

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

The Constitutional State under the Rule of Law

JOSEP AQUILÓ REGLA
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

Palabras clave: Estado Constitucional de Derecho, constitucionalismo, derechos fundamentales, racionalidad jurídica, teoría del derecho.

Keywords: *Constitutional State under the Rule of Law, constitutionalism, fundamental rights, legal rationality, theory of law.*

Buenas tardes, estoy abrumado por la grandiosidad del escenario y por la amable invitación, atención y expectativa que se ha generado en torno a mis palabras. En primer lugar, quiero agradecer amable y sinceramente la invitación para hablar aquí y espero no decepcionar. Yo voy a tratar de hablar del Estado constitucional y voy a tratar de darle algunas vueltas a lo que normalmente llamamos Estado constitucional. Ello, porque es común usar un concepto muy estrecho de Constitución muy finito; “Constitución es lo que está en un texto que está codificado y nada más”. Yo voy a tratar de darle algunas vueltas más para tratar de desentrañar la idea de Estado constitucional y las implicaciones que tiene para el método jurídico y la argumentación jurídica, así como para como las operaciones que hacemos de aplicar en el derecho la idea de Estado constitucional, así como sus afectaciones.

Quisiera empezar empezando diciendo que no se puede definir el Estado constitucional a partir de los tres rasgos más básicos que suelen darse de nuestras Constituciones. Suele decirse que los Estados constitucionales tienen una Constitución formal, ¿qué queremos decir con que tiene una Constitución formal? que las normas Constitucionales tienen una forma distinta de las de la ley y entonces

un principio no podría decir: “Constitución es todo lo que está en la forma Constitucional que es una forma distinta de la de la ley”.

La segunda propiedad que suele decirse es que es rígida. Las Constituciones, la forma Constitucional, es distinta de la forma legal porque quiere decir que las capacidades de cambio de la Constitución, las posibilidades de cambio son más difíciles. No es más difícil cambiar una Constitución que cambiar una ley. Las mayorías son diferentes, los órganos son diferentes, etcétera. Por tanto, suele decirse “es formal y es rígida”.

Y se añade un tercer elemento: que es normativa. ¿Qué quiere decir que es normativa? quiere decir que sus normas no sólo tienen valor político, no son solo normas programáticas, sino que son normas jurídicas susceptibles de producir consecuencias jurídicas y de ser aplicadas en los razonamientos jurídicos ordinarios. Es decir, que son aplicables.

Esas son las tres propiedades básicas. Y, derivadas de estas tres propiedades, suelen sacarse otros dos corolarios: uno es que la Constitución es superior jerárquicamente a la ley y otro es que hay alguna forma de garantía jurisdiccional de esa superioridad. Esto quiere decir que tenemos esas características y hay alguna forma de control o de garantía de la jerarquía de la Constitución frente a la ley ordinaria. Eso es lo que normalmente solemos decir a la hora de caracterizar el Estado Constitucional pero entonces, ¿Qué es?

Si ustedes se fijan, la Constitución es normativa y es superior y hay alguna forma de control jurisdiccional de esa superioridad, se sigue una cuestión muy básica y es que el *lex superior* de la Constitución está llamado a inhibir el *lex posterior* de la legislación. ¿Se entiende la idea? es fácil; en un sistema jurídico meramente legislativo es puramente dinámico: el *lex posterior* cancela las normas anteriores, sin embargo, el *lex superior* de la Constitución lo que hace es que inhibe, imposibilita o establece mecanismos para hacer imposible o para hacer improbable ciertos *lex posterior*. Es decir, que algunas leyes no serán posibles en un Estado constitucional. Así es como solemos definirlo. Sin embargo, yo creo que esas propiedades no definen al Estado constitucional ¿y por qué no definen al Estado constitucional? por qué es perfectamente posible imaginar Estados que tengan una Constitución

formal, que tengan una Constitución rígida y normativa y que tengan alguna forma de control jurisdiccional de esa jerarquía normativa y, sin embargo, no merezcan el calificativo de Estados Constitucionales. ¿Qué quiere decir “no merezcan”? que la forma, la jerarquía y la normatividad de la Constitución sólo tienen justificación si están al servicio de ciertas cosas, si no, no. Y entonces, el estar al servicio de esas cosas es la que dota de sentido a esas tres propiedades y a los 2 corolarios a los que antes me refería. Por tanto, no podemos definirlo solo a través de los rasgos formales que yo acabo de dar.

Entonces, ¿qué es lo que me interesa mostrar aquí? que lo que dota de sentido a esos mecanismos son los valores y los derechos del Constitucionalismo, no toda Constitución. Esto es muy importante tenerlo en cuenta porque va a tener gran relevancia para lo que voy a decir después. Fíjense en una cosa que me parece muy importante resaltar: el Estado Constitucional es compatible con muchas formas distintas de organización del poder político, hay estados Constitucionales que son repúblicas y otros que son monarquías, hay estados Constitucionales que son centralistas o unificados y otros son federales, hay Estados Constitucionales que tienen control difuso y otros que tienen control Constitucional concentrado, hay Estados Constitucionales que están divididos territorialmente y otros que no, en fin, la variedad política del Estado Constitucional es inmensa. En políticas del Estado, en las formas de la democracia hay sistemas mayoritarios y hay sistemas proporcionales, hay sistemas de circunscripción única y sistemas de múltiples circunscripciones, etcétera. ¿qué quiere decir esto? las formas de elección, las listas cerradas, las listas abiertas o las listas unipersonales tienen muchísimas combinaciones posibles y ninguna de ellas es definitoria del Estado Constitucional. No obstante, lo que no puede ocurrir es que haya un Estado Constitucional sin los derechos del Constitucionalismo. El Estado Constitucional gira esencialmente en torno a los derechos del Constitucionalismo y eso es lo que dota de sentido y valor a todas esas estructuras formales a las que nos estábamos refiriendo. Entonces, no tienen valor por sí mismo que no se pueda legislar sobre ciertas materias. Si lo que se protege no es valioso, ¿qué sentido tiene?

En ese sentido las Constituciones son idiosincrásicas en múltiples aspectos, pero los derechos no son idiosincrásicos, son universales y, por tanto, los derechos son compartidos por todo el Constitucionalismo. Voy a hacer una muy breve pincelada, donde voy a tratar de explicar de dónde vienen los derechos, esa idea de los derechos y por qué son ineliminables, o si se eliminan, dejamos de hablar de Estado Constitucional o de Constitucionalismo. Una de las claves para entender el Constitucionalismo es esta idea: el Constitucionalismo es, por un lado, universalista. ¿por qué es universalista? porque viene a decir algo importante. El mundo se entiende desde la relación en la que unos mandan y otros obedecen, que es la relación política, la relación más básica, y podemos remontarnos desde el origen de los tiempos de la política, siempre hay unos que están llamados a mandar y otros que están llamados a obedecer, lo quieran o no, no es como un contrato, no es una relación en la que unos mandan y tienen título para mandar y otros tienen el deber de obedecer. Todo el Constitucionalismo está construido sobre lo siguiente: en la relación política es necesaria, no es eliminable, no es concebible organizar una sociedad sin relación política. Ahora bien, hay cuatro males característicos insertos en la propia relación política: que no son eliminables, estarán siempre, no son susceptibles de ser eliminados. Si alguien dice que ese mal en su país está eliminado, no entendió. En la relación política está el mal de manera potencial.

Entonces ¿cuáles son esos cuatro males? el primero de ellos es la arbitrariedad. En la relación política uno de los riesgos mayores es la arbitrariedad. ¿qué queremos decir con la idea de arbitrariedad? la idea de arbitrariedad es estar sometido exclusivamente a la voluntad de otro y ese es un mal a la voluntad que se trata de combatir armando a los ciudadanos con todos los derechos vinculados al debido proceso y al imperio de la ley. ¿qué quiere decir eso? uno tiene un deber de obedecer, pero no obedece a personas, obedece normas. Frente al mal de la arbitrariedad, los derechos vinculados al debido proceso, claro. Pero ¿por qué se arman como derechos que sean ineliminables? porque en la relación política el riesgo de la arbitrariedad está siempre y por eso necesitas algo que sea permanente, un arma que sea permanente para combatir ese mal que está potencialmente en la relación política.

El segundo mal es el autoritarismo ¿por qué? porque la relación política presupone que hay alguien que tiene título para ordenar, pero no puede ordenarlo todo. Esa idea de que tiene título para ordenar, pero no puede ordenarlo todo arma los ciudadanos frente al mal del autoritarismo con el Constitucionalismo, pretende armar a los ciudadanos con los llamados derechos de libertad, los cuales son inmunidades para el ciudadano e incompetencias para el soberano. ¿se ve entonces como se combate ese segundo mal? Armando a los ciudadanos con los derechos de libertad.

El tercer mal característico es el del despotismo. ¿que implica la idea de despotismo? la idea de despotismo es actuar sin el pueblo. Es la tendencia de la política y de las élites políticas de autonomizarse en el uso del poder, de ejercer de forma autónoma respecto a la idea de servicio del poder. Entonces la forma de combatir ese mal son los llamados derechos de participación política. Todos los derechos democráticos existen como un mecanismo para combatir el despotismo, es decir, la ignorancia del pueblo. Está muy desacreditado el poder democrático, de participar y de votar, pero hay un poder que no se quita nunca que, si uno lo ve en positivo y dice “no, es que a mí no me representan”, que es el poder de negar el voto al que decepcionó; el poder de destituir a las elites. Ese es un poder que es muy importante y muchas veces no se valora. Pero los derechos de participación política están para evitar esa tendencia a la autonomización de acción de la política respecto de los ciudadanos. El cuarto mal es la exclusión social, que se refiere a la idea de exclusión social. Un excluido social es alguien que no consigue jamás que sus intereses queden reflejados. Alguien o algunos grupos que no consiguen jamás que sus intereses sociales queden representados en esa gran negociación que es el interés general. Se entiende que es por razones de poder social que tienen quedan siempre excluidos entonces el mecanismo del combate frente a la exclusión social son los llamados derechos sociales. ¿qué son los derechos sociales? aquello que el sistema político no puede negar a nadie. Es decir, hay bienes a los que tiene derecho cualquier ciudadano con independencia del poder que tenga a la hora de influir en la negociación del interés general. Una cosa es la capacidad que tengo como funcionario para conseguir que me suban el sueldo y eso es un problema de

negociación de representaciones (y cuestiones por el estilo) y otra cosa es que hay ciertos bienes o males que no se les puede negar a nadie. Esa es la idea de los derechos de igualdad o de los derechos sociales. Y ello, sin establecer si dichos derechos se han realizado o no, sino que son las claves del Constitucionalismo.

Entonces, si uno lo lee así, el Constitucionalismo tiene un potencial crítico muy alto y muy crítico. Muy alto, en primer lugar, porque es universalista, no hay excusas idiosincrásicas, esto en el sentido de decir: “es que en mi país esto no pasa”, no, estos son males potenciales. Pasan porque están insertos en la propia relación de acuerdo las relaciones necesarias. En segundo lugar, es muy alto por la idea de que ese entramado tiene un potencial deslegitimador muy alto, entonces lo que llamamos “Constitucionalismo de los derechos” vendría a sostener algo así como qué todas las estructuras que hemos antes hablado tienen sentido en la medida en que estén orientadas a garantizar los derechos.

Entonces, esto es un cambio en la concepción del Estado y de la política extraordinariamente relevante. Eso es lo que llevó a Bobbio a hablar de la era de los derechos. ¿que quería decir Bobbio con eso de la era de los derechos? Estamos acostumbrados a leer la relación política siempre desde la parte del príncipe, que significa cuestionarnos ¿quien tiene la soberanía?, ¿quién tiene el título para mandar? Entonces, la era de los derechos es la inversión que se ha producido. Por Primera Vez se pueden leer los conceptos políticos, no de forma *ex parte principis*, sino que *ex parte populi*. Lo que quiere decir es que, si se lee bien el Constitucionalismo y lo que representa el Estado Constitucional, se tiene un potencial crítico muy importante y entonces eso es lo que llamamos el Estado Constitucional de Derecho.

¿Qué es lo que ocurre? Que con eso definimos el Estado Constitucional de Derecho o la idea normativa del Estado Constitucional de Derecho. No obstante, uno puede decir, como siempre cuando uno habla del Estado de Derecho: el nivel de realización que se haya producido en la historia es el que es, pero normativamente uno sabe a qué se está refiriendo cuando hablamos del ideal normativo del Estado Constitucional de Derecho. ¿Qué es lo que ocurre? Que venimos de un Constitucionalismo que no tenía estas estructuras, que venimos de un

Constitucionalismo que no era así. Si lo piensan como juristas, nosotros no venimos de una mentalidad de Estado Constitucional, nuestra tradición jurídica no es la del Estado Constitucional. El Estado de Derecho para los juristas, tal como lo hemos interpretado, era el imperio de la ley. ¿Qué significa la idea del imperio de la ley? significa que el soberano, el legislador, gobierna per leges y los juristas operan sub leges. O sea, el soberano dicta las leyes. Ese es el modelo del imperio de la ley, el soberano dicta leyes que tienen que tener ciertas características para corresponderse con un Estado de Derecho. Es decir, las leyes deben ser públicas, tienen que ser generales, tienen que ser descriptivas en los supuestos de hecho y cosas por el estilo; tienen que tener ciertas características, no me voy a detener en ello, pero soberano gobierna per *leges* y todos los juristas operamos sub leges. Ese es el modelo del Estado de Derecho que nosotros hemos recibido.

En ese modelo jurídico de teoría del derecho, de método jurídico, de racionalidad jurídica, que representaba el imperio de la Ley, lo que le correspondía en términos políticos es lo que se llamaba el Constitucionalismo Político que daba forma al poder político. No obstante, la Constitución no tenía la relevancia jurídica que hoy le atribuimos. ¿Que quiere decir que no tenía la relevancia jurídica? Hay una forma de decirlo de manera sintética que es muy clara: del modelo que venimos, en el que ni se interpretaba la Constitución, la ley era el principal intérprete de la Constitución. Así, hemos cambiado a un modelo en el que hay que interpretar las leyes conforme a la Constitución. Hemos dado la vuelta estrictamente. Entonces, en términos jurídicos, a la Constitución lo que le correspondía era la organización del poder político; la relevancia jurídica de la Constitución era esencialmente el derecho político de un país, pero no se refería a los otros elementos. Por lo tanto, esa forma tenía lugar en todos los países que veníamos de la tradición del siglo, teníamos la Constitución en términos políticos y la relevancia jurídica de la Constitución en términos políticos era lo que se llamaba el derecho político.

Y yo no sé si ustedes, pero cuando yo estudié derecho, el derecho Constitucional que se estudiaba en la facultad, se estudiaban las partes orgánicas de la Constitución y las partes dogmáticas de la Constitución. No estudiaba nadie las partes que establecían los principios y los derechos no se estudiaban porque eran normas

programáticas, eran normas que valían para el debate político, pero no tenían relevancia jurídica; eran estrictamente ineficaces. Entonces, ese modelo ha cambiado y eso es a lo que se refiere cuando decimos que los ordenamientos que se están Constitucionalizando o que están sufriendo un proceso de Constitucionalización. Esto quiere decir que los principios Constitucionales van penetrando en todo el ordenamiento jurídico y la Constitucionalizan de un ordenamiento jurídico es fácil de observar en términos de hechos. ¿Qué quiere decir? que cuando los juristas en general y los jueces en particular empiezan a usar argumentos Constitucionales y no estrictamente legales entonces uno observa que, de hecho, se está produciendo la Constitucionalización. Lo que me interesa mostrar ahora y, un poco, es el sentido de esta intervención, es más o menos que: el método jurídico, las claves de la racionalidad jurídica en nuestros ordenamientos han cambiado, el proceso de Constitucionalización ha cambiado drásticamente nuestra forma de entender el derecho y su método. Pero ¿qué es lo que me interesa mostrar? que estamos en un proceso de cambio, de transición, que es dinámico, en el que no está asentado todavía nada. Y, si ustedes se fijan, eso quiere decir que estamos conviviendo con dos modelos de racionalidad jurídica que de alguna manera no acaban de casar, que hay múltiples discusiones que tienen que ver con esta transición que en teoría del derecho han sido muy relevantes y que han tenido trascendencia a efectos jurídicos. Les puedo poner muchos ejemplos de discusiones relevantes que han tenido que ver estrictamente con esto, por ejemplo, la discusión dentro de la racionalidad jurídica entre lo que se ha llamado el positivismo y el post positivismo, entre el modelo de las reglas como racionalidad jurídica y los principios que expresa la voluntad del legislador o la ponderación de los valores Constitucionales que ha hecho el legislador. Por un lado, en uno se toma la soberanía como base, el legislador expresa su voluntad de manera soberana y en otro se toma como base los derechos y los principios Constitucionales en la que el legislador hace una ponderación. Uno está construido ex parte principis y otro está construido tratando de dar cuenta de los derechos y los valores Constitucionales. No pretendo hacer ideología, yo no pretendo decir que esto es una cuestión de hechos, pues no es una cuestión de hechos; en los hechos no ha pasado y no hay

manera de mostrarlo. Es una cuestión de método y de racionalidad jurídica y de cómo concebimos la racionalidad jurídica. Es decir, que se puede ser leal a la voluntad del legislador y a su expresión, o ser leal a la ponderación; es determinar que es lo que dota de sentido a esa regla. ¿Se entiende por qué digo que es muy importante y darse cuenta de que están conviviendo en el mundo del derecho dos racionalidades que en cierto modo están enfrentadas?

Creo que esencialmente lo que ocurre es que se está discutiendo muy mal el asunto porque parece que uno tuviera que elegir entre el modelo de los principios y el modelo de las reglas. Y allí sí que hay una cuestión de método que es: hay un hecho y ese hecho es que el legislador ha dictado esta ley, pero la cuestión de teoría del derecho es: ese hecho ¿que expresa? ¿la voluntad del legislador o la ponderación de los valores constitucionales? Si expresa la voluntad del legislador, no tengo forma de justificar que hay lagunas axiológicas a la hora de aplicar la ley en un momento determinado. Que haya lagunas axiológicas quiere decir que hay un caso que es relevante pero que el legislador no toma en cuenta y por tanto no es aplicable. Yo considero que decir que la ley expresa la voluntad del legislador es como cuando uno dice: “el testamento expresa la voluntad del testador”, pues habrá que ser fiel a la voluntad del testador y esto quiere decir que habrá que ser fiel a lo que expresó y todo lo demás serán argumentos, por decirlo de alguna manera, para escaparse del por qué dijo eso. ¿Por qué digo eso? la forma de entender la ponderación depende de nuestra concepción del derecho, de cómo interpretemos la ley, de cómo entendamos la ley. Eso no es una cuestión de hechos y no es una cuestión de si uno quiere fugarse o no. Querrá fugarse de las leyes aquel al que no le gustan las leyes, no tiene nada que ver con eso. Por el contrario, tiene que ver con cómo entendemos y concebimos el derecho y el método jurídico. Entonces creo que esa es una de las claves importantes que deberíamos tomar en consideración porque, en el fondo, creo que es urgente ir construyendo aquello a lo que algunos nos hemos sumado, a una cierta denominación que es el el Constitucionalismo Jurídico.

En nuestros países, la tradición siempre fue el Constitucionalismo Político. En Estados Unidos, la idea de Constitucionalismo jurídico no tiene sentido. Ello, porque fue jurídico desde el principio. En nuestros sistemas jurídicos, venimos de

la tradición del siglo en que el constitucionalismo era político, era la estructura del poder y era el derecho político de un país. Entonces, ¿Qué quiere decir construir el Constitucionalismo jurídico? Es ir avanzando en la construcción de la teoría del derecho y del método jurídico del Estado Constitucional y creo que es urgente. Por ejemplo, en la discusión entre reglas y principios, todo puede ser visto como un gran malentendido porque del modelo del imperio de la ley, la idea de normatividad. ¿Cuál era la idea de normatividad? Que una ley está bien hecha si excluye al completo la deliberación del aplicador. No es que en el modelo de las reglas y del imperio de la ley no hubiera principios, había principios, eran institucionales y funcionaban como reglas y había principios que cumplían funciones sistemáticas, servían para agrupar reglas. Por ejemplo, el principio de imparcialidad judicial ha existido siempre, pero ¿cómo se usaba el principio? El principio se usaba para dotar de sentido pues a todas las reglas de que existían de abstención y recusación de jueces. Pero el principio no podía detectar lagunas porque sólo cumplía funciones de agrupación de reglas.

Al respecto, es pertinente comentar lo siguiente. El Tribunal Supremo Español tenía una doctrina que venía a decir que las causas de abstención y recusación de jueces están tasadas y se interpretan restrictivamente. ¿qué significaba eso? eso significa que no puede haber lagunas axiológicas, no puede haber casos relevantes valorativamente y que el legislador no haya tenido en cuenta. Entonces, toda esa discusión principios-reglas que se ha construido con la creencia de que los que son partidarios del Constitucionalismo Jurídico no les gustan las reglas no tiene sentido.

Otra discusión que ha estado pésimamente argumentada o discutida es la discusión formalismo judicial-activismo judicial. Yo tengo escrito por ahí que, si uno lo entiende bien, tanto el activismo es un mal como el formalismo es otro mal y a mí me recordaba un viejo proverbio judío que decía “cuando hay que elegir entre males, el pesimista se queda con los dos”. Bueno, el buen jurista tiene que decir: el formalismo es un mal y el activismo es otro mal. Esas son formas de ser malos jueces. Naturalmente que uno puede canalizar la discusión entre qué pesa más y eso es ineliminable; si la conciencia jurídica formal de los jueces o la conciencia jurídica

material, pero eso va a ser una tensión que va a estar siempre, está en la propia estructura del derecho.

Pero la discusión entre formalismo o activismo no tiene sentido. ¿Por qué? pues porque se estructura de la siguiente forma: “tú que eres partidario de las reglas, eres formalista; tú que eres partidario de los principios y la justicia, eres activista”. Son formas desviadas de discusión. ¿qué quiero decir con eso? Hay muchas cuestiones que se han canalizado mal, se han discutido mal y esto es porque se ha hecho una lectura muy sesgada de la cuestión. Yo creo que es urgente debatir de manera seria la idea de construir la teoría del derecho adecuada para el Estado Constitucional de Derecho y esa es una tarea que es de todos.

Y es verdad que en estos momentos están conviviendo en la conciencia jurídica esos dos paradigmas, esos dos modelos y lo estamos padeciendo nosotros. ¿por qué? porque venimos de una tradición de puro Constitucionalismo Político, en donde la relevancia jurídica de la Constitución era estrictamente el derecho político de ese país, pero el derecho administrativo iba al margen el derecho Constitucional. Solo en la dimensión de distribución del poder jugaba el Constitucionalismo y la Constitución. ¿A qué nos lleva eso? si el Estado Constitucional sobrevive, -cosa que no está tan clara, aunque yo soy un convencido de que es el nivel civilizatorio más alto que hemos conseguido-, necesita urgentemente que los juristas seamos capaces de construir la teoría del derecho adecuada para la estructura jurídica que estamos gestionando. ¿Por qué digo eso? El Estado Constitucional de Derecho está asediado por múltiples frentes, es decir, tiene muchos enemigos externos, por decirlo de alguna manera. Dichos enemigos están vinculados a la delincuencia como como al populismo como a movimientos políticos, son muchos. Pero a mí hay algo que me que me subleva y es que los juristas no seamos capaces de ver el componente civilizatorio que tiene el Estado Constitucional de Derecho y de racionalidad que está detrás y que los juristas seamos algo necios o contumaces en algunas discusiones que en el fondo lo único que hacen es debilitar internamente el Estado Constitucional de Derecho. La distinción entre cultura jurídica interna y cultura jurídica externa; la primera es es cómo ven al derecho desde fuera del derecho y la interna es como vemos el derecho desde dentro del derecho, es decir, los operadores

jurídicos, los jueces, los académicos, los profesores, etcétera. Entonces es entender cómo lo vemos desde dentro, pues esa mirada interna creo yo que ha sido bastante frívola a la hora de evaluar y dotar de sentido el valor del Estado Constitucional de Derecho y eso es lo que les quería traer un poco para discutir y si abrimos un debate pues mejor. Muchas gracias.