

**DERECHO, CONSTITUCIÓN Y ESTADO DE DERECHO.  
La actualidad del Derecho en la Constitución del Estado Social  
y democrático de Derecho. Una reflexión desde el  
Derecho Fundamental a la igualdad**

**ROMÁN RAMÓN RODRÍGUEZ SALÓN**

Magister en Ciencias Políticas por la Universidad de los Andes. Magister en Administración Pública por la Universidad Complutense de Madrid, Instituto Universitario Ortega y Gasset. Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Titular de la Escuela de Ciencias Políticas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela. Correo electrónico: romrosa@yahoo.com

Recibido: 24-03-2010

Aceptado: 21-07-2011

**Resumen**

El siguiente discurso analiza uno de los principales tópicos del Derecho en la actualidad: la situación del imperio de la Ley y la deconstrucción conceptual de la soberanía moderna posteriores a las transformaciones que dieron lugar al paradigma constitucional del Estado social y democrático de Derecho. Es un ensayo crítico de meta-teoría útil en que, atendiendo a las *condiciones actuales* de la *capacidad de autodisciplina* positiva del Derecho, estos conceptos quedan explicados a partir de las consecuencias que su deconstrucción teórica y epistemológica ha traído consigo desde la crisis del Estado Liberal. Como meta-teoría útil, la descripción de trabajos contemporáneos es principal, pero resulta importante también la crítica de la incorporación marginal de la soberanía y del imperio de la Ley en sus modelos de solución de los problemas de la *decreciente eficacia de la vinculación constitucional*.

**Palabras clave:** Constitución, estado social, imperio de la ley, soberanía, estado de derecho.

**LAW, CONSTITUTION AND STATE OF LAW.**

**The current affairs of Law in the Constitution of the Social and Democratic State. A reflection from the main right of equality**

**Abstract**

The following discourse analyzes one of the principal topics of the Law at

present days: the situation of the rule of law and the de-construction of the modern concept of sovereignty. Then, all of the transformations that gave place to the constitutional paradigm of the Social State of Law. Furthermore, this essay represents a meta-theoretical use in which, attending to the current conditions of the capacity of positive auto discipline of Law, remains explained from the consequences that the theoretical and epistemological deconstruction has brought after the crisis of the Liberal State of Law. As meta-theoretical use, the description of how Law works is principal, but it is more important the critique of the marginal incorporation in the sovereignty concept and the rule of law to solve problems and also, how the diminishing efficiency of the constitutional entail works.

**Keywords:** Constitution, social state, rule of law, sovereignty, state of law.

### **1. Introducción. ¿Pierde fuerza el sistema de Derecho en la actualidad?**

¿Puede el Derecho del Estado Social continuar disciplinando positivamente las condiciones formales de existencia de las normas que dependen de la correspondencia empírica entre sus formas y las normas formales sobre su producción y, en paralelo, seguir construyendo las condiciones sustanciales de su validez, a través de normas sustanciales de la Constitución, más allá de aquellos contenidos como la coherencia lógica de sus significados?

La respuesta es afirmativa, pero el contenido de tal afirmación es tan impreciso en la teoría jurídica y el constitucionalismo actual que, ante la pluralidad de modos diferenciados de solución a la transición del Estado Liberal al Estado Social y democrático de Derecho, la síntesis crítica de estas teorías lleva a una conclusión de meta-teoría útil: si bien el fracaso del Estado de Derecho actual se presenta en su facticidad como «la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del *Welfare State*» (Ferrajoli, 1999, p. 16) y como la durabilidad hiper-extensiva de la transición desde las estructuras normativas del Estado Liberal al Estado Social y democrático, con los correspondientes solapamientos de las estructuras normativas del primero en el segundo, en su normatividad, el fracaso de la teoría y el constitucionalismo jurídico actual se

presenta en la forma sustancial de hipoteca filosófico-epistemológica respecto a la solución de la crisis profunda de racionalidad jurídica hoy en boga, siendo que el pago de la deuda normativa permitiría devolver a la Constitución y al *rule of law* su posición jerárquica normativa, vinculante y sujetadora, productora de deberes jurídicos positivados expresos y negadora de las arbitrariedades (que no de las discrecionalidades racionales y razonables) de la administración del Estado y de la acción de los ciudadanos.

Si bien la crisis de la legalidad y de la vinculación a la ley que ha generado la imposibilidad práctico-teórica de adaptar el Estado de derecho a la técnica de tutela de los derechos sociales representa un de los temas centrales de las investigaciones y de la práctica jurídica contemporánea, no representa el *leit motiv* de las soluciones modelares planteadas contemporáneamente, pues estas, apenas en formación, se encuentran en un marco epistemológico problemático en sí mismo, porque las *nuevas concepciones del Derecho en el Estado social y democrático* y sus aspiraciones deconstructivistas, en términos más normativo-prescriptivos que fáctico funcionales (aunque también), no han podido, hasta ahora, luchar contra la capacidades (relativas) de ordenación de un Derecho democrático que, si bien se funda en «... el carácter positivo de las normas producidas [y en] la sujeción al derecho... en la que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo» (Ferrajoli, 1999, p. 19), también asigna a la Constitución la concepción de «un ambicioso modelo normativo que no puede dejar de experimentar, como de hecho experimenta, incumplimientos y violaciones en sus desarrollos. Es un proyecto vinculante y su grado de realización depende, en última instancia, del tratamiento dado a las garantías» (Andrés Ibáñez, 1999, p. 11).

Al asignar a la Constitución un *sentido* a tal punto *abierto y plural*, se reducen directamente las posibilidades de disciplinar a través de normas sustanciales la producción jurídica y la generación de los vínculos que sujetan, en forma de *deber y procedimentalidad* jurídicos, las actividades de la administración y de los ciudadanos. Esto se debe,

principalmente, a que al colocar a la *norma fundamental* dentro de una concepción práctico-jurídica de *proyecto ambicioso y con probabilidad ipso ipso de su incumplimiento*, la política constitucional queda desfundamentada porque sus pretensiones de disciplinar positivamente al derecho desde la Constitución también dejan de experimentar esa fuerza vinculante, *otrora legalizada y legitimada a través del imperio de la ley*.

En ese *otrora del imperio de la ley*, «se abraza la facticidad de la aplicación estatal del derecho con la fuerza fundadora de la legitimidad de un procedimiento con pretensión de racionalidad...» (Habermas, 1999, p. 248). Pero esta condición sólo es posible si las concepciones jurídicas teórico-prácticas de *Constitución y constitucionalidad* no están infra-estructuradas bajo el filamento democrático de la hiper-pluralización de la propia política constitucional. Debe advertirse que el derecho y la Constitución *es a la democracia* garantía de realización y límite de actuación, de donde se obtiene que «los límites a la democracia asegurados por algunos derechos fundamentales son ‘condiciones’, o ‘precondiciones’, o ‘presupuestos’ o ‘límites’ de la democracia» (Ferrajoli, 2006, p. 18), pues como se sabe,

... para una definición mínima de democracia [...] es indispensable que aquellos que están llamados a decidir o a elegir a quienes deberán decidir, se planteen alternativas reales y estén en condiciones de seleccionar entre una u otra. Con el objeto de que se realice esta condición es necesario que a quienes deciden les sean garantizados los llamados derechos de libertad de opinión [...]. Las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas del juego: son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego (Bobbio, 2003, p. 26).

La democracia, en cambio, *es al derecho* infraestructura institucional y marco de valor, sustancia material (vía contenido de los derechos fundamentales) y no solamente metodología de acción (que asegura la representación popular y el principio de mayoría), desde cuyo través se vierten las racionalizaciones normativo-jurídicas propias del modo de ser-en-el mundo jurídico político del hombre

occidental, allí donde «la modernidad y la *conciencia* de la artificialidad del orden social son sinónimos [y] la obsesión característicamente moderna por el orden es el resultado de esa conciencia» (Bautman/Tester, 2002, p. 110):

...una de las más importantes presuposiciones de la cultura que hemos denominado convencionalmente «occidental» o «europea» (que, como es obvio, incluye ya una buena porción de países «orientales» no europeos) y de la que participan nuestras prácticas sociales, nuestras convicciones morales, nuestras instituciones políticas y nuestros sistemas jurídicos, por más diferentes que sean entre sí desde otros puntos de vista, es una visión especial de la condición humana que no comparten otras culturas o que no la comparten sino fragmentariamente. Esa visión es la del ser humano como artífice de sus propios pensamientos, de sus propios actos y de sus propias decisiones, el ser humano como dueño de sí mismo (Laporta, 2007, p. 19).

Si bien, en la concepción liberal y neo-liberal, el pluralismo sigue siendo preferible a la posibilidad de imposición arbitraria y al sectarismo estatal, también es cierto que el propio pluralismo no tiene sentido normativo ni práctico sin una norma fundamental reconocible, transparente y segura a la cual recurrir para fundamentarlo y echarlo a andar sobre un *sistema de garantías de los derechos ciudadanos*. El pluralismo se convierte en una concepción práctica vacua sin una Constitución tomada como el punto de partida de la estructuración del Estado y como el punto de llegada de todas las garantías legales y formales a los derechos fundamentales.

La apertura a una extensión desmesurada del pluralismo la concepción de Constitución genera que todas las teorías fundadas en la teoría de una Constitución *pluralista* estén fundadas a su vez en la hipótesis de la existencia de una tensión esencial entre fuerzas pluralistas que, desempeñando un papel dinámico en la construcción de la vida social privada, desplieguen sus potencialidades y capacidades para perfeccionar la *constitución del Derecho* y sus formas de aplicación. Pero más allá de éste pluralismo teórico-práctico, el tipo de derecho que de él surge y que a partir de él se aplica, «no puede abstenerse de recurrir a razones de tipo normativo» (Habermas, 2000, p. 526).

Sin embargo, no sólo la pluralidad está en juego cuando la Constitución no se presenta exclusivamente como *norma suprema* y como el *valor jurídico-político que vincula* todos los poderes y acciones, públicas y privadas, a las reglas contractuales de convivencia, sino que el propio Derecho se ve afectado porque si las normas formal-procedimentales adquieren una apertura más que suficiente (a la des-atención, a la des-efectividad y a la propia interpretación de su contenido positivado), las normas sustanciales pueden provenir de fuentes tan diversas que eliminarían la garantía de vinculación de las normas que disciplinan la producción y la aplicación del Derecho tanto público como privado, quedando en juego tanto su estructura lógica interna como su capacidad de validación racional. Para decirlo sin rodeos: cuando la concepción que, por principio constitutivo, se acoge de la Constitución consiste en afirmar por definición su carácter pluri-abierto queda descoagulada la potencialidad del orden jurídico para producir certeza y generar procesos de cohesión social estables y, mínimamente, duraderos.

A esto se agrega una condición propia del estatus actual de la racionalidad institucional del Estado social y democrático de Derecho: en la conexión interna entre Estado de derecho y democracia «los destinatarios del Derecho sólo pueden adquirir autonomía en la medida en que ellos mismos puedan comprenderse como autores de las leyes a las que están sometidos como sujetos jurídicos privados» (Habermas, 1999, p. 194). Aquello que impide que los destinatarios del derecho venzan la fortaleza institucional de los derechos y se acomoden en una perversa tiranía de las mayorías, o en una *ausencia ciudadana expresa*, es la facticidad de que tanto la fortaleza constitucional y positiva de las normas jurídicas como la propia diferencialidad/alteridad de las fuerzas que se constituyen para informar a las normas jurídicas procedimentales sobre sus intereses y expectativas estén presentes con carácter normativo-vinculativo la primera, y con integralidad fáctica la segunda.

De esta suerte, los problemas de las propuestas de solución a lo que hemos convenido en denominar como *la crisis del nacimiento del*

*Estado social y democrático de Derecho* encuentran su fundamento en la propia pérdida del *sentido vinculativo* de la Constitución, en términos de la producción del derecho que genera *sujeción a la ley*, y en lo que I. Berlín denominaría, *el fin de las fuerzas utópicas de Occidente*.

Desde tal perspectiva, el siguiente discurso pretende, con un enfoque meta-teórico útil y constructivista, analizar la crisis del nacimiento del Estado social entendida como crisis del Estado de Derecho mismo y de la capacidad positiva del derecho de denotarse un *ser* y de connotarse un *deber ser* a partir de una procedimentalidad formalizada, constitucional y democrática estructurada en términos de capacidad para disciplinar la producción, la aplicación y la sujeción del derecho a los principios más fundamentales del Estado de Derecho.

## **2. De la crisis interna del Derecho a la ductibilidad del sistema de Derecho**

Entre los pocos autores que definen el tránsito del Estado Liberal parlamentario al Estado social y democrático de Derecho, sin percatar alguna apocalíptica crisis, destaca la figura de Carl Schmitt. Con pretensiones similares a las fijadas en el presente discurso, a Schmitt le preocupaban las transformaciones internas del derecho más que la apodíctica de la crisis del Estado Liberal moderno (en contraste con las transformaciones generales del derecho, en el sentido de L. Duguit -2001-).

Al analizar dicha transición, el autor alemán exponía que lo realmente importante, aquello fundamental en el análisis jurídico del cambio de paradigmas constitucionales de Estado, son las imprecisiones y las depuraciones posteriores al cambio de *exigencialidad constitucional*, realizadas desde la teoría constitucional, cuyo núcleo se fijaba en «las definiciones jurídico-políticas y jurídico-constitucionales que tengan en cuenta la actual situación política interna [refiriéndose al cambio de paradigma de Estado Liberal] en cuanto se relaciona con el Estado de Derecho» (Schmitt, 1971, p. 4). Por tal razón, esgrimía el autor «no me preocupaba el problema de la

crisis del Estado porque de sobra sabía que con ello [es decir, que con la concentración excluyente de las fuerzas intelectuales en la crisis de paradigmas] se entregaba la legalidad de una Constitución a sus propios enemigos» (Schmitt, 1971, p. XXI).

Ante el nacimiento del Estado Liberal de Derecho, la teoría social, y especialmente el constitucionalismo moderno, siguió su curso arrollador de estructuración de un orden institucional racionalizado al modo occidental, esto es, materializar: «en primer lugar, la pretensión de una filosofía social [y jurídica] científicamente fundamentada [que] apunta a especificar de una vez por todas las condiciones del orden estatal y social correcto en general... en segundo lugar, esta transformación o utilización de los conocimientos aparece como un problema técnico... en tercer lugar... los ingenieros del orden correcto pueden prescindir del trato moral y limitarse a la construcción de las circunstancias bajo las cuales los hombres... están forzados a una conducta calculable» (Habermas, 1997, p. 51). De esta manera, «la legalidad [que sostenía al Estado liberal parlamentario] no era en su origen otra cosa que un producto del racionalismo occidental y una forma de legitimidad [de ella derivada]» (Schmitt, 1971, p. XI).

Como resultado estructural, esto es, como constitución institucional del Estado, se replegaron las condiciones que frenaron, por más de tres siglos, el nacimiento del Estado legislativo, el cual comenzó a ser entendido «como un tipo determinado de comunidad política, cuya peculiaridad consiste en que ve la expresión suprema y decisiva de la voluntad común en la proclamación de una especie cualificada de normas que pretenden ser derecho, y a las que, en consecuencia, son reducibles todas las demás funciones, competencias y esferas de actividad del dominio público [y, al parecer, del privado también]» (Schmitt, 1971, p. 4).

Siguiendo el guión metodológico fijado, debe entenderse que el núcleo de importancia no radica en la formación histórico-estructural de la comunidad política entendida como Estado liberal parlamentario de Derecho, aunque ello no excluye su importancia intrínseca. Aquello que realmente tiene valor en el momento en que se

inicia la transición hacia el propio Estado legislativo es la capacitación racionalista del Derecho para ser y comportarse como un sistema autorreferente que, aún perteneciendo al Estado como derecho del Estado de Derecho, lo definía en todas sus acciones, sujeciones, vinculaciones y restricciones; un derecho en que,

El constitucionalismo bien [pudo] ser configurado como un complemento del positivismo jurídico. [este constitucionalismo designaba] una concepción y un modelo de derecho en el que no sólo la existencia de las normas, en tanto vinculada a su forma de producción sino también los criterios sustanciales de reconocimiento de su validez, son puestos, artificialmente [y racionalmente] por el propio derecho positivo... el derecho positivo disciplina positivamente no sólo las condiciones formales de existencia de las normas, que dependen de la correspondencia empírica entre su forma y las normas formales sobre su producción, sino también las condiciones sustanciales de su validez, que dependen de la coherencia lógica de sus significados y, por lo tanto, de sus contenidos, con normas sustanciales de grado sobre-ordenados a ellas: en breve, no sólo el ser sino también el deber ser del derecho (Ferrajoli, 2002, p. 7-8).

De esta manera, «el positivismo jurídico, a la sazón predominante, estaba basado en la creencia en el poder casi omnímodo del legislador y en la plausible consecuencia de que... el legislador ha de tener un gran poder» (Schmitt, 1971, p. XI). Y a pesar de sus vicios e incompletitudes lógicas, racionales y razonables «todas las garantías y seguridades jurídicas, toda la protección contra el abuso, están colocadas en la persona del legislador omnipotente y contenidos en la peculiaridad del proceso legislativo» (Schmitt, 1971, p. 32).

En ningún sentido la Constitución deja de ser un todo, norma fundamental o estructura superior de las garantías (al menos procedimentalmente). E incluso en los casos difíciles, los funcionarios, jueces y legisladores, a partir de la propia Constitución del Estado de Derecho parlamentario, tienen oportunidades positivas alternativas que se enmarcan dentro de la generalidad, racionalidad y abstracción de la Ley: «o bien abandonan la consecuente neutralidad axiológica –respecto a los valores jurídicos y políticos-... o bien abandonan el sistema de sentido del contenido [constitucional]» (Schmitt, 1971, p. 72). Siempre y cuando, ese abandono se realice sin permear la normalidad de la Administración del Estado de derecho.

En definitiva, en el propio nacimiento del Estado Liberal de Derecho, subyace la concepción de que «la Constitución es un todo, y hasta para la routine administrativa y judicial [que es] completamente subalterna son inevitables los efectos, tanto próximos como remotos, de sus axiomas» (Schmitt, 1971, p. 73). Esta era la fórmula de sujeción, soberanía y vinculación de la Constitución al todo de la estructura del Estado y de la sociedad civil, y marcó con suficiente capacidad el tránsito desde las tradiciones del absolutismo y el antiguo régimen hacia,

El Estado liberal [que se caracteriza] por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre estos y la administración del Estado (Zagrebelky, 1999, p. 23).

La política constitucional del Estado Liberal de Derecho tuvo bien en claro que el derrumbamiento de las estructuras del absolutismo y de las reminiscencias del feudalismo y las formas políticas aristocráticas sólo podría realizarse sobre bases jurídico-racionales que no albergaran visos de superación de la crisis de las estructuras institucionales del antiguo régimen, sino que ofertaran, en base a la racionalidad jurídica y político-administrativa, una nueva tipología de estructuración jurídico-constitucional en base, primero en la positividad de las normas, segundo en la supremacía de la Ley, y tercero en la división de poderes (cuestión que no implica la división de la soberanía).

Así, instituciones como la Constitución, la Ley y el Derecho sintetizado en ésta, la figura del legislador y la Administración quedaban sujetas a la estructura normativa del propio Derecho, y ello no implicó directamente la pérdida de su fortaleza sino lo contrario, esto es, que estas instituciones poseían la fuerza jurídica y política suficiente para amarrar los intereses públicos y privados, vincularlos y mediarlos a través de la propia estructura normativa del Derecho.

En estos términos, se presentaba la ventaja para la estructura del Estado y sus funcionarios, pues como fuente procedimental del Derecho la fijación de normas se constituyó como capacidad racional del manejo instrumental de esas normas, y como consecuencia de ello los intereses poco podían negociar ante la vinculación normativa expresa, tanto de los intereses como de la Administración, a menos que el consentimiento de los legisladores en conjunto con el de los administradores así lo permitiese, esto sin violaciones extremas a la Ley, pues, en definitiva «el Estado liberal de derecho tenía necesariamente una connotación sustantiva, relativa a las funciones y fines del Estado» (Zagrebelky, 1999, p. 23).

Fijado el programa, tanto la figura del legislador como los fines de «garantizar la autonomía privada y la igualdad jurídica de los ciudadanos» (Habermas, 2000, p. 202) eran condición suficiente para que los canales de disciplinamiento y sujeción de la Administración y del propio Derecho, entendido como sistema de normas positivas, cumplieran con al menos dos expectativas normativas: a) la supremacía de la Ley y la igualdad jurídica de todos los poderes de la sociedad y del propio Estado; b) la garantía a los derechos de iguales libertades privadas a partir de un conjunto de restricciones expresas al poder de la administración del Estado de Derecho.

El problema que subyace en la reconstrucción interna del Derecho a causa del cambio de paradigmas en dirección al Estado social y democrático de Derecho, al comprenderse como un hecho estructural-constitucional, representa el advenimiento de dos transformaciones principales del Derecho: a) la insuficiencia institucional-normativa de *la fuerza sujetadora y vinculante de la Ley*; b) la transformación de las condiciones de constitución (hechura) y ejercicio aplicativo del derecho y del poder político, con su correlato desplazamiento *desde* una relación de sujeción expresa a normas específicas positivas *hacia* una *disposición-selección-elección* normativa en la cual «el derecho queda a disposición de la política [aunque todavía] prescribe simultáneamente a la política las condiciones procedimentales bajo las que puede disponer del derecho» (Habermas, 2000, p. 513).

En la propia constitución institucional naciente, y aún teórica y filosóficamente hipotecada, el Derecho del Estado social y democrático se enfrenta a una profunda «*crisis de legalidad*, es decir, [una crisis] del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos. [Dicha crisis] se expresa en la ausencia o ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder» (Ferrajoli, 1999, p. 15). Al atender a su *nueva condición de ineficacia o ausencia vinculativa*, la fuerza disciplinaria del derecho positivo queda des-ajustada de sus centros de acción, que no son otros que la procedimentalidad auto-regulada de manera positiva de la propia construcción de normas (incluso de las constitucionales) y de la aplicación con carácter vinculativo expreso y racional de dichas normas, de carácter sobre-ordenado y de carácter general.

Es en tal des-ajuste de la fuerza de auto-disciplinamiento del derecho, que no es sinónimo de su inexistencia, en que se observa con mayor claridad

La inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del Welfare State, agravada por la acentuación del carácter selectivo y desigual que deriva de las crisis del Estado social [y cuya facticidad se presenta como] una suerte de contradicción entre el paradigma clásico del Estado de derecho, que consiste en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos, y el Estado social, que, por el contrario, demanda a los propios poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de manera general y abstracta y, por tanto, eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad y confiadas a la intermediación burocrática y partidista. [Entendiendo que] tal crisis se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria... habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción (Ferrajoli, 1999, p. 16).

De esta manera, en el nacimiento del Estado social y democrático, la hipoteca teórica y filosófica de la ciencia del Derecho

y de la teoría del Estado de derecho se traduce en la irrupción fáctica de la utopía de la creación del

Estado administrativo, en el que ni el gobierno de los hombres ni el imperio de las normas es soberano, sino en el cual, y según la célebre fórmula, 'las cosas se administran por sí mismas' [y]... cuya expresión específica la constituye la adopción de medidas tan sólo a la naturaleza de las [en el caso que nos ocupa a la naturaleza del distributivismo que atiende los derechos sociales] a la vida de una situación concreta y con puntos de vista puramente objetivos y prácticos (Schmitt, 1971, p. 7).

Por tal razón, en el aspecto crítico-teórico, los estudios más recientes, antes de poner las cartas sobre la mesa del *auditorium* de la comunidad científica, concuerdan con que el *estatus* problemático de la teoría y la política constitucional contemporáneas es

La decreciente eficacia vinculante de la ley parlamentaria y el riesgo que corre el principio de la división de poderes de venirse abajo en un Estado que se ve confrontado con tareas crecientes y cualitativamente nuevas [puesto que] mientras la Administración clásica pudo concentrarse en las tareas de orden de que había menester una sociedad económica... la administración sólo necesitaba en principio intervenir cuando quedaba perturbado el orden que el derecho constitucional consagraba para el largo plazo y que quedaba garantizado en términos del Estado de Derecho... el sentido del orden jurídico consistía en proteger la libertad jurídica de los ciudadanos frente a las intrusiones de un aparato estatal restringido. Pero en cuanto el legislador del Estado social recurrió a la Administración para cumplir tareas de planificación, configuración y regulación y control políticos, dejó de bastar la ley en la forma clásica de ésta para programar suficientemente la praxis de la administración... [de tal manera que] la administración, en el cumplimiento de sus tareas de regulación y control, en múltiples aspectos no depende de intervenciones en un sentido técnico-jurídico. Y donde no hay intervención, no hay reserva de ley; donde no hay reserva de ley, no hay vinculación a la ley; y donde no hay vinculación a la ley por parte de la Administración, no hay ningún control de legalidad... (Habermas, 2000, p. 516).

Se podría, y es común en la teoría constitucional actual, relacionar el presentado estatus de la decreciente eficacia de la

vinculación a la ley con el advenimiento de cambios infraestructurales en la sociedad del trabajo, que se reflejarían en formas institucionalizadas de atención a los derechos sociales (Ferrajoli), al nacimiento de una Administración moderna de corte prestacional (Habermas), o a la pérdida de la capacidad institucionalidad del fundamento soberano del Estado (Zagrebelsky). Y aunque parte de la razón acompañe a estas relaciones causales, las pretensiones de solución obvian que la capacidad vinculativa de la Constitución depende de la *idea de Constitución como sistema de garantías y como Norma Fundamental* y que la capacidad de la Ley no sólo se ajusta a su procedimentalidad democrático-voluntario-popular sino también a la racionalidad interna de las normas en su sentido normativo-formal (lógico, axiológico, positivo y general) y que, en definitiva, esta procedimentalidad democrática debe estar sujeta, por la misma razón de su gran fuerza político vinculativa, al imperio de la Ley.

Siendo así, la hipoteca de la crítica queda saldada, pero la deuda de las soluciones, como se verá a continuación, queda pendiente, ahora con el agregado de un des-centramiento de los objetivos claros que debe perseguir la teoría constitucional actual. La lógica de la 'atención' a los derechos sociales se presenta como *etre supreme* de los Ordenamientos jurídicos contemporáneos y la supresión del concepto-fundamento de la soberanía pretende ser desplazado, pues,

La noción básica del derecho del Estado, sea en su vertiente interna (del derecho público interno) o en la externa (el derecho público externo o internacional) era, por lo tanto, la soberanía de la persona estatal. Hoy, sin embargo, esta noción ya no puede reconocerse con aquella claridad como realidad política operante. Desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente... factores demoledores de la soberanía, cuya fuerza había sido amortiguada, al menos en parte, por las exigencias de cohesión derivadas del conflicto Este y Oeste, [que] justifican hoy, quizás con nuevos motivos, la oración fúnebre del *ius publicum europeum*... [propias del genio de Carl Schmitt] *los europeos han vivido hasta hace poco tiempo en una época cuyos conceptos jurídicos venían totalmente referidos al Estado y presuponían el Estado como modelo de unidad política. La época de la estabilidad ya está llegando a su fin; no vale pena desperdiciar más palabras en esto. Con ella desaparece toda*

*la superestructura de conceptos relativos al Estado, levantada por una ciencia del derecho estatal e internacional eurocéntrica en el curso de un trabajo intelectual que ha durado cuatro siglos... (Zagrebelsky, 1999, p. 12).*

Paradójicamente, cuando se ve afectada la soberanía del Estado de derecho y el imperio de la ley, que sirvieron bien a los objetivos de disciplinamiento y vinculación constitucional del Estado, del Derecho y de los ciudadanos en términos de sujeción exclusivamente a la ley, la reconstrucción de la soberanía no es una opción de la teoría constitucional contemporánea. Y en ello, dos de los principales autores de filosofía y teoría jurídica de la actualidad están de acuerdo:

Voy a defender la tesis [afirma L. Ferrajoli] de la existencia de una antinomia irresoluble entre soberanía y derecho: una antonomia no sólo en el ámbito del derecho interno de los ordenamientos avanzados donde la soberanía se encuentra en conflicto con el paradigma del Estado de derecho y de la sujeción a la ley de cualquier poder, sino también en el ámbito del derecho internacional, donde ha entrado en contradicción con las modernas cartas constitucionales internacionales... bajo estos puntos de vista... hoy ha llegado a ser más actual y urgente que nunca el pronóstico que realizó Hans Kelsen, hace más de setenta años: ' el concepto de soberanía, escribía Kelsen en la conclusión de su célebre ensayo de 1920 sobre la soberanía, debe ser resuelto de forma radical. Está en la primera revolución de la conciencia cultural que necesitamos' (Ferrajoli, 1999, p. 126).

Y esto contrasta con la tesis de J. Habermas, para quien

En el Estado democrático de derecho el poder se diferencia... en poder comunicativo y poder administrativo. Como la soberanía popular ya no se encuentra en un colectivo, en la presencia físicamente aprehensible de sus ciudadanos reunidos, o en la presencia físicamente aprehensible de sus representantes unidos en asamblea, sino que se hace valer en la circulación de deliberaciones y decisiones estructuradas racionalmente, el principio de que en el Estado de derecho no puede haber soberano alguno, es ahora cuando recibe un sentido no capcioso. Un sentido que no se presta a segundas intenciones [aunque] no por ello pierde la soberanía popular ni un ápice de su contenido radical-democrático (2000, p. 203).

Ahora bien, queda claro que la fortaleza del concepto-fundamento de la soberanía no representa una opción para devolver las

glorias perdidas a la capacidad vinculativa de la Constitución y a la ley el imperio perdido; ¡qué hacer entonces! Las soluciones presentadas, al menos las más renombradas, dejan a un lado el problema jurídico de la decreciente capacidad vinculativa de la Ley y se perfilan hacia la teoría constitucional del pluralismo democrático de *nuevo cuño* estructurado en términos de garantías a los derechos de libertad de los ciudadanos a partir del proyecto de la reconstrucción interna del derecho privado hasta llegar a la Constitución, con lo cual se invierte la pirámide normativa de las jerarquías al menos en términos práctico-garantistas.

Con la ideología neoliberal, la *promesa liberal* se presenta como solución al conflicto de la soberanía y del imperio de la ley, ahora en términos de recuperación del ideal *saint-simoniano*,

El orden pacífico de la empresa trasnacional, de la eficacia, del entendimiento, del contrato privado, del microajuste y del macroajuste, y, si se quiere, también de lo banal, habrían dejado tras de sí un orden de lo político y de lo heroico en el que se incubaron importantes catástrofes [tras la enseñanzas del pasado] la salida quizá consistiese en emplear (tanto hacia dentro como hacia fuera) el inmenso poder económico y político así [histórico-concientemente] articulado como medio de autoafirmación, conforme a la vieja lógica de los Estados nacionales [pero distanciada en parte de ella por el des-centramiento de la soberanía] (Jiménez Redondo, 1999, p. 39).

Con J. Habermas, la relación interna entre democracia y Estado de derecho se transforma en una oportunidad para el reforzamiento deliberativo del propio Estado de Derecho (aunque no necesariamente del derecho del Estado social y democrático),

... en las Administraciones del Estado social se acumulan problemas que exigen una ponderación de bienes colectivos, la elección entre objetivos que compiten entre sí y el enjuiciamiento normativo de casos particulares. Estos problemas sólo pueden elaborarse de forma racional en discursos de fundamentación y de aplicación que rompen el marco profesional de un cumplimiento normativamente neutral de tareas... [esto supone que] en las tomas de decisión de una Administración que ha de seguir orientándose por puntos de vista concernientes a eficacia hay que insertar filtros de legitimación con ayuda del derecho procedimental [cuestión que sólo es posible

si se entiende que] la fundamentación del sistema de los derechos [del Estado social]... se deja en claro la conexión entre autonomía privada y autonomía pública... [aunque también queda claro que] como ocurre siempre en esta clase de innovaciones, es una cuestión a la que sólo cabe hallar respuesta mediante una combinación de fantasía institucional y un cauteloso procedimiento de stop and go (2000, p. 526).

En contraste, las tesis del pluralismo anticipan un cambio radical, teórico y práctico como condición del reacomodo institucional para superar la crisis del nacimiento del Estado social y democrático, como apunta G. Zagrebelsky,

El rasgo más notorio del derecho público actual no es la sustitución radical de las categorías tradicionales, sino su pérdida de la posición central... al faltar un punto unificador tomado como axioma, la ciencia del derecho público puede formular, proponer y perfeccionar sus propias categorías, pero estas no pueden encerrar y reflejar en sí un significado concreto definible a priori, como sucedía cuando la orientación venía dada desde la soberanía del Estado. Hoy en día el significado debe ser construido... [a razón de ello] las sociedades pluralistas actuales... esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer un proyecto predeterminado de vida en común [aunque la garantía de los derechos y la tutela de la propiedad sean parte de tal proyecto de vida en común], sino de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional. Esta es la naturaleza de las constituciones democráticas en la época del pluralismo (1999, p. 12-13).

Desde tal perspectiva, aunque con algunas reticencias de contraste, L. Ferrajoli expone que, en tanto

Las condiciones sustanciales de la validez de las leyes, que en el paradigma del derecho jurisprudencial premoderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleopositivista del estado legislativo de derecho habían sido removidas por el principio puramente formal de la validez como positivismo, penetran [hoy] nuevamente en el paradigma de Estado

constitucional y derecho bajo la forma de principios positivos de justicia contenidos en normas superiores a la legislación. Este sistema de normas meta-legales dirigidas a los poderes públicos y, antes que nada, al legislador, es, precisamente, la Constitución, es decir, el acuerdo democrático sobre lo no-decible, o sea, el acuerdo sobre las prohibiciones correlativas a los derechos de libertad, y sobre lo no-decidible que no, o sea, sobre las obligaciones correlativas a los derechos sociales (2002, p. 8).

Elaboradas las categorías, con las explicaciones y justificaciones de tenor, L. Ferrajoli expone

Un intento de extraer de los resultados obtenidos [del desarrollo de sus tesis principales] en la descripción del modelo garantista... las grandes líneas de un modelo general de garantismo: antes que nada, elevándolo a un modelo ideal del Estado de derecho, entendido no sólo como estado liberal protector de los derechos de libertad, sino como estado social, llamado a proteger también los derechos sociales; en segundo lugar, presentándolo como una teoría del derecho que propone un iuspositivismo crítico contrapuesto al iuspositivismo dogmático; y, por último, interpretándolo como una filosofía política que funda el estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y que precisamente del reconocimiento y de la efectiva protección (¡no basta el reconocimiento!) de estos derechos extrae su legitimidad y también la capacidad de renovarse sin recurrir a la violencia subversiva (2001a, p. 16).

Estas representan algunas de las principales propuestas de solución a la crisis del nacimiento del Estado social y democrático de Derecho, siendo sus características principales la preocupación por la crisis del cambio de paradigmas y la reconstrucción de los conceptos del derecho a partir de las transformaciones sufridas, normativa y fácticamente, por conceptos-fundamento como la soberanía y el propio imperio de la ley.

Al final, la preocupación del programa teórico y de la política constitucional del Estado social y democrático es salir de la transición que aletarga los cambios en el paradigma constitucional y que ha terminado en el desplazamiento (si no en la marginación), de su tradicional centralidad y supremacía, de la capacidad vinculativa de la Ley y de la propia Constitución. Y que puede resumirse como sigue:

El conflicto de los paradigmas del Estado liberal y del Estado social de Derecho, que pugnan, aquel por sobrevivir y éste por imponerse, en un contexto de crisis en el que son bien visibles, desde luego, la decreciente eficacia vinculante de la ley parlamentaria y el riesgo que corre el principio de división de poderes de venirse abajo en un Estado que se ve confrontado con tareas crecientes y cualitativamente nuevas. (...) Es indiscutible que el clásico paradigma del Estado liberal de Derecho, construido a la medida de un Estado y de una administración limitados a mantener el orden que necesitaba una sociedad económica y expresado en una ley abstracta y general que operaba a partir de casos típicos a los que asociaba consecuencias jurídicas claramente definidas, aportando de esta forma la imprescindible seguridad jurídica frente a eventuales - y puntuales - intervenciones de la Administración, ya no puede explicarlo todo, [lo que supone rectificaciones tanto en la extensión e intensidad de la Ley cuanto en el tipo de actuación administrativa]: El Estado social, que aspira a la justa distribución de las oportunidades y compensaciones sociales, reclama, ciertamente, otro tipo de ley, una ley orientada a fines, y otro tipo de actuación administrativa, que se resiste a una predeterminación normativa concluyente, porque la consecución de esos fines no remite a intervenciones puntuales, sino a unas tareas muy complejas de planificación, configuración y regulación y control sociales que, al no poder ser programadas *a priori*, obligan al legislador a reconocer a la Administración una capacidad propia de autoprogramación *con la renuncia que eso supone a una parte considerable de la fuerza vinculante de la Ley* (Fernández, 1999, p. 255-256).

Pero la pretensión teórica y la preocupación crítica se desvanecen en la posibilidad de referir los proyectos de solución antes mencionados a más de una categoría analítica, de sentido, de significado y aplicación, esto es, que son proyectos de solución que, tomando la expresión de J. Habermas, al depender del *trial and error* y del *stop and go*, se convierten en *propuestas ambivalentes* que obvian las enseñanzas del genio schmittiano, las cuales presuponían que, antes de analizar las preocupaciones por los cambios, adaptaciones y desplazamientos estructurales, la preocupación por temas más específicos del Derecho como el auto-disciplinamiento positivo del derecho es tan presupuesta en sí misma como constitutiva en términos de cancelar la deuda y la hipoteca de la teoría y la política constitucional contemporáneas.

Al final, la respuesta a la interrogante planteada al principio del discurso queda contestada: existen aún condiciones para la efectividad del disciplinamiento interno-positivo de Derecho en el Estado social y democrático, si se observa en términos epistemológicos de necesidad constructivista del concepto de derecho positivo. Pero en términos prácticos y allende la pluri apertura que anteriormente anunciamos, sin la reconstrucción conceptual de la Constitución vinculante entendida como *norma fundamental y del rule of law*, posterior a la crítica asertiva con la cual ya se cuenta, es una respuesta que invita a de-construir esfuerzos teóricos realizados o a desplazarlos hasta conseguir tal reconstrucción, siempre en procura, bien de devolver, bien de (re)situar a la Constitución en el lugar que ha de corresponder si con ello se pretende que el derecho cumpla sus pretensiones de cohesión social mínimamente duraderas.

Bajo estas condiciones, mientras exista la hipoteca de la teoría y política constitucional, no sólo la fuerza vinculativa de la Constitución y de la ley se ejemplificarán en una pendiente decreciente de efectividad, sino también que lo hará la propia capacidad racional del derecho para auto-disciplinarse de forma positiva.

### **3. Implicaciones normativas para las garantías al derecho fundamental a la igualdad**

Llegados a este punto, la expectativa de los tópicos jurídicos del Derecho de los derechos y del Derecho de las garantías en el Estado social y democrático parecen tomar partido por soluciones adaptadas a la hipoteca de la racionalidad jurídica contemporánea. Desde la perspectiva de L. Ferrajoli, uno de los principales esquemas jurídico-institucionales que subyace a su modelo garantista es «la tesis de la separación entre los derechos y sus garantías, tanto legales como jurisdiccionales, de manera tal que la inexistencia de estas últimas no afectaría a la existencia del derecho, constituyendo, en cambio, una auténtica laguna del ordenamiento que, en consecuencia, habría que colmar» (de Cabo y Pisarello, 2001, p. 11).

Es una tesis que difícilmente podría ocurrírsele a un teórico del positivismo jurídico contemporáneo, porque la crítica epistemológica prontamente se dirigirá a una cuestión de principios: hacia las debilidades positivas intrínsecas, en tanto parecen ‘saltar’ lo que H. Kelsen denominó una de las tareas principales de la jurisprudencia, que no es otra cosa que reconocer que «allí donde existe un derecho subjetivo debe presuponerse la existencia de una norma jurídica [pues] los derechos subjetivos no puede existir antes que el derecho objetivo» (1995, p. 93).

Sin embargo, la teorización de los derechos fundamentales que realiza Ferrajoli, al contrario de deconstruir la relación/vinculación positiva interna entre norma y derechos subjetivos, invita a renovar y a reformular el esquema de garantías de los propios derechos fundamentales a través de una ‘pretensión de autodisciplinamiento’ que coloca a los principios constitucionales y a los valores superiores del Ordenamiento como normas de grado sobre-ordenado. Si en definitiva, el Estado constitucional en plena construcción ha de extraer su legitimidad del reconocimiento y la tutela efectiva de los derechos fundamentales, existe pues la posibilidad de que la auto-disciplina positiva del Derecho pueda realizarse invirtiendo la relación entre norma objetiva y derecho subjetivo, al modo de un sistema de garantías basado, principalmente, en el reconocimiento de contenidos de derechos (que no necesariamente acompañados en toda su facticidad de garantías materiales) por un Derecho y una teoría del derecho que debe «... desempeñar un papel fundamentalmente descriptivo, evitando las consideraciones axiológicas» (de Cabo y Pisarello, 2001, p. 12). Con lo cual,

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuando dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de idoneidad para ser titular de

situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas (Ferrajoli, 2001b, p.19).

Hasta aquí, la crítica encuentra ataduras para desplegar sus argumentos; sin embargo, más adelante expone el autor:

En otras palabras, no se trata de una definición dogmática, es decir, formulada con referencia a las normas de un ordenamiento concreto, como, por ejemplo, la Constitución italiana o la española. Conforme a esto, diremos que son 'fundamentales' los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar. Pero diremos también, sin que nuestra definición resulte desnaturalizada, que un determinado ordenamiento jurídico, por ejemplo totalitario, carece de derechos fundamentales. La previsión de tales derechos por parte del derecho positivo de un determinado ordenamiento es, en suma, condición de su existencia o vigencia en aquel ordenamiento, pero no incide en el significado de conceptos de derechos fundamentales (Ferrajoli, 2001b, p.20) (Destacado propio).

Con esto, Ferrajoli toma partido no sólo por el neo-iusnaturalismo de los derechos casado, en parte, con la pureza positiva de la producción y de la aplicación de las normas de garantía, sino que también da cuenta de dos situaciones importantes del derecho contemporáneo: la primera, se refiere a que,

Será [siempre] posible demostrar, sin embargo, que un grado irreductible de incoherencia entre principios normativos superiores y prácticas efectivas inferiores [como las referidas a las garantías materiales a los derechos] -tanto mayor no sólo cuanto más bajas son las segundas sino también cuanto más altas son las expectativas creadas por los primeros- constituye un carácter estructural y fisiológico (el límite, pero también el mayor mérito) del moderno estado de derecho; que, por otra parte, por amplia que sea la incorporación normativa de derechos y valores políticos 'fundamentales' a un ordenamiento [de establecerse la relación positiva exclusiva entre derechos y normas, al viejo tenor del positivismo] siempre será limitada, relativa e imperfecta... (2001a, p.27).

La segunda de estas situaciones hace referencia a la pérdida de centralidad, al parecer irremediable, de la Constitución y a las soluciones que desde el derecho privado y las leyes ordinarias se

presentan como alternativas ‘viables’ de los problemas del Estado social y democrático de Derecho,

Incide todavía menos sobre tal significado [de derecho fundamental] la previsión de un texto constitucional, que es sólo garantía de su observancia por parte del legislador ordinario [con lo cual] son fundamentales, por ejemplo, también los derechos adscritos a los imputados por el conjunto de garantías procesales dictadas por el código procesal penal, que es una ley ordinaria (Ferrajoli, 2001b, p. 20).

Con lo cual queda, cuando menos, marginada, por ejemplo, la visión procesal-jurisdiccional de que,

Los argumentos concernientes a principio gozan en la práctica de las decisiones judiciales de primacía sobre los argumentos concernientes a objetivos [pues]... los argumentos concernientes a principios justifican una decisión política [principalmente concerniente a derechos fundamentales] mostrando que la decisión toma en consideración o asegura un determinado derecho de un individuo o de un grupo (Habermas, 2000, p. 277).

Con esto, es desplazado gran parte del peso específico del conjunto vinculativo y correctivo del Ordenamiento jurídico, *desde* la propia jerarquía positiva de las normas que impone a su vez jerarquía, e incluso primacía, a los argumentos concernientes a principios (como lo son los argumentos de reconocimiento, tutela efectiva y revisión de derechos fundamentales), *hacia* los argumentos concernientes a objetivos más dispuestos, primero a la discrecionalidad producto de la pérdida de visión ‘total’ del conjunto del Ordenamiento jurídico y, con ello, del otorgamiento indiscriminado de poderes al juzgador, y segundo a la marginalización de algunos objetivos fundados en la evolución política y jurídico-constitucional de la teoría de los derechos fundamentales, que, a la postre, ha sido fundada, en última instancia, por principios y especialmente por derechos pre-existentes, en una suerte de iusnaturalismo exacerbado, en tanto que, desde tal configuración

Sólo los argumentos de principio orientados al sistema de los derechos [pero que recoge la visión y capacidad correctivo-vinculativa del

conjunto total del Ordenamiento] pueden salvaguardar la interna conexión entre la decisión que se toma en un caso particular [en que los derechos fundamentales sean puestos en juego] y la sustancia normativa del orden jurídico en su conjunto (Habermas, 2000, p. 277-278).

Y siendo que, la propia definición dada por Ferrajoli de los derechos fundamentales, cuyas consecuencias son mostradas en líneas anteriores, «no impide que sea suficiente para identificar en los derechos fundamentales la base de la igualdad jurídica» (2001, p. 21), esta igualdad jurídica se torna amenazada cuando, tras la reducción del compás de visión, corrección y vinculación de la sustancia del conjunto del Ordenamiento jurídico que acompaña a la crisis de la vinculación de (y a) la ley y de la supremacía de la Constitución, esa misma igualdad jurídica depende fácticamente de un Ordenamiento des-estructurado, y normativamente de un meta-ordenamiento definitorio cuya capacidad de auto-disciplinar positivamente al propio derecho des-estructurado en su nivel de vinculación es, por lo menos, dudoso en cuanto a experiencia y a posibilidad de lograr sin conflictos importantes sus metas principales. La cuestión resulta, al menos tácticamente, más alarmante si a lo anterior, y de cara a dirimir los conflictos de reivindicación de derechos fundamentales, se suma la necesidad de una 'estatura y altura' racional no común en las prácticas forenses de los países de nuestro entorno geográfico.

Desde tal perspectiva, queda oscurecida la visión de que,

La lucha contra la represión de los colectivos, cuyas oportunidades de participar de manera igualitaria en la vida social fueron escatimadas, se ha llevado a cabo donde el reformismo social-liberal entró en acción en la forma de una lucha por la universalización de los derechos civiles mediante los procedimientos propios del Estado de Derecho (Habermas, 1999, p. 190).

Porque, en la medida en que las normas de reconocimiento se ven sumidas en una profunda des-estructuración de su capacidad vinculativa, en especial las de la Constitución, o bien los resultados de la lucha se desvanecen en esta pérdida de vinculación y de visión de

conjunto, en la cual tenían alguna oportunidad de adelantarse nuevas luchas o perfeccionar los resultados de aquellas ya reconocidas dentro de la lógica del marco discursivo del derecho y de la política de los Tribunales, del legislador o de la Administración, o bien, si es posible salvar estas desventajas con la máxima racionalidad y pericia jurídica y política, estas luchas quedarían supeditas al trial and error del modelo sobre-ordenado de la definición neo-iusnaturalista expuesta, por ejemplo, en el modelo ferrajoliano de garantías y de Estado Constitucional.

#### **4. Consideraciones finales**

Tres son las inferencias principales del discurso aquí presentado.

En *primer lugar*, desde una perspectiva de meta-teoría útil, basada en el análisis crítico de texto y contextos prácticos a partir de una linealidad de constitución discursiva sobre fundamentos, propuestas y preocupaciones analíticas, la teoría y la política constitucional actual están en deuda con el paradigma de Estado social en la misma medida como están en deuda con la concepción de *norma fundamental* de la Constitución y con la instrumentación eficaz del imperio de la Ley. Es una deuda dual, porque los requerimientos constitucionales que implican la adaptación, o en su caso la superación, del *Welfare State* a los principios del Estado de derecho social representan nodos epistémicos e institucionales tan importantes como lo son los fundamentos constitucionales y de aplicación legal de los modelos que pretenden defenestrar la posición petrificada de la transición paradigmática entre el Estado Liberal y el Estado social y democrático de Derecho.

En *segundo lugar*, desde una perspectiva crítica, fundamentada en la reconstrucción de los cambios paradigmáticos que en la historia han hecho evolucionar las perspectivas constitucionales del Estado moderno, se observa cómo la construcción del imperio de la ley, la utilidad y axiomaticidad del concepto-fundamento de soberanía y la suposición de la ley como abstracta general y la sujeción de todas

las instituciones de la sociedad a la *norma fundamental* que era la Constitución, permitieron salvar no sólo las distancias del Estado pre-moderno absolutista al Estado moderno de derecho, sino también responder las interrogantes abiertas por la innovación constitucional del cambio paradigmático, interrogantes estructuradas en términos de ingeniería constitucional y de pedagogía y disciplinamiento interno-positivo del derecho. Muy contra, la larga y problemática transición desde el paradigma de Estado Liberal al Estado social es producto, en buena medida, del agotamiento de la innovación conceptual del derecho y de los programas de política constitucional que, una vez desplazados conceptos-fundamentos como el caso de la soberanía, han dejado hipotecada a la teoría y filosofía del derecho en términos de una sustitución correcta y adecuada a las exigencias del paradigma de Estado social.

En *tercer lugar*, problemas puntuales como la auto-disciplina positiva del derecho, que permiten especificar esfuerzos de análisis y acrecentar las probabilidades de éxito en el pago de la deuda conceptual y de fundamentación teórica y filosófica respecto a las exigencias del Estado social (que, en algunos casos implica, la construcción del contenido de las propias exigencias) han quedado vedados de algunos de los análisis principales, como se ha observado en líneas anteriores. La crítica incisiva ha dejado al descubierto, con suficiente validez, que el núcleo principal de los problemas del Estado social y de su constitucionalismo giran en torno a la *necesidad de fundamentación jurídica y política, tanto de la formación del derecho como de la aplicación del derecho positivo*. Pero más allá de esta crítica, el tema central de las soluciones aportadas por modelos de racionalidad constitucional y práctico-legales desplaza, con cierto descaro, el problema principal de la hipoteca de la ciencia jurídica respecto a la reconstrucción de los fundamentos constitucionales del Estado de derecho, ahora en su paradigma de Estado social.

Con ello, el propio planteamiento de los programas de investigación contemporáneos en este ámbito se vuelve problemático y, por tanto, requiere de una modificación axiológica de principio,

dando lugar a lo que, en términos de C. Offe (1994), podría llamarse una crisis en el manejo de la crisis, esto es, una crisis en la propia arquitectura e ingeniería de los programas de investigación que han de sustancializarse al fragor de la deconstrucción y reconstrucción que requiere el derecho de nuestro tiempo. Si quisiéramos darle a esta percepción del asunto un tinte aun más académico y, al tiempo, residenciado en la teoría social contemporánea, diríamos, con Bauman, que la fragmentación del mundo, realización principal que enorgullece a la modernidad que la produce, acompañada de «gente [que] se convierte en plurifuncional [y] de palabras [que se tornan] polisémicas» (Bauman, 2005, p. 34), inaugura una extraña fase de la historia, en la cual «los problemas son creados en la resolución de problemas; la actividad ordenadora engendra nuevos espacios de caos [con lo cual,] el producto final de las tentativas modernas y fragmentarias en pos de orden fue más ambivalencia» (Bauman, 2005, p. 35), es decir, la posibilidad de referir un objeto o suceso a más de un categoría.

Así como la desfundamentación del ser, contingencia típicamente moderna, permite ver que en esta se dan dos fenómenos que no se presentan de manera dual sino, más bien, como anverso y reverso de la misma moneda, esto es, el *orden* como *producto* de la modernidad y la *ambivalencia* como *desecho* de ella, así también (y otra vez sin dualidad respecto de lo que ocurre en el resto de los ordenes socio-políticos) la desfundamentación de la Constitución (cambiando la posición central de su conceptualización, aunque dejando dicho concepto intacto como indicábamos a título general con Zagrebelsky en líneas más arriba) trae como resultado seguro la pérdida (o cambio no favorable) del *sentido* de la misma para ordenar la vida de los ciudadanos, con lo cual, de ambas (de la sociedad de la modernidad en general y de la Constitución moderna en particular) puede decirse que

La ambivalencia es lo que más preocupa e inquieta a la era moderna [y lo que más daño le genera a la concepción de Constitución], ya que a diferencia de otros enemigos derrotados y dominados, su vigor crece con cada éxito de los poderes modernos. La actividad ordenadora construye como ambivalencia su propio fracaso (Bauman, 2005, p. 37).

## LISTA DE REFERENCIAS

- Andrés-Ibáñez, P. (1999). *Prólogo a la Obra de L. Ferrajoli. Derechos y Garantías.* La ley del más débil. Madrid., España: Trotta.
- Bauman, Z/ Tester, K. (2002). *La Ambivalencia de la Modernidad y Otras Conversaciones.* Barcelona, España: Paidós.
- Bauman, Z. (2005). *Modernidad y Ambivalencia.* Barcelona, España: Anthropos.
- Bobbio, N. (2001). *Prólogo a Ferrajoli, L. (2001): Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid, España: Trotta.
- Bobbio, N. (2003). *El Futuro de la Democracia.* México Df., México: Fondo de Cultura Económica.
- De Cabo, A. y Pisarello, G. (2001). *Prólogo. Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales. Acerca de la Obra de L. Ferrajoli. Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid, España: Trotta.
- Duguit, L. (2001). *Las transformaciones del Derecho, público y privado.* Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Fernández, T. (1999). *De la Arbitrariedad de la Administración.* Madrid, España: Monografías Civitas.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías. La ley del más débil.* Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001a). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001b). *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2002). *"Iuspositivismo crítico, derechos y democracia"*. En, Revista Isonomía, Madrid, España. N°16. Abril. 7-20.
- Ferrajoli, L. (2006). *"Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales"*. En, Revista Doxa, Alicante, España. N° 29. 15-31.
- Habermas, J. (1999). *La Inclusión del Otro.* Ensayos de teoría política. Barcelona, España: Paidós.
- Habermas, J. (1999). *Más Allá del Estado nacional.* México Df., México: Fondo de Cultura Económica.
- Habermas, J. (2000). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso.* Madrid, España: Trotta.

- Jiménez-Redondo, M. (1999): *Introducción a la Obra de Habermas, J. Más Allá del Estado nacional*. México Df. México: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México Df., México: Universidad Nacional Autónoma.
- Laporta, F. (2007). *El Imperio de la Ley. Una Visión Actual*. Madrid, España: Trotta.
- Offe, C. (1994). *Contradicciones en el Estado del Bienestar*. Madrid, España: Alianza.
- Schmitt, C. (1971). *Legalidad y Legitimidad*. Madrid, España: Aguilar.
- Zagrebelsky, G. (1999). *El derecho dúctil*. Madrid, España: Trotta.



***Derecho Agrario***

---

