

# *Estado constitucional, derechos fundamentales e interpretación constitucional*

**Rafael Enrique AGUILERA PORTALES**

*Estamos viviendo en unos tiempos que a diario pueden hacer su aparición modalidades inauditas de coacción, de esclavitud, de exterminio –modalidades que a veces se dirigen contra determinados estratos de la población y que otras se extienden sobre vastos territorios.*

Ernst Jünger: La emboscadura

**Sumario:** 1. El Neoconstitucionalismo como nuevo paradigma jurídico. 2. Hacia una nueva metodología jurídica multidisciplinar 3. Estado Constitucional como alternativa al Estado de derecho: los derechos fundamentales. 4. Interpretación constitucional de los Derechos Fundamentales 5. La interpretación de la Constitución como forma de participación ciudadana: el poder constituyente 6. La interpretación Constitucional en Ronald Dworkin.

## **1. El Neoconstitucionalismo como nuevo paradigma jurídico**

Actualmente, asistimos a una revolución o cambio de paradigma en el mundo jurídico, un nuevo modelo emerge tras los derroteros, ruinas y cenizas del neopositivismo y formalismo, se trata del neoconstitucionalismo como nuevo paradigma que interpreta el Derecho no sólo como conjunto de normas jurídicas, sino también como principios, valores, reglas. Sin duda, esta corriente de pensamiento innovadora y revolucionaria introduce un nuevo concepto de Constitución no desde el modelo tradicional formal y normativo, sino desde una visión de denso contenido sustancial

## Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

fundado en valores y principios. Como muy bien ha expresado Gustavo Zagrebelsky<sup>1</sup>, el derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva la filosofía moral, política y jurídica del intérprete constitucional. El derecho, por tanto, que tradicionalmente se concebía como un conjunto de normas externas, heterónomas y coactivas se va convirtiendo en un conjunto normativo flexible, adaptable y móvil en el cual la primacía de la argumentación e interpretación jurídica, la prioridad axiológica y deontológica va cobrando cada vez más fuerza. La ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho y comienza el síntoma de crisis irreversible del paradigma positivista. “La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta”.<sup>2</sup> Como expresa el profesor Jaime Cárdenas: “El Estado de derecho ya no es el *“imperio de la ley”* sino el *“imperio del derecho”*, esto es, de la Constitución, de los principios y de la labor de intérpretes y argumentadores”<sup>3</sup>.

El nuevo paradigma fue abriéndose paso gracias a la teoría constitucional de Rudolf Smend, el fuerte auge del iusnaturalismo ontológico como el iusnaturalismo deontológico y crítico, la filosofía de los valores de Scheler y Hartmann y pensadores contemporáneos como Jünger Habermas, Luigi Ferrajoli, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luis Prieto Sanchís, Manuel Atienza, Ernesto Garzón Valdés, Santiago Carlos Nino, Francisco Laporta.

El Neoconstitucionalismo podríamos resumirlo como afirma Luis Prieto Sanchís en los siguientes rasgos sobresalientes:<sup>4</sup> 1) más principios que reglas; 2) más ponderación que subsunción; 3) omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; 4) omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, 5) coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios.

Kelsen fue un firme partidario de un constitucionalismo escueto, circunscrito al establecimiento de normas y procedimientos, esto es, a una idea de Constitución como *norma normarum*, como norma reguladora de fuentes del Derecho, desde una visión piramidal-vertical.

“Puede decirse que con Kelsen el constitucionalismo europeo alcanza sus últimas metas dentro de lo que eran sus posibilidades de desarrollo: la idea de un Tribunal Constitucional es verdad que

---

<sup>1</sup> ZAGREBELSKY, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Madrid, Trotta, 1995.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 40

<sup>3</sup> CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico” en TORRES ESTRADA, Pedro (comp.) *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, México, Limusa, 2006, pp. 41-66, p. 41.

<sup>4</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002.

## **Rafael Enrique Aguilera Portales**

consagraba la supremacía jurídica de la Constitución, pero su neta separación de la jurisdicción ordinaria representaba el mejor homenaje al legislador y una palmaria muestra de desconfianza ante la judicatura, bien es verdad que entonces estimulaba por el Derecho libre, y asimismo, la naturaleza formal de la Constitución, que dejaba amplísimos espacios a la política, suponía un segundo y definitivo acto de reconocimiento al legislador”.<sup>5</sup>

### **2. Hacia una nueva metodología jurídica multidisciplinar**

El neoconstitucionalismo ha introducido un creciente y renovado interés por los estudios sobre Hermenéutica, Interpretación jurídica y constitucional, Derechos Fundamentales, una apertura que ha revitalizado los estudios de Filosofía jurídica y política;<sup>6</sup> no obstante, matizando esta posición, tenemos que reconocer que en un gran sector de juristas existe todavía una desconfianza abierta y declarada hacia las especulaciones filosófico-jurídicas por considerarlas irrelevantes para la práctica jurídica. Sin duda, esta actitud responde a viejos paradigmas del pensamiento jurídico todavía vigentes, pero que comienzan a cambiar lentamente. Todavía existe una tendencia a dejar de lado los estudios de Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Metodología jurídica, Sociología jurídica, bajo la fuerte herencia e influencia del neopositivismo jurídico, los problemas relativos a Derechos fundamentales, su argumentación e interpretación por considerarlos problemas insustanciales e intrascendentes para la aplicación e interpretación del Derecho.

Estas otras disciplinas son auténticas ciencias o saberes que enriquecen y amplían nuestro trabajo de investigación jurídico pues contribuyen a una *comprensión integral*<sup>7</sup> del Derecho. De aquí la

---

<sup>5</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, *Neoconstitucionalismo, op. Cit.*, p. 116. Esta corriente neopositivista jurídica olvida fácilmente la consideración de legitimidad moral de las leyes. Las leyes pueden estar legitimadas por el proceso democrático en la que ha sido elaboradas; pero no necesariamente tienen que ser justas o estar legitimadas o fundadas moralmente. No obstante, en la actualidad el planteamiento es más complejo. Se trata de reconocer que el modelo democrático de toma de decisiones, en cuanto históricamente existente en una sociedad dada, es un procedimiento no siempre correcto y perfecto. Muchos autores mantienen que este modelo no siempre es una garantía de justicia, aunque procedimentalmente sea intachable y perfecto.

<sup>6</sup> AGUILERA PORTALES, Rafael, “Posibilidad, sentido y actualidad de la Filosofía del Derecho” en *Revista IUS ET PRAXIS*, Universidad de Talca, Chile, año 13, n°2, 2007, pp. 169-193, p. 170.

<sup>7</sup> Dentro del enorme espectro actual de las teorías jurídicas existe la tendencia de abandonar progresivamente el monismo metodológico. Los problemas prácticos han reclamado un enorme atención actualmente; pero debemos precisar que los métodos no son recetas, sino construcciones-herramientas intelectuales que justifican un mayor aumento del conocimiento. La ciencia del Derecho pretende aumentar nuestro conocimiento, sin duda, y este conocimiento pretende resolver problemas prácticos; pero con cautela porque las urgencias prácticas no son buenas consejeras para el desarrollo científico. Considero que debemos tender a una compaginación o vinculaciones de los aspectos metodológicos (teóricos) con la capacidad de resolución de problemas prácticos. La praxis por la praxis, desde una visión pragmática o tecnificista nos hace perder una comprensión más amplia e integral del mundo, y todos sabemos, que el fenómeno socio-jurídico es una realidad muy compleja y controvertida. DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid; LAPORTA, Francisco, *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México, 2000.

## Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

importancia de no caer en una clausura o monacato cerrado con un cierto exclusivismo formalista y tecnicista que empobrece innecesariamente lo que sobre el Derecho, en su sentido más pleno, debe y puede hoy decirse desde un holismo amplio, comprensivo y diferenciador que atiende a una interpretación flexible y totalizadora del mundo jurídico.

Esta actitud metodológica<sup>8</sup> multidisciplinar y holista radica en una concepción abierta y flexible que parte de la enorme diversidad y pluralidad de las ciencias jurídicas, de aquí, que sea importante exigir que dichas ciencias se encajen pedagógica y académicamente en los actuales estudios del Derecho.

Existe una triple realidad o dimensionalidad del derecho,<sup>9</sup> es decir, podemos contemplar la fenómeno del Derecho desde una triple visión, como *hecho social*, como *valor* y como *norma*. Hecho social, valor y norma son tres perspectivas entrecruzadas desde la que la filosofía del derecho deberá enfocar la realidad jurídica. De esta forma, hablamos del Derecho como hecho social, pero agregándole la dimensión normativo, pues existen hechos sociales que no son normativos, y además, valioso, con lo que se puede afirmar que el derecho es portador de unos valores, como los de justicia, igualdad, libertad (carácter axiológico del Derecho).

Así pues, podemos distinguir varias corrientes metodológicas dentro del Derecho: normativismo, sociologismo e iusnaturalismo. Estos tres niveles jurídicos no se dan comunicados y no constituyen géneros de discurso inconmensurables. Como dice el profesor Elías Díaz: “No habría así ruptura ni escisión total entre, por un lado, los elementos metajurídicos (elementos sociológicos y ético-filosóficos) y, por otro, los elementos propiamente jurídico-normativos”.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Este pluralismo metodológico es vital si queremos cambiar el actual panorama de nuestras Facultades de ciencias jurídicas, de este modo, comienza a darse una tendencia actual de carácter interfacultativo o interdepartamental hacia la multidisciplinariedad hacia la cual se dirige la Universidad a inicios del siglo XXI. Sólo así, podremos evitar el empobrecimiento intelectual de los estudios jurídicos que ha provocado la clausura formalista y positivista poco dispuesta hacia otros saberes jurídicos como son la Historia del Derecho, Sociología del Derecho, la Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Teoría del Estado, Ética jurídica, Teoría de los Derechos humanos, Hermenéutica jurídica. DÍAZ, Elías, *Filosofía del Derecho: legalidad y legitimidad*. Madrid, Fundación Juan March, 1999.

<sup>9</sup> Miguel Reale, profesor de la Universidad de São Paulo, ha distinguido esta triple dimensión del derecho. Debemos observar que en oposición a una visión ecléctica que puede ver una absoluta dispersión temática en la filosofía del derecho, existe una coincidencia entre los autores respecto a los problemas fundamentales. Miguel Reale advierte que la contribución de RECASENS SICHES a la teoría tridimensional del derecho es relevante, tanto en el estudio de la concepción general del derecho como en la concreción del fenómeno jurídico-normativo, como producto cultural y, por tanto, histórico. REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1997, véase también Reale, Miguel (1976) *Fundamentos del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, REALE, Miguel. *Filosofía Do Dereito*. Edit. Saravia Sao Pablo, Brasil, 1972; DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1999, p.62.

<sup>10</sup> DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1999, p.62.

### **Rafael Enrique Aguilera Portales**

Esto significa que el jurista en el cumplimiento de su propia función científico-jurídica, no debe desconocer y hacer caso omiso de la normatividad que sirve de substrato y de límite a su trabajo, la normatividad jurídico-positiva, como material básico, pero contrastada, cotejada, revisada, ampliada por las enriquecedoras aportaciones en el campo sociológico-jurídico o filosófico-valorativo. Como dice el profesor Elías Díaz: “La Filosofía jurídica, perfectamente compatible con la sociología del Derecho que en buena medida sirve a aquélla de base, adquiere también en esta concepción su pleno significado, no sólo lógico-metodológico sino también crítico-valorativo (y desde ahí, incluso ontológico)”.<sup>11</sup>

### **3. Estado Constitucional como alternativa al Estado de derecho: los derechos fundamentales**

La modernidad política y jurídica<sup>12</sup> ha considerado siempre el concepto de Constitución como un concepto ligado, en su parte dogmática, a los Derechos fundamentales y libertades públicas, de forma que derechos del hombre y del ciudadano se marcaron desde un principio como indisolublemente unidos. Esta lucha y conquista de los derechos que durante décadas han realizado los hombres y las sociedades pueden verse reflejados en el reconocimiento de los derechos fundamentales tanto a nivel nacional como internacional.

Los derechos fundamentales constituyen, de este modo, la categoría jurídica que engloba a los derechos humanos universales y los derechos ciudadanos nacionales. Ambas clases de derechos fundamentales son, parte integrante, necesaria e ineludible de la cultura jurídica de todo “Estado constitucional”.

“El Estado constitucional ‘*internaliza*’ los derechos humanos de un modo específico, porque, y en la medida en que los convierte en tema de los fines de la educación. En el fondo pretende educar a sus ciudadanos, desde la juventud, como ‘ciudadanos del mundo’[..]”.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> DÍAZ, Elías, *Op. Cit.*, p. 251

<sup>12</sup> Francisco de Victoria, en 1539, en sus *Relecciones de Indis recenter inventis* impartidas en la Universidad de Salamanca, reformulaba los títulos de legitimación de conquista de América por parte de los españoles sentando las bases del moderno derecho internacional y, al mismo tiempo, de la posterior doctrina de los “derechos naturales”. Estos títulos de legitimación se encontraban en *el ius communicationes ac societatis*, que él situaba en la base de su concepción de la sociedad internacional como *comunitas orbis* hermanada por el derecho de todos a comunicar con todos, y en una larga serie de otros derechos naturales que él formulaba como sus corolarios: *el ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi, el ius commercii, el ius praedicandi e annunciandi Evangelium, el ius migrandi* hacia los países del Nuevo Mundo y al *accipere domicilium in aliqua civitate illorum*. Vid. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, p.147; PECES-BARBA, G.(ed.): *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Debate; FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000.

<sup>13</sup> HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001. p. 177 Peter Haberle interpreta cómo la teoría de la Constitución, entendida como ciencia jurídica de los textos y la

## Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

En este sentido, podemos resaltar una clara diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional;<sup>14</sup> un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. Esta delimitación puede ser útil para expresar la legitimidad constitucional de la desobediencia civil como garante y defensora de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho<sup>15</sup> quiere expresar el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, sin embargo, el Estado Constitucional específica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado.

En el desarrollo histórico del Estado de Derecho al Estado Constitucional, como expresa el profesor Antonio Enrique Pérez Luño, se produce un triple desplazamiento del sistema del ordenamiento jurídico:<sup>16</sup> 1) el desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución; 2) el desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de la Constitución; y, 3) El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad.

Una de las características básicas y fundamentales del Estado liberal de derecho era la supremacía legal donde la ley aparecía como fuente jurídica suprema mientras que las demás fuentes normativas eran subsidiarias o subalternas. En oposición a esta idea de jerarquía funcional del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico se opone hoy en día la idea de pluralismo jurídico y metodológico. Las categorías jurídicas de supralegalidad e infralegalidad normativa que reflejaba la concepción neopositivista se está desplazando por una progresiva descodificación del Derecho. Se abandona el principio de jerarquía normativa en función de un “sistema de interlegalidad” o intersección de niveles jurídicos sobrepuestos e interrelacionados de forma asimétrica a partir de las redes de juridicidad.

“Conviene advertir que en el Estado Constitucional, que el Estado de las actuales sociedades

---

cultura, puede asociarse con una “filosofía de las imágenes”, ya que la teoría del derecho del Estado trabaja tanto con la “imagen de hombre”, “imagen del Estado” y la “imagen del mundo”.

<sup>14</sup> Es oportuno precisar que “Estado constitucional de Derecho” y “Estado de Derecho” en sentido fuerte no son términos sinónimos, sino como bien ha señalado el profesor Luigi Ferrajoli, dos modelos normativos diferentes. Véase FERRAGOLI, Luigi: “Pasado y futuro del Estado de Derecho” en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003.

<sup>15</sup> La fórmula *Auctoritas, non veritas facit legem* aparece en la obra *Leviatán* de Thomas Hobbes, en ella se expresa la afirmación del monopolio estatal de producción jurídica y por tanto del principio de legalidad como norma de un Estado válido que responde a la visión ideológica del positivismo jurídico actual. Podemos apreciar el origen y configuración del Estado legislativo de Derecho moderno, pero no el origen del Estado constitucional de Derecho. HOBBS, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, (trad. Manuel Sánchez Sarto), F. C. E., México, 1940, (original en inglés 1651). MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Barcelona, Fontanella, 1970.

<sup>16</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 41.

### **Rafael Enrique Aguilera Portales**

pluralistas, complejas y pluricéntricas, la unidad, coherencia y jerarquía del ordenamiento jurídico no pueden concebirse como un presupuesto de partida sino como una meta”.<sup>17</sup>

El Estado democrático de derecho es un proceso de conquista histórica de los derechos fundamentales expresado a través de reivindicaciones, luchas políticas, disidencias colectivas o de formas de resistencia al poder establecido. La historia europea de los derechos fundamentales, por ejemplo, puede entenderse como un proceso de aprendizaje colectivo de este tipo, interrumpido por derrotas y conquistas. Desde esta perspectiva, afirma Habermas “*El Estado democrático de derecho aparece en su conjunto no como una construcción acabada, sino como una empresa accidentada, irritante, encaminada a establecer o conservar, renovar o ampliar un ordenamiento jurídico legítimo en circunstancias cambiantes*”.<sup>18</sup>

Desde esta visión, podemos establecer una clara correspondencia o paralelismo entre el desarrollo histórico de las distintas transformaciones del Estado con la aparición progresiva de las distintas generaciones de derechos fundamentales. Al Estado liberal de derecho le corresponde la primera generación de derechos fundamentales que son los derechos civiles y políticos, derechos individuales descubiertos en las Revoluciones liberales. El Estado social de derecho expresa y encarna la conquista histórica de los derechos de segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales acaecidos durante la Revolución industrial. El Estado Constitucional, en cuanto Estado de derecho de la tercera generación<sup>19</sup>, expresa la última fase de derechos mucho más novedosos y plurales de nuestra sociedad contemporánea como son el derecho a la paz, el derecho medioambiental, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida o la libertad informática acaecidos durante la última revolución tecnológica o digital. Nos encontramos, por tanto, ante una nueva etapa evolutiva de desarrollo de los derechos humanos, de tercera generación que complementa las dos etapas anteriores de los derechos liberales individuales y derechos económicos, sociales y culturales.

“Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, preformativas y axiológicas”.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 66.

<sup>18</sup> HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 203.

<sup>19</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995 (hay ediciones posteriores).

<sup>20</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 66.

## Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

La *Constitución* de un Estado democrático, para Peter Häberle, es una “*obra abierta*” con un carácter necesariamente falible y, por tanto, revisable.<sup>21</sup> No es un documento histórico muerto, sino un proyecto de sociedad justa que señala el horizonte de expectativas de una comunidad política y que sus miembros mediante sus diferentes lecturas deben ir adaptando a los cambios sociales más allá del papel de meros destinatarios de las normas, los ciudadanos conforman “*la sociedad abierta de intérpretes constitucionales*”.<sup>22</sup>

### 4. Interpretación constitucional de los Derechos Fundamentales

La doctrina tradicional afirma la naturaleza pre y supra estatal de los derechos fundamentales, considerados éstos como “derechos absolutamente inderogables e intocables”. Esta autosuficiencia de los derechos fundamentales ha sido defendida por un corriente iusfilosófica amplia y dominante que defiende la primacía constitucional de los principios y valores frente a las reglas.

Como afirma Werner Kagi “es una realidad que los “derechos fundamentales” –si bien no garantizados por el instrumento formal constitucional- son mejor defendidos por el “*Rule of law*” inglés que por cualquier Constitución”.<sup>23</sup>

La Constitución no es una mera norma jurídica del Estado, sino la norma fundamental, y, desde esta posición, desempeña la función primordial y prioritaria de garantizar los derechos civiles y políticos de los ciudadanos acomodando a tal fin la organización de los poderes del Estado. Desde un punto de vista jerárquico-normativo, la Constitución es la norma suprema, aquella que no depende de ninguna otra superior. Así pues, la Constitución se articula con un *criterio hermenéutico*<sup>24</sup> que inspira a todo el resto del ordenamiento jurídico, o sea, la necesidad de interpretar todo el conjunto legislativo en conformidad con la Constitución. El sistema constitucional es un proceso técnico abierto en cuanto norma, porque supone, por un lado, la participación de la pluralidad de intérpretes que van desde el Tribunal Constitucional a la doctrina iuspublicista,

---

<sup>21</sup> Zagrebelsky acepta expresamente la concepción de Häberle del Estado Constitucional como Estado de la sociedad abierta y pluralista, pero ponen mayor énfasis en la crítica de los presupuestos ideológicos del Estado de derecho, o sea, del positivismo jurídico decimonónico. ZAGREBELSKY, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Madrid, Trotta, 1995.

<sup>22</sup> HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001; también puede consultarse la obra del profesor ESTÉVEZ ARAUJO, J.A., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.

<sup>23</sup> KÄGI, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, (estudio preliminar Francisco Fernández Segado), Dykinson, Madrid, 2005, p. 215.

<sup>24</sup> La filosofía jurídica de Radbruch, Stammler, Hart, Larenz, Alexy, Perelman ponen de manifiesto el enorme papel de la hermenéutica jurídica dentro de lo que es la constitucionalización de todo ordenamiento jurídico y la enorme relevancia que adquieren los conceptos morales del Derecho dentro de esta labor interpretativa, argumentativa y legislativa. DIAZ, Elías, *Filosofía del Derecho: legalidad y legitimidad*. Madrid, Fundación Juan March, 1999.



### **Rafael Enrique Aguilera Portales**

pasando por los diferentes operadores jurídicos y políticos, de este modo, aplicar es ya interpretar.<sup>25</sup>

El Estado constitucional se caracteriza en oposición al Estado de Derecho, por una decreciente densidad normativa constitucional, es decir, como manifiesta el profesor Werner Kagi,<sup>26</sup> una Constitución de mínimos que entiende la división de poderes como cooperación natural y no obstrucción o interferencia de unos poderes sobre otros. A diferencia del Estado liberal de derecho donde se daba una creciente densidad normativa y trataba de regularizar todo con absoluta precisión, delimitación y restricción de competencias el Estado Constitucional diferencia y define funcionalmente ámbitos competenciales, pero no de forma rígida ni restrictiva con la finalidad de que exista una mayor cooperación institucional natural entre los distintos órganos del Estado. En la actualidad presenciamos un desarrollo inverso: un nuevo avance del “poder político”, con un crecimiento imparable de normas (hiperreglamentarismo), junto a constantes reformas constitucionales como es el caso de México. En contraposición a esto, en los Estados constitucionales existe un declive claro y contundente de la densidad normativa (disminución de los preceptos fundamentales constitucionales) y, por otro lado, una disminución de la firmeza y precisión de las normas (inclinación a debilitar y cuestionar su sentido jurídico normativo), es decir, existe la búsqueda constante de un constitucionalismo interpretativo abierto que impregna y dirige todo el ordenamiento jurídico con la finalidad clave de garantizar el contenido esencial de los derechos fundamentales. El avance, por tanto, se dirige no en un fuerte crecimiento del poder político con ejecutivos fuertes, sino del poder judicial como órgano de control y cooperación del poder legislativo y ejecutivo.

Peter Häberle subraya la importancia de la dimensión cultural de la Constitución<sup>27</sup> que impide fluctuaciones arbitrarias de la norma, hace predecible y controlable el funcionamiento de las instituciones, reduce la tensión entre gobernantes y gobernados y refuerza el Estado de derecho mediante un sistema espontáneo, general y duradero de adhesión a la norma. De esta forma, Häberle constata la relación estrecha y directa entre el desarrollo de los derechos fundamentales y procesos culturales. Ambos procesos el normativo y el cultural se estimulan recíprocamente entrando en sinergia e interacción constante. El deterioro del entorno cultural, las regresiones

---

<sup>25</sup> HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, *El valor de la Constitución*, Crítica, Barcelona, 2003.

<sup>26</sup> Vid. KÄGI, Werner “El demontaje de la Constitución jurídica” en Kagi, Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, Dykinson, Madrid, 2005 p. 136. En los regímenes fascistas, totalitarios y nazis el legislador se ha convertido en la mayor amenaza para la libertad y los derechos fundamentales. De esta forma los constitucionalistas europeos, después de la segunda guerra mundial han dirigido su mirada hacia el constitucionalismo norteamericano. Gustavo Zagrebelsky, nos recuerda a través de su libro *El derecho Dúctil* la flexibilidad y apertura de un nuevo derecho para nada hermético, cerrado y rígido.

<sup>27</sup> HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001; ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994

## Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

autoritarias, la ausencia de políticas culturales precisas y adecuadas, las deficiencias institucionales, las tensiones políticas no resueltas, las crisis económicas y sociales afectan directamente al desarrollo y crecimiento de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva a lo largo del tiempo y cuentan con una dinámica propia que les permite desdoblarse hacia nuevos espacios y ensanchar su contenido. De este modo, Haberle interpreta la Constitución no sólo como un entramado jurídico de reglas sino como condición cultural de un pueblo. “No es la Constitución sólo un texto jurídico o un entramado de reglas normativas sino también expresión de una situación cultural dinámica, medio de autorepresentación cultural de un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas”.<sup>28</sup>

“La Constitución es cultura. Esto significa que no está hecha sólo de materiales jurídicos. La Constitución no es un ordenamiento dirigido a juristas y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino también sirve esencialmente como guía para los no juristas, para los ciudadanos. La Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas [...]”<sup>29</sup>

El profesor Michael Nuñez Torres expresa muy acertadamente esta concepción: “La Constitución como complejo institucional axiológico y cultural es capaz de integrar la pluralidad de instituciones políticas —en la que el Estado sigue siendo la más significativa— con pluralidad de fuentes de derecho—en la que la ley sigue siendo la *primus inter pares*. ¿Cómo realiza el neoconstitucionalismo tal integración? Requiere que la sociedad comparta ese proyecto común, que lo viva, entre otras cosas, porque es expresión cultural”.<sup>30</sup>

De esta forma, Haberle reivindica Constituciones vivas como producto y resultado de todos los intérpretes constitucionales desde una concepción de sociedad abierta popperiana donde la eficacia y acatamiento de la misma radica en el arraigo de un *ethos* ciudadano y en la vida de la comunidad política. De esta forma, el ámbito jurídico es sólo un aspecto más de la Constitución como cultura, en palabras de Haberle: “la realidad jurídica del Estado constitucional representa sólo

---

<sup>28</sup> HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. (prologo de Antonio López Pina), Trotta, Madrid, 1998, p. 46

<sup>29</sup> HÄBERLE, P., “El Estado Constitucional europeo” en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Ed.) *La Constitucionalización de Europa*, UNAM, México, 2004, p. 25.

<sup>30</sup> NÚÑEZ TORRES, Michael, “Nuevas tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado” en TORRES ESTRADA, Pedro (comp.) *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, México, Limusa, 2006, pp. 135-169., p.149. El profesor Michael Nuñez realiza en este trabajo una interpretación y lectura original del concepto de Constitución mixta aristotélica y neotomista como aporte esencial al Neoconstitucionalismo y la construcción del nuevo Estado Constitucional.

### **Rafael Enrique Aguilera Portales**

una parte de la realidad de una Constitución viva, que, en profundidad, es de naturaleza cultural”.<sup>31</sup>

En el caso de México, la Constitución se caracterizó y consideró más como fenómeno político que como fenómeno jurídico. Esta lectura excesivamente política ha impedido que los investigadores y juristas la vean desde su dimensión normativa-constitucional y, mucho menos, desde una dimensión normativa-integradora-cultural como la que proponen Rudolf Smend o Peter Häberle.

#### **5. La interpretación de la Constitución como forma de participación ciudadana: el poder constituyente**

Esto significa que debemos pensar las Constituciones partiendo del pueblo y de los ciudadanos, no a partir de un concepto preconstitucional de Estado.<sup>32</sup> El Estado Constitucional como proceso constituyente, en este sentido, es fundamental e indispensable para fortalecer la democracia.

La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, incluye a la sociedad constituida, por tanto, no sólo es Constitución del Estado, sino que comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural, como las relaciones de grupos sociales entre sí y las relaciones de las organizaciones con los ciudadanos.

De este modo, el profesor Häberle profundiza y conecta la idea de un Estado constitucional en el concepto de soberanía popular y democrática, a la manera de Rousseau, cuando critica las deficiencias del sistema representativo: “el pueblo no es precisamente una majestad unitaria que emana sólo el día de la elecciones. El pueblo como majestad pluralista no es menos presente y legitimador para las interpretaciones del proceso constitucional”.<sup>33</sup>

La única forma de combatir el grave déficit democrático, el nominalismo constitucional, la falta de cultura jurídica y política es a través de políticas democráticas radicales que impliquen cada vez más al pueblo como sujeto activo del proceso democrático. La doctora Ángela Figueruelo es contundente ante este peligro: “[...] Ante el riesgo de que cualquier Constitución se convierta en un conjunto de proposiciones que nada tienen que ver con la realidad –Constituciones nominales o semánticas (Lowenstein, 1982)- es imprescindible que las Constituciones actuales lleven incor-

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>32</sup> BRAGE CAMAZANO, Joaquín, Estudio preliminar a HÄBERLE, Peter, *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado Constitucional*, México, UNAM, pp.25-130, p.29; HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Taurus, Madrid,1992.

<sup>33</sup> VALADÉS, Diego, Estudio introductoria Haberle, Peter: *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México. Sin lugar a dudas como expresa acertadamente corresponde a un tipo evolucionado de sociedad, en tanto, que sociedad abierta de los intérpretes constitucionales tiene que ser, a la vez, una sociedad altamente informada e integrada o al menos, medianamente culta, ilustrada y cívica; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002.

## Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

porados un conjunto de mecanismos para su defensa y garantía. El constitucionalismo se convierte de este modo en una técnica jurídica de la democracia y la libertad [...]”<sup>34</sup>

El punto de partida de la doctrina de Haberle es que el contenido de la Constitución es, en su mayor parte, indeterminado y que, por consiguiente, la Constitución vive de la interpretación. En este sentido, Haberle distingue entre interpretación e intérpretes “*en sentido estricto*” y “*en sentido amplio*”. La interpretación en sentido estricto es una actividad consciente dirigida a la comprensión y aplicación de la norma. La interpretación en sentido amplio comprende cualquier “*actualización*” de la Constitución (cualquier ejercicio de derecho constitucional, de una función constitucional...). La puesta en práctica de la Constitución es pues, interpretación de la Constitución en sentido amplio y en ella participan todos los ciudadanos, grupos sociales y órganos estatales. Todos ellos son “*fuerzas productivas interpretadoras*”<sup>35</sup> que proporcionan materiales hermenéuticos a los intérpretes en sentido estricto. De este modo, podemos decir que la interpretación de la que vive la Constitución es una forma de participación cívica y democrática.

El Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia es el supremo intérprete de la Constitución, pero como dice García de Enterría: “*Si el pueblo en su función interpretativa de la Constitución, como titular del poder constituyente, entiende que el Tribunal había llegado a una conclusión inaceptable, podrá poner en movimiento el poder de revisión constitucional y definir la nueva norma en el sentido que el constituyente decida, según su libertad incondicionada.*”<sup>36</sup>

La Constitución debe remitirnos a una concepción dinámica, abierta y creativa de derecho, actividad tendente a preservar una cierta unidad política y que tiene que ver no sólo con la competencia jurisdiccional, sino con decisiones ético-políticas. Si concebimos la Constitución exclusiva-

---

<sup>34</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *Luces y sombras del Tratado Constitucional Europeo*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 39

<sup>35</sup> Véase para un estudio más detallado y profundo sus obras Haberle *La Constitución como proceso público* (offentlich) y *Materiales para una teoría constitucional de la sociedad abierta*. También puede consultarse la obra del profesor ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994 donde se realiza un estudio pormenorizado de las implicaciones y consecuencias constitucionales de la desobediencia civil en un Estado democrático de Derecho.

<sup>36</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *La constitución como norma y Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, p. 198. Cuando los juristas consideran la Constitución como verdadera norma jurídica y no como una simple declaración programática se desarrolla un nuevo concepto de Derecho. Este rasgo distintivo es fundamental para el Constitucionalismo contemporáneo. En el caso Marbury vs. Madison (1804) se reconoció la competencia de los jueces para examinar la constitucionalidad norteamericana de las leyes federales –competencia no explícitamente reconocida por la Constitución- juez Marshall recurre a dicha sentencia a determinados principios racionales derivados del propio régimen constitucional. Lo importante es que Marshall reconoce la posibilidad de recurrir a criterios de decisión no explícitamente formulados en el texto, sino descubiertas por medio de la razón, ampliando de este modo, la concepción de la interpretación constitucional a una interpretación político-racional.

### **Rafael Enrique Aguilera Portales**

mente como “*sólo texto escrito*”<sup>37</sup> y la defensa de la Constitución como control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales y la interpretación constitucional como mera operación técnico-jurídica podemos encontrarnos ante un estrecha, simple y reduccionista visión positivista. La Constitución, con frecuencia, nos remite a principios iusnaturalistas y su interpretación no es una operación meramente técnico-jurídica, con lo que se pone en duda el carácter jurisdiccional de la actividad del juez constitucional.

Muy a menudo existe el problema de la vaguedad, imprecisión e indeterminación de las disposiciones constitucionales materiales, que incorporan criterios de decisión situados fuera del texto de la Constitución (como valores suprapositivos o creencias compartidas por la población), entonces la capacidad y la legitimidad exclusiva del Tribunal Constitucional para defender la Constitución queda puesta seriamente en duda. Un tribunal no puede pretender, por ejemplo, ser mejor intérprete de la voluntad popular que un órgano electivo, y en cierta medida, debe disponer de censores más eficaces que otros órganos estatales para detectar los valores realmente vigentes en el seno de la sociedad. Nadie puede arrogarse una absoluta infalibilidad en la interpretación constitucional, esto podría llevarnos a una cierta posición arrogante y prepotente y, sobre todo, nos hallaríamos ante una concepción demasiado estrecha del control constitucional del ordenamiento jurídico normal.

Con respecto a México, apunta el profesor Jaime Cárdenas Gracia que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha impuesto un monopolio totalmente indebido de interpretación constitucional: “Hay un indebido monopolio de la interpretación constitucional en la Suprema Corte, sin que exista fundamento constitucional alguno. La autoridad secundaria no interpreta “desde” la Constitución y no hay posibilidad de control difuso. Resultado: empobrecimiento de la cultura jurídica y alejamiento de los ciudadanos con respecto a la Constitución.”<sup>38</sup>

El motivo de oposición al control difuso tiene que ver más con la desconfianza hacia los jueces y las autoridades administrativas de este país que con una posición jurídica, en tanto que no hay normas expresas al respecto que permitan sostener la viabilidad del control difuso. Por ese moti-

---

<sup>37</sup> Con la culminación de la unificación alemana y el dominio del positivismo jurídico en el ámbito del derecho público se impuso un concepto de Constitución estrictamente formal y despojado de exigencias políticas. La Constitución era entendida como una ley. En este sentido, la constitución aparecía como fruto de la voluntad de Estado y no como un elemento creador y dinámico social. Esta concepción de constitución como ley responde al modo como nació históricamente el imperio alemán y se corresponde con el pensamiento de su creador, Bismarck. De esta forma, la tarea del jurista debe ceñirse exclusivamente al material jurídico-positivo. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.

<sup>38</sup> CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico” en TORRES ESTRADA, Pedro (comp.) *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, México, Limusa, 2006, pp. 41-66, p. 49.

## Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

vo, Jaime Cárdenas expresa que urge en México implantar este sistema de control de constitucionalidad como viene ocurriendo en Austria, Alemania, España, Francia, Italia y Bélgica.

“El conjunto de nuestros jueces y funcionarios no puede tener un papel crítico con su derecho, ni un compromiso con su actuación: son autómatas que suelen pronunciar mecánica y maquinalmente las palabras de la ley”.<sup>39</sup>

La diferencia estriba en concebir la Constitución como proceso abierto, dinámico y creativo siempre cambiante ante los nuevos procesos sociales, económicos e históricos que se producen. Una concepción más dinámica de la Constitución obliga al intérprete de la Constitución a adoptar una posición más abierta y flexible. En todo el concepto de interpretación amplia de Häberle subyace la referencia de que: “El legislador es el primer intérprete de la Constitución, mientras el Tribunal Constitucional es el último”.<sup>40</sup> Igualmente, la concepción de que la Constitución no debe ser interpretada de forma aislada, sino en un proceso integrador global, contextualizando el texto en un proceso socio-político siempre cambiante, dinámico y complejo. De este modo, sería conveniente una apertura del Tribunal Constitucional o Cortes Supremas de Justicia ante los procesos institucionales y sociales que surgen de una sociedad democrática pluralista. Tenemos que superar la concepción de que la democracia<sup>41</sup> se basa en la voluntad soberana del pueblo entendido como un todo homogéneo y compacto, sino ver la democracia como la posibilidad de la minoría en convertirse en mayoría, es decir, como “*pluralismo agonístico*”.<sup>42</sup> Desde este punto de vista, garantizar la democracia consiste en salvaguardar los mecanismos que permiten la configuración de alternativas y proporcionan oportunidades a todos los participantes para poder expresarse.

### 6. La interpretación Constitucional en Ronald Dworkin

Ronald Dworkin representa una de las posturas más abiertas a favor de la interpretación jurídica amplia, acercándose a una posición iusnaturalista contemporánea<sup>43</sup> tenue, moderada y crítica desde la tradición anglosajona. Dworkin entiende el Derecho como un sistema integrado por una variedad de estándares, que no funciona sólo por reglas a diferencia de la mirada jurídica neopo-

---

<sup>39</sup> CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico” en TORRES ESTRADA, Pedro (comp.) *op., cit.*, pp. 41-66, p. 51.

<sup>40</sup> DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *La Constitución Abierta y su interpretación*, Lima, Palestra, 2004.

<sup>41</sup> HABERMAS, Jürgen, “Derecho natural y revolución”, incluido en su *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid, Tecnos, 1997 (3ª ed.).

<sup>42</sup> MOUFFE, Chantal, *La paradoja de la democracia*, Barcelona, Paidós, 2002.

<sup>43</sup> El neopositivismo jurídico (Austin, Kelsen y su versión perfeccionada de Hart) concibieron el derecho como un *system of Rules* con un olvido sistemático de la importancia y relevancia de los principios en sentido estricto en la práctica jurídica, los principios son “exigencias de justicia, equidad y otra dimensión de moralidad siempre presente”. RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2000.

### **Rafael Enrique Aguilera Portales**

sitivista. El Derecho es un sistema integrado por principios (*principles*), directrices políticas (*policies*) y reglas (*rules*).

El modelo de integración relativa rechaza tanto la tesis que propugnan la separación radical entre el derecho y la moral (iuspositivismo extremo), como la que postula una integración total (iusnaturalismo radical). El representante de esta tesis es Ronald Dworkin, quien propugna que todo ordenamiento jurídico se halla integrado por un conjunto de principios (*principles*), medidas o programas políticos (*policies*) y reglas o disposiciones específicas (*rules*).

Las tesis iusnaturalistas entrañan una visión ideal y abstracta del derecho, mientras que para Dworkin el derecho y sus valores se sitúan en el plano de la práctica jurídica. Dworkin nos habla de principios que tienen su origen no tanto en alguna decisión particular de algún legislador, sino convicciones, prácticas, intuiciones profesionales y populares entendidas en sentido amplio. Y además los principios tienen una peculiaridad: “son proposiciones que describen derechos”:<sup>44</sup> Los derechos se imponen en particular a las “directrices políticas” (*policies*) definidas en términos utilitaristas. Un derecho es algo que debe ser respetado y satisfecho, aun cuando su respeto y satisfacción vayan contra la directriz política a favor del interés general. Los derechos, que son descritos a través de los principios pertenecen en parte, no al sistema normativo jurídico, sino a la vida y la cultura: es decir, a la moralidad de una determinada comunidad. El iusnaturalismo moderado de Ronald Dworkin,<sup>45</sup> por tanto, trata de recuperar la idea de la existencia de unos derechos morales, naturales, previos al Estado y que, en todo caso, sirven de módulo justificador para su operatividad y eficacia práctica, creando una protección de los ciudadanos frente al Gobierno. Estos principios morales son vividos por una determinada comunidad y a ellos puede acudir un juez para decidir ante los casos difíciles.

Dworkin defiende la prevalencia de unos derechos morales fuertes (*strong rights*)<sup>46</sup>, derivados de

---

<sup>44</sup> DWORKIN, R.: *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London; trad. Cast. *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, p. 307. La teoría de Ronald Dworkin opera abiertamente dentro del Derecho norteamericano y su filosofía jurídica pone de manifiesto y evidencia la enorme vinculación que existe entre Derecho y moral, en todo sistema jurídico existen principios inmanentes que de alguna manera fundan la interrelación entre Derecho y moral. Estos principios extrajudiciales operan en la interpretación y aplicación de la norma jurídica que realiza el juez en su casuística contextual ordinaria y fáctica. DWORKIN, Ronald, *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona, Paidós, 1993.

<sup>45</sup> DWORKIN, R., *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, e interpretación de los jueces y de la integridad política como clave de la teoría y la práctica*. Barcelona, Gedisa, 1998.

<sup>46</sup> La concepción iusnaturalista de Dworkin se enfrenta a la posición positivista que sostiene que sólo son normas jurídicas aquellas que son reconocidas por su origen fáctico y son perfectamente distinguibles de las normas morales. Su posición se apoya en la admisibilidad de ciertos tipos de estándares morales como parte del Derecho, el alcance de la discreción judicial y la posibilidad de justificar proposiciones jurídicas sobre la base de prácticas sociales. Estos tres elementos se enfrentan radicalmente a la visión positivista. Véase al respecto el trabajo NINO, Carlos Santiago, “Dworkin y la disolución de la controversia positivista versus iusnaturalismo” en

## Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

la tutela de los principios básicos, el de la dignidad humana y el de la igualdad política, que no pueden ser desconocidos por los poderes públicos. Dworkin sostiene la existencia de derechos preexistentes, sin defender una teoría metafísica concreta.<sup>47</sup> Los individuos tienen derechos, aún cuando éstos no están positivos en ningún texto legal. Por tanto, al lado de los derechos legales existe otro tipo de derechos cuyo fundamento jamás será el consenso social reconocido en una norma sino, según le hemos visto, un cierto tipo de moralidad básica. Los derechos humanos tienen un marcado carácter moral que posibilita su fundamentación para la teoría y práctica jurídica, por el principio de justicia que tienen de forma inherente. Tanto es así, que Dworkin habla de los derechos contra el Gobierno (*rights against the Government*), es decir derechos<sup>48</sup> cuya violación admitiría y justificaría ciertos actos de desobediencia frente al gobierno. Estos derechos humanos no son derivados del propio ordenamiento jurídico, sino derechos morales del individuo.

Desde este iusnaturalismo deontológico moderado de Dworkin está demostrando lo que Isaiah Berlin plantea que existe una serie de valores compartidos, “un mínimo sin el que las sociedades difícilmente podrían sobrevivir”.<sup>49</sup> La necesidad de aceptar y respetar esos valores es imperiosa y urgente en nuestra sociedad actual.

El planteamiento de Dworkin presupone una concepción de la interpretación y aplicación abierta de la Constitución no monopolizada por las instancias estatales. Esta concepción integradora y no autoritaria del control judicial de la constitucionalidad de las leyes que presupone el planteamiento de Dworkin se opone a una visión interpretativa absoluta y exclusiva de los órganos jurisdiccionales ensanchando la concepción de democracia jurisdiccional.

“El Estado de derecho no es sólo una cosa de juristas, única y exclusivamente una cuestión jurídica. En él, como siempre tendría que ser, el Derecho y el Estado no son sino medios oportunos, puede que imprescindibles, para un fin más esencial: no se hizo el hombre para ellos, sino ellos para el hombre, para los seres humanos. A quienes el rigor más importa que aquél exista, funcione y sea real y gobernantes sino a los ciudadanos, a sus derechos, a sus libertades y necesidades; y

---

SQUELLA Agustín, *Ronald Dworkin*, Revista de Ciencias sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, nº38, pp. 495-528.

<sup>47</sup> DE ASIS ROIG, Rafael, “Dworkin y los derechos en serio” en SQUELLA Agustín, *Ronald Dworkin*, Revista de Ciencias sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, nº38.

<sup>48</sup> Vid. DWORKIN, R: *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. La teoría del Ronald Dworkin acerca del Derecho y la justicia es una postura antipositivista en el sentido que sostiene la existencia de derechos preexistentes al reconocimiento legal y positivo del ordenamiento jurídico.

<sup>49</sup> BERLIN, I., *El fuste torcido de la humanidad*.(trad. J.M. Álvarez Flores), Península, Barcelona, 1992, p. 9. Vid. HABERMAS, J., *Ensayos políticos*, Barcelona, Península, 1989.



### **Rafael Enrique Aguilera Portales**

muy especialmente les interesa a aquellos que pueden protegerse menos, o nada, por sus propios medios, empezando por los de carácter económico”.<sup>50</sup>

Considero interesante esta idea constitucional de integración, apertura y flexibilidad de la Constitución pues sólo desde esta concepción podremos vivir una cultura auténtica, sólida y dinámica de los derechos fundamentales, en este sentido, frente a cierto formalismo y positivismo jurídico imperante todavía en muchos centros académicos, tribunales y juzgados debemos ver la configuración del Estado constitucional de derecho como una tarea urgente, pendiente y por hacer.

#### **Bibliografía**

AGRA ROMERO, María Xosé, “Ciudadanía: Fronteras, círculos y cosmopolitismo” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, 36, 2002, pp. 9-28.

ARAMAYO Roberto y VILLACAÑAS, J. L. (comps), *La herencia de Maquiavelo, (modernidad y voluntad de poder)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

ARENDRT, H., *Crisis de la República*, Madrid, Taurus, 1973.

BAUMAN, Zygmunt, *Europa. Una aventura inacabada* (trad. J. Etoarena), Madrid, Losada, 2006

BRAGE CAMACHO, Joaquín, Estudio preliminar a HÄBERLE, Peter, *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado Constitucional*, México, UNAM

CAMPS, Victoria: “El derecho a la diferencia” en OLIVÉ León: *Ética y diversidad cultural*, México, F.C.E., 2002.

CARRIÓN RODRÍGUEZ, Alejandro J.: “El derecho internacional a la hora de la globalización” en OLIET PALÁ (comp..) *Globalización, Estado y Democracia*, Servicio Publicaciones Universidad de Málaga, Málaga, 2003.

CLAUSS OFFE, *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Sistema, Madrid, 1988.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La Constitución inédita (Estudios ante la constitucionalización de Europa)*, Madrid, Trotta, 2004.

DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998 (3ºed.),

ECO, U. (1982): *Apocalittici e integrati*, Bompiani, Milán, 3º ed. (Trad. Cast.: *Apocalípticos e integrados*, trad. de Andrés Boglar, Lumen, Barcelona, 1999.)

ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.

FERNÁNDEZ BUEY, F., “Barbarie, tolerancia, igualdad en la diversidad” en CRUZ Manuel

---

<sup>50</sup> DIAZ, Elías, *Filosofía del Derecho: legalidad y legitimidad*. Madrid, Fundación Juan March, 1999, p. 135.

## Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

- (comp.) *Tolerancia o barbarie*, Barcelona, Gedisa, 1998.
- FERRANDO BADÍA, J., *EL Estado unitario, el federal y el Estado regional*, Madrid, 1978.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1999.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*. Trotta, Madrid, 2001.
- *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000,
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *Luces y sombras del Tratado Consitucional Europeo*, Madrid, Dykinson, 2006,
- GARCIA DE ENTERRÍA, *La constitución como norma y Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985.
- GEERTZ. Clifford, *Los usos de la diversidad*. Barcelona, Paidós, 1996.
- GINER, Salvador, “Verdad, tolerancia y virtud republicana”, en CRUZ, Manuel, *Tolerancia o barbarie*, Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 119-140. GINER, Salvador, “Las razones del republicanismo” en *Claves de la razón*
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.
- GONZÁLEZ ENCINAR, J.J., *El Estado unitario-federal*, Madrid, 1985.
- HABERMAS, J., *El discurso de la modernidad*. Taurus , Madrid, 1983.
- *Ensayos políticos*, Barcelona, Península, 1989.
- *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989.
- *Facticidad y validez*, Taurus, Madrid, 1992.
- *La constelación postnacional*, (trad. Cast. Pere Fabra Abat, prólogo Camps, V.), Paidós, Barcelona, 2000,
- “¿Necesita Europa una Constitución?” en *La inclusión del otro (Estudios de teoría política)*, Barcelona, Paidós, 1999.
- HÄBERLE, Peter, *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado Constitucional*, México, UNAM,
- HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.
- HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*.(prologo de Antonio López Pina), Trotta, Madrid, 1998

**Rafael Enrique Aguilera Portales**

KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, (trad. Cast.) Kant, I., *Metafísica de las costumbres*, trad. Cast. A. Cortina y J. Conill, Tecnos, 1994, (2ª ed.),

----- *La paz perpetua*, (Introducción A. Truyol y Serra y trad. Joaquín Abellán), Madrid, Tecnos, 1985

KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1985.

LAPORTA, Francisco, *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México, 2000

LLANO ALONSO, Fernando H., *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Instituto de Derecho Humanos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, Madrid, 2002.

LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho político*, Madrid, 1974, vol II.

MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Barcelona, Fontanella, 1970.

MANGAS MARTÍN, Araceli, *La Constitución Europea*, Madrid, Iustel, 2005, p. 17.

MONTESQUIEU, *De L'Esprit Des Lois*, (trad de Merceces Blázquez y Pedro de Vega, prólogo de Tierno Galván *Del Espíritu de las Leyes*, Madrid, Tecnos, 1972.

NÚÑEZ TORRES, Michael, “Nuevas tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado” en TORRES ESTRADA, Pedro (comp.) *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, México, Limusa, 2006, pp. 135-169.

PECES-BARBA, G.(ed.): *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Debate

PEÑA, Javier: “La formación histórica de la idea moderna de ciudadanía” en QUESADA, F., *Naturaleza y sentido de la ciudadanía hoy* U.N.E.D, Madrid, 2002.

PÉREZ LUÑO, E. *Derechos humanos. Estado de derecho. Constitución*, Tecnos, Madrid 1999, (6º ed.).

----- “El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos”, en *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, (dir. Peces-Barba Martínez, G. Fernández García, E., y De asís Roig, R.) Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III), 2001

PRÉLOT, M., *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Paris, 1972.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002.

RICOEUR Paul, “La universalidad y el poder de la diferencia” en KEARNEY Richard, *La paradoja Europea*,( trad. José Manuel García de la Mora), Barcelona, Tusquets, 1998.

RUBIO CARRACEDO, J.(1990): “Paradigmas de la obligación política”, en *Sistema*, nº85, pp.

## **Estado, Derecho y Democracia en el momento actual**

89-106. Recogido en su libro (1990): *Paradigmas de la política. Del Estado justo al estado legítimo (Platón, Marx, Rawls, Nozick)*.

Barcelona, Anthropos.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2000

SCHMITT, C., *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971.

----- *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.

SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1985,(trad. José María Beneyto Pérez).

TAYLOR, Charles, *Ética de la autenticidad*, Paidós, Barcelona, 1998.

THIBAUT. C., *Los límites de la comunidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

TOQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, Madrid, Aguilar, 2 vols. 1989.

TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Átomo ediciones, Madrid, 1988.

STUART MILL, J., *Sobre la libertad*, Orbis, Madrid,1980.

VALADÉS, Diego, Estudio introductorio HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México.

Herrero de Miñón, Miguel, *El valor de la Constitución*, Crítica, Barcelona, 2003.

VILLAR BODA, Luis y ROSALES, José María, *La inmigración y las oportunidades de la ciudadanía*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

VILLORO, L., *Estado plural. Diversidad de culturas*, México, Paidós, 1998.