

PRINCIPIOS ORDENADORES Y CRITERIOS METODOLÓGICOS PARA EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XXI

Manuel Aragón Reyes

*Catedrático emérito de Derecho Constitucional,
Universidad Autónoma de Madrid*

I. ¿NUEVA REALIDAD, NUEVO DERECHO?

Los cambios producidos en el mundo en los últimos decenios son evidentes. De un lado, en la realidad social, por la globalización económica, política y cultural, la revolución digital y, con ella, la expansión de las nuevas tecnologías de la comunicación. Pero también de esa realidad forman parte la crisis económica de 2008, que supuso un retroceso en las políticas de igualdad material aún no recuperadas y la nueva crisis económica que se sufre en la actualidad, que está provocando una patente inseguridad en la situación social y económica de la inmensa mayoría de los países, incrementada por los efectos de la grave pandemia mundial que se inició en el año 2020 y que, contenida por ahora, aún no ha desaparecido.

De otro lado, en la vertiente geopolítica, por los cambios derivados de la desaparición de la URSS, las transformaciones habidas en Rusia, la reintegración en la Europa democrática de los países del Este, el despliegue de China como gran potencia económica mundial, la pujanza del “eje del Pacífico” en competencia con el “eje del Atlántico”, y, en fin, la expansión de Estados “iliberales” en Iberoamérica. De una situación de equilibrio bipolar estamos pasando a un estadio multipolar desequilibrado, en el que los factores geopolíticos son inestables y a veces impredecibles, como lo pone de manifiesto el último acontecimiento internacional más grave: la invasión de Ucrania por la República de Rusia y la guerra que allí se está librando, con implicaciones europeas e incluso mundiales, directas e indirectas,

Y por último, los cambios en las ideas políticas, o más precisamente, en las ideologías, con el auge de los nacionalismos y demás populismos, la crisis de la democracia constitucional, la disgregación del *demos* unitario en una diversidad de identidades parciales construidas sobre las diferencias de raza, religión, sexo u otras circunstancias personales o sociales, la prevalencia del sentimiento sobre la razón, el declive de la moderación y el despegue, parece que imparable, del radicalismo en los discursos políticos, la transformación de los partidos políticos en meros instrumentos para la conquista y ocupación del poder, la conversión de la acción de gobierno, y de la oposición, en desnuda propaganda y, en fin, la extensión de una amplia desafección ciudadana hacia los políticos y las instituciones.

Es cierto que, si bien ciertos cambios en la realidad social son enteramente nuevos, como los derivados de la revolución digital, otros, como la globalización económica, ya se habían venido manifestando desde hace tiempo, pero es ahora cuando se nos presentan con mayor fuerza y, sobre todo, con mayor complejidad para ser analizados. La revolución digital ha producido un flujo de información y unas posibilidades de participación ciudadana absolutamente impensables en el pasado, pero al mismo tiempo proporciona unos medios de influencia masiva,

también inconcebible en su magnitud pocos años más atrás, que pueden poner en serio riesgo la razonabilidad del debate político e intelectual, así como la garantía de los derechos de los ciudadanos. Y la globalización, que ha abierto camino a la universalización, también, paradójicamente, por reacción o incluso, por no venir acompañada de una regulación sistemática de ámbito mundial, está poniéndose en cuestión en determinados lugares del planeta.

Tampoco los cambios geopolíticos e ideológicos actuales, y su proyección institucional en los Estados y en las relaciones internacionales, carecen de precedentes, pues muchos de ellos ya se habían mostrado desde hace bastante tiempo, con un notable y dramático protagonismo en los años treinta del pasado siglo. Pero lo que sucede en nuestra época es que, después de varios decenios (a partir de la segunda postguerra mundial) en que la paz entre las grandes potencias se mantuvo, aunque bajo la forma de una “guerra fría”, que episodios bélicos regionales (Corea, Vietnam, Israel) no la pusieron en cuestión de manera global, ha vuelto a surgir la inestabilidad internacional y el enfrentamiento armado en la misma Europa: guerra de los Balcanes en el pasado inmediato y, sobre todo, en el presente, guerra provocada por la invasión rusa de Ucrania con unas consecuencias políticas, sociales y económicas que suponen un grave riesgo de naturaleza sistémica.

A lo que se une el hecho de que, después de medio siglo en que pareció consolidarse la neta distinción ideológica entre el comunismo o las dictaduras “conservadoras”, como antidemocracias, y la democracia constitucional como democracia auténtica (percibida, vale citar a Fukuyama, como una forma política de imparable expansión no sólo por razones teóricas, sino también por razones prácticas a consecuencia del triunfo general del mercado como medio equitativo y eficaz de distribución de bienes y servicios), ese panorama ha sufrido una innegable transformación en los últimos años, hasta el punto de que la democracia vuelve a estar en peligro. No sólo en determinados países pretéritamente democráticos que han sucumbido ahora ante una ola de “iliberismo”, o en otros de tanto relieve como China, embarcada en una forma política que combina un pujante capitalismo con un férreo autoritarismo, sino también en democracias asentadas que, sin haber llegado al extremo de falsear por completo su sistema constitucional democrático, está debilitándolo en sus características esenciales.

Como consecuencia de todos esos fenómenos, el pronóstico de la expansión mundial de la democracia, acompañada de una progresiva reducción de la desigualdad social, parece que ha entrado en franco declive. Por desgracia, y parafraseando libremente citas literarias bien conocidas, no parece que en el mundo estemos llegando al “reino feliz de los tiempos finales”, sino quizás al “infierno de nuestro descontento”.

Ante esa situación, nueva en ciertos aspectos y, en otros, derivada de la agudización de circunstancias que ya se venía arrastrando tiempo atrás, es difícil negar que en el siglo XXI el Derecho Constitucional se encuentra con unas realidades a las que ya no puede hacer frente sólo con los instrumentos del pasado. Unas realidades que permiten entender que incluso estamos ante una nueva fase de las condiciones de la vida social producida por un desarrollo tecnológico antes impensable tanto por su ámbito de actuación (por ejemplo, la inteligencia artificial) como por su intensidad (la extrema velocidad a la que cambia todo). En unos casos, tales realidades le obligan al Derecho a acuñar nuevas categorías y, en otros, a reforzar mejor las clásicas precisamente para satisfacer con eficacia unas necesidades sociales que requieren de nuevas respuestas jurídicas, pero también para hacer frente a ideologías que pretenden destruir el sistema que, con el nombre de democracia constitucional, ha demostrado ser, en la teoría y en la práctica, el mejor modo de lograr una convivencia pacífica basada en la libertad, la igualdad y el Estado de Derecho.

Porque los riesgos para la democracia, aparte de provenir de ideologías populistas, también pueden derivarse de que en los Estados constitucionales se ha olvidado que la eficacia de las políticas públicas es un presupuesto esencial de la propia legitimidad democrática, pues, como la experiencia histórica demuestra, no basta con la legitimidad de origen del poder, ya que ella ha de ir acompañada por la legitimación de ejercicio. Ambas condiciones son inseparables. De ahí el peligro de que pudiera cundir un ejemplo como el de China, que sacrifica la democracia por razón de la eficacia. Ante dicho ejemplo no basta con la denuncia intelectual de que se trataría en realidad de un espejismo, sino que se requiere disipar la idea de que la democracia sea un sistema ineficaz, introduciendo las reformas institucionales que así lo acrediten.

Para conservar la democracia, en tiempos de cambio, hay que reformarla, sobre todo en lo que a su funcionamiento se refiere (e incluso a veces en lo que afecta a sus principios nucleares). Eso resulta evidente. Por ello, el Derecho Constitucional ha de afinar sus instrumentos para abandonar principios obsoletos, para introducir otros nuevos y para mejorar aquellos que conviene conservar (entre otros, y principalmente, los que permiten conciliar legitimidad del poder y eficacia de las instituciones) porque sin ellos el sistema democrático no puede ni concebirse ni mantenerse.

En definitiva, ante las nuevas realidades, no se trata de construir un nuevo Derecho, pero sí de acomodar extensa e intensamente el Derecho Constitucional a las exigencias que el mundo de nuestros días nos plantea. Hacerlo ya, con urgencia, pues la situación es grave y, por ello, no admite demora. *Vigilantibus non dormienti-*

bus iura succurrunt es un viejo apotegma del Derecho Romano que no ha perdido vigor. Vigilando y no durmiendo se protegen los derechos y, habría que decir hoy, puesto que es igual, la democracia constitucional. Vigilancia y alerta política y ciudadana, por supuesto, pero también jurídica. Es cierto que el Derecho no lo puede todo, y que para lograr que la democracia perdure es necesario igualmente un cambio de actitud de los políticos, los partidos y las instituciones. Pero también es cierto que sin el Derecho no se puede hacerse nada, nada justo y duradero. Por ello es una obligación de los juristas, y en especial de los constitucionalistas, estar despiertos para dotar al Derecho de instrumentos adecuados que permitan hacer frente a los retos que en el siglo XXI nos apremian.

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XXI

1. En cuanto a los principios ordenadores

a) *Significado general*

La idea de constitución, la soberanía popular, la división de poderes, los derechos fundamentales, la representación política y las bases del Estado de Derecho continúan siendo, a mi juicio, los principios ordenadores que el Derecho Constitucional no puede abandonar. A cada uno de ellos se dedican trabajos específicos en este libro, por lo que resultaría impropio que en este capítulo inicial se examinaran con detalle. Me limitaré a unas reflexiones generales, poniendo de manifiesto lo que de aquellos principios debe, sustancialmente, mantenerse pese a los cambios que en la realidad social y política se han producido, y lo que de ellos debe modificarse precisamente para que sean eficaces atendiendo a las nuevas circunstancias.

b) *Sobre el concepto de Constitución y su ineludible defensa*

El concepto esencial de constitución no puede cambiarse, ya que es el presupuesto del modo civilizado de convivencia que la democracia constitucional intenta garantizar. Pero sí que ha ampliado su ámbito de proyección, hasta el punto de que hoy puede hablarse de un constitucionalismo “cosmopolita”, de un sistema de reglas, principios y valores que tienen vocación de extenderse, como Derecho común, fuera de las fronteras nacionales. Esto tiene mucho que ver con el fenómeno del Derecho transnacional al que más adelante se hará mención. Pero al defender la necesidad de mantener el concepto de constitución no me refiero sólo a su sentido formal (como norma supralegal) sino también material (como norma que prescribe un modelo determinado de convivencia), pues lo propio o genuino de la constitución es su pretensión de garantizar la efectividad de la democracia como sistema político.

Hoy, ante los peligros que sobre la democracia se ciernen, es preciso reivindicar ese entendimiento sustancial de la constitución como universalmente válido y, por ello, enfrentarse de lleno con el problema de la reforma constitucional. En ciertos países, el blindaje de la constitución democrática se ha pretendido realizar mediante los límites materiales a la reforma constitucional. Pero en todos, contenga o no la constitución cláusulas expresas de intangibilidad, se hace necesario admitir que mediante las reformas puede cambiarse el texto constitucional, pero no destruirse. Una reforma constitucional que eliminara la democracia no supondría cambiar la constitución para mantenerla (objetivo legítimo de cualquier reforma constitucional) sino pasar de una constitución a una “no constitución” (objetivo ilegítimo de cualquier reforma constitucional).

Por ello, la defensa de la constitución resulta imprescindible en estos tiempos de crisis derivada de la extensión de ideologías que, sin propugnar directamente la dictadura, sí que están promoviendo, y consiguiendo en muchos países, un falseamiento de la democracia mediante un auténtico falseamiento del significado genuino de la constitución. Resulta necesario, pues, revisar el significado de “democracia militante”, y cambiarlo por el de “democracia resistente”. Con esta revisión no se trata de restringir el pluralismo político, sino de reconocer que, siendo lícitas las ideas contrarias al significado de la democracia constitucional siempre que no usen medios delictivos para propugnarlas, no cabe, sin embargo, aceptar que utilicen las vías de la reforma constitucional para destruir a la constitución misma. Ese límite deben tenerlo claro los órganos jurisdiccionales a la hora de controlar las reformas constitucionales (control necesario porque, si no, las normas constitucionales sobre la reforma carecerían de eficacia). La democracia pluralista es esencial, pero también debe serlo la convicción de que el pluralismo no debe destruir a la propia democracia.

c) *Sobre la soberanía nacional*

La soberanía popular no es sólo una *fictio iuris* necesaria como base de la democracia constitucional. También es una realidad demográfica: la existencia de una comunidad de ciudadanos libres e iguales en sus derechos a la que se atribuye el ejercicio del poder constituyente. Sin esa comunidad real, la comunidad ficticia difícilmente se podría sostener. Lo que nos conduce a una reflexión metodológica: la necesidad del jurista de tener en cuenta la realidad política. Es decir, la exigencia de que, sin distorsionar el método jurídico, los constitucionalistas debamos de estar atentos a la politología. De manera que, para que aquella comunidad de ciudadanos sea real y no sólo ficticia, es preciso que haya unos ciudadanos conscientes de sus derechos y, por ello, la cultura cívica, que se adquiere a través de la educación y la ejemplaridad, por término medio, de los políticos y las institucio-

nes, es un requisito indispensable para el mantenimiento de la democracia. No debe olvidarse que, como ya se ha dicho y no importa repetirlo, en la democracia, legitimidad y eficacia no deben separarse, pues su vitalidad viene de abajo arriba, pero su mantenimiento se produce de arriba abajo. Conciliar ambas proyecciones es el camino más seguro para evitar las dictaduras.

Por otro lado, aunque en el mundo globalizado de hoy (y no digamos en los países pertenecientes a organizaciones supraestatales como es el caso de la Unión Europea) el ámbito material de la soberanía nacional se encuentra restringido, la noción misma de soberanía no desaparece, aunque se traslade, parcialmente, de sujeto, ya que no puede haber comunidad política constitucionalizada si en ella no existe una instancia suprema a la que se reconoce como centro de imputación del poder de autodeterminarse como comunidad política independiente, esto es, de ejercer el poder constituyente. La exigencia, democrática, de que ese poder sea el del pueblo, como entidad unitaria y no dispersa y, por ello, capaz de expresar una sola voluntad, no desaparece cualquiera que fuese el ámbito (estatal o supraestatal) de la comunidad política.

En el ámbito estatal, la unidad de la soberanía impone que, incluso en los Estados políticamente descentralizados, la asunción de la pluralidad territorial descansa en la distinción entre la soberanía de la nación y la autonomía (que no soberanía) de las diversas entidades que la integran. De ahí la imposibilidad, para el Derecho Constitucional, de aceptar construcciones teóricas, y prácticas, como las del Estado plurinacional o la confederación, que significarían la destrucción misma de la base en que el Estado constitucional se sostiene: la existencia de una sola entidad soberana, compuesta por ciudadanos libres e iguales en sus derechos. Sin esa base, el Derecho Constitucional, simplemente, desaparece.

En el ámbito supraestatal, es decir, en el de las uniones de Estados que, sin llegar a formar un Estado federal, han puesto en común determinadas competencias, como es el caso, por ejemplo, de la Unión Europea, tal exigencia ha de mantenerse, necesariamente, aunque se haya vuelto más compleja. En el estadio de desarrollo alcanzado por la Unión Europea como comunidad supraestatal, la unidad de la soberanía se logra mediante el equilibrio y la cooperación entre las soberanías nacionales y la soberanía del conjunto de ciudadanos de la Unión. Y ello será así mientras que la Unión Europea no se constituya en Estado federal y deje de ser una unión de Estados que tiene a la vez rasgos federales y confederales. Tampoco debe olvidarse la doble función (limitadora, pero también protectora) de las soberanías nacionales en materia de defensa que desempeña la OTAN, reforzada actualmente por la amenaza de una especie de nueva guerra fría como consecuencia de la acción militar expansiva de Rusia puesta dramáticamente de

relieve por su invasión de Ucrania (e incluso por la sintonía de China con esa y otras medidas que tanto Rusia como China podrían adoptar en otros escenarios).

Al margen de estas organizaciones políticas supraestatales institucionalizadas (o de alianzas de defensa, como la OTAN), no cabe olvidar que la globalización económica que, de manera general, se está experimentando, pone en cuestión también el ámbito material de las soberanías nacionales, pero, no obstante, la conservación de la legitimidad democrática exige no sólo la real participación de los Estados (y a su través de la voluntad popular soberana) en las decisiones globales, sino, al mismo tiempo, que tales decisiones no sean adoptadas de manera anómica, sino por órganos globales institucionalizados, representativos de los Estados, dotados de una regulación ordenada y de suficiente transparencia en sus actuaciones.

d) Sobre la división de poderes

La división de poderes es un principio sin el cual la constitución, simplemente, no existe, ya que ésta resulta inseparable de su finalidad de limitación del poder en beneficio de la libertad. Limitación que requiere de una proyección material (derechos fundamentales) y de una proyección funcional (división de poderes), ambas garantizadas por la existencia de controles que garantizan la efectividad de la limitación. Por ello, sin derechos fundamentales y sin división de poderes no hay constitución, como se decía en el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, afirmación que mantiene su vigencia. Pero tampoco hay constitución si las limitaciones no van acompañadas, como ya se ha advertido, de los correspondientes instrumentos de control que las garanticen: controles sociales derivados de la capacidad de acción y fiscalización de los propios ciudadanos; controles políticos (electorales y parlamentarios); y controles jurisdiccionales inseparables del Estado de Derecho.

Otra cosa es que la división de poderes se proyecte de manera distinta en los regímenes presidencialistas y en los regímenes parlamentarios, que tienen en común, por supuesto, la exigencia de que el poder judicial sea independiente, pero que se diferencian en el modo en que están divididos, y relacionados, los poderes políticos parlamento y gobierno. Pero en uno y otro caso, presidencialismo y parlamentarismo, la expansión del poder ejecutivo, en los últimos tiempos acrecentada por la dimensión global de la política y la economía, requiere, como contrapeso, de un fortalecimiento de los parlamentos. Ello es obvio en el presidencialismo, sistema que sólo puede funcionar correctamente mediante el equilibrio entre un ejecutivo fuerte y un parlamento fuerte. Si ello no se da, el presidencialismo no funciona, como se ha demostrado en muchos países que importaron el sistema

de los Estados Unidos sin incorporar al mismo tiempo los necesarios contrapesos que allí le prestan efectividad.

La exigencia de un parlamento fuerte también hay que predicarla del parlamentarismo, porque las reglas de este sistema, mal interpretadas, pueden acentuar, incluso en mayor medida que en el presidencialismo, el exceso de poder de los ejecutivos. De ahí que, pese a la relación de confianza entre parlamento y ejecutivo, propia del sistema parlamentario, resulte necesario, en tal sistema, distinguir entre parlamento y gobierno, como entidades distintas, lo que requiere diferenciar el parlamento como institución del parlamento como órgano. En cuanto órgano, regido por la regla de la mayoría, la coherencia entre sus decisiones y las del gobierno entra dentro de la lógica política del parlamentarismo, pero en cuanto institución que representa el pluralismo político de la sociedad, sus funciones han de estar regidas por el principio de la fiscalización y el contrapeso de la acción gubernamental.

De ahí la necesidad de que los parlamentarios individuales gocen de la suficiente autonomía para ejercer sus funciones, sin que al mismo tiempo se desfigure la eficacia organizativa de los grupos parlamentarios, aunque teniendo en cuenta que el mandato representativo individual no puede quedar eliminado bajo la existencia de un mandato imperativo dentro del grupo. Una cosa es la disciplina parlamentaria y otra bien distinta la desaparición absoluta de la libre voluntad de cada uno de los representantes.

También la consideración del parlamento como institución exige que las minorías, y especialmente la oposición, tengan atribuidos eficaces instrumentos de control, de manera que puedan ejercer de manera plena la crítica ordinaria del poder ejecutivo, y que el propio parlamento pueda condicionar, mediante previa autorización, determinadas decisiones que los gobiernos pretendan adoptar. En este último plano, un control parlamentario estricto de la legislación gubernamental de urgencia, de las designaciones de los componentes de altos órganos estatales y, en fin, de las situaciones de emergencia constitucional, es, sin duda, condición que hoy resultan necesaria en los sistemas parlamentarios de gobierno y en general en la democracia parlamentaria.

Por otra parte, la aparición de administraciones independientes (en especial los organismos reguladores) ha hecho que la distinción entre parlamento y gobierno sea más compleja, ya que el poder ejecutivo se encuentra a su vez dividido, dado que, en determinadas materias, hay un reparto de competencias entre el gobierno y las administraciones independientes. El problema que plantea, entonces, la necesidad de que exista una fiscalización política de esta parte del ejecutivo no

gubernamental requiere que el control parlamentario sobre las administraciones independientes sea suficiente para preservar esa necesaria fiscalización requerida por la división de poderes, sin que desaparezca por ello la autonomía (basada en razones de solvencia técnica, y no política) que tales administraciones han de conservar.

e) Sobre la democracia representativa

La representación política es, en la democracia constitucional, la forma genuina en que se manifiesta la legitimidad popular del poder y la limitación temporal de su ejercicio (elecciones periódicas). En definitiva, la democracia constitucional es inseparable de la democracia representativa, vale decir, de la democracia parlamentaria. La afirmación de Kelsen, en ese sentido, sigue siendo válida. La democracia directa, a través de la institución del referéndum, puede complementar, en ciertos casos, la regla general de la representación, pero no puede, de ninguna manera, sustituirla, pues entonces desaparecería la democracia constitucional como sistema reconocible.

Y ello es así no sólo por razones prácticas (amplitud demográfica de los Estados), sino sobre todo por razones teóricas, puesto que el referéndum, al plantear sólo una opción binaria (aprobar o desaprobar la propuesta sometida a la decisión popular) cercenaría el pluralismo haciendo imposible el debate y transacción en las decisiones políticas, que sólo en el parlamento pueden manifestarse, y eliminaría o dificultaría grandemente la limitación más básica del poder en cualquier ordenamiento auténticamente constitucional, la que distingue entre el poder constituyente y los poderes constituidos, al convertir la voluntad del pueblo en la instancia inmediata de las decisiones políticas. Por ello, estas razones teóricas no resultan invalidadas por el hecho de que hoy, la revolución digital pudiera facilitar la participación virtual referendaria del conjunto de los ciudadanos. De ahí que, frente a los populismos de nuestro tiempo, el constitucionalismo debe mantener con firmeza la radical incompatibilidad entre la democracia constitucional y la democracia plebiscitaria.

Cosa distinta es la ampliación de los cauces de participación ciudadana directa, por ejemplo, mediante la iniciativa legislativa popular, siempre a condición de que el parlamento no sea enteramente soslayado. Más dificultades tiene la revocación popular de los cargos políticos electivos, en cuanto que puede interferir la necesaria estabilidad de las instituciones durante el período del mandato, aparte de introducir un elemento plebiscitario pernicioso en la democracia representativa. Creo que los controles políticos y jurisdiccionales del poder pueden garantizar, si los tiempos de mandato no son largos, que los hipotéticos excesos

cometidos por titulares de los cargos públicos representativos sean corregidos. Por ello, los mandatos representativos ni deben ser muy cortos, porque impedirían la eficacia de las políticas públicas, ni muy largos, porque dificultarían la limitación temporal del poder. Aquí, la búsqueda de un equilibrio razonable en esa duración resulta fundamental.

De todos modos, no puede obviarse que hoy existe, de manera general, un alejamiento de los ciudadanos respecto de sus representantes políticos y de las instituciones, como consecuencia, especialmente, del desvío por los partidos políticos de su función vertebradora de la democracia. Por ello es necesario poner remedio a ese problema, para que, en la democracia, el Estado de partidos no sustituya al Estado con partidos, para que los partidos no fagociten todas las instituciones públicas con clara decadencia de la división de poderes, para que el pluralismo político no se confunda con la defensa y procura de intereses parciales, sino que coadyuve a la consecución de los intereses generales a través del debate entre diversas y legítimas posiciones ideológicas. De ahí que la ejemplaridad funcional de los partidos y las instituciones sea, hoy, una auténtica necesidad para conservar el sistema constitucional democrático.

f) Sobre el parlamentarismo racionalizado

Uno de los problemas importantes que plantea el sistema parlamentario de gobierno es la necesidad de que, sin merma del papel central del parlamento, sirva para dotar de estabilidad y eficacia al gobierno. Precisamente cuando ello no se ha conseguido, ese sistema ha entrado en crisis, como se demostró en el pasado (ejemplos de la III y IV Repúblicas en Francia y del agitado periodo de la Constitución de Weimar en Alemania). Ese defecto se intentó corregir a partir de la segunda postguerra mundial en algunas constituciones, como la alemana (entonces Ley Fundamental de Bonn) y, después, la actual española (que siguió el modelo alemán), a través de la exigencia de que tanto la investidura como la moción de censura respecto del canciller, allí, o del presidente del gobierno, aquí, fuesen constructivas. Si esa regla no se aplica, como ha sucedido en España a partir de 2015, el parlamentarismo puede entrar en crisis a consecuencia de la inestabilidad del gobierno o por una estabilidad que sólo produce ingobernabilidad.

Pero conviene resaltar que, aunque otros sistemas parlamentarios no hayan seguido en sus constituciones esa comprensión “constructiva” del parlamentarismo, la exigencia de estabilidad y eficacia gubernamental no desaparece, y en tal sentido, el Derecho Constitucional del presente debe sostener la necesidad de que en, en la práctica, se interpreten las reglas de todos los sistemas parlamentarios en atención a esa finalidad, absolutamente necesaria para evitar crisis institucionales

y para no quebrantar la legitimidad del propio parlamentarismo. El equilibrio entre un parlamento fuerte (que incluye una oposición capacitada para el control) y un gobierno fuerte (que pueda generar políticas estables y eficaces) debe considerarse, sin duda, como una exigencia del sistema parlamentario.

g) Sobre el Estado de Derecho

El Estado constitucional democrático es, y no puede ser de otra manera, Estado de Derecho. Lo que requiere no sólo de un ordenamiento jurídico basado en la jerarquía normativa y, por ello, en el respeto de los principios de constitucionalidad y legalidad, sino también, inexorablemente, de la independencia judicial, sin la cual no existiría un auténtico control jurisdiccional de los actos del poder. La independencia del poder judicial no sólo es una exigencia del Estado de Derecho, sino también del Estado democrático, pues, como se ha recordado, ambas realidades son inseparables en el Estado constitucional. Por ello, el constitucionalismo del presente no puede dejar de propugnar los medios para evitar la politización del poder jurisdiccional, tanto en el modo de designación de sus titulares como en el modo de integración de los órganos de gobierno de la judicatura. Al mismo tiempo, la protección de la seguridad jurídica, ingrediente ineludible del Estado de Derecho, destinada a garantizar la previsibilidad e igualdad en la aplicación de las normas, impone que la legislación sea clara, comprensible por sus destinatarios, evitándose los preceptos inconcretos, confusos o incluso carentes de contenido jurídico, así como la excesiva proliferación normativa que hace difícil la búsqueda, aplicación e interpretación de los preceptos reguladores de cada supuesto de hecho.

Por último, el Estado de Derecho impone que todos los poderes públicos estén sometidos a las normas jurídicas, sin que haya actos inmunes al control judicial, garantizándose también que las autoridades y los ciudadanos deban cumplir los mandatos legales y las sentencias de los tribunales sin que haya ámbitos políticos, sociales o territoriales exentos de esa obligación. La llamada “judicialización de la política” sólo sucede cuando se pide de los tribunales enjuiciamientos políticos que, por su propia naturaleza, deben insertarse en los controles políticos y no en los jurisdiccionales, pero no es judicializar la política acudir a la justicia cuando los poderes públicos o los ciudadanos incumplan la normas, ya que ello es un derecho de los particulares y, además, un deber de los que ostentan cargos o funciones públicas.

Hoy no cabe negar que el Estado de Derecho se encuentra debilitado en algunos países democráticos, pero, lo más grave aún es que se encuentra directamente falseado en aquellos Estados que, conservando una mera apariencia de constitución,

la han desfigurado hasta el punto de establecer unas nuevas formas de dictadura: las dictaduras iliberales o populistas. Contra esa corriente, el Derecho Constitucional de nuestro tiempo ha de mantenerse firme en la defensa de un principio que no puede abandonar: que sin Estado de Derecho no hay ni constitución ni democracia. Ese es uno de los retos que el presente nos plantea. La lucha por la igualdad, las reformas sociales tan necesarias en muchos países del mundo, han de acometerse dentro del Derecho, nunca fuera o en contra de él, pues, de lo contrario, lo que se obtiene, como la experiencia ha demostrado, no es sólo la pérdida de la libertad, sino, además, el ahondamiento, seguro, de la desigualdad.

2. En cuanto a los valores: universalización de los derechos humanos, Estado social y garantías materiales de aquellos derechos

a) La dignidad humana como fundamento de los derechos

La garantía de la dignidad humana es, en realidad, la finalidad más imperiosa del Estado constitucional democrático que, por ello, ni puede dejar de asegurar la libertad ni, tampoco, dejar de promover la igualdad. El debido equilibrio entre ambos valores es un reto que el Derecho Constitucional no puede abandonar. Frente a las discriminaciones antiguas (que perviven) y las nuevas (que se han acentuado), el objetivo de esta forma política sigue siendo lograr que la sociedad esté compuesta por ciudadanos libres e iguales en sus derechos. Como la teoría exige y la práctica ha demostrado, si no está garantizada esa libertad e igualdad de derechos tampoco está garantizada la dignidad de la persona. Como tampoco lo está si dicha garantía formal no va acompañada de una garantía material, es decir, de un desarrollo social equilibrado que permita a todos los ciudadanos el disfrute de unas condiciones vitales sin las cuales resulta imposible concebir la dignidad del ser humano. Hoy, lo digan o no expresamente los textos constitucionales, el Estado constitucional, por su finalidad intrínseca de garantizar la dignidad de la persona, ha de ser, inevitablemente, un Estado democrático y social.

b) La universalización de los derechos humanos

La idea de derechos humanos ha sido una constante en la Historia, anudada al concepto de dignidad de la persona, aunque ha sido el Estado constitucional el que ha logrado convertirlos en derechos positivos. Más aún, esa idea ha logrado tal poder de convicción que se fue abriendo camino la exigencia de que la garantía de los derechos no podía quedar residenciada sólo en el interior de los Estados, sino que, en cuanto que tales derechos, por estar al servicio de la dignidad humana, afectan a todas las personas y no sólo a los ciudadanos de un determinado

país, debieran de ser declarados como derechos universales ampliando su titularidad a todos los ciudadanos del mundo. Así fue confirmado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, seguida por los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966. A estos instrumentos normativos de ámbito universal se unieron otros de dimensión regional, como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, el Convenio Interamericano de Derechos Humanos o, en fin, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Los derechos fundamentales de los ciudadanos de un Estado pasaron así a transformarse en derechos humanos de los que deberían disfrutar, trascendiendo las fronteras, todas las personas. De ese modo, en los últimos setenta años, los derechos humanos se han universalizado. Lo que no quiere decir que ello se haya logrado en la práctica, pues hoy, en muchas partes del mundo, esa universalización normativa no se ha convertido aún en realidad, lamentablemente, pues sólo una minoría de países gozan de un régimen auténticamente democrático. Pero el objetivo está marcado (la globalización de los derechos humanos) y su validez ética, y no sólo jurídica, resulta difícilmente rechazable.

c) La garantía material de los derechos humanos

La globalización de los derechos humanos llevada a cabo por las declaraciones universales (o supranacionales) de derechos supone, sin duda, un logro, pero se trata de una globalización formal. Importante, sin duda alguna, pues el Derecho no puede desligarse, en modo alguno, de las formas. Como advirtiera hace más de siglo y medio Rudolf von Ihering, “en el Derecho, la forma es hermana gemela de la libertad y enemiga jurada de la arbitrariedad”. Pero, en materia de derechos, la plena efectividad real de los mismos requiere, además de unas garantías formales, otras garantías materiales que procuren la existencia de unas condiciones vitales sin las cuales esos derechos, aunque proclamados, difícilmente, en muchos casos, podrían ejercerse.

A esa necesidad se ha intentado dar respuesta en el interior de muchos países a través de la consideración del Estado, no sólo como democrático, sino también como “social”, definición que impone a los poderes públicos la realización de determinados fines que procuren la igualdad real, y no sólo formal, en el ejercicio de los derechos. En algunas constituciones, así la española, esa finalidad está expresa, atribuyéndose a los poderes públicos promover las condiciones para que la

libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se insertan sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Pero, aunque en otras no lo esté, creo que esa finalidad del Estado forma parte del concepto de constitución democrática del presente, debiendo considerarse como principio interpretativo de la misma. De otro modo, la constitución no cumpliría su imperiosa función integradora de la comunidad a la que rige.

Mandato general que se complementa con la previsión, en la casi totalidad de las constituciones emanadas en los últimos tiempos, no sólo de derechos individuales, sino también de derechos sociales (entre ellos la educación y el trabajo) y de directrices o principios rectores encaminados al aseguramiento de aquellas condiciones de vida (protección de la familia, la infancia, la juventud y la vejez, de la salud, del medio ambiente, de acceso a una vivienda digna, a la cultura, la ciencia y la investigación científica y técnica, de promoción de las condiciones favorables al progreso social y económico) sin las cuales se hace difícil o incluso imposible que los derechos individuales puedan ser disfrutados por todas las personas, y no sólo por los que, por educación y medios materiales, tuviesen la capacidad real de ejercerlos.

El problema es que, dado el carácter universal de los derechos humanos, ligado a la igual dignidad de todas las personas, estas medidas, que sólo rigen en determinados países del mundo, no son, por ello, suficientes para lograr, de manera global, la efectividad de esos derechos. Ese propósito de globalización real y no sólo formal es el que condujo a las ONU a proclamar, primero, los ODM en el año 2000 y, después, a sustituirlos por los ODS del año 2015, con la pretensión de que estos últimos objetivos pudieran estar cumplidos, al menos en su mayor parte, en los siguientes quince años, según un programa de realización que lleva el nombre precisamente de Agenda 2030.

Las características principales de los ODS no consisten sólo en la ampliación de los campos materiales de actuación respecto de los ODM del 2000, sino, además y principalmente, en la constatación de que para la consecución de esos objetivos no eran suficientes las acciones estatales (como sucedía en los ODM), sino que se requería también, y necesariamente, la actuación de la sociedad, implicándose a las organizaciones sociales de todo tipo, y destacadamente a las grandes empresas, en esa tarea. Esta cooperación pública-privada como motor de un desarrollo social y económico equilibrado y sostenible y, por ello, al servicio de la dignidad humana, que ya se había venido practicando en el interior de los países con Estado social, ampliará así su dimensión para convertirse en una exigencia global.

Por ello, los ODS, al impulsar la creación universal de condiciones de vida apropiadas para la preservación de la dignidad de las personas, constituyen, sin duda,

uno de los instrumentos más valiosos para que puedan hacerse efectivos en el mundo, y no sólo en determinados países, los derechos humanos inherentes a esa dignidad personal. Si las Declaraciones universales de derechos tienen como finalidad la garantía formal global de esos derechos, los ODS suponen el intento, hasta ahora más decidido, para dotar a esos derechos de una garantía material.

Más aún, en cuanto que todavía en muchos lugares del mundo no han adquirido los derechos humanos ni siquiera su garantía formal, los ODS, al fomentar la mejora de las condiciones de vida, pueden contribuir también a que en esos lugares acabe llegando la garantía formal de los derechos, porque el progreso social y económico que los ODS tratan de impulsar puede ayudar a conseguir que ello suceda. Es cierto que la libertad en condiciones de igualdad, allí donde existe, contribuye decisivamente al desarrollo social y económico, pero también lo es que ese desarrollo convierte en imparable la demanda de libertad en igualdad allí donde ésta aún no está reconocida.

Por último, debe subrayarse que la globalización de tales condiciones materiales, además de venir exigida por la universalización efectiva de los derechos, también viene exigida por un motivo basado en la pura supervivencia. La gravedad de las amenazas que hoy se ciernen sobre la sociedad y la propia especie humana (pandemias sanitarias como la que estamos viviendo en nuestros días, cambio climático, emisión de gases de efecto invernadero, amenazas de guerra, desequilibrios producidos por las carencias, en numerosos países del mundo, de educación, cultura, alimentos y medios materiales de supervivencia, inestabilidad política propiciada por los fundamentalismos identitarios y por los defectos de institucionalización, intensidad desbordada de los flujos migratorios, etc.) son, en unos casos, de naturaleza global, y en otros, aunque directamente no lo sean, tienen capacidad de producir efectos globales, de modo que sólo mediante acciones globales pueden ser conjurados.

De ahí que a tales amenazas no pueda hacerse frente mediante acciones tomadas aisladamente dentro de cada país, pues requieren, como se ha dicho, de una acción de ámbito también global que cada día resulta más urgente. Si así no se hiciera, esto es, si en un mundo fuertemente interrelacionado como el de hoy, no se globalizaran las condiciones materiales para la preservación de un desarrollo sostenible y de una convivencia justa, digna y pacífica, la realidad de los derechos humanos no peligraría sólo en algunos países, sino que pudiera correrse el riesgo de que no pudiera disfrutarse de ellos en ningún lugar del planeta o incluso el riesgo de que desapareciera la condición existencial de esos mismos derechos: la vida humana en la Tierra. Estos peligros no pueden imputarse a un alarmismo exagerado, se desprenden simplemente de un examen razonable de la realidad.

El Derecho Constitucional del siglo XXI no puede permanecer ajeno a estas exigencias éticas y reales, como tampoco a la necesaria colaboración público-privada para llevarlas a cabo. Ello le obliga a reformular algunos de sus conceptos básicos y a servirse de adecuados métodos de interpretación para dotarse de eficacia en su cometido de garantizar jurídicamente la supervivencia de la democracia ante una realidad social notablemente distinta a la de tiempos pasados.

3. En cuanto a los cambios en la producción y eficacia de las normas jurídicas

Las transformaciones en la realidad social y política producidas en los últimos decenios no afectan sólo al Derecho Constitucional, sino al Derecho en su conjunto. En especial, el cambio real que ha supuesto la globalización (cuya crisis actual no va a eliminarla, sino quizás a exigir nuevos modos de tratarla) se proyecta en todos los sectores, ya sean políticos, económicos, sociales o culturales, obligando a repensar las bases teóricas que los sustentaban y las prácticas que, en su desarrollo, se venían utilizando. Y por supuesto, se proyecta en el propio Derecho, como categoría general, que para sostener su legitimidad y dotar de eficacia a su función reguladora ha de tener en cuenta, y acoger, esa nueva realidad, que sobrepasa el ámbito nacional en que el Derecho solía desenvolverse o el ámbito puramente interestatal regulado, desde siempre, por el Derecho internacional, basado en la soberanía de los Estados, cuando hoy resulta que esa soberanía se encuentra, por la globalización, materialmente limitada. La globalización fortalece, sin duda, la función del Derecho internacional, pero además obliga a dar un paso más, a un entendimiento “transnacional” del propio Derecho.

Esa transnacionalización de lo jurídico se ha venido efectuando por diversas vías: la construcción de una teoría general-global del Derecho que, pese a la diversidad de sistemas jurídicos, deduzca (e incluso produzca) unos principios básicos comunes a todos ellos con el objeto de garantizar un grado suficiente de seguridad jurídica en las relaciones de todo tipo que hoy se despliegan en un mundo fuertemente interconectado; la adopción de reglas jurídicas por instancias transnacionales, unas veces como Derecho “fuerte” (imperativo), otras como Derecho “débil” (exhortativo), cuyo ámbito de aplicación, que se extiende más allá de las fronteras nacionales, llega a ser mundial o, al menos, está referido a grandes áreas territoriales del planeta; la existencia de unos organismos ordenadores supra territoriales, ya sean de naturaleza política, técnica o administrativa, ya sean, incluso de arbitrajes institucionalizados o de auténticos tribunales de justicia; y, en fin, la incorporación por los Derechos nacionales de las normas y recomendaciones transnacionales.

El Derecho Constitucional ha de tener en cuenta, necesariamente, estos fenómenos que afectan a todos los sectores del ordenamiento, puesto que junto a las reglas y principios que han sido en el pasado objeto de conocimiento y de interpretación para el Derecho como conjunto normativo, y para el Derecho Constitucional como sector superior del ordenamiento, han surgido nuevas formas de Derecho, de emanación transnacional y de eficacia compleja que afectan a materias constitucionales. Por supuesto que el Derecho “fuerte” (*hard law*, en terminología inglesa) ha de conservarse, pero también ha de tomarse en consideración el Derecho “débil” (*soft law*, en la misma terminología). Un Derecho éste que no deja de tener eficacia jurídica, pues de lo contrario, sería *soft*, pero no *law* (de ahí que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya iniciado, aunque tímidamente, su control, por ejemplo, en el *asunto BT*, 2021). Las recomendaciones del *soft law* no disfrutaban de la coactividad clásica de las normas, pero sí de una fuerza de obligar basada en los perjuicios (o la no percepción de beneficios) que generaría su incumplimiento.

En suma, tanto el transnacionalismo jurídico como el fenómeno del *soft law* han de ser tenidos en cuenta por los constitucionalistas, ya que, respecto de algunas materias, se han integrado en el Derecho objeto de su conocimiento. Distinguir entre el Derecho internacional y el Derecho transnacional, entender que hay normas de *hard law* que nunca pueden abandonarse, establecer la fronteras entre el *Diritto mite* (Zasgrebelsky) como Derecho débil caracterizado por la condición principal y no estrictamente reglada de sus prescripciones, que deja abierta su eficacia normativa, y el *soft law* como Derecho sin coactividad jurídica, pero con coactividad fáctica, son retos metodológicos que el Derecho Constitucional del presente debe afrontar.

4. En cuanto a la interpretación de la Constitución y la función de los tribunales constitucionales

a) Constitución y justicia constitucional

Por exigencias de la teoría, que la práctica ha venido confirmando, cabe sostener que constitución y justicia constitucional son hoy realidades inseparables. Ello es claro en lo que podríamos llamar constituciones modernas, “racional-normativas” en términos de García-Pelayo, pero también lo es en el único ejemplo de constitución antigua o “histórica” que todavía se conserva: la del Reino Unido. Allí la Constitución, o al menos sus partes destinadas a regular las relaciones de los ciudadanos con el poder, es, y siempre ha sido, Derecho aplicable por los jueces, aunque esa Constitución no goce del carácter supralegal que sí tienen las constituciones modernas. Cuando, a través de un largo proceso, las constitucio-

nales “racional-normativas” fueron desplegando la potencialidad inherente a sus postulados (primero en los Estados Unidos de América y después en Europa), que no eran otros que la soberanía del pueblo, los derechos fundamentales y la división de poderes, quedó patente que sólo concibiendo a la constitución como norma jurídica suprema y dotando de eficacia a esa supremacía jurídica, la constitución podría regir efectivamente la vida de una comunidad.

Partir, pues, de que la constitución es Derecho significa aceptar que los jueces deberán aplicarla, pues no hay Derecho sin la garantía judicial de su cumplimiento y eso exige, necesariamente, atribuir esa garantía a órganos de naturaleza jurisdiccional. Y efectivamente, allí donde hay una auténtica constitución, lo que hoy significa una constitución normativa, que regula un Estado democrático de Derecho, los jueces y tribunales controlan la constitucionalidad de las demás normas del ordenamiento y de los actos que en su aplicación se realizan. La justicia constitucional, en suma, no es otra cosa que la aplicación jurisdiccional de la constitución. Lo que significa la garantía jurisdiccional de la democracia, pues ni hay ni debe haber oposición entre esos dos términos (justicia constitucional y democracia).

En algunos países esa justicia la desempeñan todos los jueces y tribunales, sea cual sea la norma o acto sometidos a su control. Ese modelo de justicia constitucional es el que suele calificarse como de jurisdicción difusa. En otros países, sin perjuicio de que también todos los jueces y tribunales aplican la constitución, se atribuye en exclusiva a un sólo órgano jurisdiccional, un tribunal constitucional, el control de constitucionalidad de las leyes (el monopolio de rechazo de las leyes por razón de su inconstitucionalidad). Es el modelo también denominado de jurisdicción concentrada, o europeo, porque aquí nació, aunque se ha extendido a otras zonas del mundo.

Hoy, en ese modelo, no hay dos jurisdicciones separadas (como en el originario esquema kelseniano), una que aplica la constitución y otra las leyes, sino dos jurisdicciones entrelazadas, en cuanto que tanto la jurisdicción ordinaria como la constitucional aplican e interpretan la constitución y las leyes, con la única diferencia de que sólo puede declararlas inconstitucionales el tribunal constitucional y de que a éste compete en exclusiva la suprema interpretación de la constitución y de la constitucionalidad de las leyes. Ha habido, pues, una aproximación entre los modelos de jurisdicción difusa y concentrada, una aproximación lógica porque en ambas se parte del mismo concepto de constitución como norma jurídica fundamental que obliga a todos los poderes públicos y de la que emanan derechos ejercitables directamente por los ciudadanos.

Ese es el presente. El futuro de la justicia constitucional no es otro, pues, que el futuro de la constitución, que es lo mismo que decir hoy del Estado constitucional

y democrático de Derecho. Las transformaciones que, como consecuencia de los procesos de supra estatalización, en unos casos, y de globalización en todos, esa forma de Estado está experimentando en los últimos tiempos no suponen por sí solos que la justicia constitucional desaparezca, sólo de que está obligada a operar en ámbitos más extensos y complejos. Los tribunales constitucionales nacionales, los tribunales supranacionales (como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), los tribunales regionales de protección de los derechos humanos (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como más importantes) habrán de estar más coordinados doctrinalmente para que, al margen de singularidades propias, no haya contradicciones o disfunciones en esa común tarea de desempeñar una especie de justicia constitucional global a varios niveles. De manera que se vaya forjando una especie de Derecho Constitucional general (apoyado en una teoría general) que sienta las bases comunes de la defensa jurisdiccional del sistema constitucional democrático.

Ahora bien, tanto en las instancias nacionales de control de constitucionalidad como en las aludidas instancias supranacionales, la estructura y cometido que las caracteriza es la misma: se trata de órganos de composición meritocrática (cuyos integrantes han de ser juristas de reconocida competencia), en los que el principio democrático, de manera funcional, sólo opera indirectamente en su designación, y que tienen, no obstante, facultades de control de actos y normas adoptados por los poderes emanados de la representación popular. Esa aparente contradicción es la que ha conducido a que algunos, con escasa meditación, entiendan que existe una franca oposición entre democracia y justicia constitucional. Entendimiento viciado, creo, por un defecto de enfoque y por una inapropiada construcción teórica, que es de lo que más adelante se tratará.

Conviene advertir, no obstante, que todo lo que acaba de decirse no significa desconocer los defectos que esa justicia constitucional pueda tener, que sí los tiene. Lo único que se ha pretendido ahora es señalar, de manera general, o más exactamente conceptual, el carácter indisociable de constitución y justicia constitucional, avalado hoy, como se dijo al principio, por la teoría y la práctica. Cosa bien distinta es examinar el estado en que se encuentra en la actualidad la justicia constitucional y, en ese plano histórico y concreto, advertir de que sufre determinadas disfunciones que requieren remedio a través de reformas que tiendan a eliminarlas o atenuarlas, pues si el futuro de aquélla, como institución, no lo veo radicalmente comprometido, sí creo que ese futuro transcurrirá en mejores condiciones si se erradican algunos de los defectos que hoy aquejan a la aplicación de la constitución por los órganos jurisdiccionales (así, por ejemplo, el activismo judicial en ciertos casos o la politización de la designación de tales órganos en otros).

b) *Justicia constitucional y democracia*

De todos modos, conviene insistir en la relación ya aludida entre justicia constitucional y democracia para disipar algunos equívocos acerca de ella, pues, como una especie de secuela de las viejas ideas de Carl Schmitt que, frente a Kelsen, negaba el carácter jurídico de la justicia constitucional, ha vuelto a utilizarse en nuestro tiempo, y ha tenido cierta fortuna, el argumento de la ilegitimidad de un órgano político no democrático para controlar las decisiones de los órganos políticos democráticos. Esa es la base de la llamada “objeción democrática” a la justicia constitucional, al menos en su vertiente más simple, aunque también se haya extendido otra (cuyo origen más que en Schmitt está en Lambert) que, aceptando que la justicia constitucional es justicia y no política, discute la legitimidad de que unos jueces puedan controlar al legislador democrático, ya que entonces son aquellos los que “gobiernan” y no los representantes del pueblo, subvirtiendo de ese modo la división de poderes. En ambos casos cabe encontrar una evidente debilidad teórica. Simplemente porque se basan en un defectuoso entendimiento de la democracia constitucional.

Como ya se dijo más atrás, la democracia constitucional no significa otra cosa que el establecimiento de reglas de Derecho que limitan el poder constituido, y ello, en una democracia, significa limitar el poder de la propia mayoría. Por eso, la capacidad de un órgano del Estado democrático, necesariamente judicial (como debe ser cualquier órgano que resuelva de manera definitiva las controversias en Derecho), de anular las decisiones adoptadas por la propia mayoría democrática no es una paradoja real, sino únicamente aparente, pues el Estado constitucional democrático no deja de serlo, democrático, por el hecho de que la mayoría no pueda ser soberana. Al contrario, esa es la condición de la democracia constitucional, en la que sólo el pueblo (y no sus representantes) ostenta la soberanía. De ahí que el Estado constitucional democrático se base en una distinción sin la cual tal forma de Estado carecería de sentido: la diferencia entre el poder constituyente y el poder constituido.

En ambos planos se proyecta el principio democrático, aunque no de igual manera. En el plano constituyente (democracia “de” la constitución), la democracia no puede sustentarse en la regla de la simple mayoría, sino en la regla del consenso, esto es, de exigencia de unas mayorías muy cualificadas; cosa obvia, puesto que la constitución garantiza derechos y estructuras que no pueden estar a la disposición del poder constituido, es decir, de las mayorías cambiantes que en cada momento se sucedan como consecuencia de los procesos electorales. Si así no fuera, la constitución desaparecería, dado que dejaría de ser una norma supralegal y, entonces, como se expresó en frase afortunada y bien conocida, sería “una página en blanco

que el legislador puede escribir a su capricho”, lo que significaría, simplemente, que no habría constitución.

Una constitución es democrática porque emana democráticamente. Pero una constitución garantiza la democracia porque la preserva frente a la propia mayoría, en cuanto que establece unas prescripciones que la simple mayoría no puede cambiar. Unas prescripciones fundamentales (en su doble significado de superiores y de más importantes) que sólo pueden ser acordadas por la democracia de consenso. Consenso que será obligatorio, en coherencia, para la reforma de la misma constitución. Esa, además de ser la consecuencia lógica de la jerarquía normativa, es la base democrática de la rigidez constitucional.

Distinta es la proyección del principio democrático en el poder constituido, que opera a través de la regla de la mayoría y no del consenso, salvedad hecha de que algunas medidas que la propia constitución prevé deban adoptarse por mayorías superiores a la simple, así la emanación de determinadas leyes, pero siempre por una mayoría cualificada inferior a la que puede disponer de la constitución, pues de lo contrario se confundirían poder constituyente y poder constituido. Por todo ello, la proyección del principio democrático en el poder constituido no es el plano de la democracia “de” la Constitución, sino el de la democracia “en” la constitución, esto es, el de la democracia que la constitución establece para la adopción de las decisiones ordinarias del Estado.

Como resulta obvio, esta segunda forma de proyección de la democracia no puede sobreponerse sobre aquella primera, de manera que la democracia “en” la constitución ha de atenerse a la democracia “de” la constitución. Para que ello sea así está precisamente la justicia constitucional, que tiene como función garantizar que el poder constituido no vulnera lo decidido por el poder constituyente. En tal sentido no sólo resulta incorrecto entender que hay una oposición entre democracia y justicia constitucional, sino que debe afirmarse que es la justicia constitucional la que hace posible la propia democracia, esto es, la que garantiza que la democracia de consenso, que produjo la constitución y ha de regir sus reformas, no sea suplantada por la democracia de la mayoría, propia de las actuaciones del poder constituido.

En consecuencia, la democracia constitucional, en la que la democracia “en” la constitución está subordinada a la democracia “de” la constitución, exige que haya justicia constitucional. Justicia de jueces y no de políticos (lo que sería un contrasentido) pues es función “natural” de la jurisdicción resolver los conflictos entre normas (entre la constitución y las que componen el resto del ordenamiento). Si así no fuera tendría todo el sentido la conocida frase de Rousseau, de que “los ingleses se creen libres, pero sólo lo son el momento de votar”. En la demo-

cracia constitucional la libertad de los ciudadanos está garantizada en todo tiempo porque la constitución limita el poder de la propia mayoría, es decir, porque el parlamento no es soberano, que sólo lo es el pueblo, que mediante la democracia de consenso estableció unas reglas que garantizan los derechos y limitan el poder y por ello no están a la plena disposición de los poderes constituidos, existiendo una instancia objetiva, de aplicación de la constitución, que tiene encomendada la custodia fiel de esas reglas.

A partir de este entendimiento, que considero correcto, la llamada “objección democrática” a la justicia constitucional carece de legitimidad teórica. No es que no haya oposición entre justicia constitucional y democracia, es que la una requiere necesariamente de la otra. Ahora bien, precisamente porque la justicia constitucional no puede dejar de estar sometida a la propia constitución, es por lo que su función de custodia de ella ha de ser “fiel”, esto es, limitarse a fundar en razones jurídicas sus decisiones de preservación de la constitución frente a los actos del poder constituido. Por ello, el problema de la relación entre democracia y justicia constitucional no puede residenciarse en la existencia misma de esa justicia, existencia que es necesaria, sino en el modo composición del órgano que la ejerce (que garantice, de manera clara y objetiva, la independencia y solvencia técnica de sus titulares) y en modo de actuación del mismo (que garantice una aplicación “fiel” de la constitución).

Dada la limitada extensión de este trabajo no procede detallar las exigencias de solvencia jurídica, de objetividad y no “politicidad” que deben regir la composición de los tribunales constitucionales y la designación y estatuto de sus miembros para facilitar la “razonabilidad contrastable” de sus decisiones y con ello la legitimidad de los mismos tribunales. Pero sí quiero referirme a las condiciones exigibles al modo de dictar tales decisiones para “asegurar” aquella necesaria “razonabilidad”. En este plano, el problema de la relación entre democracia y justicia constitucional, donde se sitúa, exactamente, es en la interpretación constitucional, de manera que, para evitar la contradicción entre los dos términos de esa relación, dicha interpretación habrá de producirse de modo jurídicamente razonable, y por ello objetivable, y no a través de decisiones fundadas en un mero ejercicio de voluntad política de la que, por principio, la justicia constitucional carece, pues su única legitimidad reside en el Derecho y no en la política y por ello en el razonamiento jurídico que sirve de base a sus decisiones. Lo que nos lleva a examinar, aunque sea brevemente, el específico carácter de la interpretación constitucional.

c) La interpretación constitucional

La cuestión principal que ahí se plantea no es otra que la de los límites de esa interpretación, pues mediante ella, ni el supremo intérprete constitucional pue-

de suplantar al poder constituyente ni tampoco al legislador, cuyos actos puede anular por inconstitucionales, por supuesto, pero no desvirtuarlos o sustituirlos. Por ello, ni puede hacer decir a la constitución lo contrario de lo que ella dice, pues para modificarla está el poder de reforma constitucional, no el poder jurisdiccional, ni, para salvar su constitucionalidad, hacerle decir a la ley lo que objetivamente ella no dice, pues si bien puede hacer de legislador negativo, no le cabe comportarse como legislador positivo suplantando el legítimo papel del legislador democrático. Esas reglas generales de los límites de la interpretación constitucional han de seguirse, desde luego, pero sólo con enunciarlas no se resuelven los complejos problemas que la interpretación constitucional plantea.

Y tales problemas radican en la peculiaridad que, frente a la interpretación de las leyes, tiene la interpretación de la constitución, debida a la diferente naturaleza de que gozan la constitución y la ley. La constitución es norma bien distinta de la ley no sólo por razones de forma, en cuanto que la constitución es la norma suprema, a la que la ley está subordinada, sino también por razón de su contenido, en cuanto que la constitución está integrada, además de por reglas, enunciadas con una alta dosis de generalidad y abstracción, por una amplia variedad de principios que, como tales, albergan una inevitable indeterminación. Esto último es consecuencia de la función que cumplen las constituciones modernas, que no sólo regulan el funcionamiento del Estado, sino que proclaman valores y principios que han de regir en la totalidad de la vida social, más exactamente, en los diversos sectores del ordenamiento jurídico público y privado. Por eso se ha dicho en frase gráfica que hoy “por la constitución pasan todos los hilos del Derecho”. Una norma así, tan omnicompreensiva y al mismo tiempo tan sintética (pues de lo contrario se convertiría en un cuerpo legal de dimensiones incalculables aparte de dejar sin espacio suficiente al desarrollo constitucional y de correr el riesgo cierto de la obsolescencia), requiere de una interpretación muy especialmente cualificada.

Si interpretar la ley ya supone una actividad intelectual muy alejada de la vieja idea de que el intérprete ha de limitarse a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, dado que hoy (y creo que siempre), en las leyes existen enunciados que requieren de un proceso hermenéutico que encierra una dosis de actividad recreadora (aunque siempre limitada por las exigencias de la seguridad jurídica), interpretar la constitución eleva esa actividad recreadora de manera exponencial. En ambos casos, interpretación de la constitución e interpretación de la ley, no debe perderse de vista que, si la interpretación de una norma es, en muchos supuestos, recreación de ella, lo que no cabe admitir (salvo en los sistemas de *common law*) es que, mediante la actividad interpretadora, el juez cree, *ex nihilo*, normas antes inexistentes. Mediante la interpretación de los enunciados normativos, las normas que cabe deducir de ellos se “descubren”, pero no se “inventan”.

Sin embargo, no es esta distinción de cantidad (más principios en la constitución que en la ley), sino una distinción de cualidad la principal diferencia entre ambos textos normativos, derivada del hecho de que las indefiniciones o indeterminaciones de la ley pueden ser concretadas a la luz de su interpretación constitucional, mientras que las indefiniciones o indeterminaciones de la constitución no pueden serlo apelando a una norma superior a ella. Y en todo caso, cuando cabe, en alguna materia constitucional, apelar a una norma más alta desde el punto de vista de la jerarquía hermenéutica (no exactamente de la jerarquía normativa) como sucede en los supuestos de sumisión estatal a los tratados o convenios sobre derechos humanos (y a la doctrina de las jurisdicciones internacionales o supranacionales que tienen encomendada su protección), los problemas interpretativos que tales normas planteen tampoco pueden resolverse apelando a otra norma más alta, que no la hay.

De manera que, en el estrato ordinamental superior, las indefiniciones o indeterminaciones normativas que no puedan resolverse en el interior del texto de la disposición de que forman parte utilizando los métodos habituales de la interpretación jurídica, únicamente cabe concretarlas elevándose del plano dogmático normativo y apelando a la teoría, esto es, a la teoría general del Derecho y, específicamente, a la teoría general de la constitución (de la que forma parte la teoría general de los derechos humanos). Sólo intérpretes muy cualificados, capaces de poseer los suficientes conocimientos teóricos, pueden, en los casos difíciles, realizar una interpretación constitucional objetivada. Es decir, una interpretación fundada en el Derecho y no en el arbitrio. Una interpretación razonada y razonable, capaz de ser contrastada en el seno de la comunidad jurídica.

A estas razones que explican la singularidad de la constitución y por lo mismo de la interpretación constitucional, se añade otra, también derivada de una última distinción entre constitución y ley: la que se sustenta en la garantía del pluralismo político como valor constitucional. La constitución, además de contener determinadas reglas cerradas o incluso principios y valores de necesario cumplimiento, pues de lo contrario difícilmente podría servir de límite al legislador, ha de contener otras reglas abiertas, susceptibles de desarrollos legislativos distintos en función del propio pluralismo. De ahí que la interpretación de la constitución sea, también por este motivo, una interpretación distinta de la de la ley.

En la constitución democrática (lo que significa democrática-pluralista) la ley no es en todo caso ejecución de la constitución como el reglamento sí lo es de la ley, pues la constitución ampara que bajo su vigencia pueda haber políticas legislativas distintas en función de la mayoría que en cada momento gana las elecciones. Mayoría que no goza de una completa libertad, por supuesto, pues si así fuera

no habría constitución, pero sí que ha de tener una esfera de discrecionalidad, siempre dentro de los límites sustantivos que la propia constitución ha marcado. Incluso en unas normas materiales tan significativas como las que enuncian los derechos fundamentales, la sumisión del legislador no lo es a la totalidad del ámbito en el que el derecho puede desarrollarse, sino al contenido esencial de ese derecho, que es el límite que, necesariamente, el legislador ha de respetar.

Ello convierte a la interpretación constitucional en una tarea delicada y de suma prudencia, pues no le compete cerrar aquello que el constituyente dejó abierto. Sólo una cuidadosa exégesis del texto constitucional, capaz de discernir entre reglas cerradas y abiertas, capaz de combinar, en la teoría y en la práctica, los principios y valores que la constitución impone, sea cual sea la mayoría parlamentaria, y las cláusulas facultativas, que no obligatorias, que la constitución también contiene para garantizar la capacidad de acción de esa misma mayoría, puede realizar con éxito aquella tarea. Y hacerlo de manera que la interpretación constitucional resultante no pierda su ineludible condición de objetividad mediante una argumentación razonable capaz de ser compartida, o criticada, a partir de los argumentos que el Derecho, y no la política, proporcionan.

En el campo, pues, de la interpretación constitucional, realizada por los órganos de la justicia constitucional, es donde hoy se sitúan, verdaderamente, los problemas atinentes a la relación entre justicia constitucional y democracia. Y esos problemas no son otros que los derivados, como ya se dijo, de los límites de la interpretación constitucional y por ello de los límites que la justicia constitucional no debe traspasar. La discusión hay que centrarla entonces en el “activismo judicial” y en el “exceso de jurisdicción”, que sí pueden poner en peligro el necesario equilibrio entre justicia constitucional y democracia.

Quizás, junto con la comprensión “multinivel” de la justicia constitucional, sea el de la peculiaridad de la interpretación constitucional el mayor desafío metodológico al que hoy ha de enfrentarse el Derecho Constitucional, obligado a revisar viejas categorías y a buscar un equilibrio difícil, pero no imposible, entre normativismo y “constructivismo”, esto es, entre dogmatismo jurídico (imprescindible para que el Derecho no se destruya) y teoría general (necesaria para comprender adecuadamente la constitución y resolver los casos difíciles).

No creo, aunque determinados filósofos del Derecho así lo postulen, que en esos casos de insuficiencia del texto normativo haya de acudir a la moral (política o social) para resolverlos, sino a la integración de la constitución positiva en la teoría particular de esa constitución concreta y, si ello no fuese suficiente, en la teoría general de la constitución, que da sentido al propio sistema constitucional

democrático como género dentro del cual cada constitución particular o específica ha de ser, necesariamente, comprendido. Una teoría general que sienta sus bases en el método histórico-comparativo. Todo jurista, pero más aún el jurista de la constitución, ha de estar siempre atento a la Historia y al Derecho Comparado. Justamente para dotar de solidez (solvencia jurídica) a las categorías que ha de utilizar.

De ese modo (incorporando a la norma jurídica la propia teoría jurídica en los casos difíciles) la interpretación constitucional no dejaría de ser una interpretación conforme a Derecho, compleja y difícil, es cierto, pero perfectamente posible. Una interpretación jurídica y no una mera interpretación política o moral carente de objetividad y por ello de la única legitimidad que justifica la función de los órganos jurisdiccionales que tienen encomendada la suprema (y vinculante) interpretación de la norma superior del ordenamiento jurídico.

En estos momentos de cierta confusión metodológica, los constitucionalistas debemos defender el sentido normativo de la Constitución, frente a quienes piensan que sólo es un programa que deja al arbitrio de sus intérpretes, según sus convicciones políticas o morales, la construcción de un determinado orden social. Si el Derecho se diluye, también se diluirá, inevitablemente, la democracia constitucional.

