
Vincenzo Omaggio. Catedrático de Filosofía del Derecho. Enseña Teoría de la interpretación y argumentación jurídica en el Dipartimento di Scienze giuridiche, Università Suor Orsola Benincasa - Napoli. Entre sus trabajos recientes: *Teorías de la interpretación. Giuspositivismo, ermeneutica giuridica e neocostituzionalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003; *Ermeneutica e interpretazione giuridica* (con G. Carlizzi), Giappichelli, Torino, 2010; *Il diritto nello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011; *Saggi sullo Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015; (eds. con G. Carlizzi), *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, Edizioni ETS, Pisa, 2016 (ed. alemana *Juristische Hermeneutik im 20. Jahrhundert*, herausgegeben von S.Meder, Vandenhoeck & Ruprecht Verlage, Göttingen, 2018).
Contacto: vincenzoomaggio@libero.it

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO Y SU CRISIS

Vincenzo Omaggio

Università Suor Orsola Benincasa

THE CONSTITUTIONAL STATE AND ITS CRISIS

DOI: 101745450/180208

Fecha de recepción: 20 de marzo 2018; fecha de aceptación 22 de abril 2018. Este artículo es fruto de un proyecto de investigación desarrollado con el Dipartimento di Scienze Giuridiche de la Universidad “Suor Orsola Benincasa” Napoli.

Resumen

El ensayo propone un enfoque sobre la condición actual del modelo conocido como el “estado constitucional de la ley” que aún prevalece en países con instituciones democráticas maduras. Después de dibujar una silueta rápida, destaca dos aspectos relevantes de su crisis: el debilitamiento de los partidos políticos y la reducción del estado del bienestar. En el fondo se encuentran las relaciones y tensiones entre el constitucionalismo y los derechos y el constitucionalismo y la democracia.

Palabras clave

Estado de derecho constitucional, Estado del derecho legislativo, Derechos Fundamentales, Democracia, Estado de derecho.

Abstract

The article focuses on the model of so-called “constitutional State”, prevailing in many countries with mature democratic institutions. After presenting a silhouette it highlights two relevant aspects of its crisis: weakening of political parties and resizing of welfare State. On the background there are relationship and tension between constitutionalism and rights and between constitutionalism and democracy.

Keywords

Constitution, Rule of Law, Democracy, Fundamental Rights, Welfare State.

El constitucionalismo y los derechos

El Estado de derecho constitucional expresa el modelo de cultura jurídica prevaleciente, quizá dominante, en muchos países e instituciones democráticas maduras, según modalidades y gradaciones diferentes, e idealmente representa el corazón de la Unión Europea que, en el preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales, pone a la persona en el centro de su propia acción. En la primera parte de este artículo vamos a trazar un rápido esbozo de este modelo, poniendo de manifiesto algunos rasgos distintivos, mientras que, en la segunda parte, vamos a señalar dos elementos de su crisis actual. En efecto, el hecho de que el modelo se haya afirmado en los ordenamientos jurídicos democráticos más avanzados y sea dominante en la elaboración cultural de los operadores del derecho y de la política de nivel más elevado (instituciones representativas parlamentarias, supremas cortes, autoridades independientes, ciencia jurídica) no excluye que, desde el punto de vista teórico, no esté caracterizado por numerosas críticas —incluso bien fundadas— y que su realización muestre, desde el punto de vista práctico, incoherencias y límites.

Tras nacer de las trágicas experiencias de la última guerra mundial y de los totalitarismos europeos —que representan su antecedente directo y decisivo— es notorio que el Estado constitucional de derecho está caracterizado por algunos rasgos peculiares: por haber introducido constituciones rígidas (que no se pueden modificar con la legislación ordinaria) y superiores a las leyes; por haber insertado en los textos constitucionales, además de reglas formales y procedurales que sistematizan la producción normativa, principios ético-políticos que incluyen derechos civiles, políticos, sociales y económicos, considerados *indecidibles* (las leyes no pueden decidir violarlos y no pueden sino tutelarlos) e *indivisibles* (los derechos sociales no se pueden separar de los civiles y políticos); y por haber introducido un control de conformidad constitucional de las leyes, entregado a los jueces y/o a órganos jurisdiccionales *ad hoc*, como tribunales y cortes constitucionales.

Estas elecciones han producido el efecto directo de descomponer el tradicional principio de legalidad en dos niveles: aquel específico del Estado de derecho legislativo, donde el poder ejecutivo y jurisdiccional estaba sometido a la ley ordinaria, y otro más elevado, donde esta misma ley está supeditada a los principios fundamentales, entendidos no solo como límites a no transgredir, sino más bien como normas positivas a poner en práctica, aunque de forma indefinida, debido precisamente al carácter fundamental y, al mismo tiempo, genérico de sus contenidos, desprovistos de hechos

jurídicos específicos. Los principios transmiten un contenidopreciado —los derechos fundamentales de los ciudadanos— así que el constitucionalismo contemporáneo se configura también como un “constitucionalismo de los derechos”, expresión de la edad de los derechos, y las cartas constitucionales se presentan indisolublemente como “constituciones de poderes” y “constituciones de derechos” (Luciani, 1985). Por lo tanto, hoy día los derechos ocupan plenamente el espacio de legitimación del discurso público, no obstante su discutida y controvertida definición.

De ahí que, el hecho de añadir el adjetivo *constitucional* al Estado de derecho no implique su simple ampliación sino, de alguna manera, un cambio de perspectiva que se puede leer desde una óptica discontinuista y antijuspositivista, o bien continuista y juspositivista, como una especie de perfeccionamiento del paradigma general del Estado de derecho y de su lógica de limitación del poder, llevada a las últimas consecuencias de la limitación del poder legislativo soberano¹. De todos modos, nos hallamos ante un dato incostrastable: la validez de las leyes está limitada. Estas ya no representan el centro del sistema por muchas razones que se podrían recordar (Omaggio, 2015, pp. 25 y 69), sino sobre todo porque la constitución las sustituye. Sigue siendo Estado de derecho, Estado que se somete al derecho, pero el derecho al que se somete ya no es el mismo. Del principio de legalidad se ha llegado al principio de constitucionalidad.

Sin embargo, esto significa que la misma constitución puede y debe entenderse de forma diferente respecto del modelo anterior de Estado de derecho legislativo. También la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 es una constitución, pero se fundamenta exclusivamente en las leyes: todos los derechos se hallan en las leyes, ningún derecho fuera de estas. Los derechos son naturales e imprescriptibles, pero su ejercicio por parte de cada individuo solo puede estar determinado por la ley (art. 4). Para asegurar los derechos, es necesaria la omnipotencia de la ley, porque solo la ley garantiza aquella generalidad y abstracción que representan las bases de la soberanía política. El art. 3 de la *Declaración* afirmaba que “el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación” y nadie puede ejercer una autoridad “que no emane directamente de ella”; esto significa que, para que haya legitimidad, cabe preservar la forma política de cualquier voluntad particular, siempre arbitraria y corruptora, y que la soberanía puede expresarse en la única forma general y abstracta que la ley sabe ofrecer, asegurando al mismo tiempo la igualdad de los ciudadanos y su tutela de todo abuso,

1. Por lo que a la tesis discontinuista se refiere, cfr. Zagrebelsky (1992) y por la continuista, cfr. Ferrajoli (2010, pp. 2771 y ss). Cfr. también Ansuátegui Roig (2013, pp. 261 y ss). En cambio, una lectura que tiende a igualar a los dos autores es La Torre (2010, pp. 209 y ss).

como el *Leviatán* de hobbesiana memoria, que moldea y ordena a la masa de los hombres. La constitución revolucionaria de los siglos XVIII y XIX es un modelo monista, que guarda la absolutidad del poder soberano, aunque lo pasa del monarca al pueblo mediante el circuito “pueblo-asamblea-ley”. La realización de su tarea histórica —la liberación de la sociedad de los vínculos tardofeudales— solo podía realizarse a través de las leyes autoritativas, y no por medio del reconocimiento de derechos autónomos (Zagrebelsky, 2008). La ley es su verdadero eje, expresión de la voluntad general y de un poder unitario que detiene la soberanía.

El individuo se hace cargo de similar modelo de soberanía, porque la generalidad y la abstracción son cualidades del individuo como ente homogéneo. La homogeneidad del sujeto político que se expresa a través de las leyes es el otro elemento esencial de la cuestión. El sentido de legalidad y seguridad nacía en las estructuras profundas de la sociedad². Las leyes no estaban sometidas a ningún parámetro de legitimidad, ni a ninguna limitación, pero tampoco se les necesitaba (Zagrebelsky, 1992, p. 35). Desde el punto de vista jurídico, la ley tenía mucho poder porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal bien definido y homogéneo, ofrecido por los principios políticos y económicos de la burguesía triunfante³. Una sociedad política monoclase no necesitaba de un control de constitucionalidad de las leyes, porque su homogeneidad social era tan fuerte como para asimilar la figura abstracta del sujeto jurídico, titular potencial de todas las situaciones jurídicas, y la figura del hombre concreto insertado en las relaciones socio-económicas efectivas (el sujeto propietario y contratante); el binomio Estado-individuo es tan fuerte que parece natural, total que, cuando entre en crisis, se hablará de una crisis del Estado *tout court*.

Al modelo de soberanía basado en la ley se ha sustituido “la soberanía de la constitución”: ¿qué constitución? Una constitución que ahora ya no se entiende solo como manifiesto político —es decir, como el acto por excelencia de autodeterminación de un pueblo— y ya no solo como la norma procedural que fija las reglas del juego, las relaciones

2. N. Irti (1979, p. 3): “[...] il senso di sicurezza nasce dalle strutture profonde della società. La borghesia, uscita vittoriosa dalla grande rivoluzione, è la nuova classe dirigente: è la portatrice di una tavola di valori in cui tutta la società è chiamata a riconoscersi”.

3. P. Grossi (2017, p. 27): “[...] conquistato a fine Settecento il potere politico tanto agognato, si disegna il volto di uno Stato rigidamente mono-classe cercando però di dargli delle fattezze suadenti capaci di far dimenticare che alla iniqua dominanza dei ceti privilegiati dell’antico regime si era semplicemente sostituita la dominanza della intelligente e intraprendente classe borghese che aveva promosso e fatto la rivoluzione. La appropriata cosmesi giuridica fu, per l’appunto, offerta dalle fondazioni giusnaturalistiche del primo costituzionalismo. Tutto si misurava non su uomini in carne e ossa, ma su modelli disincarnati, su soggetti virtuali più simili a statue museali che a creature viventi. Il vizio stava soprattutto nella astrattezza del paesaggio disegnato (...) Il lavorare su modelli astratti permetteva, infatti, di dare a ciascuno il lievito della speranza lasciando intatte le disuguaglianze economiche e sociali del mondo presente”.

entre los poderes públicos, sino más bien como norma jurídica en sí valedera y vinculante a partir de sus principios programáticos. Ahora la soberanía de la constitución indica su supremacía como norma jurídica considerada en sí misma, que exige la invalidación de las leyes que se le oponen y permite su aplicación directa por parte de los jueces a los hechos concretos cada vez que esto sea técnicamente posible. Estos dos fundamentales corolarios redimensionan las leyes y superan el dogma constitucional de la *interpositio legislatoris*. Es una superación que tiende esencialmente a individualizar y tutelar los derechos fundamentales, respecto de los cuales la *interpositio legislatoris* ya no aparece necesaria, ni suficiente: no es necesaria porque la actividad de concretización de los derechos puede desarrollarse también en ámbito interpretativo, si falta una de sus disciplinas legislativas, puesto que no se puede permitir que la fuerza normativa de la constitución quede desactivada por la inercia del legislador; no es suficiente, porque aunque exista similar disciplina, esta no se puede poner en tela de juicio en ámbito judicial desde el punto de vista de la tutela de los derechos subyacentes⁴.

Entonces, el juez ya no está meramente sometido a la ley, a no ser que no se entienda —como establece la Ley Fundamental alemana— “sometido a la ley y al derecho”, porque a esa altura él controla e interpreta la ley (el juez ordinario y aquel constitucional). De ahí que ya no se pueda aceptar lo que los juristas constitucionalistas de la escuela italiana afirmaban hace tiempo, es decir, que para ser plenamente norma jurídica, la constitución necesitaba tener fuerza de ley, porque solo la ley posee una fuerza normativa real.

Una de las principales novedades del Estado constitucional es precisamente la relación directa entre constitución y jurisdicción⁵, que es también una función constitucional, equiordenada a la legislación. Esto no quiere decir que disminuye el papel de la ley, la cual ocupa el espacio más importante en la obra de concretización de la constitución, pero significa reconocer que esta “ha encontrado una segunda vía para afirmar su propia normatividad”, la vía jurisdiccional, equiordenada a la legislación. En la nueva estructura ya no hay una línea recta “constitución-ley-juez”, sino más bien un triángulo —cuya cumbre es la constitución— y las dos funciones, legislativa y jurisdiccional, que se desarrollan respectivamente a lo largo de los dos lados del triángulo, de manera que el proceso de interpretación y puesta en práctica de los preceptos de la constitución

4. Sobre el argumento, véase la opinión totalmente admisible de G. Pino (2017, p. 130).

5. “La trasformazione intervenuta nel corso del Novecento consiste proprio in questo, nel ricrearsi di un rapporto diretto tra legislazione e giurisdizione come funzioni previste dalla costituzione, parimenti in essa fondate, e dunque costituzionalmente equiordinate. (...) che significa riconoscere che la costituzione ha trovato una seconda via per affermare la propria normatività, quella giurisdizionale, equiordinata alla prima” (Fioravanti, 2009, p. 29).

se desempeñe tomando dos caminos y ya no solo uno. A este propósito se observa una superación de la “cultura de la primacía”, porque “l’assetto dei poteri ha come caratteristica di fondo quella di lasciare irrisolta la questione della sovranità: una situazione che negli ordinamenti moderni e contemporanei, da Hobbes in poi, si era sempre cercato accuratamente di evitare” (Fioravanti, 2016, p. 18).

La primera sentencia de la Corte Constitucional italiana de 1956 estableció que también las normas programáticas eran de hecho normas jurídicas, esto es, declaraban la inconstitucionalidad de las antiguas leyes fascistas que seguían vigentes en los códigos de derecho y procedimiento⁶. Empezaba a crearse la llamada “constitucionalización del ordenamiento jurídico” (Guastini, 2001 y 2011; Alexy, 2002), de ahí que todas las normas se deban leer a la luz de la constitución y todas las relaciones jurídicas entre los ciudadanos se puedan potencialmente someter de forma directa al dictamen constitucional. Es un aspecto muy importante. La superación potencial de la intermediación de la ley ordinaria rehabilita la idea del derecho como saber práctico; por eso se ha afirmado que el Estado constitucional ha implicado una transformación tan grande (una “mutación genética”) como para afectar a la misma concepción del derecho (Zagrebelsky, 1992, p. 165).

El saber práctico implica que los principios jurídicos se pueden poner en relación directa con la realidad de los hechos, incluso sin la mediación de un sistema lógico y formalizado de normas. De ahí que haya, al mismo tiempo, una reactivación y un reforzamiento considerables del momento interpretativo y aplicativo del derecho, así como un análogo fortalecimiento del papel del juez. Si el Estado de derecho legislativo ha marcado la edad del legislador y de los parlamentos, el Estado constitucional coincide con la edad del legislador y del juez. Así las cosas, se establece una especie de dichosa alianza entre el juez y las cartas de los derechos —tanto nacionales, como supranacionales— que hoy, más que nunca, caracteriza a la vida del derecho.

Por un lado, están los principios, axiológicamente orientados, proclamados como tomas de decisiones perentorias e irrevocables, que sobrepasan su significado literal y que, por eso, emanan su potencial normativo precisamente cuando chocan con la realidad concreta y controvertida de las relaciones sociales; por otro lado, está el juez, que

6. La sentencia n. 1/1956 rechazó la distinción de las normas constitucionales en “programáticas” y “preceptivas” puesta en práctica en 1948 por las secciones unidas penales de la Corte de Casación (SS.UU, 7 de febrero de 1948), acogida por la V Sección del Consejo de Estado en una decisión del mismo año (sez.V, 26 de mayo de 1948) y por la doctrina. Ahora la Corte Constitucional establecía que “la nota distinzione tra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere dell’abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche”. Cfr. Casini (2006, p. 23). Véase también y por lo menos Bartole (2004).

cada día más adquiere el papel de adecuar el derecho a la realidad y, de forma creíble, se propone como fuente concurrente de producción jurídica. El momento jurisprudencial retoma toda su centralidad.

Lo que fundamenta todo esto es la exigencia de reconquistar consabidamente los cimientos extrapositivos de la constitución, que cierta cultura normativista había descuidado por considerarlos “no jurídicos”, en nombre de una exigencia formalística de asunción del derecho como dato en sí, exento de relaciones con sus presuposiciones. Similar pretensión de neutralización (de negación del carácter práctico del conocimiento jurídico) solo podía anclarse en la soberanía de un poder absoluto, capaz de anular las premisas constitucionales y remitirlas a la lógica de una norma hipotética, de una *Grundnorm*, como decía Hans Kelsen.

En cambio, las constituciones democráticas del siglo XX no quieren presentarse como ordenamientos “neutrales por lo que atañe a los valores”, como se leía en la célebre sentencia Lüth de la Corte Constitucional alemana, sino que hallan su fundamento axiológico en la dignidad de la persona humana con la lógica de sus derechos inviolables. Se ha dado una constitucionalización de la persona por la cual los derechos fundamentales ahora marcan fuertemente el Estado constitucional, cuya premisa fundamental es la dignidad humana (Häberle, 2005, p. 177). Es como si los derechos se hubieran de alguna manera emancipado del acontecimiento histórico de la modernidad política, hallando una especie de autolegitimación superior a la parcialidad política que los había producido, caracterizada por una universalidad ético-jurídica superior a cualquier dimensión estatal. No es casualidad que este modelo encuentre una continuidad ideal en el espacio supranacional, donde falta una autoridad política reconocida, como si los derechos fundamentales tuvieran que estar garantizados por la misma humanidad, tal y como escribió Hannah Arendt (1951), y no enlazados con las ciudadanía nacionales. En su dinámica se relacionan dos hipótesis: la existencia de un enlace inmediato entre los derechos y la persona (una especie de jusnaturalismo en sentido lato) y su independencia del Estado, su proposición ya no como emanación, sino más bien “como criterio de su legitimidad” (Costa, 2006, p. 46).

A esta altura, cabe hacer dos importantes aclaraciones: en primer lugar, destacar el ámbito de los derechos fundamentales no significa convertirlos en abstractos; es más, por el contrario, la fórmula antes empleada de la “constitucionalización de la persona” indica un pasaje del individuo del *Code Civil* —el individuo universal, propietario y contratante— a un sujeto de carne y hueso, cogido en sus necesidades concretas, en su irreducible singularidad, pero que de aquel individuo no representa la cancelación o el

desconocimiento, sino más bien el desarrollo y la concretización (Rodotà, 2012; Peces Barba, 2000, pp. 3 y ss.)

Tal y como escribía Bobbio (1990, pp. 67 y ss.), respecto del sujeto-hombre de las *Declaraciones* revolucionarias, se había impuesto la exigencia de responder con ulteriores aclaraciones a la pregunta: ¿qué hombre? ¿qué ciudadano?, profundizando sobre todo en las diferencias (los jóvenes, las mujeres, los ancianos, los enfermos, los indigentes, los trabajadores, los consumidores), en las condiciones concretas de la existencia. Ahora el objetivo es promover la desocultación de las diferencias materiales, antes imperceptibles en el ambiente aséptico de las relaciones individuo-Estado, y la emersión de los obstáculos de tipo económico y social (como afirma nuestra Constitución) que impiden el pleno desarrollo de la persona humana, al limitar de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos. Así las cosas, emerge el peso y la importancia de los derechos sociales, puesto que la falta de niveles aceptables de tutela asistencial, sanitaria, educativa y laboral de por sí perjudica la dignidad de la persona y obstaculiza una plena expresión de su personalidad. Ocurre que todas las necesidades humanas —siendo ámbito de comprobación de la realización de la persona— potencialmente son expresiones de su dignidad y, por eso, merecen ser tuteladas. El constitucionalismo de las necesidades se abre a un constitucionalismo infinito, inagotable, en la medida en que no es suficiente una existencia libre, sino que ocurre que sea “libre y digna” (art. 36 Const.), “digna e independiente” (art. 25 Carta de Niza). De ahí que se entienda también el alcance adquirido en ámbito jurisprudencial por la categoría de la *sensatez* como canon hermenéutico omnicompreensivo del Estado constitucional contemporáneo, empleado como complemento y apoyo de cualquier otro principio constitucional (Cartabia, 2013)⁷. La *sensatez* representa la regla de juicio que mide el alcance de todos los principios presentes, consciente de que siempre hay más principios en juego a la vez; cada uno de estos nace limitado y “se da junto con su contrario” (Bin, 2002, p. 70). La solidaridad de los principios es la base de su misma ponderabilidad y de su fuerza relativa.

En segundo lugar, el peso de los derechos y de su tutela influye considerablemente en el perfil de la democracia constitucional, entendida como la forma que la democracia ha adquirido en el Estado constitucional. Cada democracia es el fruto de una experiencia

7. Come se lee in la sentenza n. 85/2013 de la Corte Costituzionale italiana, “la Costituzione italiana, come le altre costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali senza pretese di assolutezza per nessuno di essi (...). Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato —dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo— secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”.

histórica peculiar. La constitucional es una democracia que, por sus premisas, avanza pretensiones (inusitadas) incluso con el poder legislativo y les impone límites y responsabilidades. Al ser derechos que la constitución concede al legislador, los derechos fundamentales son posiciones que, por definición, construyen obligaciones del legislador y limitan sus competencias y si, para la tutela de estos derechos, existe una Corte constitucional, entonces su intervención no solo está permitida, sino que también está prescrita (Alexy, 2002). En otras palabras, esto quiere decir que la afirmación y la transformación de los valores fundantes y de los derechos que estos tutelan ya no se remite solo a la confrontación política, esto es, el legislador ya no los maneja libremente, porque estos han sido incorporados en el derecho positivo a través de los principios fundamentales (Ferrajoli, 2015 p. 14). Así las cosas, el discurso sobre los valores ahora tiene también un sentido jurídico, caracterizado por interpretación y aplicación de derechos fundamentales y principios.

Además, en el bagaje genético del constitucionalismo contemporáneo se halla la aspiración a neutralizar el problema del “fundamento de los derechos fundamentales”, pasando del ámbito filosófico o metafísico —donde antes se encontraba, buscando una justificación— a aquel jurídico donde, al ser positivizados, los derechos ya no necesitan de una fundación, sino que solo exigen individualización, interpretación y aplicación. Precisamente la necesidad de tener que interpretar los textos constitucionales en los que los derechos quedan proclamados para individualizar su contenido, delimitar y especificar sus límites y modalidades concretas de ejercicio hace que el pluralismo de los puntos de vista vuelva a proponer ineludiblemente el conflicto cultural y político como conflicto de las interpretaciones. Y dado que en el Estado constitucional, como hemos visto, el derecho está repleto de derechos y principios⁸, ocurre que la tensión entre la gestión judicial de los derechos y las prerrogativas de las instituciones representativas tiende a aumentar inevitablemente y lleva a que el espacio del legislador (y de la democracia política) disminuya notablemente (Pino, 2017, p. 71)⁹. Si la entendemos de forma correcta, no se trata de la tensión que se establece entre dos poderes “políticos” en el mismo ámbito, sino de la tensión de una lógica que admite simultánea e interactivamente un momento autoritativo y otro justificador en el mismo ámbito de legitimación

8. Según la sentencia n. 387/1996 de la Corte Constitucional italiana, existe un principio de constitucionalidad para el cual el sindicato de constitucionalidad debe “cubrir en la medida más amplia posible el ordenamiento jurídico”, excluyendo la configurabilidad de zonas sin control.

9. Inequivocablemente, Robert Alexy (2002, p. 2) afirma: “What constitutional rights are today, they are above all because of the case-law of the Federal Constitutional Court. The study of constitutional rights has become - notwithstanding the dispute about the precedential nature of decisions of the Federal Constitutional Court - to a significant extent the study of constitutional adjudication”.

democrática. A la luz de la condisión de los principios fundamentales, la lógica justificadora entrega a la argumentación (jurídica) el funcionamiento global del sistema de legitimación e integra la pura jerarquía de los poderes. Ya no se trata (solo) de establecer “a quien corresponde la decisión final” (Barberis, 2006, pp. 79 y ss; Pino, 2017, pp. 210 y ss), sino de mostrar la cualidad argumentativa de la decisión.

Por lo tanto, la democracia constitucional exige una versión particular del constitucionalismo, la que promueve un control de constitucionalidad de las leyes como elemento necesario de limitación del poder (democrático), aun conociendo el carácter problemático de la elección, hasta vislumbrar en esta un resultado dilemático o paradójico. Así que su modelo no puede ser empleado de forma indistinta por todas las democracias, y probablemente no se pueda referir a los modelos democráticos, no menos garantistas, de inspiración británica (el llamado modelo *commonwealth* de constitucionalismo, que no considera necesario ese instrumento (Corso, 2016). Para un órgano jurisdiccional (concentrado y/o difuso), la elección se justifica solo si admite —lo que, por ejemplo, no se admite por parte de los *political constitutionalists* anglosajones (Omaggio, 2015, p. 151) — que la justicia constitucional es, en primer lugar, interpretación y aplicación de textos normativos, de derecho constitucional vigente, y no de moralidad positiva, tal y como afirmaría John Austin. Solo con esta condición —es decir, que haya textos a interpretar (y, en estos, derechos fundamentales) y no simples pretextos— se puede aceptar un poder autónomo de tipo jurisdiccional; si se tratara de simples argumentos de discusión ético-política, no existirían motivaciones útiles para sobreponer al juicio del legislador aquel de otros sujetos que no pueden preciarse de ninguna superioridad sobre este.

Tal y como todo juicio interpretativo, aquel de constitucionalidad se vale de dogmática jurídica, de precedentes judiciales, de técnicas argumentativas, así como de evaluaciones ético-políticas, cuya presencia no se puede borrar, tal y como nos muestra el fracaso de todas las teorías formalísticas.

El constitucionalismo y la democracia

Desde luego, la democracia constitucional que practicamos (o que nos esforzamos en practicar) posee una legitimidad doble, ambivalente, quizá también ambigua. Se basa en los derechos fundamentales y en la soberanía popular, haciendo hincapié en que los dos valores puedan cooperar más de lo que puedan divergir. ¿Puede haber tensión entre

los dos polos? Claro que sí, tal y como puede haber entre constitucionalismo y democracia. Pero nosotros no queremos renunciar ni al uno y a la otra. Deseamos una democracia que se realice en la promoción de los derechos fundamentales e inviolables de la persona, sin los cuales aquella voluntad común que consideramos soberana en realidad no sería la voluntad común. Sin tutela de los derechos fundamentales no hay soberanía (Ferrajoli, 2015, pp. 45-46).

Esto significa también que es equivocada la idea de los derechos como premisas ontológicas, como si estuvieran aislados del espacio histórico-normativo en el cual actúan, entregados a la ciencia aristocrática de los juristas y de las altas cortes. No se trata de derechos humanos *sic et simpliciter*, sino de derechos fundamentales, insertados en el ordenamiento constitucional; son el resultado de una elaboración conflictiva, de aplicación y equilibrios por parte de legisladores, jueces y juristas. Es más, los derechos no pueden y no deben convertirse en elementos de aislamiento, neutralización política o frustración de la energía política de los ciudadanos; por el contrario, pueden y deben fortalecer el vínculo político a través de la discusión pública, guardándolo a un nivel más elevado, independizado del mero choque de intereses cada vez más cerrados y tendencialmente incompatibles. La costumbre de razonar y argumentar acerca de los derechos (y el derecho) es provechosa para la democracia y el uso público de la razón puede desempeñar una función educativa. A partir de la igualdad, la discusión sobre los derechos es una presuposición importante de la unidad del pueblo (cada vez más desarticulado y huidizo), como generador de pertenencia, como factor de integración civil, social y política. Por lo tanto, los derechos no se pueden entregar a los juristas: si lo hiciéramos, ¿qué sentido tendrían las batallas para su conquista y defensa? Entonces, ninguna democracia, ni siquiera aquella constitucional, puede permitirse descuidar la participación de los ciudadanos, como si fuera una formalidad o un precio a pagar a la retórica de la igualdad política. La ciudadanía activa y la titularidad de los derechos fundamentales dotados de la necesaria tutela jurisdiccional representan los dos pilares del Estado constitucional, que viven en un equilibrio que cabe guardar como un bien preciado. No siempre es así. Ese modelo tan prometedor, que parece asegurar todo a todos (Estado de derecho, pluralismo cultural y social, igualdad política, tutela de los derechos fundamentales, soberanía popular y democracia) y que, en teoría, aclara todos los nudos y las contradicciones, sufre un déficit de realización que hoy pone en tela de juicio algunos de sus valores fundantes. El difícil equilibrio parece haberse cortado.

Vamos a señalar rápidamente solo dos aspectos que ponen de manifiesto el mal estado en el que anda la democracia constitucional: la crisis de la representación política y

de los partidos, y la crisis (estrechamente relacionada con la primera) del Estado social, que sería mejor definir como desestructuración.

La ascensión del Estado social a partir de la segunda posguerra se ha vinculado estrechamente con la del partido de masas con “una corrispondenza e uno scambio tra prestazioni di tutela e di sviluppo sociale offerta dallo stato dei partiti e la legittimazione politica di questi ultimi” (Palombella, 1992, pp. 37-38). La integración social ha sido la función esencial de los partidos: la crisis del movimiento de integración de las clases pobres en el modelo democrático junto con los procesos de deformalización de la política sancionaron su incesante ocaso.

Similar decadencia de los partidos, instrumentos fundamentales de movilización de la opinión pública y de los ciudadanos¹⁰, ha influido mucho en el desequilibrio del modelo y en el pasaje a la posdemocracia de tipo tecnocrático (Crouch, 2004), que hoy día muchos destacan y que, en realidad, no es nada implícita en la democracia constitucional. Es más, tal vez sea implícita (o esté involucrada) en las transformaciones de la democracia como tal y en aquellos riesgos evolutivos de los que ha hablado la ciencia política. Es una historia muy larga que parece empezar con Schumpeter y con su superación de la doctrina clásica de la democracia, para luego seguir el modelo de la poliarquía con los imperativos sistémicos de la reducción de la complejidad, que se han sustituido a la representación y a la voluntad popular.

Otro aspecto importante es la crisis del constitucionalismo social. Si es verdad que el antiguo Estado de derecho no interventista ha sido sustituido por el programa democrático de transformación social a través de las instituciones constitucionales, la democracia constitucional no puede prescindir del Estado social: como decía Böckenförde (1987), el Estado social es una lógica consecuencia política de la democracia, porque es el resultado de la politicización de cada cuestión social. Quien mina al Estado social, mina las bases de la democracia y subvierte su cuadro material, porque la constitucionalización de la persona (que es la marca del Estado constitucional) se fundamenta en la indivisibilidad de los derechos civiles, políticos, sociales y económicos. Por eso, el constitucionalismo de los derechos exige un fortalecimiento de los derechos sociales desde el punto de vista teórico y práctico, para salir de la paradójica situación (en el sentido de la paradoja de Bossuet, descrita por Pierre Rosanvallon) en la que seguimos

10. Por los riesgos en términos constitucionales de la depoliticización de la sociedad democrática se ha interesado Fioravanti (2014): “Quello dei nostri Padri Costituenti, in Italia e in Europa, in pieno Novecento, era organizzata in partiti. Ora quei partiti, in quella forma, non li abbiamo più. (...) Non c'è supremazia della Costituzione senza società politica, e non c'è società politica senza stabili strumenti di partecipazione, e senza la ricerca, per quanto travagliata e problematica, di un principio di unità” (p. 50). Más en general, cfr. Palano (2015).

deplorando con palabras lo que consabidamente generamos con los hechos. Desde el punto de vista teórico, cabe reconocer la naturaleza plenamente normativa de los derechos sociales, superando antiguas y discutibles distinciones ideológicas entre derechos positivos y negativos, derechos naturales y artificiales, derechos costosos y no costosos; desde el punto de vista político, cabe fomentar proyectos avanzados de tutela del trabajo, salud e instrucción.

El Estado social trabaja de forma incesante para la integración y la reconstrucción de una razonable homogeneidad social, absolutamente necesaria para la democracia, reconociendo explícitamente los derechos no de quien tiene, sino de “a quien le falta algo”¹¹, de quien padece de una necesidad que impide su crecimiento, y exige prestaciones públicas con la finalidad de perseguir su libertad “a través del Estado”.

Sin duda, la desestructuración del bienestar, junto con la disminución de la capacidad de intervención y control de la economía, ha acabado debilitando objetivos e instrumentos de representación y de decisión política, acentuando la crisis funcional de los actores políticos cuya fuerza consistía en la capacidad de guardarle a la política un dominio autónomo y un papel de guía de los procesos económicos (Dogliani, 2011). El Estado social, nacido para gobernar la economía, acaba sometándose a sus exigencias. La actual crisis económica ha puesto de manifiesto la cuestión de manera alarmante también y sobre todo en el área de la moneda única europea. Las reformas financieras impuestas a los países deudores afectan sobre todo a los derechos sociales, es decir, a una parte fundamental del orden constitucional. Aunque el preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión pone a la persona “en el centro de su acción” y la Sección IV se fundamenta explícitamente en el principio de solidaridad¹², se ha desarrollado una praxis de consolidada desaplicación que, al violar el art. 6 del Tratado de Lisboa, reconoce a la Carta el mismo valor jurídico que los tratados y que, de hecho, borra una parte importante de la ciudadanía europea. Al mismo tiempo, el odioso conflicto entre países acreedores y países deudores erosiona inexorablemente el espacio de la solidaridad política europea, como notó Jürgen Habermas. Parece que se puede decir que, en la construcción comunitaria, se ha formado “un orden natural del mercado” ajeno a aquella forma equidistante del liberalismo y del colectivismo, que muchas constituciones (como la italiana) habían vivido en la pos-

11. “[...] derechos de a quien le falta algo; se reclama una prestación que se justifica como respuesta a una falta, a una necesidad que impide el crecimiento de la persona” (Peces Barba, 2000, p. 44).

12. Al principio de solidaridad como “forma de la redistribución intersubjetiva institucionalizada por el Estado” remite Rodotà (2014, p. 31), subrayando además la autónoma relevancia de la solidaridad entre los principios del Estado constitucional. “Solidaridad anda con igualdad y dignidad de la persona” (Carlassare, 2006, p. 52).

guerra, comprometiéndose a someter a la constitución todos los poderes, también el económico, y sinceramente poco coherente con el constitucionalismo auténticamente entendido, como teoría de la limitación de todos los poderes (no solo los públicos, sino también los privados) y como garantía de los derechos indivisiblemente considerados: derechos civiles, políticos, sociales y económicos. La democracia constitucional debe dirigir su atento interés al Estado y al mercado porque sabe que ambos pueden violar los derechos de la persona¹³.

De ahí que se entienda el creciente empleo —en ámbito europeo y supranacional, también en sede de interpretación y aplicación de los textos básicos— del concepto de *rule of law*. Sin lugar a dudas, este sirve sobre todo para afrontar los desafíos de la globalización, en virtud de su innata propensión jurisdiccional. Sin embargo, al mismo tiempo, acaba inevitablemente “desestatualizando” al Estado de derecho (Bin, 2016, p. 44), depotenciando su carácter “social”, de *sozialer Rechtsstaat* en el sentido de la tradición alemana. Al nacer antes del Estado moderno y fuera de este, el *rule of law*¹⁴ no participó en el movimiento de democratización del Estado (y por obra del Estado) que ha dominado el siglo XX. El sufragio universal ha insertado el conflicto social en las instituciones representativas; la constitución rígida ha incorporado el proyecto de cambio del orden social y la superación de los obstáculos que limitan de hecho la libertad de los ciudadanos, que, a su vez, presupone la capacidad del poder político de hacerse sujeto promotor de la transformación, de poner en práctica las políticas redistributivas que fundamentan el reconocimiento de los derechos sociales. A diferencia del Estado social de derecho que ha caracterizado en sus rasgos más profundos e innovadores al Estado constitucional contemporáneo, el *rule of law* no se conjuga fisiológicamente con los derechos sociales y corre el riesgo de crear un modelo demediado de la tutela de los derechos fundamentales. Así que no se ven las premisas para una reproducción en Europa, ni tampoco en la escena global, de aquel equilibrio fatigosamente conquistado en los Estados constitucionales entre derechos de libertad y derechos de justicia. La crisis de la soberanía puede y debe leerse también desde este punto de vista.

13. “Si potrebbe anche dire: la Costituzione soccorre sempre il più debole, il Pubblico quando è invaso arbitrariamente dal Privato, e viceversa” (Fioravanti, 2014, p. 46).

14. Sobre esta cuestión Ferrajoli (2015, pp. 4-5) sostiene que “il *rule of law* inglese, pur rappresentando la prima esperienza di stato di diritto in senso forte è sempre rimasto legato alla tradizione del *common law* e non perciò riconducibile a nessuno dei due modelli qui distinti di stato di diritto (...) non essendo qualificabile né come stato di diritto legislativo né come stato di diritto costituzionale”. En la tradición anglosajona, como explicó Venn Dicey (2003), el derecho constitucional es el resultado y no la fuente de los derechos individuales, los cuales nacen desde abajo, de las decisiones de los jueces que han establecido su tutela.

Si el gobierno del “antisoberano” (Luciani,1998) —entendido como un ejercicio del poder que esconde detrás de la necesidad de leyes objetivas y que se presenta, esto es, como “orden natural del mercado” — hoy día erosiona la soberanía de los Estados, ese redimensionamiento solo es provechoso para los que imaginan los derechos como pretensiones contra el poder del Estado; en cambio, si se cree que los derechos representan también pretensiones *a través* del Estado, entonces cabe admitir que la crisis de la soberanía no afecta solo a los Estados, sino también a los derechos de los ciudadanos, perjudicando su tutela eficaz. El constitucionalismo de los derechos exige un poder político democrático que asegure esta función activa, creadora de derechos sociales. El déficit de tutela de los derechos sociales de la Unión Europea hoy día forma una sola cosa con el déficit de ejercicio político europeo, mientras sobrevive solo aquel competitivo y desigual de los Estados miembros, como demuestra la confrontación entre Estados acreedores y Estados deudores, fundamentada por el criterio de la estrecha condicionalidad (La Torre, 2007).

Si los derechos sociales son centrales en el constitucionalismo democrático contemporáneo, cabe preguntarse qué futuro tienen los derechos fundamentales en el tiempo de la crisis económica (Spadaro, 2011; Salazar, 2013; Ruggeri, 2012; Balaguer Callejón, 2012; Gambino, 2009, 2015) o, mejor dicho, de las recurrentes crisis económicas y financieras, que ya parecen forma parte de nuestro modelo de desarrollo económico. Las crisis financieras marcan una auténtica crisis constitucional, en la medida en que repercuten en la disponibilidad de los recursos públicos necesarios para el ejercicio de las funciones del Estado social. Por lo tanto, no se trata solo del fracaso de un modelo político-económico, sino más bien de la puesta en tela de juicio de la constitucionalización de la persona y de su dignidad, o sea, de la premisa irrenunciable del sistema democrático que nos esforzamos en practicar. Esto es, es una crisis de derecho y de democracia.

Traducción del italiano de M. Colucciello

Referencias

- Alexy R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Ansuátegui Roig F.J. (2013). *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*. Madrid: Editorial Dykinson.

- Arendt H. (1951). *The Origins of Totalitarianism*. New York: Harcourt, Brace and Company.
- Balaguer Callejón F. (2012). Crisi economica e crisi costituzionale in Europa. *Koreuropa. Rivista elettronica del Centro di Documentazione europea dell'Università Kore di Enna*, (1), pp. 83-99.
- Barberis M. (2006). *Etica per giuristi*. Roma-Bari: Laterza.
- Bartole S. (2004) *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione*. Bologna: il Mulino.
- Bin R. (2002). Ragionevolezza e divisione dei poteri. En M. La Torre & A. Spadaro (Eds), *La ragionevolezza nel diritto*. Torino: Giappichelli.
- Bin R., (2016). Rule of law e ideologie. En G. Pino y V. Villa (Eds). *Rule of law. L'ideale della legalità*. Bologna: il Mulino.
- Bobbio N. (1990). *L'età dei diritti*, Torino: Einaudi.
- Böckenförde E.W. (1987) Demokratie als Verfassungsprinzip. En J. Isensee & P. Kirchhof (Eds) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (2), pp. 429-496. Heidelberg: C.F. Müller.
- Carlassare L. (2016). Solidarietà: un progetto politico. *Costituzionalismo.it*, (1), pp. 45-67.
- Cartabia M. (2013) *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferencia Trilateral de las Cortes constitucionales italiana, portuguesa y española, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 de octubre de 2013.
- Casini L. (2006), La prima sentenza della Corte Costituzionale: memorie processuali. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1(56), pp. 13-76.
- Corso L. (2016). *I due volti del diritto. Élite e uomo comune nel costituzionalismo americano*. Torino: Giappichelli.
- Costa P. (2006). *Democrazia politica e Stato costituzionale*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Crouch C. (2004). *Post-democracy*. Cambridge: Polity Press.
- Dicey A.V. (1985) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (reprint 8th ed). Indianapolis: Liberty Classic.
- Dogliani M. (2011). Il partito come strumento della separazione della politica dall'economia. *Democrazia e diritto*, 1(2), pp. 491 y ss.
- Ferrajoli L. (2010). Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista. *Giurisprudenza costituzionale*, (3), pp. 2771 y ss.
- Ferrajoli L. (2015). *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*. Napoli: Editoriale Scientifica.

- Fioravanti M. (2009). Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana. Accademia Nazionale dei Lincei. *La costituzione ieri e oggi. Convegno, Roma, 9-10 gennaio 2008*. Roma: Bardi Editore.
- Fioravanti M. (2014). *Pubblico e privato. I principi fondamentali della Costituzione*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Fioravanti M. (2016) Il legislatore e i giudici di fronte alla costituzione. *Quaderni costituzionali. Rivista italiana di diritto costituzionale*, (1), pp. 7 y ss.
- Gambino S. (2009). *Stato e diritti sociali. Fra Costituzioni nazionali e Unione Europea*. Napoli: Liguori.
- Gambino S. (2015). Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo. *Koreuropa. Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, (6), pp. 107-135.
- Grossi P. (2017). *L'invenzione del diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- Guastini R. (2001). *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Guastini R. (2011). *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Häberle P. (2005). *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*. Roma: Carocci.
- Irti N. (1979). *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè.
- La Torre M. (2017). Miseria del costituzionalismo globale. *Materiali per la storia della cultura giuridica*, (1), pp. 31-44.
- La Torre M. (2010). "Finché la società sarà questa". Neocostituzionalismo e positivismo giuridico: Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, (1), pp. 209-226.
- Luciani M. (1985). La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri". Note delle brevi su un modello interpretativo ricorrente. *Studi in onore di Vezio Crisafulli*, 2, Padova: CEDAM, pp. 497 y ss.
- Luciani M. (1998). L'antisovrano e le crisi delle costituzioni. *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova: CEDAM, pp. 731 y ss.
- Omaggio V. (2015). *Saggi sullo Stato costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Palano D. (2015). *La democrazia senza partiti*. Milano: Vita e Pensiero.
- Palombella G. (1992). *Stato dei partiti e complessità sociale*. Napoli: Guida.
- Peces Barba G. (2000). Diritti sociali: origine e concetto. *Sociologia del diritto*, 1(3), pp. 33-51.
- Pino G. (2017). *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*. Bologna: il Mulino.

- Rodotà S. (2012). *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza.
- Rodotà S. (2014). *Solidarietà. Un'utopia necessaria*. Roma-Bari: Laterza
- Ruggeri A. (2012). Crisi economica e crisi della Costituzione. *Consulta Online*, recuperado de <http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri19.pdf>
- Salazar C. (2013). Crisi economica e diritti fondamentali. *Rivista AIC*, (4).
- Spadaro A. (2011). I diritti sociali di fronte alla crisi. *Rivista AIC*, (4).
- Zagrebelsky G. (1992). *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*. Torino: Einaudi.
- Zagrebelsky G. (2008). *La legge e la sua giustizia*. Bologna: il Mulino.