

CONSTITUCIONALISMO Y GARANTISMO: UNA RELACIÓN DIFÍCIL

Antonio Manuel PEÑA FREIRE
Universidad de Granada (España)

Palabras clave: Constitucionalismo. Garantismo. Liberalismo. Libertades. Derechos sociales.

Key words: Constitutionalism. Warrantism. Liberalism. Liberties. Social Rights.

RESUMEN

En este artículo se analiza la relación entre el garantismo y el constitucionalismo y, paralelamente, entre el modelo institucional y político denominado “Estado constitucional de derecho” y ese mismo modelo en su versión garantista. La relación es delicada a causa del sobredimensionamiento social de las constituciones que los garantistas proponen, que implicaría tres riesgos. El primero es el incremento de las habilitaciones y funciones estatales que pudiera dar lugar a un fuerte estatalismo difícilmente compatible con el respeto a la individualidad y la espontaneidad social. En segundo lugar, el carácter material y minucioso de las constituciones garantistas torna superfluas a la democracia y a la política. Por último, la pretensión de constitucionalizar lo que no son sino postulados ideológicos amenaza con convertir a la constitución en un instrumento político parcial y sectario, muy alejada del modelo de constitución abierta y plural que originariamente inspiró al Estado constitucional de derecho.

ABSTRACT

This article analyzes the relationship between Warrantism and Constitutionalism, and simultaneously between the institutional and political models called “Constitutional State” and that very model in its warrantistic version. The relationship is fragile due to the social oversizing of constitutions proposed by warrantists, which would entail three hazards: first, an increase in state empowerment and functions, which could easily lead to a strong statism, not compatible with respect for individuality and social spontaneity; secondly, the material and detailed character of the warrantist constitutions makes democracy and politics unnecessary, and lastly, the attempt to constitutionalize what are but mere ideological stances threatens to turn a constitution into a partial, sectarian, political tool far from the open and plural constitutional model which inspired the “Constitutional State”.

1. PREMISAS Y OBJETIVO

Mi intención en este artículo es analizar el modelo de Estado y de constitución que promueven diversos autores a los que se vincula con el denominado *neoconstitucionalismo*. En concreto me interesa la relación de algunas de sus propuestas con el más conocido constitucionalismo clásico o antiguo¹.

En primer lugar, definiré qué es el neoconstitucionalismo y lo pondré en relación con el constitucionalismo al que se supone que *innova*. A continuación, me referiré al modelo político propugnado por el garantismo, por ser ésta la versión más acabada —y también radical— de neoconstitucionalismo. Por último, intentaré poner de manifiesto cómo este tipo de propuestas extremas son difícilmente compatibles con algunos de los valores y postulados que definen al constitucionalismo tradicional e, incluso, con los de cierto neoconstitucionalismo posibilista o moderado, al que tensionan, desplazándolo hacia sus extremos, y, finalmente, traicionan.

2. CONSTITUCIONALISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

Del constitucionalismo pueden darse dos definiciones:² según la primera es una teoría o ideología que propugna la *limitación* del poder para garantizar los derechos y libertades de los individuos;³ la segunda nos dice que es una doctrina que, con la intención de establecer las condiciones necesarias para asegurar el disfrute de los derechos y libertades, promueve un modelo de *organización* del poder político adecuado a tal fin.

La primera definición supone un concepto negativo o defensivo de los derechos y considera que el poder político es su principal amenaza, de ahí que ponga el acento en la limitación o división del poder y que cualquier apoderamiento o expansión de la autoridad sea visto con desconfianza y como una potencial amenaza. La segunda, sin embargo, es compatible con concepciones más amplias y no meramente defensivas de los derechos; de este modo, si ciertas dosis de autoridad fuesen condiciones necesarias para la garantía de los derechos, serían bienvenidas.

1. Aunque valdría decir *constitucionalismo*, a secas; de hecho, en general, me referiré a esta teoría política nombrándola simplemente como “constitucionalismo”, sin adjetivos.

2. Al respecto, y con carácter general, pueden consultarse las voces “constitución” y “constitucionalismo” en Raynaud y Rials 1996:137 y ss. y también en Bobbio, Matteucci y Pasquino 1976:374 y ss. También es interesante la voz “constitución” en Sartori 1987:20.

3. El planteamiento está, por ejemplo, implícito en una de las definiciones que ofrece Matteucci (1976:389) cuando lo describe como “técnica de la libertad o técnica jurídica a través de la cual se asegura a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos individuales y al mismo tiempo el Estado es colocado en una posición de no poderlos violar (...) El constitucionalismo consiste en la división del poder de manera de impedir el arbitrio”.

A lo largo de la historia han sido muchas las versiones tanto del catálogo de derechos a proteger, como del modelo político que se juzgaba adecuado a su garantía defendidas por los constitucionalistas. Hemos conocido, por ejemplo, a quienes defendían libertades y privilegios medievales, fundados en la costumbre, en leyes de la tierra o en la naturaleza de las cosas; también a quienes se declaraban comprometidos por derechos naturales individuales fundamentados en la simple condición humana y atribuidos a todos por igual, o a quienes aspiran a garantizar una serie de derechos definidos en función de un cuadro más o menos objetivable de necesidades humanas básicas. Respecto de los modos de organización del poder político, también se han conocido propuestas y versiones diversas: desde modelos de Estado mixto o equilibrado en los que no existía un titular monopolista de los poderes de *imperium*, a modelos en los que un único sujeto —el monarca o la nación— monopolizan el ejercicio del poder político; desde otro punto de vista, podríamos referir modelos de Estado limitado, mínimo o *laissezfairista* y Estados sociales e intervencionistas, de considerables dimensiones y con una enorme capacidad de acción política y normativa⁴.

En cuanto al “neoconstitucionalismo”, es ésta una noción altamente polifacética y cuyo significado definitivo quizás esté aun por decantar⁵. Nos interesa el neoconstitucionalismo en sus facetas ideológica e institucional, por ser las que se pueden contrastar con la veterana tradición constitucionalista. El neoconstitucionalismo ideológico inspira y promueve un modo específico de organización política —el Estado constitucional de derecho⁶—, por entender que es el que mejor asegura un catálogo de valores y derechos, cualificados por los neoconstitucionalistas como derechos fundamentales de los individuos. El Estado constitucional de derecho, por su parte, es el modelo institucional del neoconstitucionalismo.

Refiriéndose a la relación entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo, afirma Comanducci (2003:85-86) que el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista porque “pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal —que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX—, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales”. Me parece, en general, una apreciación acertada. Sin embargo, no está exenta de problemas pues el catálogo de derechos que muchos neoconstitucionalistas promueven, exige, no una limitación del poder político, sino su expansión. Si tal ideología puede ser considerada como un capítulo más en la dilatada historia del constitucionalismo, dependerá del aspecto que se privilegie en la definición del constitucionalismo. Si se define como técnica para la limitación del poder, es evidente que ninguna teoría o autor que promueva la expansión del poder podría ser considerado como un *caso de* constitucionalismo. Si, por el contrario, se define como técnica para

4. Fioravanti 1995:25 y ss., y 1999:33 y ss.

5. Comanducci 2003:82 y ss.

6. También se encuentran referencias al Estado constitucional democrático o al *constitucionalismo social*.

la organización del poder con fines de garantía, entonces, lo determinante será este último aspecto y el neoconstitucionalismo podría ser tenido como el último capítulo (por ahora) en la historia del constitucionalismo⁷.

En cualquier caso, sí que es cierto que el neoconstitucionalismo representa, como mínimo, un punto de inflexión en la historia del constitucionalismo, pues por primera vez se pasa de un catálogo de derechos esencialmente defensivo, esto es, formado por libertades negativas que exigen la limitación del poder político, a un catálogo plagado de derechos sociales que requieren políticas públicas de intervención en la sociedad civil y en la vida privada de los individuos.

3. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO COMO SÍNTESIS DE DOS TRADICIONES CONSTITUCIONALES DIVERSAS

El Estado constitucional de derecho es una estructura jurídico-política diseñada y orientada a la garantía de un catálogo de derechos normativamente declarados: los derechos, *a priori*, condicionan el diseño de los poderes políticos y las instituciones públicas y, *a posteriori*, inspiran y orientan su funcionamiento.

Son dos los rasgos que caracterizan al Estado constitucional de derecho y lo singularizan respecto de modelos jurídico-políticos anteriores: la rigidez del texto constitucional y su garantía jurisdiccional⁸. La rigidez de la constitución y, particularmente, de la declaración de derechos que contiene, implica el agravamiento del procedimiento de reforma del texto constitucional en relación al procedimiento empleado normalmente para la reforma de las fuentes ordinarias del derecho. En cuanto a la garantía jurisdiccional supone la posibilidad de reaccionar frente a las vulneraciones de las normas constitucionales mediante un recurso a un poder de corte jurisdiccional, esto es, a un poder sometido sólo a derecho, *en algún sentido* políticamente independiente y diferenciado de los que tienen capacidad para la promulgación de las leyes o para su desarrollo o ejecución. Un poder con estos rasgos quedará habilitado para apreciar qué decisiones o acciones suponen una infracción a los derechos constitucionales o a las condiciones de su ejercicio y, en consecuencia, para restablecer su integridad.

7. Prieto (2005:43), explorando las relaciones entre garantismo y lo que aquí denominamos neoconstitucionalismo, se refiere a este último como “constitucionalismo rematerializado o constitucionalismo basado en derechos”: la primera denominación es muy acertada, porque denota la vinculación del constitucionalismo a cierta moral que inspira la organización política; la segunda sólo lo es si presupone una concepción objetiva de los derechos donde estos no son ya libertades ni inmunidades estrictamente sino más bien principios objetivos de justicia que sirven de guía a la acción política y como criterio de validez jurídica. Sobre este último aspecto, Grimm 1991:155 y ss., y Zagrebelsky 1992:75 y ss.

8. Rigidez y garantía jurisdiccional son los elementos que permiten afirmar que un ordenamiento está constitucionalizado o, lo que es lo mismo, que estamos en presencia de un Estado constitucional de derecho (Guastini 2003:50 y ss.).

Aunque esta es la forma normal de caracterizar al Estado constitucional, lo cierto es que esos dos rasgos están presentes en algunas experiencias constitucionales anteriores a Weimar⁹. Hay, no obstante, varios matices *genuinamente* diferenciales del Estado constitucional respecto de sistemas precedentes: el primero hace referencia al alcance de la garantía jurisdiccional de la constitución; el segundo al tipo o contenido de los derechos declarados y aún habría un tercero que, más que un matiz, está en relación con el sentido del Estado constitucional, es decir, con el espíritu que inspira y da cohesión a la estructura jurídico-política como tal.

a) Cierta garantía jurisdiccional de los derechos era ya característica de los Estados constitucional-liberales decimonónicos bajo la fórmula del control de legalidad de la actividad administrativa¹⁰. La legalidad de la administración del Estado y la justicia administrativa garantizaba que los poderes públicos ejecutivos actuasen sólo en las ocasiones autorizadas por las leyes y en las condiciones dispuestas por éstas¹¹. El motivo es bien conocido: las leyes —normas generales y abstractas que se suponen expresivas de la voluntad general— eran las llamadas a fijar las condiciones de ejercicio de los derechos constitucionalmente declarados y sus límites recíprocos, así como las únicas que podían habilitar a los poderes públicos a intervenir en la esfera de libertad de los ciudadanos para asegurar sus condiciones y límites de ejercicio. Las carencias de este modelo de garantía de los derechos de corte legalista son bien conocidas: no contemplaba la posibilidad de que fuesen las leyes mismas —y, por tanto, el legislador— las que dieran lugar a una lesión a los derechos o a la constitución, con lo que los derechos finalmente quedaban enteramente a disposición de un poder legislativo que, en ocasiones, manifestó cierta tendencia a actuar en función de intereses parciales, sectarios o particulares y, en general, de inclinaciones bien distintas de las que se supone guiarían a quien efectivamente encarnase la voluntad general. La aportación del Estado constitucional será la expansión del sometimiento a la constitución a todos

9. Usualmente considerada como el primer ejemplo de Estado constitucional de derecho y de constitucionalismo social.

10. El recurso a un juez independiente y sometido a reglas fundadas en un orden natural e inaccesibles a los poderes políticos terrenales, fue también la forma de garantía de libertades y privilegios en el constitucionalismo medieval. Esa fórmula se debilitó en el momento en que, conforme a una concepción voluntarista del poder y del derecho, la facultad de dar las leyes pasa a ser un atributo definitorio del poder soberano, con lo que los jueces se convierten, no en custodios de un *Higer Law* indisponible al titular de *imperium*, sino en garantes de la *integridad* y *pureza* de la voluntad del soberano expresada en las leyes. La función de los jueces como garantes de los derechos se reestablecerá, aunque sólo parcial y ficticiamente, en la etapa del constitucionalismo rígido cuando se parta del presupuesto de que la constitución es una norma *no-política* y que, en algún sentido, funda y vincula al poder político. De ese modo, lo que se confiere al órgano encargado del control de constitucionalidad de las leyes es la obligación de preservar el sentido originario de esa norma constituyente frente a las distorsiones que pudieran acaecer en los periodos de política ordinaria por parte de poderes legislativos o ejecutivos. Sobre esta evolución Grimm (1991:30-31).

11. Una importante consecuencia del principio general de libertad, indisolublemente vinculado a las constituciones liberales, siempre de tipo negativo o defensivo (Fioravanti 2004:34-35).

los poderes públicos y su aseguramiento jurisdiccional, incluyendo por tanto la posibilidad de reaccionar frente a las vulneraciones de los derechos en los casos en que éstas hubieran sido llevadas a cabo por el poder legislativo. Lo que aparece con el Estado constitucional, en suma, junto a otros mecanismos jurisdiccionales de control de la actividad de los poderes públicos, es un nuevo mecanismo, también jurisdiccional, para asegurar la constitucionalidad de las leyes y evitar así que su contenido contradiga el de los derechos proclamados.

b) El segundo elemento o aspecto diferencial del Estado constitucional respecto de experiencias constitucionales anteriores viene dado por el alcance o contenido del catálogo de derechos constitucionalmente proclamado y a cuya garantía se organizan y ordenan los poderes del Estado. El constitucionalismo que se inaugura con Weimar es *social*, a diferencia de fórmulas inmediatamente anteriores en las que bien preponderaba el componente *liberal*, esto es, se intentaba inmunizar a los individuos respecto del poder político con la pretensión de garantizar su libertad y la autonomía de la sociedad civil respecto del Estado, bien el componente *democrático*, donde la libertad era entendida en un sentido, no individual y negativo, sino político, que buscaba asegurar la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones colectivas vinculantes para todos.

El Estado social, afirma Grimm (1991:75), en contraste con modelos anteriores, se hace cargo de la dirección global del desarrollo social y se compromete al logro de un estado ideal o deseable de sociedad. Para este objetivo, obviamente, precisará llevar a cabo profundas intervenciones, no ya retrospectivas, sino prospectivas y preventivas de cualquier daño o perjuicio, y que aseguren el bienestar social. En el Estado social, los derechos no son vistos como derechos frente al Estado ni como inmunidades a la acción del Estado; bajo las coordenadas del constitucionalismo social, adquieren una dimensión objetiva, se vuelven normativos *también* para el orden social y sirven como fundamento de numerosos deberes de actuación estatal¹². El cumplimiento de los deberes correlativos a los derechos sociales se asegura por un Estado social intervencionista y comprometido con una idea determinada de *justicia social* que pretende asegurar la distribución equitativa de las cargas y los beneficios de la cooperación y el acceso universal a ciertos servicios o a un nivel de vida predeterminado para todos.

c) El actual constitucionalismo no quedaría adecuadamente descrito afirmando simplemente que es *social*. Éste es efectivamente el componente novedoso respecto de ensayos y fórmulas anteriores, pero el actual constitucionalismo no ha dejado de ser liberal ni tampoco democrático. El catálogo de derechos que lo inspiran no está formado exclusivamente por derechos sociales, sino que en él están presentes numerosas libertades civiles negativas que aspiran a garantizar la inmunidad y autonomía individual y también libertades positivas o políticas que

12. Grimm 1991:156.

aseguran la participación de cada uno en la toma de decisiones que afecten a la vida en común. Esta circunstancia nos pone sobre la pista del que es el tercer rasgo del actual constitucionalismo: su carácter plural y sintético¹³. Veamos, sin embargo, el modo exacto en que, a mi juicio, la síntesis de esos tres elementos —liberal, democrático y social— se ha producido.

Un buen punto de partida es la presentación de dos versiones o episodios de la historia del constitucionalismo, anteriores al actual y en los que éste se habría inspirado, al menos parcialmente. Fioravanti¹⁴ se ha referido a ellos: el primer modelo, representado por una constitución de corte liberal, negativo o defensivo, ha sido denominado como *constitución-garantía*; de otro lado, encontramos un modelo reformador que da lugar a la llamada *constitución-programática*.

El primer modelo concibe la constitución como un pacto de mínimos que tiene por función asegurar la autonomía de cada individuo frente a todos los demás y, particularmente, frente a la estructura que representa a la comunidad políticamente organizada y que monopoliza el uso legítimo de la fuerza, esto es, frente al Estado. Los derechos a cuya protección se ordena el modelo de la constitución-garantía son fundamentalmente libertades negativas, es decir, libertades que inmunizan aspectos o áreas de la vida de los individuos frente al poder de decisión de los otros y, particularmente, frente al poder de decisión del Estado. La constitución es formal en el sentido de que organiza el poder no en una dirección determinada, sino apenas como una estructura limitada necesaria para asegurar la cooperación entre los individuos y para resolver pacíficamente sus conflictos. La constitución, de modo particular, no contiene ni promueve ningún modelo de sociedad ideal o justa que actuase como condición previa de la felicidad individual. Es una constitución cuyo destinatario fundamental son los poderes públicos, a los que organiza del modo que se juzga más apropiado para que no afecten a la libertad individual. Este modelo de constitución, históricamente, incorpora la idea de que los derechos de los individuos forman parte de una suerte de orden normativo superior o *Higger Law*, indisponible al legislador, que no puede conformarlo a su capricho. Su intangibilidad quedará asegurada, encomendando a un poder relativamente independiente respecto de otros netamente políticos, su protección frente a los poderes públicos, incluido entre ellos el legislador democrático¹⁵.

13. Al carácter sintético de tradiciones constitucionales diversas se ha referido Fioravanti (1995:128 y ss.) que considera además que dicha síntesis es la aportación del siglo XX —fundamentalmente su segunda mitad— a la historia del constitucionalismo. Zagrebelsky (1992:14-17), por su parte, habla de “ductilidad constitucional” para referirse al constitucionalismo basado en el pluralismo de valores y principios contrapuestos, unos, como veremos, de corte individual y otros de naturaleza social o colectiva. Más adelante (pp. 58-60) habla de “ambivalencia” y “solución de equilibrio” para referirse a la concepción constitucional europea actual de los derechos. Otros autores, como Prieto (2003:133), describen al neoconstitucionalismo como un pacto logrado mediante la incorporación de postulados distintos y tendencialmente contradictorios y no como el efecto de la proclamación de una serie de principios comunes y coherentes entre sí.

14. Fioravanti 1995:128 y 2004:37.

15. Grimm 1991:30-31.

La constitución-programática es, por el contrario, una *norma directiva fundamental* que pretende la realización de una serie de valores y objetivos proclamados constitucionalmente. Una constitución así contiene un modelo determinado de sociedad, un programa articulado en numerosas directrices de organización y transformación política y social, cuya realización exige fuertes dosis de reforma social y de acción estatal. La constitución llama a todos los poderes públicos y a los individuos a trabajar por el cumplimiento de una empresa colectiva, teóricamente para la realización de una sociedad más justa. Este modelo aparece históricamente vinculado a la tradición revolucionaria francesa y ya se encuentra implícito en sus primeras constituciones y declaraciones de derechos¹⁶, comprometidas con la superación de la sociedad estamental y con la *construcción* de una sociedad en la que reinasen la libertad, la igualdad y la fraternidad, y que desterrase definitivamente los prejuicios y servidumbres vinculados al Antiguo Régimen¹⁷. Una constitución de este tipo no limita la acción política, pues considera que sólo cuando desde el Estado se hayan creado unas condiciones sociales particulares y exista un contexto favorable a la efectividad de los derechos, será posible plantearse su garantía desde un punto de vista exclusivamente negativo o defensivo.

El actual constitucionalismo o neoconstitucionalismo sintetiza ambas tradiciones del siguiente modo.

Del modelo de la constitución-garantía de corte defensivo adopta los mecanismos de la rigidez y, especialmente, el de la garantía jurisdiccional de los derechos¹⁸. El blindaje, vía rigidez y garantía jurisdiccional de la constitución habría restaurado uno de los rasgos más característicos del constitucionalismo tradicional, que refería la legitimidad de los derechos y libertades a fuentes normativas supremas o naturales, siempre indisponibles al poder político *ordinario*. Superada la creencia en un derecho u orden natural de las cosas supraordenado al positivo y que disfrutaba de una fuerza vinculante intrínseca que transmitía a los derechos naturales, serán el rango y rigidez constitucional y la garantía jurisdiccional los modos de asegurar la indisponibilidad de los derechos respecto de los poderes que pudieran vulnerarlos. Este expediente habría permitido también la superación del legalismo decimonónico, esto es, de la soberanía del legislador, que convirtió los derechos en meras concesiones políticas o auto-restricciones contingentes de la autoridad estatal.

El constitucionalismo actual es también programático, pero el sentido de la programación es distinto al de experiencias anteriores, pues ahora es netamente social. No se trata ya de desmontar pieza a pieza la sociedad estamental que

16. A diferencia de las declaraciones norteamericanas donde el orden social existente antes de la Declaración de Independencia y de las subsiguientes declaraciones de derechos era ya favorable al disfrute de las libertades negativas y al desarrollo de un modelo de sociedad burgués (Grimm 1991:87-90).

17. Grimm 1991:90-93. A este carácter objetivo y reformador de las Declaraciones de Derechos y las Constituciones francesas se refiere también Zagrebelsky 1992:52 y ss.

18. Fioravanti 1995:131.

impide la libertad, el autogobierno y el progreso, sino de realizar cierto ideal de igualdad material o de justicia social. El resultado es una constitución declarativa de *derechos sociales* y que obliga a los poderes públicos a la realización de profundas intervenciones y reformas políticas, jurídicas, económicas o culturales. La constitución, como advierte Fioravanti (1995:128), es una “*gran norma directiva*, que solidariamente compromete a todos en la obra dinámica de realización de los valores constitucionales”.

El modo en que entiendo que el componente democrático encaja en este esquema es quizás el aspecto más complejo. El constitucionalismo actual, precisamente por ser constitucionalismo, se compromete con cierto ideal de la libertad negativa, sin cancelar, empero, el gobierno democrático de las cuestiones públicas genuinas. Efectivamente, el constitucionalismo vigente no renuncia al ideal del autogobierno colectivo ni a asegurar, mediante mecanismos representativos y participativos, que el criterio de decisión de los asuntos públicos sea, en algún sentido, mayoritario. Sin embargo, al blindar los derechos en constituciones rígidas admite la existencia de un coto vedado¹⁹ o un área de libertad individual inmunizada frente a todos, incluyendo a la comunidad política misma; paralelamente, al prever su garantía jurisdiccional frente al legislador democrático-representativo, admite la posibilidad de que lo colectivo se sobredimensione e implícitamente presupone la existencia de límites a su capacidad de disposición.

La democracia adquiere además un papel de mediación entre los componentes liberal y social del actual constitucionalismo. Las actuales constituciones incorporan una importante fuente de deberes de cada individuo hacia los demás: los derechos sociales. Los derechos sociales, en su dimensión subjetiva, establecen compromisos y deberes de solidaridad recíprocos entre los individuos integrantes de una comunidad; en su dimensión objetiva habilitan al Estado para asegurar el cumplimiento de esos deberes y para lograr ciertas metas y objetivos vinculados a la misma idea de justicia social que los derechos.

Sin embargo, muchas de las *piezas* del *engranaje* anterior son lo suficientemente complejas como para no ser viables, si no es a través de una constante actualización que les dé sentido. Cuando el Estado constitucional se declara obligado a realizar una sociedad mejor o se vincula con cierto ideal de justicia material, queda obligado a hacer algo incierto a la vez que controvertido; nadie niega —seriamente— que lo que sea una sociedad justa es una cuestión que no tolera fácil respuesta.

Simplifiquemos mucho y presupongamos que una sociedad justa es aquella que satisface las necesidades básicas de todos; supongamos que prescindimos de necesidades de orden más o menos *espiritual*, y sólo logramos ponernos de acuerdo en definir las necesidades básicas, en términos de la cantidad de calorías o proteínas, por persona y día, necesarios para la supervivencia. Pues bien, aun en este caso, todavía quedaría pendiente el problema de resolver cuál es la mejor

19. La expresión célebre es de Garzón Valdés (1993:644).

fórmula para asegurar la disponibilidad de los alimentos y recursos precisos para garantizar esos umbrales nutricionales: simplificando nuevamente mucho ¿se consiguen más alimentos y, por tanto, más calorías y más proteínas, mediante un sistema de economía planificada o en un sistema de libre mercado? Suponiendo que la respuesta esté en algún punto intermedio en el terreno que media entre ambos extremos, aún podríamos preguntarnos ¿qué proporción de planificación o de regulaciones y qué proporción de libertad son las que aseguran un mayor número de recursos y, por tanto, una mayor satisfacción de las necesidades del mayor número y, en consecuencia, un más alto nivel de garantía de los derechos sociales? Es evidente que ninguna de esas preguntas admite una respuesta fácil. Mucho más si introducimos el factor ético en la escena: si encontramos la solución técnica a la pregunta sobre la fórmula para incrementar el nivel productivo, ¿es legítimo obligar a los miembros de un grupo a trabajar una serie de horas a lo largo del día en beneficio de las necesidades de los miembros más desfavorecidos de la comunidad? En su caso, ¿cuántas? ¿Qué decir de la *crueledad* o *indiferencia* hacia los más desfavorecidos de un sistema económico *laissezfairista* que lograrse incrementar la producción, haciendo a cada uno responsable de su propio éxito o fracaso y eliminando cualquier mecanismo de asistencia recíproca vinculante?

Este pequeño excurso —quizás panfletario y poco riguroso— ha sido presentado sólo a los efectos de mostrar el modo en que el componente democrático del actual constitucionalismo actúa de mediación entre los componentes liberal/individual y social/comunitario. La elección de la política que sea moralmente asumible y que garantice el *mejor estado personal y social*, se lleva a cabo, en el tipo de Estado que nos ocupa, a través de procedimientos democráticos. La gravedad de las elecciones a llevar a cabo es considerable. Los ciudadanos tienen que decidir qué es una sociedad justa y también elegir los medios y fórmulas más eficaces para alcanzarla. A través de esas elecciones se hace manifiesto el juego entre los componentes liberal o individual y social o colectivo del modelo jurídico-político analizado: la elección de lo que sea una sociedad justa o deseable exige también decidir dónde se sitúa el límite o frontera entre el espacio de inmunidad de cada uno, garantizado por el reconocimiento de sus libertades negativas, y sus compromisos y deberes hacia los miembros del grupo —en particular, hacia los más desfavorecidos— a los que está obligado como consecuencia de la proclamación constitucional de los derechos sociales: bajo esta fórmula late la idea de equilibrio implícita al denominado constitucionalismo social.

En suma, volviendo al esquema inicial: en el Estado constitucional de derecho, el componente democrático es el mecanismo que permite una integración móvil del componente liberal con el social, fijando en cada momento el mayor o menor peso de cada uno respecto del otro, esto es, el grado en que las decisiones y políticas públicas estarán inspiradas por uno u otro principio. Paralelamente garantiza que el conflicto entre la libertad entendida como *inmunidad frente al poder de decisión de otros* y el reconocimiento de los derechos sociales que, en algún sentido, nos vinculan a las necesidades de los otros y vinculan a los otros a

nuestras necesidades, se desarrolle de modo socialmente asumible y en un marco pacífico.

4. EL DESBORDAMIENTO: DE LA CONSTITUCIÓN PROGRAMÁTICA A LA PLANIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

4.1. *La tesis garantista*

La compleja estructura del Estado constitucional de derecho se ha mantenido equilibrada desde que comenzara su expansión²⁰. Ahora bien, para que dicho equilibrio persista, sería preciso evitar cualquier deslizamiento del modelo hacia alguno de sus extremos, esto es, al componente liberal o al social.

Esto significa que la fórmula institucional implícita al Estado constitucional es incompatible con proclamaciones constitucionales absolutas o incondicionales de los derechos de corte liberal o social²¹. Por ejemplo, un reconocimiento irrestricto del derecho a la propiedad privada o de la libertad de mercado que hiciese *constitucionalmente* inviable cualquier política pública de tintes redistributivos, sería incompatible con el modelo jurídico-político que analizamos. Igual sucedería si los derechos sociales fuesen declarados de modo incondicionado o si, además de su reconocimiento, se estableciesen constitucionalmente las fórmulas *adecuadas* para asegurar su disfrute, impidiendo así la experimentación y revisión democrática de los métodos tendentes a asegurar su satisfacción y, sobre todo, fijando la fluctuación del elemento social respecto del individual. Cualquiera de estos deslizamientos desequilibraría el modelo jurídico-político y, al ser el equilibrio uno de sus rasgos, nos colocaríamos ante un nuevo (¿o viejo?) capítulo en la historia del constitucionalismo.

Hay, desde luego, quien no ve las cosas de ese modo: ciertos teóricos, partidarios declarados del Estado constitucional y que se reconocen profundamente comprometidos con el componente social del modelo, tienen una lectura diferente del Estado constitucional y de la fase actual del constitucionalismo. Entre estas propuestas se encuentra el garantismo, que ha pugnado por una constitución profundamente social, fuertemente programática e intensamente materializada. Desde esa óptica, se considera que el Estado constitucional o el constitucionalismo social ha sucedido al constitucionalismo liberal decimonónico que habría quedado definitiva y completamente superado, con lo que el Estado constitucional dejaría de ser una

20. Matteucci (1988:290), por ejemplo, afirma que el sistema se sostiene sobre un delicado juego de equilibrios que no parece haberse desbordado ni roto desde el final de la Segunda Guerra Mundial.

21. Principios como la libertad o la responsabilidad individual y, de otro lado, la protección de bienes colectivos o la promoción de la dimensión comunitaria y solidaria de la vida social, tienen que convivir bajo la constitución. Ninguno de ellos puede ser entendido como un concepto absoluto (Zagrebesky 1992:16).

fórmula de equilibrio entre principios o valores contrapuestos para convertirse en una etapa más, inserta en un proceso político lineal o acumulativo que tiene un fin alcanzable. Ferrajoli (2006:113), por ejemplo, ha hablado de *expansión del paradigma garantista* hacia la tutela de los derechos sociales al mismo nivel que los liberales y de su eficacia, no sólo frente a los poderes públicos, sino también frente a los privados. También ha apostado decididamente por superar el estatus de la ciudadanía como cuantificador universal de los derechos, que tendrían vocación de ser humanos y no ciudadanos, o universales y no nacionales²² con lo que no oculta su compromiso con la perspectiva de un constitucionalismo ampliado a escala universal²³ y de un Estado internacional de derecho, posibles teóricamente, aunque dificultades políticas operativas impidan su desarrollo²⁴.

Ferrajoli y otros autores que siguen su estela han juzgado como un déficit de los actuales Estados constitucionales el que los derechos sociales no estén garantizados con los mismos mecanismos o con el mismo nivel de eficacia que ciertas libertades negativas²⁵ y consideran que esta situación es transitoria y que será superada tras un nuevo movimiento de afirmación del ideal del Estado de derecho²⁶. En esta línea, también se promueve la constitucionalización de los procedimientos y mecanismos que, a juicio de los *proponentes*, aseguran la garantía y efectividad de los derechos sociales reconocidos en las constituciones. Entre otras fórmulas destaca la renta básica o ingreso mínimo vital, una cantidad de dinero asignada universalmente a todos como garantía sea del derecho a la vida, a la subsistencia, o como exigencia mínima de la igualdad de oportunidades y recursos, por la que aboga Ferrajoli (1995:63-71 y 2001:51) y también Carbonell (2005:184-189). Algo similar ocurre con las propuestas para judicializar las políticas

22. Ferrajoli 2001:40 y ss.

23. Ferrajoli (2002:17) se refiere a un *constitucionalismo internacional*, en adición al *estatal*, y Carbonell (2005:172) se refiere a un *constitucionalismo mundial* o *democracia cosmopolita*.

24. Ferrajoli 2003:29. La perspectiva de un Estado mundial, sin embargo, *aterra* a cierto constitucionalismo de corte liberal que ve en el federalismo o la pluralidad de Estados una garantía de los derechos, en la medida en que fomenta la *competencia* entre ellos por atraer población y en tanto que permite el recurso último de votar con los pies, esto es, exiliarse (Epstein 1987:8-9).

25. Se niega, por ejemplo, que exista “algo así como una diferencia genética o estructural entre los derechos sociales y los derechos de libertad” (Carbonell 2005:190; lo suscribe Ferrajoli 2006:7.1) insistiendo en que ambas categorías de derechos requieren, para su garantía, de ciertas acciones de intervención estatal y de costosos mecanismos administrativos o judiciales de protección.

26. Tal parece ser la tesis del promotor del garantismo, para quien “la historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos” y, tras la afirmación y garantía de sucesivas oleadas de derechos, ahora sería el tiempo de “nuevos derechos”, como el derecho a la paz, al medio ambiente o a la información (Ferrajoli 2001:39). En otro lugar, habla de *garantismo social* y *garantismo internacional*, como formas incipientes de garantismo (Ferrajoli 2000:40), y de tres vías de expansión del paradigma garantista: hacia lo social además de lo liberal, hacia el control de los poderes privados además de los públicos y hacia la esfera internacional (p. 44).

sociales²⁷ o fijar constitucionalmente cuotas mínimas de presupuesto destinadas a ciertos gastos sociales²⁸.

Al frenesí social de las constituciones, aún habría que sumar un segundo elemento: desde la óptica garantista, las constituciones son, a la vez, códigos precisos de reglas, que contienen indicaciones inmediatamente vinculantes para los poderes públicos y para el legislador. Éste queda, a veces, anulado cuando se enfrenta a determinaciones políticas constitucionales autoejecutables²⁹, a veces reducido a un mero gestor o ejecutor del plan constitucional cuando se enfrenta a disposiciones precisas que limitan su *inventiva* o *creatividad* a la hora de legislar. Sin embargo, las constituciones garantistas no son *sólo* constituciones de detalle, son también constituciones cargadas de principios y directrices, con una fuerte vocación expansiva, a partir de los que es posible extraer nuevas y numerosas normas implícitas en las que encontrar regulación para casi todo, extendiendo de ese modo la constitución a cualquier aspecto de la vida social, por alejado que parezca estar de sus clásicos objetos, como eran la declaración de derechos de los individuos y la correspondiente organización de los poderes del Estado inspirada por la garantía de esos derechos.

4.2. *Los riesgos*

La combinación del *frenesí social* y el *desbordamiento* o *hiperinflación constitucional* conlleva no pocos riesgos, al menos, para quienes consideren que el pluralismo y la composición de valores contrapuestos —singularmente, los provenientes de la tradición liberal con aquellos de corte social— definen al Estado constitucional. Me referiré a tres riesgos.

Intervencionismo y estatalismo. El primero, vinculado con el sobredimensionamiento social del modelo de Estado que analizamos, es la extensión del intervencionismo y del estatalismo, que amenazarían con supeditar a los individuos al Estado y con eliminar cualquier atisbo de autonomía personal y de pluralismo social.

Un sector relevante de la filosofía política, vinculado a la tradición liberal anglosajona, ha cuestionado las bondades del estatalismo, del intervencionismo y la posibilidad misma de una planificación social centralizada, incluso si se lleva a cabo en nombre de los derechos sociales o de objetivos de justicia material³⁰.

27. Carbonell 2005:189.

28. Ferrajoli 2001:51 ó 205 y 2006:88.

29. Muchas de estas obligaciones para los poderes públicos y para los ciudadanos podrían ser aplicadas por los jueces sin necesidad de mediación o desarrollo legislativo alguno. Guastini (2003:52-57), por ejemplo, destaca cómo, en los ordenamientos constitucionalizados, los jueces acceden directamente a la constitución, sin necesidad de mediación legislativa alguna. Los neoconstitucionalistas, en general, ven con buenos ojos esta forma de proceder y la alientan.

30. A esta línea de crítica también se ha referido Fioravanti 1995:132.

Hayek, por ejemplo, en línea con el pensamiento constitucionalista³¹ tradicional, considera que el gran problema del orden social es la limitación del poder político, por ser éste la principal amenaza para la libertad individual³². Afirmo también que un gobierno solamente puede ejercer la coacción sobre el ciudadano de acuerdo con leyes generales y abstractas, preestablecidas a largo plazo, lo que es incompatible con cualquier clase de orden económico o de gobierno que actúe movido por intereses inmediatos, sectoriales, particulares y diferenciados, o en función de una miríada de circunstancias sociales y personales que modulen su actividad³³; para Hayek³⁴, a diferencia de los neoconstitucionalistas, las leyes son *instrumentales*, pero no a la consecución de sociedades ideales, equitativas o justas, sino al individuo que, al obedecerlas, persigue sus propios fines y no los del legislador. Hayek, por último, hubiese rechazado el ideal de constitución programática de corte garantista por ser un caso de *constructivismo*, esto es, la creencia de que un órgano o comité director puede organizar deliberadamente todos los esfuerzos de la sociedad en pro de un objetivo determinado, lo que, a su vez, presupone la creencia en que este órgano planificador puede abarcar la complejidad y pluralidad social, y ofrecer soluciones generales que satisfagan las exigencias e intereses de todos los individuos³⁵.

Un planteamiento similar se encuentra en la conocida distinción de Oakeshott entre dos formas de entender al Estado —útiles también para entender el significado de los dos modelos de constitución a los que antes nos referíamos— dependiendo del sentido o el fin del vínculo social y político que se establezca entre sus miembros y, particularmente, de si el mismo está ordenado a una finalidad específica o si, por el contrario, no es más que una estructura formal que permite a los individuos velar por sus propios intereses y perseguir autónoma y pacíficamente sus fines. En el primer caso encontramos un Estado de tipo empresarial o una *asociación-empresa*, es decir, un modo de asociación alrededor de un fin o propósito y en el que sus integrantes se reconocen mutuamente en torno a la tarea de promoverlo o lograrlo. Este modo de asociación es sustantivo o material, pues se define a partir del fin u objetivo que persigue. La función del gobierno en este tipo de asociación es la de especificar e interpretar el objetivo colectivo y la de gestionar su consecución, es decir, determinar cómo hay que realizarlo en unas circunstancias contingentes, dirigir las acciones de los asociados de manera que el comportamiento de cada uno contribuya a su

31. Citando a McIlwain (1939), Hayek (1959:264) afirma que liberalismo es constitucionalismo.

32. Hayek 1976:220.

33. Hayek 1959:197 y ss., y 264.

34. 1959:203.

35. Hayek (1973:30) efectivamente rechazó la posibilidad de que una sola mente pudiera llegar a conocer cuantos hechos caracterizan una determinada situación y pudiera asimismo estructurar un orden social ideal. Esta *ilusión sinóptica* quedaría desmentida por la fragmentación del conocimiento y por la imposibilidad de que alguien acapare los conocimientos sobre los hechos y rasgos que condicionan el funcionamiento de la sociedad en su conjunto.

logro o zanjar las controversias sobre qué acciones contribuyen o no a ello. La alternativa es lo que Oakeshott denomina *asociación civil*, que es un conjunto de individuos relacionados entre sí no en función de un objetivo o empresa sustantiva, sino en función del reconocimiento de una autoridad o de unas leyes civiles que actúan como reglas de juego, permitiendo a todos los que las aceptan llevar a cabo sus propias acciones o propósitos libremente elegidos. Un Estado caracterizado a partir de este esquema es un sistema de leyes y una jurisdicción, pero de ningún modo un gobierno encargado de tareas sustantivas o de perfeccionamiento de la sociedad ni tampoco de tareas directivas de los propósitos individuales. El modo de asociación es, por tanto, formal, pues no consiste en la vinculación a un fin específico o en la satisfacción de unas necesidades, sino en el respeto a unas condiciones que hay que cumplir para lograr los fines propios. La asociación civil no tiene propósito concreto; sólo los asociados tienen propósitos y los formulan libremente (Oakeshott 1975:53-55 y 180 y ss.).

Oakeshott (1996:56-57) no oculta su simpatía por los principios que inspiran a este último modelo y advierte que el primero está vinculado a una concepción fideísta de la política que aumenta, concentra y sacraliza el poder y que promueve, no ya la obediencia a la autoridad, sino el amor y la sumisión de todos hacia sus gobernantes.

Volviendo ahora al garantismo y al neoconstitucionalismo: es evidente que, al margen de la bondad o deseabilidad de los derechos y fines constitucionalmente declarados y, especialmente, de la efectividad de los medios que se disponen para alcanzarlos, la realización de muchos de ellos, singularmente los de corte social, exige una considerable ampliación de las tareas estatales y un cambio importante en el modo de entender la relación del Estado con la sociedad civil³⁶, del derecho con el poder político o las funciones de los derechos, o de algunos principios jurídicos tradicionales.

Los derechos sociales y, en general, todo objetivo colectivo, se traducen fundamentalmente en apoderamientos a los poderes públicos y dan lugar necesariamente a una intervención pública, no retrospectiva sino prospectiva, configuradora de la sociedad, de la economía y de la producción o redistribuidora de renta³⁷.

El aumento de las tareas estatales no es el único efecto que se sigue de la proclamación del carácter social del Estado. También son significativos los cambios en el modo de entender algunos de los principios tradicionales vinculados a la comprensión liberal del Estado y del derecho. Zagreblesky (1992:34-36), reputado neoconstitucionalista, afirma, por ejemplo, que como consecuencia de la asunción

36. Carbonell 2005:178-182 y 193-199.

37. Del Estado y los poderes públicos se exige la prevención y defensa de todo tipo de riesgos (Grimm 1991:190-192), tanto los derivados de la acción humana, como otros causados por fuerzas naturales ajenas al hombre. Esta exigencia necesariamente implica un incremento en las dosis de autoridad y en la capacidad para intervenir en la vida individual, pues como advierte Oakeshott (1996:66) “resulta imposible prevenir los actos sin asumir el control de una vasta área de comportamientos que los rodean y sin el ejercicio del gran poder”.

por parte de los poderes públicos de grandes tareas de gestión de intereses públicos, se habría invertido la regla liberal clásica según la cual las actividades privadas siempre son lícitas si no vienen expresamente prohibidas por la ley. Existen, por tanto, apoderamientos genéricos o tácitos a los poderes públicos, que los dotan de una cierta autonomía instrumental necesaria para la realización de los fines constitucionalmente exigidos mediante el ejercicio de funciones de planificación.

La relación de los garantistas, y también de los neoconstitucionalistas con la autoridad estatal no es clara³⁸. Aunque Ferrajoli (2000:39) ha vinculado al garantismo a la tradición liberal y al constitucionalismo, y aunque, en algún momento, expresa sus recelos ante la expansión burocrática y administrativa de los Estados sociales (p.45), lo cierto es que el garantismo precisa del Estado para la realización del programa de reforma política, económica, cultural, social, etcétera que subyace a sus propuestas³⁹. El garantismo, desde este punto de vista, no puede ser renuente ni a la expansión de las funciones estatales, ni al incremento de la actividad estatal y del tamaño del Estado. El modo en que este efecto case con la supuesta inspiración liberal e ilustrada del garantismo o la fórmula para evitar los riesgos de estatalismo y el dirigismo aludidos, deben ser valorados y explicados por los propios garantistas.

Constitucionalización y jurisdiccionalización de lo político: Una constitución normativa, rígida y garantizada jurisdiccionalmente implica una pérdida de la capacidad de decisión del legislador democrático para dar un sentido u otro al derecho e, indirectamente, vulnera los derechos de los ciudadanos a autogobernarse. El problema latente, conocido como la objeción contramayoritaria, no es nuevo, si bien el neoconstitucionalismo y, particularmente, el garantismo lo encarnan de un modo vigoroso.

La materialización constitucional, su interpretación expansiva, la localización de numerosos valores y principios implícitos a partir de los que deducir sucesivas oleadas de reglas, cada vez más precisas, y la posibilidad de su aplicación directa por parte de los jueces, reducen los espacios para el debate político y acentúan la dimensión ejecutiva de la tarea legislativa en detrimento de la creativa. El legislador democrático se convierte, poco más o menos, que en un ejecutor de la constitución; y la política, en una mera implementación técnica de programas normativos contenidos ya en la constitución e inaccesibles al legislador⁴⁰.

38. García Figueroa (2003:180 y 2005:282) se refiere a la ambivalente relación del garantismo con el Estado.

39. Mucho más consecuente, Carbonell (2005:174) alude a “una serie de precondiciones incluso de carácter psicológico”, que serían condición de realización de los derechos sociales. Es de suponer que, en la medida en que el garantismo se ordena a la efectividad de los derechos sociales, también habrá de *fomentar* dichas precondiciones. En este sentido, el garantismo está lejos del modelo de asociación civil *moralmente neutral* de corte oakeshottiano e incluso del *laicismo moral* del derecho al que se refiere Ferrajoli (2006:17).

40. En un sentido diverso apunta Zagrebelsky (1992:17), para quien “el modo en que los valores y principios convivan ya no es un problema de la ciencia constitucional, sino de la política constitucional”.

La constitución deja de ser un programa relativamente abierto, tanto en sus fines como en los procedimientos y medios para su ejecución, y se transforma en un plan cerrado, rígido y taxativo, de acción política y reforma social: la constitución se convierte, en suma, en *constitución-plan*; y la vida social e individual, en el objeto de una *planificación constitucional* cada vez más ambiciosa y rigurosa⁴¹.

Hay que tener en cuenta, además, que, en el modelo de Estado que analizamos, la decisión política queda jurisdiccionalizada, pues las normas constitucionales están garantizadas por los jueces y tribunales. Es verdad que la garantía jurisdiccional ha sido un componente constante de todas las formas de constitucionalismo. Hay, sin embargo, algunos matices diferenciales de la función de los jueces en los distintos constitucionalismos tradicionales, respecto de la que están llamados a ejercer en el neoconstitucionalismo o en el garantismo. En los constitucionalismos *antiguos*, la misión de los jueces era la protección de los derechos de los individuos frente a ingerencias bien de otros sujetos, bien del poder político. Lo que no ha sido nunca misión del poder judicial ha sido la elección entre los diversos sentidos posibles de principios y valores de justicia expresados en la constitución —algunos de ellos contradictorios entre sí—, ni tampoco la identificación y aplicación de reglas implícitas a su propia versión de esos principios y valores hasta el punto de diseñar un completo y minucioso programa político de reforma social, y que han de aplicar incluso frente a la voluntad de los poderes representativos o responsables políticamente. Este cometido convierte al poder judicial en un actor político de primer orden y no en un poder independiente encargado de la garantía de los derechos de los individuos, máxime cuando, en virtud de la materialización o de la afamada *eficacia horizontal* de los derechos, adquiere poder no sólo para velar por la intangibilidad de la esfera de inmunidad individual frente al poder⁴², sino también para intervenir decisivamente en el modo en que los individuos se relacionan entre sí o se guían en su propia vida privada.

Los garantistas no han visto ningún riesgo especial en esta deriva que, en general, ha quedado oculta tras diversas formulaciones más o menos retóricas. Afirma Ferrajoli (2003:19), por ejemplo, que en un Estado constitucional y democrático el componente constitucional limita, pero también *completa*, al democrático, pues las obligaciones y prohibiciones en que los derechos se sustancian son garantías frente a los abusos de los poderes que, de otro modo, podrían arrollar, además de a los derechos, al propio procedimiento democrático de gobierno. Así las cosas, la expansión de los vínculos estructurales y funcionales impuestos a todos los poderes —democráticos y burocráticos, públicos y privados— para la tutela sustancial de derechos vitales siempre nuevos y, a la vez, la elaboración de nuevas

41. Las críticas de Pintore (2001) y Vitale (2001) a los modelos de constitución y de democracia del garantismo son conocidas. Personalmente me he referido a la espinosa relación entre garantismo y democracia en Peña Freire 2003 y 2004.

42. Esta es su función genuinamente *constitucional*, es decir, la más acorde con el sentido histórico del constitucionalismo.

técnicas aptas para asegurar su mayor efectividad, serían formas de expandir la democracia (Ferrajoli 1989:865). Llevado a su extremo, el argumento demuestra su carácter falaz, pues una democracia donde los vínculos constitucionales a los poderes fueran totales y donde el espacio de discreción o libre decisión estuviese anulado, sería la democracia perfecta⁴³.

El sectarismo constitucional. La fecundidad de las constituciones garantistas provoca el riesgo de que la constitución llegue a copar totalmente el espacio de lo decidible en democracia. El riesgo de esta operación es tanto mayor cuanto más se desliza el Estado constitucional hacia algunos de los valores que, como dije, se dan encuentro bajo su formulación originaria.

Efectivamente, la cada vez más minuciosa constitucionalización de un modelo de sociedad deseable o de los valores de un concreto ideario político sumado a su garantía jurisdiccional, no sólo amenaza a la democracia al reducir el marco de lo decidible. Si se pretende constitucionalizar los valores propios y hacer pasar la sociedad que se considera deseable por una consecuencia lógica del modelo de constitución, se imponen cargas a las propuestas políticas alternativas y se blindan las propias opciones respecto de otras diversas y, lo que es peor, se pone todo el aparato del Estado y la fuerza del derecho al servicio de la ejecución, incluida la jurisdiccional, del propio ideario político y del modelo de sociedad a que se aspira. La obsesión de muchos garantistas por *constitucionalizarlo todo* y, particularmente, las políticas que hacen efectivos los, cada vez más exuberantes y expansivos, derechos sociales, incurren en un riesgo: que la constitución quede asociada a unos concretos valores en detrimento de otros, o a una facción política incluida en oposición a otra excluida⁴⁴; así las cosas, la constitución queda instrumentalizada y puesta al servicio de un singular proyecto político definitivamente privilegiado respecto de los demás.

Bajo esas coordenadas, la constitución-plan es monolítica, excluyente y, lejos de ser un marco para el juego político, se convierte en un arma de exclusión política y una forma de *imponer desde arriba* un modo concreto y, por tanto, parcial de organización social y política que no admite alternativa⁴⁵.

43. Lo cierto es que los planteamientos maximalistas del garantismo no serían compartidos, probablemente, por muchos decididos partidarios del Estado constitucional. Hay quien sostiene, por ejemplo, que la constitución sólo puede proporcionar un marco para las decisiones políticas y que ha de abrir márgenes a la participación y garantizar la representación (Ely 1980 o Ferreres 1997:53 y ss.). Los hay incluso decididos partidarios del Estado social que consideran que una constitución excesivamente juridificada se presta fácilmente a su elusión y menosprecio, y que el perfeccionismo constitucional convierte a la constitución en algo irrelevante: una constitución entendida como instrumento para la juridificación total de la política causa rechazo y, sin embargo, entendida como marco para el ejercicio de la política, es necesaria (Grimm 1991:33).

44. Casi da la impresión de que descartada, por poco probable, la vía parlamentaria para acceder al socialismo, el garantismo ensaya la constitucional.

45. La distinción de Oakeshott (1975:52-55) entre *nomocracia* y *teleocracia* también es útil para ilustrar este desplazamiento de la constitución neutral o formal hacia el plan constitucional.

Esta operación supone también una amenaza a la propia constitución, pues en un contexto pluralista, decidirlo todo *desde cierto punto de vista* excluye a puntos de vista rivales. Grimm (1991:32), por ejemplo⁴⁶, localiza en la base consensual, en el consenso social en torno a lo establecido en la constitución, la base de su validez. Por ese mismo motivo, aquellas cuestiones respecto de las que el grado de consenso social no es elevado, no deberían ser constitucionalizadas, sino quedar en el marco de la política ordinaria, permitiendo que a través de los procesos electorales y legislativos correspondientes, mediante una suerte de método de ensayo y error, se prueben diversas soluciones, siempre sometidas al escrutinio público y electoral. Una constitución que blindo cuestiones sobre las que no existe consenso, no sólo terminará siendo irrelevante, sino que, ante todo, será percibida como una imposición arbitraria, como una agresión a la libertad política de aquellos que no comparten los fines o los métodos constitucionalizados. Una constitución de esa naturaleza no es el marco para la confrontación pacífica de ideologías diversas, sino un instrumento en manos de una ideología concreta para asegurar su preeminencia respecto de otras rivales. La constitución así propuesta pasa ser un instrumento político, esto es, un medio para la realización de un programa político rival de otros diversos.

Por estos motivos, la constitución del garantismo, para llegar a ser un caso de constitucionalismo, no debería ser como los garantistas proponen. No puede ser social hasta el extremo sugerido, si bien tampoco puede dejar de serlo en el sentido de que no puede impedir que se implementen políticas de corte social. Las propuestas sociales de los garantistas no son incompatibles con el Estado constitucional; pero su constitucionalización, sí. En la medida en que el garantismo se pronuncia en el conflicto de valores latente al constitucionalismo actual, lo desplaza hacia uno de sus extremos, lo tensiona y, desde mi punto de vista, lo traiciona y nos coloca ante un modelo político de corte estatista y dirigista, muy distinto del que inspiró los proyectos constitucionales de la segunda posguerra europea.

46. No es el único autor comprometido con el Estado constitucional o con el constitucionalismo social que es, sin embargo, bien consciente del carácter plural de las constituciones democráticas. Zagrebelsky (1992:13-14) también sostiene que en las sociedades pluralistas actuales, las constituciones democráticas no tienen por función la de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino realizar las condiciones de posibilidad de la misma. La constitución, sigue, no puede ser un proyecto rígidamente ordenado, sino una propuesta de soluciones y coexistencias posibles que no ahogue la espontaneidad social ni la competición para asumir la dirección política.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (1995) *Ai confine dello stato sociale*, Manifestolibri, Roma.
- BETEGÓN, J.; LAPORTA, F. J.; PÁRAMO, J. R. y PRIETO, L. coords. (2004) *Constitución y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N. y PASQUINO, G. (1976) *Diccionario de Política*, Editorial Siglo Veintiuno Editores, México, 1982.
- CARBONELL, M. (2005) “La garantía de los derechos sociales” en CARBONELL ed. 2005.
- CARBONELL, M. ed. (2003) *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid.
- CARBONELL, M. y SALAZAR P. eds. (2005) *Garantismo*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), Madrid, 2005.
- COMANDUCCI, P. (2003) “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” en CARBONELL ed. 2003.
- ELY, J. H. (1980) *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, Siglo del Hombre Editores, Santa Fe de Bogotá, 1997.
- EPSTEIN, R. (1987) “El interés propio y la constitución” en *Estudios Públicos* nº 35, 1989.
- FERRERES COMELLA, V. (1997) *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (1989) *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1990.
- (1995) “El futuro dello stato sociale” en AA.VV. 1995.
- (2000) “Garantías” en *Jueces para la democracia*, 38, Julio 2000.
- (2001) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- (2002) “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional” en *Isonomía* 16, 2002.
- (2003) “Pasado y futuro del Estado de derecho” en CARBONELL ed. 2003.
- (2006) *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid.
- FIORAVANTI, M. (1995) *Los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- (1999) *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2000.
- FIORAVANTI, M. (ed.) (2004) *El Estado Moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Trotta, Madrid.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2003) “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo” en CARBONELL ed. 2003.
- (2005) “Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista” en CARBONELL y SALAZAR eds. 2005.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1993) *Derecho, ética y política*, CEC, Madrid.
- GRIMM, D. (1991) *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006.
- GUASTINI, R. (2003) “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico” en CARBONELL ed. 2003.
- HAYEK, F. A. (1959) *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1978.
- (1973) *Derecho, Legislación y Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1978.
- (1976) *Derecho, legislación y libertad, vol. III. El orden político de una sociedad libre*, Unión Editorial, Madrid, 1982.
- MATTEUCCI, N. (1976) “Constitución” en BOBBIO, MATEUCCI y PASQUINO (1976).
- (1988) *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid, 1998.
- MCILWAIN, C. (1939) *Constitutionalism and the Changing World*, Cambridge University Press.

- OAKESHOTT, M. (1975) *El Estado europeo moderno*, Barcelona, Paidós, 2001.
- (1996) *La política de la fe y la política del escepticismo*, México, FCE, 1998.
- PEÑA FREIRE, A. (2003) “Constitucionalismo garantista y democracia” en *Crítica Jurídica*, nº 22, Jul-Dic, 2003.
- (2004) “Garantismo y derechos fundamentales” en BETEGÓN, J.; LAPORTA, F. J.; PÁRAMO, J. R y PRIETO, L. coords. (2004).
- PINTORE, A. (2001) “Derechos insaciables” en FERRAJOLI 2001.
- PRIETO, L. (2001) “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en CARBONELL ed. 2003.
- (2005) “Constitucionalismo y garantismo” en CARBONELL y SALAZAR eds. 2005.
- RAYNAUD, P. y RIALS, S. (1996) *Filosofía política*, Akal, Madrid, 2001.
- SARTORI, G. (1987) *Elementos de teoría política*, Alianza Editorial, Madrid, 2005.
- VITALE, E. (2001) “Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales” en FERRAJOLI 2001.
- ZAGREBELSKY, G. (1992) *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995.