virginia, contengan, como parte nuclear de sus textos, las correspondientes declaraciones de derechos. Por lo mismo, las diez primeras enmiendas completan, de inmediato, con un catálogo de derechos, la Constitución federal norteamericana de 1787, Constitución que se entendió, por sus propios elaboradores, inacabada hasta dicha incorporación. Al otro lado del océano, será también una declaración de derechos, la francesa de 1789, la que inicie, de verdad, la etapa del Estado constitucional en Europa. Fue ella, y no exactamente el texto de 1791, la primera “Constitución” francesa, en cuanto que en dicha “Declaración” se prefiguraba la nueva forma de Estado producto de la revolución.

Que la Constitución venía a garantizar los derechos y no sólo a establecer el gobierno representativo y la división de poderes está sumamente claro, por lo demás, en el texto del artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789: todo país que no tenga los derechos garantizados ni la división de poderes establecida carece de Constitución. Es la norma emanada del poder constituyente la que “reconoce” los derechos y no la ley, norma emanada del poder constituido que está compelida a observarlos. Ahí reside la médula del pacto social: los hombres, mediante la Constitución, confían su gobierno al Estado, precisamente porque, mediante la Constitución, el Estado queda obligado a respetar la libertad. Los derechos de los ciudadanos son “fundamentales” no sólo porque sin ellos no serían ciudadanos, es decir, hombres libres, ni el pueblo soberano, esto es pueblo libre, sino además porque tales derechos se reconocen en la norma fundamental, esto es, en la propia Constitución. La consecuencia de ello es la eficacia jurídica de tales derechos constitucionales, su aplicación directa por los jueces y la inaplicación de la ley o del acto de los poderes públicos que los vulneren.

Dicho con otras palabras, era ese concepto originario o genuino de Constitución, basado esencialmente en la limitación material del poder, el que comportaba, como exigencia lógica, el carácter jurídico, esto es, eficaz, aplicable, de la norma constitucional. Y ello es lo que ocurriría en Estados Unidos y, por influencia de ese modelo, en algunas de las antiguas colonias españolas de América una vez que acceden a su independencia, en las que, con variaciones, con altibajos, pero, en suma, como consecuencia de la misma idea, se abre paso, poco a poco, la aplicación de los derechos *ex-constituzione* (primero con el amparo mexicano, institución que después se extiende a otros países iberoamericanos, o con las formas de control judicial de la constitucionalidad que emergen más tardíamente en Colombia o Venezuela, por citar algunos ejemplos).

3. LOS DERECHOS DEL HOMBRE COMO DERECHOS LEGALES: LA INEFICACIA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN

Por razones bien conocidas, el constitucionalismo europeo del siglo XIX se apartó casi inmediatamente de aquel concepto de Constitución y de Estado constitucional. En ocasiones el apartamiento fue claramente una negación, optándose temporalmente por modelos anticonstitucionales, esto es, autoritarios (de absolutismo monárquico o de dictadura republicana), pero lo más común, o al menos lo que intelectualmente produjo frutos más duraderos, fue una rectificación o una reforma de las ideas liberal-revolucionarias. La Constitución dejó de ser la norma jurídica suprema en cuanto que de ella no emanaban derechos que pudiesen ser aplicados directamente por los jueces, convirtiéndose la ley en la fuente primaria del derecho y, por lo mismo, de los derechos de los ciudadanos. El “imperio de la ley” vino a sustituir al originario “imperio de la Constitución”; el Estado constitucional de derecho quedó reducido al Estado legal de derecho. Ni el poder del Estado resultaba obligado por la Constitución ni la libertad de los ciudadanos garantizada por ella. Los hombres tendrían sólo los derechos que el Estado (la ley) estableciese. Los derechos, en consecuencia, no serían “derechos constitucionales”, sino meros “derechos legales”.

Es cierto que esta situación histórica, cuya configuración intelectual, desde el punto de vista político, corrió a cargo de los teóricos del liberalismo doctrinario y del principio monárquico y, desde el

punto de vista jurídico, de autores de tan variada significación como Constant y Laband en el siglo XIX y Carre de Malberg y Kelsen en el siglo XX, no podía significar otra cosa que un replanteamiento de la idea originaria de Constitución y una vuelta a aquel otro de sus dos significados que le atribuía Montesquieu y que había sido descartado, claramente, por el liberalismo revolucionario.

Dicho replanteamiento o bien consistía en entender que la Constitución no limita jurídicamente (esto es, efectivamente) el poder del Estado, sino que sólo limita políticamente (es decir, retóricamente), o bien significaba que, limitándolo jurídicamente (Kelsen), esa limitación no tenía más sentido que el puramente formal (y no material). De todos modos, y aun en este último supuesto, en el que se predicaba una limitación efectiva, la Constitución aparecería como un instrumento para limitar el poder con el único fin de procurar su “gloria”, esto es, de obtener la eficacia del Estado y no la libertad política de los ciudadanos. El principio de legalidad sustituía, así, al principio de constitucionalidad. Esta fue, como se sabe, la situación de los derechos fundamentales en Europa hasta casi la mitad del presente siglo.

4. CONSTITUCIÓN, DEMOCRACIA Y DERECHOS

Bajo esa distinta concepción de los derechos a que acaba de aludirse se esconde, claro está, un diverso entendimiento del significado de la Constitución misma. Dejando al margen los modelos negadores del propio Estado constitucional como forma política, puede decirse que las tesis de la limitación material (y su correlato de los derechos fundamentales como derechos constitucionales) y de la limitación puramente formal (que conduce al entendimiento de los derechos *fundamentales?* como derechos legales) suponen dos modos diferentes de concebir la unión entre Constitución y democracia.

En términos generales, el Estado constitucional no es más que el intento de juridificar la democracia. Que ese intento se lograra sólo de manera parcial o incluso fracasara en determinados momentos y que hayan tenido que transcurrir en algunos casos (en su mayoría, más exactamente) casi doscientos años para convertirse en realidad, lo único que significa es que los procesos históricos son a veces mucho más lentos de lo que se piensa. En el terreno de la historia, se ha dicho en frase muy gráfica, algunas semillas tardan mucho tiem-

po en germinar y más aún en fructificar. Que esto es así, es decir, que la semilla estaba y que la situación de ahora no es más que la consecución de una pretensión ya formulada desde el nacimiento del Estado constitucional es lo que pretendo exponer brevemente a continuación.

Para ello hay que distinguir dos modos de intentar “juridificar” la democracia, que coinciden a su vez con lo que podríamos llamar dos modos de concebir la Constitución y el Estado constitucional. Ambos tienen en común el hecho de intentar esa “juridificación” partiendo de la democracia representativa y ese dato ya pone de manifiesto, al menos en la práctica (creo que también en la teoría), las dificultades para “constitucionalizar” (esto es, juridificar) la democracia no representativa, entendida, pues de modo directo (o lo que es igual, la democracia basada en la identidad y no en la representación). Razones prácticas (y razones teóricas, bien argumentadas por Kelsen y Böckenforde, por citar sólo dos autores) parece que conducen a la conclusión de que no hay más democracia posible (efectiva) dentro del modelo, claro está, del Estado de derecho, que la democracia representativa (lo que no significa que no puedan admitirse, pero sólo como complemento y no como sustitución de esa regla general, instituciones de democracia directa en sistemas de democracia representativa). Hecha esta digresión, que no resultaba improcedente, me parece, volvamos a tomar el hilo de la exposición.

Decía que han de distinguirse dos modos de intentar “juridificar” la democracia, coincidentes con dos modos de concebir el Estado constitucional. De un lado tenemos lo que podríamos denominar concepto lato, cuyo origen se encuentra, desde luego, en el constitucionalismo británico, que se extenderá después en la Europa continental del siglo XIX y que aún está en vigor en algunos de los países europeos durante el siglo XX. Tal concepto lato se corresponde, pues, con un modelo de Estado constitucional que tiene como características definitorias (esto es, como medios para juridificar la democracia) el principio del “gobierno representativo” y el principio del “Estado de derecho”. La legitimación democrática del poder (verificada a través de elecciones periódicas) y el “gobierno de las leyes y no de los hombres” (ejercicio del poder mediante el derecho y no el arbitrio) serán los dos postulados básicos del modelo.

Es cierto que las consecuencias prácticas de estos dos postulados no se producirían inmediatamente a partir de su proclamación, esto

es, a partir del nacimiento del tipo de Estado que en ellos se fundamentaba. En tal sentido existirá, durante mucho tiempo, un desajuste entre las pretensiones teóricas del modelo, rotundamente enunciadas, y su funcionamiento práctico. Ni “todo” el pueblo podrá elegir a sus representantes, ni “todo” el poder será representativo, ni “todas” las actuaciones del poder lo serán “con arreglo a la ley” hasta épocas muy cercanas a la nuestra. Y ello, como es sabido, no sólo porque triunfase en algunos lugares, durante períodos más cortos o más largos de tiempo, la antide democracia (esto es, el anticonstitucionalismo), puesto que entonces, obviamente, son las mismas pretensiones las que se niegan y el modelo teórico, en consecuencia, el que se abandona, sino, sobre todo, porque durante muchos años aquellas pretensiones estuvieron distorsionadas por el intento de compatibilizarlas con pretensiones opuestas (que es lo que ocurre con el liberalismo doctrinario y con la teoría del principio monárquico). La consecuencia de esto último no sería exactamente la negación, pero sí el falseamiento teórico del modelo.

La práctica de éste que llamamos entendimiento amplio del Estado constitucional sólo coincidirá con la teoría cuando, por fin, se establezca al sufragio universal, se eliminen los residuos aristocráticos (desaparición de las representaciones estamentales y, en términos generales, desaparición de cualquier título para ostentar el poder que no sea el de la representación popular) o, aunque se conserven tales vestigios, se les vacíe de potestades jurídicas efectivas (ya sea a la Cámara de los Lores ya sea a la propia monarquía) y triunfe en su plenitud el principio de legalidad.

Sin embargo, lo que importa señalar es que estas transformaciones estructurales eran coherentes (venían exigidas) por las mismas pretensiones del modelo; eran, en otras palabras, su desarrollo lógico. El poder político, esto es, aquél que ejerce el *gubernaculum* (parlamento y gobierno) ha de emanar democráticamente (ya sea de manera inmediata, en el caso del “legislativo”, o de manera mediata o inmediata, en el caso del “ejecutivo”); y ese poder político ha de ejercerse de forma “regular” (es decir, no arbitraría). Sólo puede gobernarse por representación del pueblo y mediante el derecho; un derecho en el que la ley se sitúa en el rango supremo, de ahí que únicamente pueda “mandarse a través de la ley”.

Gobierno de la ley y ley hecha por los representantes del pueblo: esa es la forma de juridificación de la democracia que acaba imponiéndose de manera común (es decir, con identidad de fondo, pese

a tantas diferencias formales) en el constitucionalismo británico y en parte del constitucionalismo europeo continental (cuyo ejemplo paradigmático quizás sea el de la III República francesa). La democracia como democracia procedural (*gubernaculum* de la mayoría) y el Estado de derecho como Estado legal serán, pues, las dos características inescindibles de este modelo amplio de Estado constitucional.

Ahora bien, a poco que se repare en el modelo se observan las muchas dificultades que encierra para obtenerse, a través de los postulados de que parte, la juridificación de la democracia. Por un lado está el problema de la misma Constitución, es decir, de la garantía de vigencia (y aplicación) del modelo. En esta concepción, la Constitución misma virtualmente desaparece, puesto que si el derecho comienza con la ley, los postulados del “gobierno representativo” y del “Estado de derecho” que sustentan el sistema no están, a su vez, jurídicamente garantizados. Puede entenderse que ellos son el contenido de la Constitución, pero entonces o lo son de una Constitución flexible (sin supralegalidad) o lo son de una Constitución que es norma política, pero no norma jurídica, por la inexistencia de un control de constitucionalidad que la haga prevalecer frente a sus infracciones legislativas (una u otra cosa es lo que ocurre en aquellos Estados tributarios del modelo).

Es cierto que en nuestra época se ha propuesto la solución del problema a través de la “juridificación constitucional” de los postulados, es decir, mediante la consideración de la Constitución como norma jurídica supralegal y garantizada frente al legislador, pero cuyo contenido se limita justamente a la regulación de la organización del Estado, o en otras palabras, del sistema de fuentes del derecho, o si se quiere, de la democracia como proceso de adopción de decisiones (Kelsen) o de la democracia como sistema de puros valores adjetivos o procedimentales (Häberle, Ely).

No obstante, esta solución (que hasta ahora sólo ha sido una propuesta teórica, sin ejemplos en la práctica, al margen de su utilización a efectos interpretativo-constitucionales y, en este terreno, de muy difícil aplicación general) no resuelve el otro gran problema del modelo, que ya fue detectado por Rousseau cuando señalaba que los ingleses se creen libres y se equivocan, porque sólo lo son en el momento de votar; su voluntad política quedaba después enajenada y por ello enteramente sometida a la voluntad política de sus representantes (el Parlamento, democrático, pero omnipotente, se

convertiría entonces en el verdadero soberano). El modelo, en consecuencia, a lo más que puede llegar en su pretensión de asegurar (juridificar) la democracia es a garantizar, mediante la Constitución, que sea siempre la mayoría la que gobierne y que quede sometida, en el ejercicio del poder, al cumplimiento de procesos formales a la hora de adoptar sus decisiones.

A nadie se le oculta que, de este modo, el principio democrático, como principio jurídico, se identifica, exclusivamente, con el principio de la mayoría, y el principio de Estado de derecho con el principio del “debido procedimiento legal”. La acusación de Rousseau sigue disfrutando de entera validez, puesto que el poder del pueblo, vaciado de ingredientes sustantivos, sólo opera a través de una competencia puramente formal (elige a sus representantes pero no determina, en modo alguno, el sentido de la actuación de éstos). Investida de la legitimación democrática, la mayoría y no el pueblo es la que ostenta todo el poder (el poder de “hacer”, de actuar, sin restricción sustantiva alguna).

Pero frente a este entendimiento amplio de Estado constitucional ha existido, también desde los inicios de constitucionalismo, un entendimiento más estricto: el concepto revolucionario de Constitución. El problema denunciado por Rousseau no era ignorado, ni mucho menos, por los revolucionarios franceses y norteamericanos. Desechada por ellos la solución, también rousseauiana del problema (la democracia directa), sólo quedaba una vía para hacer compatible democracia y representación, es decir, soberanía del pueblo y Estado representativo: la limitación material del poder. En otras palabras, el concepto racional-normativo de Constitución (García-Pelayo).

Y es aquí, en este punto, donde se produce una diferencia tan fundamental entre este modelo estricto y aquel otro amplio al que se ha venido haciendo referencia más atrás, que impide concebir las relaciones entre ambos a través de la fórmula género-especie. El modelo revolucionario de Constitución no puede ser entendido, pues, como una variante del otro modelo constitucional (originado, con anterioridad, en Inglaterra), pues la limitación material del poder supone un auténtico “salto cualitativo” en la concepción teórica del Estado constitucional. Tan importante es este nuevo ingrediente, tan radical la diferencia teórica que introduce, tan distintas las consecuencias (o el desarrollo lógico) de esta pretensión, que inevitablemente conducen a configurar este modelo revolucionario de

Constitución y de Estado constitucional como una forma por entero particular y genuina, que sólo puede ser comprendida a partir de sus propios postulados.

“Gobierno representativo” y “Estado de Derecho” no constituirán exactamente las características básicas de este modelo. Entiéndase bien, no es que tales características desaparezcan, sino que ya no son definitorias, por sí solas, de la forma política, en cuanto que esta forma se distingue (alcanza su más genuino sentido) por otra característica más profunda y más amplia que las trasciende y sustenta: juridificar la atribución al pueblo de la soberanía, o lo que es igual, convertir en poder jurídico el poder del pueblo. Se pretende juridificar la democracia de modo completo, es decir, “constitucionalizar” la democracia, uniendo mediante la Constitución democracia y derecho. Es lo que podríamos llamar, propiamente, el Estado constitucional democrático de derecho. El nuevo Estado aparece así como una construcción deliberada, como la proyección estructural de una idea: la creencia ilustrada en la fusión entre la libertad y la razón.

La libertad exigía que los hombres no estuviesen sujetos más que al poder emanado de su propia voluntad; la razón imponía la división de funciones entre gobernantes y gobernados; la libertad, en otras palabras, se proyectaba en el principio de la soberanía popular; la razón en el principio de la organización institucionalizada del Estado. Pero ni en el primer nivel (el de la soberanía) podía tratarse de una libertad sin razón, ni en el segundo (el de la organización estatal), de una razón sin libertad. De ahí que la soberanía no se manifestase como un poder que se expresa mediante la pura fuerza (de modo voluble, impredecible, es decir, arbitrario) sino como un poder que se expresa ordenadamente (poder constituyente) mediante una decisión racional, general, jurídica: estableciendo una norma, la Constitución, reguladora del Estado (del poder representativo). Y de ahí que la organización del Estado hubiera de estar construida para servir a la libertad, no para vulnerarla, de tal manera que había que garantizar (por medio de la Constitución) que, en el Estado ya constituido, el pueblo seguiría siendo soberano, sin que ningún poder “representativo” pudiese suplantarla, o lo que es igual (pues sólo si el pueblo sigue siendo libre puede seguir siendo soberano), habría que garantizar que los hombres continuaran, en el Estado, siendo libres e iguales en su libertad.

Por ello el poder del Estado tendría que ser un poder representativo (elegido), pero también, e inexcusablemente, limitado; limitado no sólo formalmente (limitación temporal mediante elecciones periódicas, limitación funcional mediante la división de poderes) sino, sobre todo, materialmente (derechos fundamentales). Sólo la garantía “constitucional” de los derechos fundamentales, indisponibles por el legislador, permitía juridificar de manera más plena la democracia, es decir, asegurar que, en el Estado democrático, el pueblo seguiría siendo soberano, esto es, seguiría siendo un pueblo libre, cuya libertad sería intocable (jurídicamente) incluso por obra de la propia mayoría. Derechos frente al Estado, derechos frente a la mayoría, ése era el núcleo o la pieza esencial de este modelo en el momento del nacimiento del Estado constitucional producto de la Revolución francesa y de la independencia norteamericana, como ha sido puesto de manifiesto en tantas ocasiones por la doctrina más solvente.

Ocurre, sin embargo, que estas pretensiones, comunes en los procesos revolucionarios francés y norteamericano, sólo arraigaron después, de manera estructural, por razones conocidas, en Estados Unidos de América, y, por su influencia, aunque de modo parcial, en algunos países latinoamericanos. En la Europa del siglo XIX y buena parte del XX, el modelo revolucionario alcanzó muy escasa vigencia y fue sustituido, casi de inmediato, aparte de por la negación misma de la Constitución en algunos casos, por aquel otro modelo amplio al que antes nos habíamos referido. Cuando en Europa se produce, de modo precario en el primer tercio de este siglo y de modo más permanente a partir de la segunda posguerra mundial, el establecimiento del Estado constitucional democrático de derecho (Constitución normativa, derechos fundamentales constitucionalmente garantizados) lo que realmente ocurre no es tanto el nacimiento de un nuevo modelo cuanto la recuperación (con adaptaciones y adiciones —Estado social, Estado compuesto, principalmente— como es obvio, no en vano han pasado más de ciento cincuenta años) del modelo revolucionario, es decir, de la Constitución racional-nORMATIVA, o más exactamente, de las pretensiones fundamentales de ese modelo.

5. ALGUNOS PROBLEMAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS CONSTITUCIONALES: ESTADO JURISDICCIONAL DE DERECHO Y GOBIERNO DE LOS JUECES

En el Estado constitucional de nuestro tiempo, los derechos de los ciudadanos son, pues, “constitucionales” y no meramente “legales”. No es esa la razón suficiente (también está la exigencia, correlativa, de admitir la reforma total de la Constitución mediante un procedimiento en el que el pueblo participe como instancia última y decisiva), pero sí una de las razones necesarias para que esa forma de Estado suponga la efectiva juridificación de la democracia, esto es, el modo de hacer compatible la existencia del poder político institucionalizado y la subsistencia de una sociedad libre. En consecuencia, el legislador está sometido a los derechos fundamentales, como se expresa en la frase, tan gráfica como bien conocida, de Kruger: “antes los derechos fundamentales valían en el ámbito de la ley, ahora las leyes valen en el ámbito de los derechos fundamentales”.

En este modelo de Estado, que es —aunque ello suponga insistir una vez más—, el del Estado constitucional democrático del presente, no se produce, literalmente, el “gobierno de las leyes” (que es el modelo constitucional de la democracia estrictamente procedural), sino el “gobierno de la Constitución” (que es el modelo constitucional de la democracia con ingredientes sustantivos). La Constitución se presenta como la fuente primera de los derechos y de las obligaciones, como el núcleo normativo definidor del *status civitatis*.

Ahora bien, el “gobierno de la Constitución” puede conducir fácilmente al “gobierno de los jueces”, ya que los enunciados constitucionales, incluidos los declaratorios de derechos, son, por necesidad, tan generales y sintéticos que requieren, en su aplicación a los casos, de modulaciones o especificaciones, o lo que es igual, de concreciones interpretativas de indudable magnitud. En otras palabras, la aplicación directa de los derechos constitucionales por el juez pone en sus manos un amplio margen de actividad “reguladora”, lo que equivale a decir que se confía a la jurisdicción el “desarrollo normativo” del ejercicio de tales derechos. Los derechos constitucionales ya no serán derechos legales, pero sí, en gran medida, “derechos jurisdiccionales”. El Estado constitucional de derecho, huyendo del

Estado legal de derecho, podría convertirse en un puro Estado jurisdiccional de derecho.

No pueden dejar de señalarse los problemas teóricos y prácticos que originaría esta situación. De un lado, la quiebra del principio democrático que ello puede comportar, en cuanto que sería un poder del Estado no estrictamente representativo el encargado de concretar el *status civitatis*. De otro la merma del principio de “generalidad” del derecho, o lo que es igual, del principio de aplicación igual del derecho, mejor tutelado por las normas escritas que por las normas de creación judicial. Por último, la distorsión del pluralismo político, en cuanto que serían los jueces, y no la mayoría política, los que desarrollarían los derechos fundamentales.

6. EL LUGAR DE LA LEY EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EQUILIBRIO ENTRE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN

Precisamente para evitar esos riesgos, o si se quiere para hacer frente a los problemas señalados, la doctrina constitucional del presente ha construido nuevas fórmulas que permitan garantizar el pluralismo sin abjurar de la limitación material del legislador, de manera que la ley no sustituya a la Constitución, pero tampoco que el juez sustituya a la ley. Se trata, en suma, de encontrar el necesario equilibrio entre Constitución, ley y juez en materia de derechos fundamentales.

Para ello se parte de un dato que parece evidente: no hay garantía de los derechos sin tutela judicial. Pero también se parte de un imperativo que parece inexcusable: no es posible desterrar a la ley del ámbito de los derechos fundamentales. La ley juega un papel necesario, una función “positiva”, en los derechos fundamentales, ya que éstos, aunque gocen de eficacia directa *ex-constitutione*, sólo adquieren su plenitud aplicativa cuando legalmente se desarrollan las condiciones de su ejercicio. Piénsese, sobre todo, en la faceta prestacional que acompaña a la mayor parte de los derechos, incluidos los individuales (por ejemplo, el de sufragio o el de tutela judicial, pero también podría aludirse a los de asociación, reunión, propiedad, inviolabilidad del domicilio, etcétera), cuyo ejercicio requiere de la existencia de estructuras y medios estatales sin los cuales difícilmente podría gozarse de tales derechos de modo pleno o, al

menos, pacífico. La necesidad de actuación positiva del Estado aún es más patente en el campo de los derechos sociales, en los que la dimensión prestacional estatal resulta primordial.

Por otra parte, la ley desempeña una función, no ya “garantista” del derecho concreto, sino “garantista” del sistema de derechos en su conjunto, delimitando el ejercicio de cada derecho en función de la garantía de ejercicio de los demás derechos. No hay derechos absolutos, por principio, y es la ley, en el marco de la Constitución, la que garantiza el desarrollo normativo equilibrado de los distintos derechos constitucionales. Sistema que se consigue más adecuadamente por intervención del legislador que como resultado de la práctica judicial.

En último lugar, la ley ejerce la función, imprescindible en un Estado democrático, de preservar el pluralismo político, pluralismo que ha de garantizarse incluso en materia de derechos. La Constitución ha de permitir, sin perjuicio de asegurar el derecho, políticas legislativas distintas acerca de ese derecho en función de la mayoría política legitimada en cada momento por la elección popular. Para ello, precisamente, es para lo que se ha acudido a la noción de “contenido esencial” de los derechos fundamentales, categoría, como se sabe, que se construye primero en los años veinte de este siglo, especialmente por Schmitt, en el marco de la Constitución de Weimar, con motivo del concepto de “garantía institucional” y que después, en épocas más próximas, se traslada al ámbito de los derechos por obra de la doctrina y, especialmente, de la jurisprudencia alemanas. Hoy es una categoría plenamente incorporada al derecho constitucional comparado.

Por “contenido esencial” se entiende el reducto o núcleo del derecho indisponible por el legislador. La ley puede desarrollar de diversas maneras el ejercicio del derecho, gozando de un amplio margen de discrecionalidad en la interpretación “política” de la Constitución, pero en esa tarea el legislador, cualquier legislador, tiene un límite infranqueable: el respeto a esos elementos mínimos sin los cuales el derecho no existiría como tal derecho. La Constitución, al declarar los derechos los garantiza para los ciudadanos y, por ello, los impone al propio legislador. No queda en manos de la ley la existencia de derechos fundamentales en el ordenamiento. Los derechos son *ex-constituciones* y no *ex-lege*, pero al legislador le corresponde su desarrollo (reserva de ley) aunque siempre respetando el límite que

la Constitución le impone, que es, exactamente, el contenido esencial del derecho fundamental.

El juez, al aplicar los derechos constitucionales los aplica directamente sólo cuando no existe ley, pero cuando hay ley de desarrollo del derecho (desarrollo legal que, insistimos, es conveniente, jurídicamente) el juez debe aplicar la ley (interpretándola “constitucionalmente”, claro está) y no puede hacer prevalecer su interpretación jurídica de la Constitución sobre la interpretación “política” del legislador, salvo en el supuesto de que la ley vulnere frontalmente el contenido esencial del derecho. En este último caso es cuando únicamente puede el juez inaplicar la ley y aplicar la Constitución (si se trata de un sistema de control judicial difuso de la constitucionalidad) o plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la ley al Tribunal Constitucional (si se trata de un control de constitucionalidad concentrado) y el Tribunal Constitucional, en ese supuesto, sólo puede anular la ley si, efectivamente, se da esa frontal o inequívoca vulneración (*in dubio pro legislatoris*).

Por su claridad y admirable precisión me permito transcribir unos párrafos de la Sentencia 11/1981 del Tribunal Constitucional español acerca del problema del que estamos tratando:

En un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones puedan merecer, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretar la Constitución no consiste en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que quepa hacer sea desarrollar ese programa previo.

Dejar en claro lo anterior parece necesario para dar respuesta a algunos de los argumentos sustanciales sobre los que se ataca la constitucionalidad del Decreto-Ley (regulador del derecho de huelga) (...) Aunque admitiéramos que el Real Decreto-Ley 17/77 pudiera considerarse como restrictivo (que es lo que afirma la parte demandante) sería ésta una calificación derivada de un enjuiciamiento político. No es posible calificar jurídicamente el artículo 28 de la Constitución (que

proclama el derecho de huelga) como más liberal o más avanzado o más generoso (que la regulación que de dicho derecho se hace en el Decreto-Ley). La Constitución lo que hace es reconocer el derecho de huelga, consagrarlo como tal derecho, otorgarle rango constitucional y atribuirle las necesarias garantías. Corresponde, por ello, al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales y de límite genérico del artículo 53 (contenido esencial). De este modo, la afirmación del recurrente en punto al carácter restrictivo (de su actual regulación legal) es un juicio de valor político muy respetable y acaso comparable. Desde el punto de vista jurídico-constitucional lo único que hay que cuestionar es si sobrepasa o no el contenido esencial del derecho.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Han tenido que transcurrir más de dos siglos para que se confirme aquella idea que tan clara la tenían los liberales revolucionarios de finales del siglo XVIII: que no hay Constitución sin derechos. Tanto es así que en un país tan apegado históricamente al dogma de la soberanía parlamentaria como es Gran Bretaña, existe hoy un movimiento político y jurídico de extraordinaria pujanza a favor del establecimiento de una declaración de derechos dotada de suprallegalidad.

La conciencia civilizada del presente ha comprendido, por fin, que no hay democracia sin libertad y, por ello, que los “derechos humanos” no son un mero apelativo retórico sino un imperativo jurídicamente exigible. La fuerza de esta idea es la que ha llevado, precisamente, a un proceso de universalización de los derechos con el consiguiente establecimiento de declaraciones internacionales que no sólo enuncian, sino que también protegen los derechos a través de órganos judiciales, internacionales o supranacionales, de tutela.

Sin embargo, el Estado constitucional del presente también se beneficia de la experiencia histórica que ha mostrado la inutilidad de los radicalismos y la conveniencia de asentarse en un sistema de equilibrios, de frenos y contrapesos de variada índole, que fue también una idea que estuvo muy extendida en los orígenes del constitucionalismo y que hoy debe ser reformulada, esto es, Enriquecida.

No se trata ya sólo de un equilibrio entre poderes, sino también entre valores, entre democracia sustantiva y entre democracia procedimental, entre igualdad y libertad, entre derechos sociales y derechos individuales. Y en el plano más concreto de las técnicas jurídicas de regulación de los derechos, se impone igualmente un equilibrio, como antes ya se dijo, entre Constitución, legislación y jurisdicción. Equilibrio este último que no tiene por qué redundar en perjuicio sino, por el contrario, en beneficio de la garantía decisiva de los derechos, que no es otra que la tutela judicial. Tutela que es preciso reafirmar, por supuesto: ya nos ha alertado el profesor Fix-Zamudio sobre la “necesidad de establecer y perfeccionar los instrumentos jurídicos —que por supuesto no son los únicos— para la tutela de los derechos humanos, debido a la experiencia dolorosa de que no resulta suficiente su consagración en los textos constitucionales para que sean respetados”. Pero tutela que tampoco conviene distorsionar, ni por defecto ni por exceso. El poder judicial amparará más eficazmente los derechos de los ciudadanos en la medida en que no se salga de la función jurisdiccional y no política que le es propia.

Me parece que estas reflexiones, en la patria del amparo, podían ser, como adelanté al comienzo, una manera plausible de ofrecer mi modesta contribución al feliz acontecimiento que ahora celebramos: el 75 aniversario de la Constitución mexicana.

BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

- ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985.
ARAGÓN, M., *Constitución y democracia*, Madrid, 1989.
BÖCKENFÖRDE, E. W., “Grundrechtestheorie und Grundrechtsinterpretation”, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt/Main, 1976.
CAPPELLETTI, M., *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, 1961.
COSSÍO, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, 1989.
FIX-ZAMUDIO, H., *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, México-Madrid, 1982.
RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución como fuente del Derecho”, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid, 1979.
SCHNEIDER, H. P., “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7, 1979.

SOLOZÁBAL, J. J., “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 71, 1991.

CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 25, 1989.