



FACULTAD DE DERECHO

**DESAFÍOS DEL ESTADO DE
DERECHO: CRISIS DEL MODELO DE
CONVIVENCIA**

Autor: Diego Pérez de los Cobos Almiñana

Tutor: Rafael Vega Pasquín

5º E-3 C

Filosofía del Derecho

Abril de 2019

Madrid

Resumen

En el presente Trabajo de Fin de Grado se realiza un repaso histórico a los fundamentos de la Filosofía del Derecho que han inspirado la formación del Estado de Derecho. Se analizan las principales corrientes iusfilosóficas, los autores más destacados y sus aportaciones para llegar al actual Estado Constitucional. Del iusnaturalismo inspirado en la Ilustración se deduce que hay categorías previas a la incorporación al ordenamiento jurídico que ya son Derecho. Este punto es rebatido por el positivismo del siglo XIX que busca una separación entre la moral y el Derecho. Kelsen, máximo exponente del positivismo, recupera el valor de la Constitución dotándola de mecanismos para garantizar su superioridad jerárquica y la protección de sus derechos a través del Tribunal de Garantías Constitucionales. El otro autor que se estudia en más profundidad en este trabajo es Zagrebelsky por su defensa de un derecho dúctil que se adapte a la heterogeneidad social.

Las doctrinas actuales incorporan elementos de ambas corrientes y limitan el debate a cuestiones más concretas. La complejidad de las sociedades modernas y la falta de consenso en aspectos esenciales son un obstáculo para articular un modelo de convivencia duradero a través de una constitución. Los principales problemas particulares que describen autores del neoconstitucionalismo se analizan en este trabajo desde una perspectiva de actualidad en España y se trata de alcanzar finalmente algunas conclusiones sobre la crisis del modelo de convivencia.

Palabras clave

Constitución, convivencia, derecho, poder judicial, separación de poderes y Estado Constitucional.

Abstract

In this Final Degree Paper, a historical review is made of the foundations of the Philosophy of Law that have inspired the formation of the Rule of Law. It analyses the main ius philosophical theories, the most outstanding authors and their contributions to arrive at the current Constitutional State. From the iusnaturalism inspired by the Enlightenment, it can be deduced that there are categories prior to incorporation into the legal system that are already Law. This point is refuted by the positivism of the nineteenth century that seeks a separation between morality and Law. Kelsen, maximum exponent of positivism, recovers the value of the Constitution providing it with mechanisms to guarantee its hierarchical superiority and the protection of its rights through the Court of Constitutional Guarantees. The other author that is studied in more depth in this work is Zagrebelsky for his argument of a ductile Law that adapts to social heterogeneity.

The current doctrines incorporate elements of both theories and limit the debate to more concrete questions. The complexity of modern societies and the lack of consensus on essential aspects are an obstacle to articulating a model of lasting coexistence through a constitution. The main problems described by authors of neoconstitutionalism are analysed in this work from a current perspective in Spain and tries to reach some conclusions on the crisis of the model of coexistence.

Key words

Constitution, coexistence, law, judicial power, separation of powers and Constitutional State.

Abreviaturas

CGPJ – Consejo General del Poder Judicial

TFG – Trabajo de Fin de Grado

TC – Tribunal Constitucional

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. EVOLUCIÓN DEL ESTADO ABSOLUTISTA AL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	6
2.1. Estado Absolutista.....	6
2.2. Estado Constitucional	8
3. DESARROLLO HISTÓRICO Y FILOSÓFICO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	9
3.1 Inicio histórico basado en el iusnaturalismo racionalista, ilustración y derecho comparado	9
3.1.1 <i>Inglaterra</i>	9
3.1.2 <i>Estados Unidos</i>	10
3.1.3 <i>Francia</i>	10
3.1.4 <i>Inicio del constitucionalismo en España</i>	11
3.2. Desvaloración del constitucionalismo en el siglo XIX.....	12
3.3. Positivismo	13
3.3.1. <i>Inicios</i>	13
3.3.2. <i>Hans Kelsen</i>	15
3.4. Constitucionalismo de principios.....	19
3.4.1. <i>Introducción general</i>	19
3.4.2. <i>Gustavo Zagrebelsky y el derecho dúctil</i>	20
3.4.3. <i>Neoconstitucionalismo</i>	25
4. DEBATES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO	28
4.1. Gobierno de los jueces vs. Gobierno del legislador	29
4.2. Independencia judicial.....	32
4.3. Juez constitucional e interpretación moral del Derecho.....	37
5. CONCLUSIONES.....	40
6. BIBLIOGRAFÍA.....	47

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de este Trabajo de Fin de Grado inicialmente es estudiar los aspectos éticos, políticos y jurídicos que han valorado a lo largo de la historia las distintas corrientes de la Filosofía del Derecho para establecer un Estado de Derecho (o Estado Constitucional más adelante) que regulase la sociedad del momento.

Para realizar este trabajo correctamente, primero he estudiado las principales corrientes de la Filosofía del Derecho y las aportaciones que han hecho a la construcción histórica del Estado de Derecho. Posteriormente he leído y analizado la obra de los autores más destacados en los puntos que consideraba de interés para el objeto de este trabajo. Finalmente, he resumido las posturas de las principales corrientes contemporáneas y he introducido algunos temas de debate relevantes de actualidad. A partir del análisis de las propuestas de juristas de reconocido prestigio para estas cuestiones y de la situación de los debates en este momento, he reflexionado sobre los mismos para tratar de ver si realmente hay una crisis de convivencia, sus causas y qué posibles argumentos desde la Filosofía del Derecho pueden adoptarse para intentar reducirla.

La contribución de las principales corrientes ha ido delimitando el debate, recogiendo las mejores aportaciones y resultados de cada una. Los autores más recientes no se contradicen en los aspectos más fundamentales de sus teorías. A todos ellos es común la atribución de un papel hegemónico a la Constitución, con un cierto matiz iusnaturalista en sus presupuestos básicos. Parece que la inclusión de los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos es un tema de amplio consenso.

Sin embargo, hay muchas cuestiones de actualidad que están siendo analizadas y discutidas por estos autores. Entre ellas, destaca la problemática de adaptar las constituciones a sociedades tan heterogéneas como las actuales o el gobierno de los jueces. El desarrollo del juez constitucional de Kelsen es otro de los grandes temas de debate. Su elección, efectos y argumentación en las sentencias son áreas de estudio entre los expertos del constitucionalismo y hay multitud de variantes en el derecho comparado.

Estos temas son incluso el centro de muchos debates políticos actuales. La legitimidad del poder judicial y en concreto del Tribunal Constitucional está en entredicho para una parte importante de la sociedad. Ello se debe principalmente a los métodos de designación de cargos en la cúpula judicial y de los magistrados del TC en donde se entrometen los partidos políticos y las asociaciones judiciales con una clara motivación ideológica detrás.

Trataré de analizar estas cuestiones en los últimos apartados de este TFG, sopesando si lo que muchos autores han denominado gobierno de los jueces como problema del Estado Constitucional en realidad es gobierno del legislador por el control que éste ejerce en la cúspide de la pirámide judicial. Sin embargo, considero que puedo adelantar ya en esta introducción que en líneas generales la inmensa mayoría de jueces actúan siempre con plena independencia del poder político y que sus decisiones son fundamentadas en base a derecho. La fundamentación de las sentencias del Tribunal Constitucional es algo más compleja porque la interpretación de un texto como el de la Constitución lleva en muchos casos a razonamientos más morales que jurídicos. Sin embargo, también tienen el deber de motivar suficientemente sus posiciones por lo que más que criticar su forma de designación habría que hacer hincapié en si su razonamiento está a la altura de lo esperado para un juez constitucional en un Estado de Derecho.

El fin al que tiende el filósofo del Derecho es a tratar de determinar un orden justo para la sociedad, si tiene una aproximación más iusnaturalista, o analizar el sistema del momento con una visión científica si la aproximación es positivista. En definitiva, las dos dimensiones que tradicionalmente se han tratado han sido la formal para los positivistas y la final o valorativa para los iusnaturalistas. Pero los autores contemporáneos no se limitan a una u otra sino que buscan analizar el conjunto.

Veremos como a lo largo de la historia cada autor ha decidido poner el foco en una u otra dimensión del Derecho. En la actualidad se busca un estudio unitario. Se analiza el sistema como unidad relacional, con dimensiones dependientes entre ellas.

La principal tensión se encuentra en el peso que debe tener cada parte en el eje de la razón común y la fuerza. La razón común teóricamente se plasma en el ordenamiento jurídico que emana del legislador en democracia. La fuerza, legitimada y regulada en el ordenamiento jurídico, recae en el ejecutivo y en el judicial a través de lo que podemos denominar poderes del Estado.

Es notoria la crítica de una parte importante de la sociedad de nuestros días al razonamiento del último párrafo. El independentismo catalán o partidos que cuestionan la totalidad del sistema ponen de relieve que muchos dudan sobre la legitimidad del legislativo como representante de la verdadera razón común. Gran parte del foco de sus críticas al Estado Constitucional se centra en lo alejado que colocan sus instituciones del pueblo, en particular el poder judicial.

Con este trabajo voy a tratar de aportar un razonamiento filosófico al trasfondo de muchos de estos problemas del Estado de Derecho que sin duda suponen una quiebra para la convivencia. En esta compleja disciplina sería presuntuoso afirmar que se pueden hacer grandes aportaciones en un simple TFG, pero sí se pueden conectar ideas de autores y reflexionar sobre las mismas en relación con la actualidad.

2. EVOLUCIÓN DEL ESTADO ABSOLUTISTA AL ESTADO CONSTITUCIONAL

Con la elaboración de este apartado busco introducir la fundamentación filosófica de la evolución del Estado Absolutista al Estado Constitucional. Aunque la materia es muy densa y las fuentes muy numerosas, no es objeto de este trabajo profundizar en el análisis histórico de la evolución de la organización política sino usarla para ayudar a comprender mejor el presente.

El siglo XIX es en el que se produce con las revoluciones liberales la mayor constatación de este cambio. Los propulsores del mismo se encuentran en Estados Unidos y Francia, como veremos en el siguiente epígrafe del índice, pero el influjo de sus ideas contagió a las grandes naciones del momento como España.

2.1. Estado Absolutista

Comenzaré por desgranar lo que considero son las principales raíces filosóficas del Absolutismo. Si bien este periodo histórico puede ser considerado muy amplio y con variaciones internas, hay dos presupuestos ideológicos que conforman el mismo.

Por un lado, la filosofía clásica y en particular la filosofía política cuyo principal exponente fue Aristóteles con su obra Política. En ella, se parte de la idea de que el hombre es un ser sociable por naturaleza. Por ende, la convivencia no es algo ajeno a esa naturaleza sino inherente a ella y necesaria para posibilitar la vida en sociedad. Otra de las grandes ideas de esta obra es que la desigualdad entre los hombres es una cuestión a priori de la naturaleza. Esta desigualdad no es susceptible de ser erradicada sino que es algo anterior que determina la posición de cada cual en la sociedad. En consecuencia a

esta desigualdad natural, la sociedad queda dividida y jerarquizada en estamentos determinados por cuestiones históricas y naturales.

Por otro lado, la Escolástica medieval desarrolla los conceptos de la Política de Aristóteles otorgando a aquello que hemos mencionado como natural o categoría a priori, un carácter sagrado cuyo origen se encuentra en Dios. Santo Tomás de Aquino es el principal exponente de este movimiento al hablar de ley natural como aquello que ha determinado Dios y cuyo contenido determina lo justo e injusto. El origen divino de la naturaleza del hombre y de sus desigualdades refuerza la idea de que éstas han sido establecidas previamente y que por tanto son inmutables.

Como antes he mencionado, la principal consecuencia de la desigualdad natural es la división de la sociedad en estamentos. Cada estamento tiene atribuida su propia función dentro de la sociedad. A cada grupo social le corresponde un tratamiento jurídico diferenciado. Este es un elemento que nos puede chocar mucho con la concepción actual racionalista de igualdad de los seres humanos, pero siguiendo la tesis filosófica que da lugar al Estado Absolutista, no tendría sentido que aquello que se establece como diferenciación previa, sagrada e inamovible reciba un trato corrector por parte del hombre. El Derecho es el instrumento para plasmar las diferencias dentro de la sociedad y hacer efectivos los privilegios.

En el Antiguo Régimen el poder soberano recae sobre la persona del rey de forma indivisible, única y autónoma. Este poder es directamente conferido por Dios quien es el único ante el que el rey debe responder por el uso del mismo. El ejercicio de este poder va unido a su titularidad, es decir, el rey es el único con capacidad para usarlo de forma personal. No ocurrirá así con el Estado Constitucional como veremos más adelante. Los tres poderes clásicos del Estado recaen conjuntamente en el rey. Sin embargo, el rey no responde de sus actos frente a ningún otro poder ni está sometido el mismo a la legislación como sí ocurrirá con la llegada del Estado de Derecho.¹

¹ González Alonso, B. (1987). Del Estado Absoluto al Estado Constitucional. *Manuscritos: revista de historia moderna*, 4, pp. 82-85.

2.2. Estado Constitucional

De la formación del Estado Constitucional siempre se dice que fue antes una realidad conceptual que política, es decir, los pensadores y teóricos que inspiran las revoluciones liberales ya habían debatido acerca del modelo de Estado más adecuado acorde con el racionalismo del XVIII. El Racionalismo se opone a los fundamentos principales del Escolasticismo del Antiguo Régimen. La libertad del individuo se erige como piedra angular del modelo de convivencia, pasando de este modo a una orientación individualista y secularizadora.

El Estado Constitucional tiene cuatro grandes pilares que marcan sus diferencias con el Estado Absolutista.

En primer lugar, la noción de soberanía ya no recae en la figura personal de rey sino que se abstrae en un concepto como el de la Nación. Con ello, es necesario separar la titularidad y el ejercicio de la soberanía porque ya no es una persona física la que puede ejercerlo. Debido a que la sociedad se compone de hombres libres e iguales, su soberanía debe ser ejercida por todos ellos de forma compartida, es decir, mediante la elección de representantes que se aseguran con mecanismos la garantía efectiva de las libertades y el cumplimiento de la igualdad.

En segundo lugar, la división de poderes contrasta con la titularidad universal de los mismos que ostentaba el rey. La separación de los tres poderes no significa que se trocee la soberanía en tres partes. Aunque separados, el sistema articula el equilibrio entre los mismos de tal forma que en el inicio del constitucionalismo claramente predomina el Poder Judicial sobre los otros dos.

En tercer lugar, el iusnaturalismo queda patente en la figura de los derechos individuales inherentes a todo ser humano por el hecho de serlo, además de inalienables e imprescriptibles. Según Argüelles, la ley debe ser una para todos y en su aplicación no ha de haber acepción de personas.

Por último, en cuarto lugar, la configuración del Estado de Derecho hace que todos sus poderes y órganos queden también sometidos al imperio de la ley, al contrario que pasaba con el rey que carecía de responsabilidad.

Finalmente, hay un elemento que cubre estos cuatro grandes conceptos del Estado Constitucional. Ese elemento es la propia Constitución y los principios y derechos en ella

recogidos. Estos principios que están ex ante a su positivización según el iusnaturalismo, su formalización jurídica supone sin duda un gran avance en su defensa y ejecución.²

3. DESARROLLO HISTÓRICO Y FILOSÓFICO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

La evolución de la forma del Estado a lo largo de la historia desde el absolutismo hasta el actual Estado Constitucional ha estado impregnada y fundamentada por la filosofía. Sin embargo, es dentro de la evolución de la historia del constitucionalismo, más amplia y previa que lo que denominamos etapa del Estado Constitucional, donde han influenciado notablemente las distintas corrientes de la filosofía del Derecho y sus interpretaciones.

Mi objetivo en esta primera parte del Trabajo de Fin de Grado es realizar un análisis histórico de la historia constitucional y de sus fundamentos filosóficos que sirva para comprender mejor la situación actual del Estado Constitucional, sus influencias filosóficas y los problemas que aquí se van a tratar.

García de Enterría dice que el fin del constitucionalismo es “rectificar la historia entera de la humanidad, fundar un orden político y social completamente nuevo, capaz de (...) asegurar para el futuro una felicidad segura e inmarchitable”.³

3.1 Inicio histórico basado en el iusnaturalismo racionalista, ilustración y derecho comparado

3.1.1 Inglaterra

El constitucionalismo tiene su origen en Inglaterra en 1688. Con *La Revolución Gloriosa* en el mes de septiembre de 1688, los revolucionarios fuerzan el derrocamiento y abdicación del rey Jacobo II que tras su huida deja la puerta abierta al parlamento para fundar la primera monarquía constitucional teniendo como rey a Guillermo de Orange.

Esta incipiente nueva forma de monarquía encontraba sus bases en el Estado de Derecho y la soberanía conjunta del rey y de las dos cámaras británicas. Esta soberanía conjunta

² González Alonso, B. (1987). Del Estado Absoluto al Estado Constitucional. *Manuscritos: revista de historia moderna*, 4. pp. 85-88.

³ García de Enterría, E. (1992). *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Ed., p.26.

no supuso ni mucho menos una pérdida total del poder del monarca. Pero sí se mermaron sus capacidades en los tres poderes del Estado. En el orden jurisdiccional, el rey deja de intervenir y se nombra encargados de impartir justicia a personas independientes. En el orden legislativo el rey mantiene un derecho de veto sobre las leyes aprobadas por el Parlamento. Por último, el rey mantiene su poder ejecutivo pero sus miembros pueden ser requeridos por el Parlamento para dirimir responsabilidades.

De esta etapa es especialmente reseñable su fundamento iusracionalista que se constata con la redacción del *Bill of Rights*⁴ de 1689. En ella se incluyen derechos básicos para los parlamentarios como el de libertad de expresión o la garantía de que las elecciones fuesen libres. También sienta las bases de la cosoberanía entre el rey y el Parlamento antes mencionada.

Sin embargo, este incipiente constitucionalismo no salió de las fronteras británicas hasta casi un siglo más tarde. Mientras que en Gran Bretaña no hubo una revolución social sino meramente política en 1688, la experiencia en Estados Unidos y Francia fue bien distinta.

3.1.2 Estados Unidos

En Estados Unidos el inicio del constitucionalismo se debe a su independencia de Gran Bretaña. Las críticas al abandono por parte de los británicos del ideal de liberalismo de Locke y iusracionalista que dio origen al *Bill of Rights* un siglo antes fueron constantes. En 1787 se promulga la Constitución americana a la que se añade la Carta de Derechos dos años más tarde. En ella se incluyen diez enmiendas promovidas por James Madison que incluían la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad religiosa, el derecho a portar armas o el principio de non bis in ídem.

3.1.3 Francia

Al otro lado del Atlántico, en Francia estalla la revolución en 1789. Ese año se promulga la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano con un clarísimo sustrato iusnaturalista. Más tarde se cristalizarían estos derechos en la Constitución de 1791. El

⁴ Encyclopedia Britannica. (n.d.). *Bill of Rights / British history*. Disponible en: <https://www.britannica.com/topic/Bill-of-Rights-British-history>. Última consulta: 22/02/2019.

iusnaturalismo racionalista es muy evidente ya en el primer párrafo de la declaración de la Asamblea Nacional cuando hablan de “[l]os derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre”.

De los diecisiete artículos que forman esta declaración, son especialmente reseñables aquellos que contienen los derechos más básicos que siguen fundamentando hoy en día los textos constitucionales democráticos. La libertad, la igualdad, la presunción de inocencia o la propiedad privada son algunos ejemplos de ello. Sobre estos artículos pesan dos principios fundamentales para que puedan ser garantizados y respetados por el Estado: el de soberanía nacional y el de separación de poderes.

No obstante, en relación con el fin de este trabajo hay un artículo clave en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que es el decimosexto: “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.”

En este artículo se entra a valorar qué es realmente una Constitución. Al contrario de lo que posteriormente argumentará el positivismo, los constituyentes de la Asamblea Nacional acordaron que para que una constitución sea válida no basta con que ésta haya sido realizada conforme a los cauces legalmente provistos para ello, incluso habiendo sido acordada por el pueblo. Hay cuestiones que deben ser incluidas en la constitución para poder afirmar que es válida, democrática y justa como la separación de poderes o la garantía de derechos en este caso.

3.1.4 Inicio del constitucionalismo en España

En España unos años más tarde se da el otro gran ejemplo del inicio iusnaturalista del constitucionalismo influenciados notablemente por lo acontecido en Francia. El 19 de marzo de 1812 se promulga la Constitución en las Cortes de Cádiz.

A pesar de la influencia francesa, considero que hay matices muy importantes que diferencian ambos casos. Todo ello se acentúa por el contexto en el que surge de ocupación francesa, con lo cual no estaba bien valorado admitir el acierto inicial de los franceses en su proceso constituyente.

La vinculación histórica de España al catolicismo llevó a que se declarase la confesionalidad del Estado. Además no hubo una declaración de derechos propiamente

dicha como en Francia sino que se recogieron algunos de ellos repartidos entre el texto constitucional, dificultando así la garantía de los mismos. La soberanía nacional y la separación de poderes no quedaron plasmadas de la misma forma ni con la misma fuerza que en la Constitución de 1791.⁵

Tal y como se dice en la *Revista Internacional de Filosofía* (Mateos Martínez, 2012):

“Del mismo modo que en siglos precedentes se luchaba y moría en nombre de Dios sin plantearse si las empresas adornadas con tal nombre tenían algo de justo, los revolucionarios españoles que abrazarán el ideal constitucionalista pecarán de la falta de sosiego y reflexión precisos para comprenderlo en plenitud y desarrollar los beneficios que la nueva ideología aporta.”⁶

3.2. Desvaloración del constitucionalismo en el siglo XIX

En el siglo XIX la evolución del constitucionalismo en los Estados Unidos y en Europa no fue pareja.

Mientras que la Constitución americana de 1787 y sus posteriores enmiendas siguieron con el mismo espíritu inicial que determinaba la forma en la que se iba a desarrollar esa república federal, en Francia y en España la situación fue bien distinta. Se perdió el carácter sagrado e indiscutible de los derechos contenidos en la Constitución francesa y se disolvió la separación de poderes en favor del monarca pese a que delegase la función jurisdiccional.

Por su parte, en España la evolución en el siglo XIX estuvo marcada por el constante cambio de regímenes, cada cual traía su proyecto de constitución buscando aglutinar el mayor consenso posible entre las fuerzas liberales frente al carlismo.

En conclusión, el siglo XIX y la influencia del incipiente positivismo supuso una perversión en Europa del espíritu constitucional inicial. Mientras que en un inicio, como antes he mencionado, se establecía que había un contenido ex ante inderogable e inalienable a los ciudadanos y que debía obligatoriamente formar parte del texto constitucional, en el análisis de las constituciones francesas y españolas del XIX no se

⁵ Varela Suanzes-Carpegna, J. (2013). *Las cuatro etapas de la historia constitucional comparada*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

⁶ Daímon. *Revista Internacional de Filosofía*, nº 57, 2012 p. 12.

entra a valorar estas cuestiones. Influyó también aquí la ausencia de mecanismos reales de protección del contenido de la Constitución. Esta cuestión será tratada posteriormente por Hans Kelsen introduciendo el papel del Tribunal de Garantías Constitucionales sin abandonar una postura positivista. Además, dejó de considerarse vinculante el contenido constitucional, siendo un mero texto informador o fuente de inspiración de leyes que no estaban subordinadas al mismo.

Esta crisis del constitucionalismo europeo en el siglo XIX encontró su oposición en la llegada del socialismo que junto con las revoluciones obreras defendían que a pesar de la supuesta igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, ésta no se traducían en una igualdad real. Era necesario el reconocimiento de derechos sociales que permitiesen el acceso de todos a ciertos servicios o elementos básicos para una vida digna en la que se puedan realmente cumplir los derechos de primera generación que inicialmente promulgó el constitucionalismo.

3.3. Positivismismo

3.3.1. *Inicios*

Según Bobbio, el positivismo jurídico es a la vez tres cosas. En primer lugar, es una aproximación epistemológica y carente de valoración del estudio del Derecho. En segundo lugar, es una teoría del Derecho. Y en tercer lugar, es una ideología sobre el Derecho que le concede valor por el mero hecho de existir.⁷

La principal seña de identidad del positivismo puro es la ausencia de principios de justicia previos a la positivación del Derecho. Se niega que haya una categoría de derecho natural anterior a su transformación a derecho objetivo. En el positivismo se produce una separación clara entre los conceptos de moral y derecho.

El apogeo del positivismo se produce en el siglo XIX, con la codificación napoleónica, pero también encuentra su auge en el periodo de entreguerras del siglo XX con exponentes como Kelsen al que posteriormente dedicaré un apartado.

⁷ Bobbio, N. (1993). *El Positivismismo jurídico*. Madrid: Debate, pp.141-143.

Según Prieto Sanchís hay tres motivos principales que llevan a que el positivismo jurídico desplace el iusnaturalismo racional hasta entonces imperante.⁸

El primero de ellos es el agotamiento de la Ilustración que había alumbrado los primeros textos constitucionales y su reemplazo por el romanticismo o historicismo del XIX que dio paso a los nacionalismos. El historicismo determina que la razón humana no debe ser constructiva sino meramente limitarse a describir la realidad y tratar de comprender las complejidades de la misma. Ello se contrapone a la visión de una razón constructiva del Derecho natural.

El segundo de ellos es el positivismo filosófico cuyo principal autor fue el filósofo francés Augusto Comte. Esta corriente filosófica, influida por el utilitarismo de Jeremy Bentham, huye de la metafísica y es empírica. En el libro de Prieto Sanchís relata que Comte defendió que la humanidad tradicionalmente ha buscado respuestas a cuestiones metafísicas que no pueden ser respondidas por el método científico, pero ahora busca responder a aquello que está al alcance de nuestra mente usando la ley de la causalidad.

Por último, el tercer motivo es lo que llama la estatalización del Derecho en el siglo XIX. De lo que se trata es de la construcción del Estado como entidad política máxima que tiene el monopolio en la producción de leyes y ostenta el legítimo uso de la fuerza para su cumplimiento. Este último motivo rechaza la perspectiva iusnaturalista porque el derecho válido es sólo aquel que tiene la forma jurídica adecuada según la voluntad del soberano.

Dentro de las diversas corrientes y formas de positivismo jurídico, todas en cierto modo rehúyen de subordinar la validez del derecho a que éste sea acorde a una supuesta moral común previa y universal. La principal distinción entre derecho y moral se hace aludiendo a los conceptos de autonomía y heteronomía. Mientras que la moral es autónoma, interna e individual de cada sujeto y, por tanto, no coercible; el derecho es heterónimo pues es coercible y hace referencia a las conductas externas de los individuos, no a sus intenciones. Las obligaciones morales son unidireccionales, es decir, nadie te puede compeler a realizar algo en atención a tu propia moral. En cambio, las normas jurídicas son objetivas y bidireccionales porque regulan la acción externa del individuo en su interacción con la sociedad y aquí sí puede ser obligado a su cumplimiento por los demás.

⁸ Prieto Sanchís, L. (2014). *Apuntes de teoría del Derecho*. 7ª ed. Madrid: Trotta, pp.315-325.

3.3.2. *Hans Kelsen*

Como antes he mencionado, Hans Kelsen es el autor que más ha influido en el desarrollo del Estado Constitucional contemporáneo desde una visión positivista. Es por ello por lo que estimo conveniente dedicarle este apartado a sus principales aportaciones y reflexiones.

Desde una visión sesgada e incompleta del positivismo y de la obra de Kelsen podría decirse que sirvió de base para el auge de los totalitarismos del siglo XX por adolecer de una crítica moral y subjetiva del contenido del derecho y solo aproximarse al mismo desde un relativismo empírico. Sin embargo, esta afirmación no puede estar más alejada de la realidad. No solo por el verdadero contenido de su obra, en la que se presuponen derechos básicos como el de libertad e igualdad para un verdadero funcionamiento de la democracia, sino por su historia personal porque el autor austriaco tuvo que huir a Estados Unidos por su origen judío durante la II Guerra Mundial. Fue allí donde residió hasta su muerte en Berkeley, California.

Uno de los fundamentos principales del pensamiento de Kelsen es el concepto del relativismo. Analizando las sociedades del momento Kelsen observa una enorme heterogeneidad que el Derecho debe armonizar y posibilitar la convivencia entre personas tan dispares. Este análisis es completamente aplicable a la actualidad y es la base de los posteriores capítulos de este Trabajo de Fin de Grado. El relativismo supone sin duda una contradicción con el planteamiento iusnaturalista de la existencia de un derecho natural, de principios y categorías morales comunes y objetivas en la sociedad. El debate parlamentario es más rico y democrático con el reconocimiento del relativismo.

La Constitución, que puede ser identificada con lo que Kelsen denomina norma hipotética fundamental, recupera su protagonismo para articular la forma de armonizar la heterogeneidad derivada del relativismo. También debe regular la relación entre los ciudadanos y el Estado en el que viven a través del reconocimiento de derechos fundamentales que deben ser respetados.

Kelsen concibe la democracia como procedimiento, no entra en una valoración concreta sobre la misma. Sin embargo, sí la considera un medio para la libertad e igualdad de los individuos. La democracia y la libertad están íntimamente ligadas. Aunque la

aproximación de Kelsen al concepto de democracia parezca meramente formal, la democracia para que sea verdadera presupone la garantía de un sistema de libertades fundamentales.

La heterogeneidad de las sociedades actuales solo puede ser armonizada a través de la democracia mayoritaria. Pero el principio de mayoría según Kelsen exige a su vez la garantía de salvaguardar los derechos de la minoría.

Con el principio de mayoría en sociedades tan dispares lo que se busca es alcanzar a través del procedimiento parlamentario puntos de interés comunes. Pero en determinados casos es necesaria una mayoría cualificada, como en la reforma constitucional, para que la minoría esté también de acuerdo con su contenido. De esta forma se garantiza que la Constitución tenga una vocación de permanencia y duración mucho mayor que una ley, y que abarque un contenido amplio.

Como hemos visto anteriormente, después de las primeras constituciones iusnaturalistas su contenido se desvirtúa paulatinamente hasta quedar como meros textos informadores. Textos más filosóficos e inspiradores que legales pues no se subordinaban a ellos las leyes y lo preceptuado en los mismos no era de cumplimiento obligatorio o no era posible forzar a que se cumpliera.

Kelsen recupera en parte ese espíritu inicial del valor de la Constitución. Sin considerar que existen valores de justicia que indudablemente son Derecho y que deben ser incluidos en cualquier texto legal para que éste sea válido, Kelsen sí asume la prioridad jerárquica de la Constitución. Con la complejidad que caracteriza a las sociedades actuales con niveles bajos de consenso en muchas materias, la Constitución debe jugar un papel fundamental para armonizar el marco de convivencia. De ahí las exigencias de mayoría cualificada para su reforma para recoger así el mayor consenso posible.

En consecuencia, Kelsen considera que el resto de normas legales deben subordinar su contenido al de la Constitución y piensa que deben establecerse mecanismos para su control. Para ello, considera necesaria una jurisdicción constitucional ad hoc a través de un Tribunal de Garantías Constitucionales. Este tribunal tiene encomendado controlar que el contenido normativo sea acorde con los principios y valores que la sociedad ha determinado en la Constitución pero también que las leyes se realicen conforme al procedimiento exigible según el denominado bloque constitucional. Con la formación de estos tribunales, los derechos fundamentales contenidos en las constituciones, que hasta

ese momento dependían de un posterior desarrollo legislativo para que fuesen realmente exigibles, ahora son plenamente eficaces.

Según Monereo Pérez: “Una de las funciones del Tribunal Constitucional es servir de instrumento adecuado para impedir que la mayoría vulnere los derechos legítimos de la oposición.”⁹

Esta idea de la jurisdicción constitucional se pone en práctica en varias constituciones europeas contemporáneas a Kelsen. Entre ellas, la austriaca de 1920, en cuya redacción tuvo un papel fundamental Kelsen, o la española de 1931.

Sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional, sus limitaciones y funcionamiento es mucha la literatura que ha tratado el tema, pero hay debates y análisis muy interesantes de actuales constitucionalistas a los que dedicaré más tarde parte de este trabajo.

Continuando con las aportaciones de Kelsen al concepto de Estado Constitucional, es muy interesante su reflexión sobre la democracia y las consecuencias que se derivan de la misma. Como he mencionado antes, para Kelsen la democracia es una cuestión de procedimiento para la organización de la sociedad a través del Derecho. Sin embargo, no es la única forma posible y dependiendo de los fines que se pretendan alcanzar es mejor una u otra.

Kelsen defiende que el debate público es intrínseco al concepto de democracia, dando de este modo una connotación deliberativa al término. Solo mediante el debate reglado y controlado, con vocación constructiva y libre se puede llegar al consenso. La opinión pública, necesaria para el funcionamiento de la democracia, exige la existencia de una serie de libertades personales básicas para que sea verdadera. Entre estas libertades se encuentran la libertad de opinión, la libertad religiosa o la libertad de prensa, tratadas ya en las primeras declaraciones de derechos. Por ello, pese al positivismo de Kelsen que no entra a valorar lo justo o injusto del contenido del Derecho siempre que se haya realizado según los cauces establecidos, al defender la democracia como procedimiento y la opinión pública para su funcionamiento intrínsecamente está exigiendo que se garanticen un mínimo de derechos y libertades básicos. En definitiva, parece que el concepto de democracia de Kelsen es coincidente con el liberalismo político pero no con el liberalismo económico como veremos a continuación pues no se opone al socialismo.

⁹ Kelsen, H. (2002). *Esencia y valor de la democracia*. Granada: Ed. Comares. p. 25.

Kelsen afirma que el socialismo es plenamente compatible con la democracia al igual que el sistema capitalista. Ambos sistemas pueden ser impuestos como en una dictadura pero ambos pueden perfectamente establecerse mediante la participación de los gobernados en el gobierno, es decir, mediante la democracia.¹⁰

La democracia es el único sistema que deja siempre abierta la puerta a una auto revisión por parte de la sociedad para establecer un nuevo marco con el que regularse o modificar aquello que se estime oportuno. Aunque este es el planteamiento teórico, la situación actual de fragmentación de intereses dificulta en muchos casos avanzar y llegar a puntos de acuerdo. Por ello, cada vez son más comunes los gobiernos de coalición pues en las democracias europeas es cada vez más complicado que un partido alcance la mayoría necesaria como para no tener que pactar en el desarrollo de la legislatura.

Volviendo al principio de mayoría por el que se rige la democracia y que Kelsen defiende para maximizar el bien común, ya se ha dicho que implícitamente supone la existencia de una minoría y que ésta sea respetada en cuanto a su potencialidad para convertirse en mayoría. La minoría también representa la soberanía popular al igual que la mayoría, luego ambas son necesarias.

Kelsen busca diferenciar la democracia de la soberanía popular, que considera sobreestimada para el verdadero poder que tiene. Según el austriaco, hay un poder heterónomo, representado por el Estado, que solo puntualmente ostenta la sociedad cuando es poder constituyente, es decir, cuando mediante sus representantes políticos determinan la formación de los poderes legislativo y ejecutivo.

Por último, la aproximación que hace Kelsen al estudio de la teoría del Estado es de carácter científico. Como positivista que es, considera que debe mantenerse la máxima objetividad e imparcialidad posible en el análisis de la teoría política. Los juicios de valor acerca de si un determinado orden estatal o partido político es bueno o malo deben ser desechados en el estudio científico del mismo pues la subjetividad resta valor al análisis.

¹⁰ Monereo Pérez, J. (2013) *Los fundamentos de la democracia. La teoría político-jurídica de Hans Kelsen*. Ed.: El Viejo Topo p. 298.

3.4. Constitucionalismo de principios

3.4.1. Introducción general

La doctrina actual y los debates que surgen sobre cómo debe regularse el Estado de Derecho para garantizar un mínimo de convivencia son muy distintos de lo que hasta ahora hemos visto. Considero que ha jugado un papel fundamental la positivización tanto internacional como nacional de los derechos fundamentales, tanto de primera como de segunda generación, dejando fuera de toda discusión si en el caso en que no estuviesen explícitamente recogidos en los textos constitucionales, estarían los poderes públicos obligados a respetarlos desde una perspectiva iusnaturalista.

Por tanto, los filósofos del Derecho y constitucionalistas ponen su foco de atención cada vez más en cómo diseñar un entramado jurídico flexible pero con vocación de permanencia. La flexibilidad, o ductilidad que defiende Zagrebelsky y que posteriormente voy a desarrollar, es la única forma de aunar un mínimo común de intereses de sociedades tan dispares y cambiantes como las actuales. El Derecho debe buscar ser capaz de dar respuesta a nuevas cuestiones y fenómenos que surgen con gran celeridad y de forma repentina. Aunque esta reflexión parece hecha en relación con la revolución tecnológica y los avances de la globalización, cada vez están surgiendo más debates bioéticos que necesitan de una respuesta jurídica. Incluso dilemas morales más o menos antiguos, como podrían ser la eutanasia o la cadena perpetua, han recobrado protagonismo introduciendo nuevos matices que si se estudian de forma sosegada enriquecen el debate.

Esta nueva corriente o más bien revisión que se está desarrollando no tiene un nombre claro por los grandes matices que hay en la obra de autores que intentan agruparse con limitado éxito. En este trabajo me voy a referir al mismo como neoconstitucionalismo o constitucionalismo de principios.

El constitucionalismo de principios no supone una enmienda a la totalidad de los planteamientos del viejo Estado de Derecho sino una visión más enriquecedora del mismo.

Hay dos reflexiones que ejemplifican muy bien lo que supone esta nueva corriente de recuperación de ciertos esquemas iusnaturalistas.

La primera de ellas la pronuncia en los años 60 el politólogo Nicola Matteuci: “el constitucionalismo, en la medida en que afirma la exigencia de dotar de superioridad y

hacer inmodificables las normas superiores, no hace sino retomar un motivo propio de la tradición iusnaturalista.”¹¹

En un mismo sentido opina Ferrajoli al afirmar que el constitucionalismo moderno “ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado.”¹²

A lo largo de este apartado voy a analizar las aportaciones de varios de los grandes autores contemporáneos, buscaré puntos en común, introduciré algunos temas de debate que han surgido recientemente y, por último, reflexionaré sobre los que considero de más interés en la actualidad.

3.4.2. Gustavo Zagrebelsky y el derecho dúctil

Gustavo Zagrebelsky es uno de los autores que más ha influido en la teoría del Derecho moderna gracias a su libro *Il Diritto mitte* traducido al castellano este último término como dúctil y no como manso. Zagrebelsky es catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Turín y ha sido presidente de la Corte Constitucional italiana, similar a nuestro Tribunal Constitucional. En su obra hace un recorrido por la historia de la evolución del Estado de Derecho para después entrar en profundidad en el estudio del significado de la Constitución y la separación de la ley con los derechos.

Aunque es muy interesante lo que señala sobre la evolución del Estado de Derecho al Estado Constitucional, no voy a hacer muchas alusiones a la misma en este apartado para no ser reiterativo con lo ya explicado antes.

Una primera aproximación introductoria sobre el pensamiento de Zagrebelsky me parece resumida en la siguiente cita sobre su concepto del Derecho:

“La ciencia del Derecho se convierte en una ciencia práctica que no puede obviar la dimensión moral de las decisiones constitucionales básicas: desde el punto de vista interno de un sistema jurídico positivo, cuando en él rijan principios la situación es completamente análoga a la del derecho natural... (por eso) la ciencia

¹¹ Prieto Sanchís, L. (1996). El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? *Anuario de Filosofía del Derecho*, (XIII), p.127.

¹² *Ibid.*, p.134.

del derecho positivo en un ordenamiento jurídico por principios debe considerarse una ciencia práctica.”¹³

La concepción que tiene Zagrebelsky sobre el derecho constitucional actual parte de dos premisas principales:

En primer lugar, coincide con Kelsen en el diagnóstico que hace de las sociedades actuales al defender el pluralismo. Los Estados se componen cada vez más gracias a la globalización de grupos sociales con intereses diversos e incluso a veces contrapuestos. Por ideologías que en gran parte de lo sustantivo son prácticamente incompatibles. No hay más que ver el panorama político de muchos países europeos en los que el bipartidismo entre socialdemócratas y conservadores ha llegado a su fin, obligando al consenso y a los gobiernos de coalición compuestos en muchos casos por partidos de estas dos ideologías que se han repartido en las últimas décadas el gobierno.

Por ello, Zagrebelsky considera que el papel de la Constitución ha cambiado. Mientras que hasta ahora se buscaba que recogiese una serie de principios y valores explicadores del deseo de un proyecto común muy mayoritario de la sociedad, ahora mismo su principal función es la de garantizar unas condiciones mínimas de convivencia y de vida dignas entre grupos tan heterogéneos y dispares. Es lo que denomina *soberanía de la Constitución*. Zagrebelsky defiende que la Constitución debe ser el marco y punto de partida para que los distintos grupos sociales compitan, desde el respeto al Derecho, para imprimirle el carácter que deseen al Estado y su dirección política. Para este fin, los textos constitucionales necesitan ser abiertos sin perder la vocación de estabilidad y permanencia.

En segundo lugar, el derecho constitucional contemporáneo debe evitar ser rígido y, por tanto, tiene que ser dúctil tal y como refleja el título de la principal obra de Zagrebelsky. Las constituciones deben contener principios y valores que en muchos casos son excesivos en número y vagos en su descripción y materialización. Esto otorga un sentido moral a las mismas que hace recuperar en cierto modo una concepción iusnaturalista. Sin embargo, Zagrebelsky considera que no hay Derecho fuera del ordenamiento jurídico sino una moral legalizada o mejor dicho constitucionalizada. La ductilidad entendida como flexibilidad y capacidad de adaptación no supone una renuncia a los principios

¹³ Prieto Sanchís, L. (1996). El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? *Anuario de Filosofía del Derecho*, (XIII), p.145.

constitucionales. Pero ya que generalmente son abstractos y que en muchos casos deben ser ponderados y jerarquizados en su aplicación práctica, deben tener la capacidad de garantizar la coexistencia de los distintos grupos sociales. Los principios no deben valorarse como absolutos sino relativos a los casos concretos, es decir, moldeables dentro de lo razonable.

El principal límite a la legítima disputa de intereses entre grupos sociales es el de la lealtad en el enfrentamiento. Zagrebelsky defiende que las aspiraciones de la sociedad no deben sobrepasar el marco que se ha autoimpuesto la misma a través de la Constitución y las leyes. Sin duda parece una predicción del actual conflicto territorial en España en el que el Derecho y su legitimidad se están viendo muy cuestionados a pesar de que sólo desde el Derecho se podrá dar una respuesta justa y posibilitadora de la coexistencia de intereses. Sin embargo, dejo estas reflexiones sobre actualidad para el final de este trabajo.

Por último, en relación con estos dos caracteres de pluralismo y ductilidad me parece muy acertado el reflejo que señala Zagrebelsky que está teniendo en la construcción e integración europea. Los Estados soberanos europeos que a lo largo de la historia han combatido entre sí resaltando siempre sus diferencias, ahora buscan la forma de continuar uniéndose sobre aquello que les es común. Los motivos principales de la integración europea han sido largamente estudiados, pero considero que principalmente son dos además de evitar que se repitan los desastres de las dos guerras mundiales. Por un lado, la convicción de que desde la cooperación e integración se mejora las condiciones de vida de los europeos. En un mundo globalizado como el actual, las generaciones jóvenes sienten cada vez más que su casa no se circunscribe a las fronteras de su Estado gracias a una cartilla de derechos y servicios extensibles al resto de Europa. Por otro lado, desde un punto de vista geoestratégico una Europa fragmentada pierde claramente relevancia en el mundo en lo económico y social. Solo desde la Unión Europea se puede mantener el estatus de hegemonía y líder mundial que históricamente han tenido las viejas naciones europeas.

Según Zagrebelsky, la paulatina integración de los miembros de la UE solo es explicable si las constituciones que rigen a los mismos tienen un carácter dúctil. Históricamente los Estados han defendido su soberanía a toda costa frente a la intromisión de terceros. Sin embargo, en este proceso de creación supranacional han tenido que ceder parte de su soberanía en ámbitos muy importantes como las políticas exterior y económica.

Es muy llamativo el caso de España pues muestra que la Constitución del 78 es claramente abierta. En la misma, no hay alusión alguna a su pertenencia o vocación de pertenencia a la Comunidad Económica Europea, y para su adhesión no fue necesario reformar ningún artículo. Solo en 1992 y en el verano de 2011 tuvieron que reformar el artículo 13.2 y el artículo 135 respectivamente. En el caso del 13.2 era necesario adecuar lo establecido en el Tratado de Maastricht sobre el sufragio pasivo y activo de los ciudadanos de la UE en las elecciones municipales. El artículo 135 se reformó para que el Estado fuese coherente en su política económica con los compromisos acordados con la UE sobre estabilidad presupuestaria y pago de la deuda pública. En definitiva, salvo puntos muy concretos que han colisionado con el desarrollo de la UE, la Constitución de 1978 ha sido plenamente capaz de adaptar un cambio de paradigma en la concepción de soberanía a su contenido.

Zagrebelsky concluye este primer análisis sobre el derecho constitucional actual con la siguiente reflexión:

“Los hombres y los juristas <<inflexibles y sin matices>> no se compadecen bien con el tipo de vida individual y social que reclama el Estado constitucional de nuestro tiempo. Su presencia, además de ser fuente de fragilidad y emotividad, constituye un potencial de asocialidad, agresividad, autoritarismo y, en fin, no sólo de inconstitucionalidad, sino también de anticonstitucionalidad.”¹⁴

El catedrático de Turín busca con ello extender esa ductilidad que atribuye al derecho constitucional a la sociedad pero en concreto a los operadores jurídicos.

La heterogeneidad social lleva a que el ordenamiento jurídico sea más extenso y complejo. El pluralismo se materializa en la sucesión de gobiernos de muy distinto signo y acuerdos parlamentarios heterogéneos. Ello conlleva que las leyes sean cada vez más dispares, concretas e incoherentes entre ellas. Zagrebelsky afirma que la ley ha dejado de ser la expresión pacífica de una sociedad internamente coherente para ser una herramienta de enfrentamiento social que continúa los conflictos existentes generando así inestabilidad.

La necesidad de llegar a acuerdos de los actores políticos para hacer frente a las demandas de los grupos sociales que representan hace que se negocie cualquier valor o derecho por muy alto que sea.

¹⁴ Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, p.18.

El proceso de descentralización no solo territorial sino también sectorial de las últimas décadas ha supuesto que se multipliquen las fuentes creadoras del Derecho, coexistiendo así con el estatal, ordenamientos jurídicos territoriales o sectoriales subordinados pero no siempre coherentes ni pacíficos con el del Estado.

Zagrebelsky trata con esto de alejarse de la corriente positivista más pura del siglo anterior que tenía como eje central la estatalidad del derecho. El pluralismo jurídico de los Estados modernos puede ser enriquecedor para atender a la diversidad de las sociedades actuales, pero a la vez puede suponer conflictos internos muy palpables en nuestro país.

La Constitución se erige en esta situación como un mecanismo unificador a través de su contenido dotado de fuerza y vinculante para todos los poderes, incluido el legislativo que solo puede usar la confección de la ley para sus legítimas aspiraciones siempre que se respeten los mecanismos de producción y que su contenido sea acorde con el constitucional. Por ende, la Constitución trata de imponer un desarrollo coherente y unitario en la creación del Derecho. Esto se realiza a través de la materialización de los principios y valores superiores de la Constitución que reflejan el consenso mínimo de una sociedad plural.

Este análisis de Zagrebelsky entronca claramente con las aportaciones de Kelsen sobre la necesidad de una jurisdicción constitucional que garantice el cumplimiento de su contenido y la subordinación jerárquica de las leyes al mismo. Que la Constitución tenga fuerza propia en cuanto expresión del poder constituyente con el más amplio de los consensos sin necesidad de una posterior trasposición legal que desarrolle lo ahí preceptuado para hacerlo vinculante o exigible.

A pesar de los esfuerzos de Zagrebelsky por criticar el positivismo más puro y alejarse de esta corriente, considero que hay afirmaciones que indudablemente le incluyen en ésta y no pueden hacernos pensar que esté cerca del iusnaturalismo. Entre otras reflexiones, sobre los principios constitucionales afirma que: “La Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva.”¹⁵

¹⁵ Prieto Sanchís, L. (1996). El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? *Anuario de Filosofía del Derecho*, (XIII), p.131.

El derecho natural tampoco queda exento de crítica en la obra del italiano por lo que no puede afirmarse q sea completamente contrario al positivismo. Hace afirmaciones muy contundentes en las que contrapone el sentido que tiene hoy en día la democracia con los fundamentos del derecho natural. Según Zagrebelsky el Derecho es creado por el ser humano a partir de un determinado contexto social, con lo cual se aleja de una teoría previa de lo justo e injusto.

Aunque los principios constitucionales tengan una inspiración que provenga del mismo, éste no sería aplicable en su concepción inicial de ninguna de las maneras. Sin embargo, dice Zagrebelsky que “el estilo, el modo de argumentar en derecho constitucional se asemeja (...) al estilo, al modo de argumentar en derecho natural (...) Las modalidades argumentativas del derecho constitucional se abren así a los discursos metajurídicos.”¹⁶

3.4.3. Neoconstitucionalismo

Junto a Zagrebelsky se ha intentado integrar a otros autores bajo la etiqueta de neoconstitucionalismo que presentan rasgos comunes pero también muchas diferencias. Esta denominación de constitucionalismo se comienza a usar en la década de los 90 por autores de la escuela genovesa como Susanna Pozzolo para denominar a aquellos autores post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea.¹⁷

Entre estos autores, los más relevantes son Alexy y Dworkin, además del ya mencionado Gustavo Zagrebelsky. La doctrina del neoconstitucionalismo surge en relación con el proceso de constitucionalización que se vive en Europa tras la Segunda Guerra Mundial. Las nuevas constituciones surgidas en esta época están claramente influidas por la corriente positivista y las aportaciones de Kelsen pero también por la absolutización de derechos fundamentales en el panorama internacional que dejan de ser discutibles o relativos. En definitiva, se incluye en las constituciones un contenido básico que hace que éstas sean verdaderas constituciones democráticas, se les otorga la máxima posición jerárquica en el ordenamiento jurídico y se establecen formas de coerción o aplicación directa de su contenido más básico.

¹⁶ Prieto Sanchís, L. (1996). El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? *Anuario de Filosofía del Derecho*, (XIII), p.148.

¹⁷ Comanducci, P., Ahumada Ruiz, M. y González Lagier, D. (2009). *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p.88.

Los autores que se han citado se agrupan en el neoconstitucionalismo por presentar unos rasgos comunes en sus teorías filosóficas del derecho.

El primer rasgo común es que consideran que los nuevos ordenamientos jurídicos se componen tanto de normas como de principios. Alejándose así del positivismo dominante en la primera mitad del siglo XX. Los principios se encuentran muy presentes en las normas de más alto rango jerárquico a saber, los tratados internacionales y las constituciones. Previamente se ha comentado en el apartado de Zagrebelsky que en muchos casos se peca de exceso en los textos constitucionales dificultando la labor del intérprete constitucional por tener además estos principios explicaciones vagas e incoherentes en algunos casos.

El segundo rasgo común que defienden estos autores es que la interpretación de la constitución no se puede realizar ya de la misma forma que la interpretación de la ley. Mientras que para la interpretación de la ley se utiliza el conocido método de la subsunción, es decir, adecuar los hechos a lo contenido en la ley, para los principios constitucionales es necesaria la ponderación. La ponderación es otro método de interpretación que puede ser resumido en los siguientes pasos. Primero deben examinarse los hechos del caso concreto para averiguar qué principios entran en colisión y deben ser valorados. En segundo lugar, los principios seleccionados son analizados y jerarquizados entre sí. Por último, a partir de esa jerarquización realizada en conexión con el caso concreto, los principios ponderados con mayor peso serán los que deban tenerse en cuenta para dar respuesta al caso.

En las teorías de los autores del neoconstitucionalismo hay un tercer rasgo común que es la confrontación entre la independencia del legislador y el poder de la constitución. Las constituciones modernas ya no se limitan a establecer la organización territorial y de los poderes del Estado sino que tienen un contenido sustantivo más desarrollado. A ese contenido sustantivo, dada la nueva posición jerárquica de la constitución, se debe subordinar el contenido de la ley. Se limita la capacidad de decisión del legislador a que lo establecido en las leyes no contravenga lo preceptuado en la constitución.

El último rasgo común que identifica a estos autores bajo una misma corriente es el hecho de que el juez juega un papel de mayor peso en el desarrollo del ordenamiento jurídico.

Esto se debe a que tras abandonar el método de subsunción para interpretar los principios, tienen la obligación de realizar una interpretación más creativa y completa.¹⁸

Para facilitar la comprensión del significado del neoconstitucionalismo, hay autores como Comanducci que utilizan la estructura de Bobbio para distinguir tres tipos de positivismo: teórico, ideológico y metodológico.

El neoconstitucionalismo no se limita a ser una ideología como el constitucionalismo sino que busca ser una teoría propia de la filosofía del derecho. Es una nueva teoría que se diferencia del iuspositivismo anterior porque el objeto de las constituciones modernas ha cambiado. Ya he relatado antes que se ha incorporado un contenido iusnaturalista a través de los derechos fundamentales y de los principios inspiradores del ordenamiento jurídico. Por tanto, la interpretación y aplicación de las normas no es la misma que con el positivismo.

Para el neoconstitucionalismo, la Constitución tiene un valor en sí misma especial por su contenido. El contenido constitucional no es el propio de una norma jurídica según gran parte de los autores de la corriente neoconstitucionalista.

En cuanto al neoconstitucionalismo ideológico, se diferencia de la ideología constitucionalista en que deja de ponerse el foco de atención en los posibles abusos del poder del Estado y la necesidad de limitarlo para ponerlo en la garantía de los derechos fundamentales. La configuración del moderno Estado democrático de derecho aleja la amenaza de los abusos de poder de tiempos pasados. Por eso el neoconstitucionalismo se centra en defender los avances conseguidos hasta ahora y busca que se establezcan mecanismos institucionales para garantizar la tutela de los derechos fundamentales.

En este punto me parece muy importante la conexión entre moral y derecho defendida por muchos autores del neoconstitucionalismo como Zagrebelsky o Alexy. Ello conlleva que haya una obligación moral en la obediencia a la constitución que es una apreciación muy cuestionada hoy en día.

Finalmente, el neoconstitucionalismo metodológico considero que está muy alejado a lo que podría entenderse por positivismo metodológico. El neoconstitucionalismo metodológico defiende que sí hay una conexión necesaria entre derecho y moral en la

¹⁸ Pozzolo, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Génova: Universidad de Génova, pp. 339-342.

Constitución por la inclusión en ella de principios y derechos fundamentales. Mientras que el positivismo metodológico rehuía de cualquier consideración de moral previa al derecho.¹⁹

4. DEBATES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

En este capítulo voy a entrar a analizar uno de los debates que están en auge entre los constitucionalistas y filósofos del Derecho, el llamado gobierno de los jueces en el Estado Constitucional. Aunque lo considero un único tema, lo dividiré en varios apartados que mantienen relación entre sí.

En primer lugar voy a plantear en qué consiste lo que se denomina gobierno de los jueces frente al poder legislativo. Las novedades que plantea frente al papel hegemónico del legislador tradicional y los problemas que surgen en cuanto a legitimidad democrática, desnaturalización de la ley o ausencia de control del poder judicial. El peso de la legislación y de la jurisprudencia ha cambiado respecto al que tenían en el Estado legislativo.

El gobierno de los jueces es cuestionado muchas veces y usado como pretexto para fundamentar la crítica al sistema democrático en el Estado constitucional de Derecho. En particular, el poder judicial es continuamente puesto en tela de juicio por su supuesta falta de independencia. Pienso que este debe ser el segundo punto para analizar en este capítulo del TFG. Los métodos de selección del gobierno de los jueces así como del Tribunal Constitucional, que llevan años siendo objeto del debate político, restan a los ojos de una parte considerable de la sociedad la legitimidad que debería tener el poder judicial en cuanto garante y protector del sistema democrático en su conjunto.

Sin embargo, adelantando aquí parte de mis conclusiones, el acento para cuestionar la calidad del sistema y en particular de nuestros jueces debe ponerse más en la fundamentación de sus sentencias y decisiones que en los métodos de selección de la cúpula de los mismos. Especialmente interesante es la interpretación que debe realizar en muchos casos el juez constitucional. Al ser los textos constitucionales modernos un tanto

¹⁹ Comanducci, P., Ahumada Ruiz, M. y González Lagier, D. (2009). *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp.88-99.

abiertos y recogedores de principios ambiguos, muchas veces deben alejarse de las técnicas de interpretación tradicionales de los jueces y acercarse a una interpretación moral con todos los riesgos que ello conlleva. Esta cuestión ya se ha planteado en el apartado referido al neoconstitucionalismo pero me parece acertado desarrollarlo al final de este capítulo para ver de qué manera casa en un Estado constitucional moderno la libertad del legislador, como representante legítimo de la soberanía nacional, con el control judicial a partir de unas técnicas diferentes a lo común entre los jueces.

4.1. Gobierno de los jueces vs. Gobierno del legislador

Desde la codificación hasta la formación del Estado constitucional moderno las figuras del legislador y el juez estaban bien delimitadas y con características estrictas. Considero que el Estado constitucional moderno es el que surge a partir de la influencia de la doctrina de Kelsen sobre la figura del juez constitucional y que se plasma por primera vez en la Constitución de 1920 de Austria. Las constituciones venideras en los países continentales europeos en democracia en el siglo XX presentarán todas unos rasgos muy similares y, por tanto, se enfrentarán a los mismos debates.

Retomando el punto inicial de este epígrafe, la separación entre legislador y juez antes era bien clara. El legislador era visto como un sujeto libre que en calidad de representante de la soberanía nacional no tenía límites en su actuación más allá que los propios del sistema democrático. La constitución no era concebida como un obstáculo insalvable sino como un texto inspirador del consenso más amplio pero que no limitaba las potestades del poder legislativo. El juez, en cambio, era contemplado como un sujeto carente de libertad fuera de los márgenes que le marcaba la aplicación de la ley. Su función era la de aplicar al caso concreto aquello que estrictamente predisponía la ley sin capacidad creativa o volitiva.²⁰

Con la llegada del Estado constitucional actual el panorama ha cambiado. Las exigencias impuestas en los textos constitucionales otorgan a los jueces un papel aún más fundamental en el sistema. La función jurisdiccional ha cobrado un protagonismo que hasta ese momento ostentaba el legislador. Incluso como veremos es capaz de llegar a

²⁰ Prieto Sanchís, L. (2014). *Apuntes de teoría del Derecho*. 7ª ed. Madrid: Trotta, pp. 221-222.

determinar las opciones de desarrollo legislativo de una cuestión limitando así enormemente la capacidad de maniobra del legislador.

Podría llegar a plantearse que la legislación moderna está sometida por completo a los límites marcados por los principios constitucionales de forma que solo actualiza y desarrolla los mismos sin la libertad original del poder legislativo para hacer política como representantes del pueblo. En Alemania se ha abierto este debate sobre dos conceptos, el constitucionalismo y el legalismo. El constitucionalismo hace alusión a lo planteado en este párrafo, la ley moderna como simple materialización de lo preceptuado en la Constitución. El legalismo, por su parte, se vuelca en la autonomía del legislador y la original libertad para establecer el marco jurídico de la sociedad.²¹

El hecho de que el sistema jurídico de un país sea constitucionalista o legalista no depende únicamente de lo preceptuado en su texto constitucional sino que hay que tener una mirada más amplia sobre la relación entre legislación y jurisdicción.

El constitucionalismo considera que lo preceptuado en la Constitución debe ser materializado por el legislador. El legalismo, sin embargo, considera que el legislador tiene libertad siempre desde el respeto a la Constitución por la jerarquía normativa. Mientras que el constitucionalismo aboga por un control judicial completo de lo realizado por el legislador para que no pueda separarse de lo establecido en la Constitución, el legalismo exige que ese control judicial al legislador no sea incompatible con la autonomía del legislador.

La ley tiene un valor inherente y propio en el Derecho. En una democracia es la expresión de la voluntad popular, necesaria para regular la convivencia de la sociedad, y es el instrumento que verdaderamente dota de igualdad y derechos a las personas por su vocación erga omnes que vincula a todos. Por ello, debe actuarse con cautela a la hora de establecer límites a la ley. La subordinación de la ley al contenido de la Constitución no supone que se pueda vaciar de contenido político a la misma. El legislador, que tiene un indudable origen político, tiene derecho a determinar la evolución del Derecho dentro del marco constitucional como representante de la soberanía nacional.

Para que la Constitución no se convierta en un instrumento limitador del pluralismo debe ser concebida como un sistema abierto e interpretable que deje margen de maniobra tanto

²¹ Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, p. 150.

al legislador como al juez constitucional para actuar conforme a las circunstancias. De otra forma, la Constitución sería limitadora de la democracia y no generaría más que tensiones sociales por considerarla inadaptada al momento.²²

En este nuevo Estado constitucional se ha dado un fenómeno que los autores han denominado “uso alternativo del derecho”. Éste consiste en aprovechar la extensión de los principios constitucionales por el poder judicial para aplicarlos directamente en su labor obviando la legislación desarrollada sobre su materia. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional puede caer en la tentación de hacer un uso alternativo del derecho cuando en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una ley se excede indicando la forma en la que debe legislarse una determinada materia acabando así con la libertad de creación legislativa.

El Tribunal Constitucional tiene que tener cuidado en estos casos para no imponer vías de legislar una materia determinada como imperativos de la Constitución pues como dice Zagrebelsky entonces tendríamos un Estado más constitucional pero no un Estado constitucional democrático.²³

Para concluir este apartado sobre lo que denominamos gobierno de los jueces deben señalarse diferencias que hoy en día siguen siendo muy significativas entre el poder legislativo y el poder judicial.

El juez, en cuanto que debe resolver disputas entre partes iguales buscando la objetividad y la justicia, debe actuar acorde a principios como la imparcialidad o la independencia. Sin duda esos principios no son los propios del desarrollo de la actividad legislativa.

Además, según el artículo 120.3 de la Constitución española, los jueces tienen la obligación de motivar sus sentencias y decisiones conforme a la ley. Ya he mencionado antes que considero que es en la motivación de las sentencias donde verdaderamente debe plantearse el juicio de valor sobre la calidad del poder judicial. El legislador no está obligado a fundamentar sus actuaciones con un carácter tan reiterativo como el juez. Las exposiciones de motivos inherentes a las leyes no suponen un obstáculo para determinar la idoneidad de una ley.

²² Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, p.151-152.

²³ Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, p.153.

Mientras que al legislador se le exige que para realizar su cometido tenga la legitimidad necesaria, al juez se le exige también que sus actuaciones sean racionales.²⁴

En definitiva, los jueces sí tienen un papel de mayor importancia que el planteado en constituciones antiguas. Deben garantizar que en sociedades tan complejas como las actuales el sistema jurídico acordado garantice la coexistencia de intereses. Pero no deben extralimitarse en sus funciones constitucionales hasta el punto de acotar la libertad del legislador más allá de lo que sea manifiestamente incompatible con la Constitución.

4.2. Independencia judicial

La nota de la independencia judicial es sin duda la principal fuente de legitimidad que otorga la población al poder judicial y por ende al Estado de Derecho.

El debate sobre la independencia judicial tiene largo recorrido en España. En el discurso preliminar de la Constitución de 1812 pronunciado por Agustín de Argüelles se alude a la absoluta separación e independencia de los jueces.²⁵

La influencia de la Ilustración francesa es incontestable en esas primeras referencias a la independencia judicial en España. Los dos grandes impulsores históricos de la separación de poderes y, por tanto, de la independencia de los jueces son John Locke y Montesquieu. De forma muy sintetizada podemos decir que las grandes aportaciones de ambos autores en la teoría del Estado versan sobre la primacía de la ley y del poder legislativo, la distribución de los poderes, y el establecimiento de los contrapesos necesarios entre ellos para evitar abusos.

Cabe recordar aquí de nuevo lo preceptuado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el que se dice que: *una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución*. En 1789 ya se considera un requisito sine qua non para que un texto legal tenga la categoría de constitución que contenga establecida la separación entre los tres poderes del Estado.

²⁴ Prieto Sanchís, L. (2014). *Apuntes de teoría del Derecho*. 7ª ed. Madrid: Trotta, pp. 222-223.

²⁵ Sosa Wagner, F. (2016). *La independencia del juez: ¿una fábula?* Madrid: La esfera de los libros. p. 30.

La independencia judicial se materializa desde un punto de vista individual de la siguiente forma. El juez es inamovible, su nombramiento debe basarse en criterios objetivos y está sometido exclusivamente a la ley en sentido amplio. Además se añaden las notas de independencia e imparcialidad.

El camino recorrido en España durante el siglo XIX en relación con el poder judicial fue tan complicado como el de la política nacional del momento. Los constantes cambios de gobierno y las numerosas constituciones promulgadas impedían desarrollar un poder jurisdiccional independiente y eficaz.

Para valorar si la Justicia, referida en sentido estricto a jueces, es independiente considero que hay que valorar no solo el sistema en conjunto sino también la figura del juez de manera individual. El poder judicial en España está conformado por jueces en general cualificados y contrastados. Ello se consigue gracias a las duras vías de acceso a la judicatura.

Por un lado, se puede acceder mediante oposición entre licenciados y graduados en Derecho que se enfrentan a ejercicios, algunos orales, que sirven para evaluar de forma objetiva el mérito y la capacidad de los candidatos. A pesar de que se convoque un número elevado de plazas, la oposición a jueces y fiscales es de las más exigentes de la Administración tanto por la densidad y complejidad del temario como por la cantidad de candidatos que se presentan todos los años. Por otro lado, se puede acceder a través del denominado cuarto turno al que acuden juristas de experiencia contrastada que también son evaluados objetivamente.

Estas formas de acceder a la carrera judicial garantizan de inicio que sus componentes sean profesionales y competentes para seguir un camino laboral complejo que exige el estudio y la formación constante.

A pesar de ser funcionarios de primer nivel y con una elevada cualificación muy demandada en el sector privado, la retribución es relativamente baja. Al acceder a la plaza, después de los nueve meses en la Escuela Judicial de Barcelona, un juez cobra de media 2.600 euros netos. En la cúspide de la carrera judicial, un magistrado del Tribunal Supremo cobra de media 5.800 euros netos.²⁶ Aunque no sea un sueldo bajo, por la precariedad del mercado laboral, sí contrasta con lo que cobran profesionales de similar

²⁶ Sosa Wagner, F. (2016). *La independencia del juez: ¿una fábula?* Madrid: La esfera de los libros. p. 74.

cualificación en la empresa privada. Además, como en otros cuerpos de élite de la Administración, la progresión salarial tiene un límite medianamente bajo que invita a muchos a la excedencia.

Por tanto, desde un punto de vista individual, los requisitos para acceder a la carrera judicial y el salario digno que reciben no invitan a poner en duda la independencia de los jueces en su trabajo.

Ahora voy a ampliar el enfoque al sistema en general. La principal fuente de crítica a la independencia judicial en España recae sobre el Consejo General del Poder Judicial.

El CGPJ viene recogido en el artículo 122 de la Constitución y se determina que será el órgano de gobierno del Poder Judicial.

Las principales funciones del CGPJ son nombrar, ascender, evaluar e imponer sanciones disciplinarias a los jueces.²⁷

También se establece en el artículo 122 de la Constitución la forma de elección de 8 de los 20 vocales que lo componen a través de las Cortes por mayoría de tres quintos. Lo preside el Presidente del Tribunal Supremo y el mandato de sus vocales es de cinco años de duración. Los 12 vocales restantes son elegidos en la forma establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que es mediante la elección de los propios jueces.

Ambas formas de selección de los vocales tienen sus inconvenientes en la aplicación práctica. Por un lado, que sean los propios jueces quienes elijan a sus representantes en el CGPJ, es inevitable que se traduzca en una representación ideológica por la indudable carga política que tienen las dos grandes asociaciones de jueces. Por otro lado, la elección por el Congreso y el Senado de los ocho vocales ha supuesto el reparto de los mismos por los partidos en proporción a su representación parlamentaria.

Sin embargo, pienso que la idea del constituyente al establecer la mayoría de tres quintos en la elección de los ocho vocales por las Cortes era la de buscar que los candidatos fueran apoyados por el mayor de los consensos, no que los grandes partidos se repartiesen los asientos.

²⁷ Lucas Murillo de la Cueva, P. (2017). La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 40. pp. 353.

En definitiva, cualquiera de los dos métodos de selección de forma aislada o combinada lleva a la politización del Consejo General del Poder Judicial.

Respecto a la selección de los miembros del gobierno de los jueces hay incluso jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Carta Magna de los Jueces Europeos. Aunque se defiende el modelo de elección por parte de los propios jueces y no del poder legislativo, no es ésta una obligación para los Estados miembros.

La crítica a la falta de independencia de los jueces se vierte principalmente sobre aquellos designados directamente por el CGPJ, que ocupan los puestos de más alta responsabilidad dentro de la judicatura como las presidencias de tribunales o salas. Sin embargo, la inmensa mayoría de vacantes en la carrera judicial requieren ser ocupadas mediante concurso objetivo y no por libre designación.

Por tanto, se extiende la crítica a la falta de independencia del CGPJ como órgano de gobierno de los jueces al conjunto del poder judicial que en su inmensa mayoría de puestos no hay libre designación. A esa imagen de falta de independencia han contribuido claramente los partidos políticos con negociaciones indignas sobre la renovación del CGPJ.

Los medios de comunicación también son responsables de contribuir a esa imagen del poder judicial cuando tratan causas y procesos con las limitaciones propias del periodismo de masas. Mensajes cortos y simplificados que contrastan con la elaborada argumentación que se exige a un juez. Además, partiendo de la base de una supuesta cercanía ideológica del juez a un partido tratan de anticipar el resultado de la sentencia. Ante esas técnicas, es muy complicado que un juez pueda defenderse de falta de imparcialidad con los códigos propios de los medios de masas. La única forma de contestar verdaderamente la falta de independencia es a través de la motivación suficiente y racional de las sentencias.

Pretender que los jueces sean personas sin ideología es un absurdo. Lo importante es que sus ideas no contaminen su profesionalidad a la hora de realizar su labor. Y creo que en el caso de la Justicia española esto es un hecho que se cumple en la inmensa mayoría de los casos.²⁸

²⁸ Lucas Murillo de la Cueva, P. (2017). La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 40. pp. 362-365

Por último, voy a introducir las soluciones propuestas por algunos juristas de renombre para disminuir la sombra de duda sobre el Consejo General del Poder Judicial.

El magistrado del Tribunal Supremo y catedrático de Derecho Constitucional Lucas Murillo de la Cueva defiende que el principal obstáculo para la independencia judicial es la visión irrespetuosa y corta de miras que tienen los partidos políticos sobre el poder judicial. Sin embargo, defiende que los vocales deben ser designados por las Cortes buscando el consenso y no que sean los propios jueces quienes decidan la mayoría de sus miembros. Aunque parezca que va en sentido opuesto a lo que se propone en Europa para el gobierno de los jueces, recalca que la verdadera independencia reside en la individualidad del juez. Todos los sistemas de designación, como hemos visto, tienen sus riesgos de laminar la independencia del gobierno de los jueces. Considera que lo realmente esencial es el respeto institucional a la separación de poderes. Que el legislativo no tenga la tentación de ideologizar el poder judicial.²⁹

Por su parte, Sosa Wagner aboga por una reforma del CGPJ. Esta reforma puede consistir incluso en la supresión del órgano, previa reforma constitucional, devolviendo al Ministerio de Justicia sus competencias pues según su opinión no se ha conseguido la separación de poderes y la independencia judicial.³⁰

Otra de las posibles soluciones que propone para mejorar el CGPJ sin necesidad de reformar la Constitución es que los jueces candidatos a vocales de los 8 designados por las Cortes, una vez evaluada su idoneidad para el puesto tras una comparecencia parlamentaria, sean elegidos mediante sorteo. Este método que podría parecer novedoso encuentra sus orígenes en la Grecia Clásica. Sosa Wagner considera que dentro de los candidatos considerados idóneos para el puesto, debería dar igual quién lo ocupase. Además la elección por azar otorga al vocal elegido mayor libertad y menos presión para agradar al partido político que le hubiese apoyado en su designación.

Coinciden ambos autores citados en estos últimos párrafos en que la verdadera independencia debe buscarse en el desempeño individual del juez de su labor. Para ello,

²⁹ Lucas Murillo de la Cueva, P. (2017). La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 40. pp. 367-368

³⁰ Sosa Wagner, F. (2016). *La independencia del juez: ¿una fábula?* Madrid: La esfera de los libros. pp. 157-158.

debe contar con los medios adecuados y se dificulte el salto y retorno de la política a la judicatura.

Por último, Sosa Wagner considera indispensable que se derogue en la Ley Orgánica del Poder Judicial el artículo 330.4 que habilita a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas para proponer el nombramiento de los magistrados de las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia. Tribunales que juzgan a los aforados entre los que se encuentran los que les proponen.³¹

4.3. Juez constitucional e interpretación moral del Derecho

Ya hemos hablado sobre el origen del Tribunal Constitucional en el apartado dedicado a Kelsen. La Constitución de 1931 de la II República fue junto con la austriaca de las primeras en establecer el entonces denominado Tribunal de Garantías Constitucionales.

En la actualidad, hay tres modelos principales de establecer un tribunal ad hoc para la garantía de la Constitución. Por un lado, está el viejo modelo americano que reside en el Tribunal Supremo y que parte del case law particular para enjuiciar la constitucionalidad general de una ley. Por otro lado, está el modelo francés que se aleja de identificar su Consejo Constitucional con el poder judicial, y el modelo alemán que ha servido de referencia a países como el nuestro.

El Tribunal Constitucional viene recogido en el Título IX de la Constitución de 1978. Lo componen doce magistrados nombrados por el Rey. Cuatro designados por el Congreso de los Diputados, cuatro por el Senado – en ambas cámaras por mayoría de tres quintos – dos por el Gobierno y dos por el Consejo General del Poder Judicial. Los mandatos son de 9 años de duración y se renueva por tercios cada 3 años.

Entre sus principales funciones están las de conocer de los recursos de inconstitucionalidad de leyes, cuestiones de constitucionalidad planteadas por los jueces, recursos de amparo por violación de derechos y libertades fundamentales, y conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí.

Es de sobra conocida la crítica constante a la imparcialidad e independencia de los magistrados del Tribunal Constitucional por la intromisión histórica de los grandes

³¹ Sosa Wagner, F. (2016). *La independencia del juez: ¿una fábula?* Madrid: La esfera de los libros. p. 165.

partidos políticos en su designación. Mediáticamente se divide a los 12 magistrados en dos bandos, conservadores y progresistas, en función de su supuesta cercanía ideológica con el partido que les propuso para el cargo. Sin embargo, en Alemania y Estados Unidos el hecho de que los magistrados tengan una patente adscripción ideológica no es una fuente de duda sobre su legitimidad para resolver los casos que se les plantean.

Que en España la situación sea distinta se debe tanto a la división del voto de los magistrados en los casos más polémicos según su pertenencia a uno de los bloques antes citados como a la crítica constante y en muchos casos excesiva de los medios de comunicación.

A pesar de ello, considero que no se puede poner en cuestión que los magistrados designados suelen ser juristas de reconocido prestigio y contrastada solvencia en sus áreas de especialización.

En esta materia hay también multitud de propuestas de reforma para intentar apagar las críticas a la falta de imparcialidad de los magistrados. Algunas proponen hasta la supresión del órgano constitucional y que sea el Tribunal Supremo el que se encargue de realizar su labor. Pasando necesariamente por la reforma constitucional.

Otros como Sosa Wagner insisten en que el azar puede ser un instrumento para otorgar libertad a los magistrados. Propone que los candidatos que cumplan los requisitos exigidos por la Constitución se presenten y sean evaluados por las Cortes. Una vez determinada su idoneidad, deberán realizar una comparecencia parlamentaria para definir la lista de juristas aptos para acceder al puesto de magistrado del TC. Finalmente, de entre los elegidos se realizaría un sorteo para seleccionar los magistrados.³²

Sin embargo, como en el caso de la independencia de los jueces, creo que el énfasis del análisis sobre si los magistrados del TC son independientes o meros transmisores de la voluntad política de un partido debe ponerse en la motivación de sus sentencias y votos particulares.

Pretender aquí, como en el caso de los jueces, que los magistrados sean personas ajenas a la política y que nunca en su trayectoria hayan colaborado con algún partido o proyecto

³² Sosa Wagner, F. (2016). *La independencia del juez: ¿una fábula?* Madrid: La esfera de los libros. pp. 248-261.

político es un sinsentido. Lo importante de nuevo es que su ideología no contamine el juicio que realicen sobre el caso que conozcan.

Pero a diferencia de los jueces, las técnicas interpretativas empleadas por los magistrados constitucionales distan en muchos casos de la propia del orden jurisdiccional. Las características del texto constitucional, con principios y valores genéricos y un tanto vagos, obliga al juez constitucional a realizar en muchos casos una interpretación moral más que jurídica.

La interpretación constitucional es característica por las siguientes cuestiones propias:

- a) Singularidad del sujeto: la Constitución prevé expresamente que sea un órgano específico, el Tribunal Constitucional, el encargado de velar por la función de intérprete de la Constitución.
- b) Efectos de sus sentencias: las sentencias del Tribunal Constitucional tienen efectos erga omnes. Incluso la doctrina se refiere en ocasiones al Alto Tribunal como legislador negativo por su potestad de expulsar leyes del ordenamiento jurídico que sean contrarias a la Constitución.
- c) Especificidad del objeto: las características particulares de la Constitución determinan que no pueda ser concebida como un simple texto normativo sino como un puente entre el discurso moral y jurídico.³³

Estas tres características determinan la necesidad de realizar en muchos casos una interpretación moral para adecuar la justicia al caso particular en detrimento de la seguridad jurídica y la previsibilidad del Derecho.

La capacidad que tiene el poder judicial en este nuevo Estado Constitucional para controlar la creación de leyes del legislativo corre el riesgo ya discutido de abrir la puerta al denominado gobierno de los jueces.

Ya he mencionado en su respectivo apartado que el gobierno de los jueces puede suponer un menoscabo a la democracia y a la autonomía del poder legislativo como representante de la expresión popular. Esto en ningún caso supone proponer la ausencia de control de la labor de creación de leyes aunque dejo el desarrollo de esta reflexión para el apartado de las conclusiones.

³³ Pozzolo, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Génova: Universidad de Génova, pp. 345-346.

Además, hay que tener en cuenta que en sociedades fragmentadas como las actuales, cada vez es más complicado definir unos principios comunes que sean representativos del deseo de un proyecto común de convivencia. La interpretación moral del juez constitucional lleva aparejada necesariamente la idea de subjetividad.

La búsqueda de la justicia sustancial en el caso concreto a costa de la previsibilidad y generalidad de la ley supone que el plano moral se sitúe por encima del plano jurídico. La dimensión garantista de la ley desaparece en algunos casos si aceptamos esta tesis.

La concepción que considera algunos derechos como morales y no jurídicos corre un riesgo importante para su tutela. Mientras que los derechos jurídicos del sujeto llevan aparejada la obligación de respeto de los demás y la tutela efectiva, los derechos morales no son tutelados de la misma forma. Únicamente si el juez que tutela el caso de vulneración del derecho comparte las creencias o moralidad que considera que eso es un derecho, éste estará efectivamente garantizado. Es decir, quedaría al arbitrio de la moral del juez la defensa de aquellas cuestiones que tuviesen principios morales coincidentes.

En este punto puede ser interesante la dimensión educativa que pretende darse al Derecho. El eterno debate sobre la existencia de principios universales que deben ser obligatoriamente incluidos en la Constitución o derechos inalienables ha determinado que se le atribuya al Derecho, y en particular a los operadores jurídicos, una labor pedagógica sobre la sociedad para perseguir valores que se consideran buenos. Sin embargo, esa educación moral en una sociedad democrática parece que debería recaer sobre el legislador antes que sobre el juez.³⁴

5. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha ido haciendo un recorrido por los principales sustentos filosóficos del Estado de Derecho en la historia para llegar a la actualidad y comentar los problemas más reseñables que surgen hoy en día para que mayoritariamente la sociedad se sienta cómoda en nuestro sistema.

La perspectiva de la historia nos permite ver que los debates filosóficos actuales sobre el Estado de Derecho son mucho más concretos y puntuales que los que se han producido

³⁴ Pozzolo, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Génova: Universidad de Génova, pp. 351-353.

antes. La experiencia temporal y la aplicación práctica de las principales corrientes iusfilosóficas han permitido ir perfilando el modelo de Estado.

El iusnaturalismo fue el punto de partida del Estado de Derecho moderno. La Ilustración y la revolución burguesa vieron que para acabar con el Absolutismo el mejor mecanismo era a través del Derecho. El Derecho, como regulador de la sociedad, puede ser también un motor de cambio para la misma. Si se quería acabar con los abusos de poder y reconocer y defender derechos inalienables e inherentes a todo hombre, lo mejor era instrumentalizarlo a través del Derecho y, en concreto, a través de una Constitución. Una Constitución de obligado cumplimiento para todos, incluso para los poderes públicos y el Rey.

El positivismo entra en el siglo XIX por la sustitución que realizan el historicismo y el estatalismo de los valores ilustrados. El empirismo filosófico heredero del utilitarismo influye notablemente para que los positivistas busquen una descripción de la realidad en su estudio y, por tanto, una separación entre moral y Derecho. Con ellos, comienza a devaluarse la Constitución pues no puede otorgársele un valor moral previo al Derecho. Para determinar qué es el Derecho únicamente hay que observar su forma y procedimiento.

En el siglo XX el positivismo puro de antaño muta gracias a autores como Hans Kelsen que recuperan en parte el valor, al menos de superior jerárquico, de la Constitución. Ya he comentado que una de sus grandes aportaciones fue la figura del Tribunal Constitucional a la que he dedicado uno de los apartados de los principales debates actuales.

Los filósofos del Derecho más recientes son agrupados en lo que se denomina neoconstitucionalismo pese a que hay notables diferencias internas. Las constituciones modernas del siglo XX, como la española de 1978, son un híbrido entre las tesis iusnaturalistas y positivistas. Recogen principios y valores propios del iusnaturalismo inicial así como un catálogo de derechos fundamentales que internacionalmente también son protegidos. Son la norma fundamental y jerárquicamente más alta del ordenamiento jurídico, siendo fuente de legitimidad del resto de normas.

En ese sentido Zagrebelsky y otros autores han incidido en el valor de la Constitución como garante de la convivencia y expresión del deseo de un proyecto común con vocación

de permanencia. Este papel de la Constitución es especialmente importante dada la heterogeneidad y fragmentación social.

De esta fragmentación social y del relativismo que defiende Kelsen considero que parten los problemas planteados en este TFG. Una parte considerable de la población en España opina que es necesaria una reforma profunda de la Constitución de 1978 por estar anticuada o no ser verdaderamente democrática. Anticipando que me opongo de raíz a considerar estos motivos como válidos para proponer una reforma constitucional, esas razones que defienden se sustentan en muchos casos en los problemas que he analizado en el anterior apartado.

El posible gobierno de los jueces que he descrito, por la potestad de cierre y garante que tiene el poder judicial en el actual Estado Constitucional, puede ser concebido como un menoscabo del legislativo y de la democracia en sí misma.

Limitar el poder de crear leyes del legislador, representante legítimo de la voluntad popular, es siempre un asunto que debe tratarse con cautela. Podríamos cuestionar la legitimidad de los miembros del Tribunal Constitucional para actuar como freno del desarrollo legislativo cuando se considere contrario a la Constitución. Especialmente la duda sobre su legitimidad se acentúa por los métodos de designación que he comentado en su respectivo apartado y que constatan la intromisión de los grandes partidos.

Sin embargo, creo que cuando nos acercamos a los casos particulares más polémicos que ha tenido que conocer el Tribunal Constitucional y que podrían verse como una limitación de la “voluntad popular”, las conclusiones que obtenemos son bien distintas.

En un Estado descentralizado como el nuestro que otorga una autonomía no vista antes en la historia de España, ni siquiera en la II República, es necesario que se controle la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas. Por un lado, para impedir que se legisle sobre materias que no sean de su competencia. Pero por otro lado, para que la ley autonómica esté subordinada a lo contenido en la Constitución.

Los recursos de inconstitucionalidad más relevantes que he mencionado antes han sido en su mayoría planteados contra leyes autonómicas catalanas en el marco del procés. Destaca en este caso que casi siempre son resueltos por unanimidad de los magistrados, sin votos particulares discrepantes, a pesar de la división en bloques ideológicos. Ello

constata que en estas leyes no hay interpretaciones posibles sobre su contradicción con la Constitución, especialmente sobre su extralimitación competencial.

Las críticas vertidas a estas sentencias del TC se fundamentan más en el reproche a la adscripción política de sus miembros y a su sistema de designación que al fondo y argumentación de la sentencia misma.

En definitiva, lo que se cuestiona en este punto es la independencia judicial por encima de la posible interpretación más moral que jurídica de los magistrados del TC.

Desde un punto de vista abstracto, tanto en los presupuestos teóricos relatados sobre los principales problemas actuales del neoconstitucionalismo como en el caso concreto planteado en estos últimos párrafos, se produce un choque entre diversas dimensiones del Derecho.

Considero que las opiniones críticas con nuestro actual Estado Constitucional se fundamentan en una supuesta confrontación entre las dimensiones material y final del Derecho con las dimensiones institucional y formal. Es decir, que la sociedad y la justicia actual no están en consonancia con el ordenamiento jurídico ni con el papel de nuestras instituciones.

En una democracia avanzada se presupone que la dimensión material, la sociedad, es la que determina el marco legislativo y las instituciones que del mismo emanan para regular su convivencia. Como se ha mencionado en el epígrafe sobre Zagrebelsky, la heterogeneidad social y la disparidad de intereses en países como el nuestro hacen que el establecer un marco de convivencia duradero sea una tarea ardua.

No hay duda de que el epicentro para determinar qué es un orden justo reside en la dimensión material unida a una dimensión final, de principios y valores. Sin embargo, no creo que haya un verdadero cuestionamiento sobre la dimensión final del Derecho. Los principios que inspiran nuestra Constitución y los derechos fundamentales en ella recogidos no son objeto de debate y son comunes a nuestro entorno. Incluso se han establecido mecanismos de defensa en instancias internacionales lo que nos indica una universalización de estos derechos.

Lo que se cuestiona es el cómo se desarrollan y materializan esos principios. Qué instituciones son necesarias y quiénes son los sujetos soberanos capaces de decidir la forma y alcance de ese marco de convivencia.

Por ello, voy a finalizar estas conclusiones con mi opinión sobre varios de estos puntos de actualidad que se pueden conectar con una reflexión iusfilosófica.

La Constitución no debe renunciar a su vocación de perdurabilidad como clave de bóveda del marco de convivencia de una sociedad. Tiene un papel de guía para establecer un orden justo con la dimensión final que en ella se explicita. Alcanzar ese orden justo que articulan las cuatro dimensiones no es una tarea sencilla y necesita tiempo. Por tanto, no debería mutarse la definición del mismo de forma recurrente cada vez que la opinión pública cambie de rumbo por unas circunstancias concretas.

El problema surge al tener que conciliar este carácter de la Constitución con la necesidad de un Derecho dúctil y flexible como defienden Zagrebelsky y Kelsen. Este Derecho dúctil es necesario por las características de las sociedades modernas y la confrontación de intereses. Un Derecho excesivamente rígido conlleva que una parte de la sociedad no se sienta partícipe de ese proyecto de convivencia y considere que no pueda ser modificado por vías democráticas.

Este no es el caso de la Constitución de 1978 que permite la reforma de la totalidad de su contenido. La exigencia de una mayoría cualificada de dos tercios e incluso de referéndum en algunos casos se debe a su vocación de permanencia antes comentada.

La reforma constitucional necesita un amplio consenso precisamente para que deba contarse con la minoría. La sociedad española en 1978 no era mucho menos heterogénea que la actual pero había una predisposición a articular un marco constitucional que acompañase al anhelo de democracia.

Debido a que aún en el proceso constituyente no se había determinado el grado de descentralización del Estado, ni siquiera el número de Comunidades Autónomas, la Constitución tenía que ser abierta en esta materia. El desarrollo legislativo posterior ha culminado en un Estado tan descentralizado como muchos federales. La dimensión institucional de las Autonomías se ha confeccionado principalmente en sus estatutos y no en la Constitución.

Aunque es verdad que en la Constitución del 78 el poder judicial, incluyendo el Tribunal Constitucional, asume un protagonismo superior al que ha tenido históricamente controlando al legislativo, no se separa de la tendencia que han seguido en esta misma cuestión las democracias de nuestro entorno.

No estoy de acuerdo con la reflexión que hacen algunos autores del neoconstitucionalismo sobre el gobierno de los jueces por dos motivos. En primer lugar, porque ha sido la propia sociedad la que así lo ha determinado en la Constitución, ratificada por casi un 90% en su referéndum. Además, como ya he explicado antes puede ser reformada en su totalidad con el debido consenso para alcanzar los dos tercios necesarios en ambas cámaras. En segundo lugar, como hemos visto el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional son objeto de intromisión de los partidos políticos por la facultad que otorga la Constitución al legislativo para designar a parte de sus vocales y magistrados respectivamente. El poder judicial necesita precisamente menor vinculación con el poder legislativo como sinónimo de mayor calidad democrática.

En definitiva, el papel que juega el poder judicial en nuestro sistema no supone un menoscabo a las facultades del legislativo o de la voluntad popular. Garantiza el respeto a uno de los fundamentos básicos de una democracia moderna como es la jerarquía normativa y la supremacía de la Constitución, es decir, a la dimensión formal del Derecho.

No es viable articular un modelo de convivencia en una sociedad heterogénea sin que haya respeto y lealtad a la dimensión formal y a las reglas de juego pactadas entre todos.

En conclusión, la crisis del modelo de convivencia en España en la actualidad se ha visto acentuada por la crisis económica y de descrédito de las instituciones por los casos de corrupción de los últimos años. Pero ello no significa que el Estado Constitucional haya fracasado o que el Derecho como unidad relacional esté en quiebra.

En mi opinión, la dimensión final del Derecho que recogen los principios y valores constitucionales no está en duda. Por su lado, la dimensión formal del Derecho en España es la propia de nuestro sistema de Derecho continental. Las críticas son a su contenido como en cualquier democracia, no a su forma o procedimiento de elaboración.

Al contrario, la dimensión institucional en España sí está en entredicho. La Corona o el poder legislativo son vistos con recelo pero lo preocupante para este trabajo es la desconfianza en el poder judicial. Ya he comentado mi parecer al respecto. Pienso que el poder judicial en España está conformado por profesionales de alto nivel y que en la inmensa mayoría de los casos actúan con plena independencia, únicamente sujetos al Derecho. Por supuesto, hay aspectos que se pueden y deben mejorar, como la designación del CGPJ. Pero ya hemos visto que no hay una fórmula mágica para evitar las sospechas

de politización del gobierno de los jueces y que esta supuesta politización tiene un alcance bastante limitado en la judicatura.

Por último, la dimensión material del Derecho, la sociedad, plantea en España varios problemas para conseguir articular un modelo de convivencia en el que se sienta cómoda una mayoría considerable de la sociedad. En primer lugar, estamos siendo testigos de un constante intento para trocear la soberanía nacional que reside en el conjunto del pueblo español. Sin entrar en profundidad en el análisis de este complejo debate, la confrontación evidente de intereses sobre quién puede decidir qué y el deseo de una parte importante de la población para no ser partícipes de un modelo de convivencia conjunto, hacen muy complicado diseñar ese marco.

En segundo lugar, en los últimos años se ha incrementado la demanda de una mayor participación e involucración de la sociedad en la toma de decisiones políticas. Que más allá de elegir a nuestros representantes cada cuatro años en elecciones, se nos consulte para determinadas materias o se nos permita proponer. Considero que esto no es algo nuevo y que no puede servir de excusa para que nuestros representantes rehúyan de su responsabilidad de tomar decisiones propias. Si la participación en las elecciones generales que se celebran sólo una vez cada cuatro años es inferior al 70% del censo, estar llamando a los electores a votar continuamente cualquier propuesta que se considere importante es un disparate.

En suma, la crisis de nuestro modelo de convivencia en España se debe principalmente al descrédito de las instituciones y a las disputas sobre la soberanía nacional. Aunque haya cuestiones que mejorar, España tiene un Estado de Derecho y un sistema democrático de primer nivel.

Los debates sobre el modelo de convivencia desde la perspectiva de la filosofía del Derecho se han ido acotando a lo largo de la historia. La existencia de principios y valores, la superioridad jerárquica de la Constitución o la positivación para garantizar seguridad jurídica no son ya discutibles. Los problemas actuales son mucho más concretos sobre el desarrollo de un marco que posibilite la coexistencia de intereses diversos y que permita alcanzar un orden justo.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, N. (1993). *El Positivismo jurídico*. Madrid: Debate.
- Comanducci, P., Ahumada Ruiz, M. y González Lagier, D. (2009). *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Constitución Española de 6 de diciembre de 1978.
- Daímon. *Revista Internacional de Filosofía*, nº 57, 2012.
- Encyclopedia Britannica. (n.d.). *Bill of Rights / British history*. Disponible en: <https://www.britannica.com/topic/Bill-of-Rights-British-history>. Última consulta: 22/02/2019.
- García de Enterría, E. (1992). *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Ed.
- González Alonso, B. (1987). Del Estado Absoluto al Estado Constitucional. *Manuscritos: revista de historia moderna*, 4.
- Kelsen, H. (2002). *Esencia y valor de la democracia*. Granada: Ed. Comares.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2 de julio de 1985).
- Lucas Murillo de la Cueva, P. (2017). La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 40.
- Monereo Pérez, J. (2013) *Los fundamentos de la democracia. La teoría político-jurídica de Hans Kelsen*. Ed.: El Viejo Topo.
- Pozzolo, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Génova: Universidad de Génova.
- Prieto Sanchís, L. (1996). El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? *Anuario de Filosofía del Derecho*, (XIII).
- Prieto Sanchís, L. (2014). *Apuntes de teoría del Derecho*. 7ª ed. Madrid: Trotta.
- Sosa Wagner, F. (2016). Jueces e independencia. [Blog] *Sosa Wagner*. Disponible en: <https://sosawagner.es/2016/08/22/jueces-e-independencia/> Última consulta: 07/03/2019
- Sosa Wagner, F. (2016). *La independencia del juez: ¿una fábula?* Madrid: La esfera de los libros.
- Varela Suanzes-Carpegna, J. (2013). *Las cuatro etapas de la historia constitucional comparada*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta.