

L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, 306 pp.

El modelo tradicional de limitación del poder del Estado aparecía configurado como Estado de Derecho, transformándose en la actualidad en el Estado constitucional de Derecho con importantes consecuencias, entre otras, desde el punto de vista de los derechos fundamentales. Así, en el seno de dicho Estado constitucional se enmarca la justicia constitucional, artificio jurídico al servicio de la limitación del poder y que se erige en el garante de los derechos fundamentales a través de una argumentación racional basada en un juicio de ponderación.

La Constitución admite distintas interpretaciones, es decir, diferentes teorías éticas o filosofías políticas dependiendo de que se opte por una perspectiva liberal, ilustrada o individualista, por una parte y comunitarista o estatalista, por otra. Los análisis y reflexiones desarrollados por el autor estarían próximas a los presupuestos ilustrados y liberales en la medida en que comparten la idea de que el Estado es el fruto de una decisión voluntaria de individuos, que las instituciones tienen un carácter instrumental en la medida en que su legitimidad descansa en la protección de los individuos, de sus derechos e intereses. Asimismo la política vendría subordinada a la justicia, de ahí que en el marco de los conflictos entre la ley y los derechos, la carga de la argumentación correspondiera al poder antes que a los individuos. En lo que a la intervención en el ámbito de los derechos se refiere, si conllevara un sacrificio de su ejercicio, habría de estar justificada y ser proporcional a la necesidad de preservar un bien de análoga importancia directa o indirectamente conectado a la propia constelación de valores en que reposan los derechos.

El libro que se comenta, se desarrolla a través de seis capítulos que abordan desde los presupuestos ideológicos y doctrinales de la justicia constitucional hasta, el neoconstitucionalismo, la Constitución y democracia, el juicio de ponderación, la limitación de los derechos fundamentales y la limitación constitucional del legislador penal.

Si bien los capítulos de este libro recogen distintos materiales escritos de forma separada, todos ellos tienen un hilo argumental unitario: la idea de Constitución y de constitucionalismo como forma de limitación del poder. La tesis de que siendo el poder la fuente del Derecho por excelencia y éste la forma que adopta la fuerza organizada, las normas jurídicas aún pueden procurarnos no obstante cierta protección y alguna libertad.

En el *capítulo primero* el autor hace una exposición histórica de los dos grandes modelos de justicia constitucional: el norteamericano, que da lugar al primer Estado liberal, y el europeo o Kelseniano, llamado también positivista. En este recorrido de la ideología del control de las leyes, partirá del Derecho natural racionalista y la teoría del contrato social y llegará al constitucionalismo en la independencia de los Estados Unidos y en la Revolución francesa.

Se tratará de mostrar desde una perspectiva histórica en qué medida la vieja doctrina del Derecho natural y el positivismo, sobre todo en su versión de positivismo legalista, ha sido un estímulo o ha representado un obstáculo para la formación de los sistemas de control de las leyes. Luis Prieto Sanchís se pregunta si estas dos instituciones obedecen a planteamientos teóricos e ideológicos similares y si tiene por tanto objetivos políticos comunes. Es decir, si la existencia de un cierto tipo de Constituciones y de Tribunales Constitucionales puede estar en la base de algunas reformulaciones de tesis iusnaturalistas o positivistas. Considera que estas dos grandes construcciones de justicia constitucional responden a ideologías y culturas jurídicas muy diferentes y, en alguno de sus componentes, casi cabe decir que opuestas: la tradición de los derechos naturales, la fuerza constituyente de la soberanía popular que cristaliza en un texto normativo y la confianza en el poder neutro de los jueces, en el modelo americano; la supremacía de la ley como expresión de la voluntad general, la mutación de la soberanía popular en soberanía estatal y la desconfianza en el estamento judicial, en el modelo europeo.

Asimismo rastrea el impacto que tienen las diversas concepciones del Derecho sobre la configuración de ambas instituciones y viceversa.

Afirma que el constitucionalismo presenta implicaciones desde la perspectiva de la filosofía o de las concepciones a propósito del Derecho, pero no existe una conexión siempre necesaria entre ambas cosas. Es más, parece imposible trazar una nítida correspondencia entre la filosofía del control jurisdiccional de la ley y alguna particular concepción sobre el Derecho. Y ello es así porque las dos grandes concepciones sobre el Derecho distan de presentar cada una de ellas un perfil homogéneo.

En definitiva, el autor ilustra cómo a partir de una determinada comprensión de la justicia constitucional es posible desembocar en tesis conceptuales a propósito del Derecho. Ahora bien, la correspondencia, además de no ser unívoca, tampoco es recíproca, de modo que es posible mantener tesis conceptuales sin mostrar el mismo entusiasmo por la justicia constitucional.

El *capítulo segundo* abarca aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica que suele denominarse neoconstitucionalismo —constitucionalismo contemporáneo—, importante transformación del modelo legalista de Estado de

Derecho vigente hasta mediados del siglo XX y en parte herencia y culminación del constitucionalismo revolucionario de finales del siglo XVIII.

El neoconstitucionalismo, entendido como una forma de organización política adscribible a la tipología del Estado de Derecho, reúne elementos de dos modos de concebir la función de la ley fundamental: carácter normativo o fuerza vinculante, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes, eficacia o aplicación directa, garantía judicial, denso contenido normativo formado por principios, derechos y directrices y rigidez constitucional. Apostando por una conjugación de ambos modelos estaríamos ante Constituciones normativas garantizadas. Es decir: “una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediamente la última palabra se encomienda a los jueces”.

Lo que pretende esta nueva cultura jurídica es la revisión de algunos aspectos centrales del positivismo jurídico y reclamar una nueva teoría del Derecho. A propósito de la teoría de la norma, hoy ha de abrirse a la consideración de más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas, no sólo en los conflictos de naturaleza política que se entablan entre los órganos supremos del Estado; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores. En este sentido, la Constitución es la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de los operadores jurídicos a fin de modelar el conjunto de la vida social.

Por tanto, el cambio operado en los sistemas jurídicos merced al constitucionalismo reclama una profunda revisión de la teoría de las fuentes del Derecho, menos estatalista y legalista pero también más atenta al surgimiento de nuevas fuentes sociales. También el constitucionalismo tiene un impacto sobre el modo de concebir la norma jurídica y la necesidad de considerar la presencia de los principios. En este contexto, Prieto Sanchís reclama una más compleja teoría de la interpretación que “tampoco ha de conducirnos a conclusiones muy diferentes a las que propició el positivismo maduro, esto es, a la tesis de la discrecionalidad, aunque, eso sí, pasando por el tamiz de la teoría de la argumentación”.

El *capítulo tercero* es una reflexión acerca de la legitimidad de la justicia constitucional en el marco de un Estado democrático. Se discute si la justicia constitucional, esto es, en sentido amplio, la garantía de la Constitución a través de la acción de los jueces y tribunales representa una exigencia insoslayable o, por el contrario, un accidente que se puede o debe evitar.

Entre los objetores de la justicia constitucional está Habermas, que tiende a subrayar los aspectos de legitimidad vinculados al sistema democrático de producción de las leyes, postergando las formas de control. Se muestra un firme partidario de que el control abstracto de las leyes no salga de los confines del legislativo; únicamente *in extremis* parece aceptar un esquema de Tribunal Constitucional, si bien subrayando que en este caso la revisión judicial “sólo conduzca al rechazo de normas, pero no a encargos del legislador, razones pragmáticas y de política jurídica”.

En estas voces críticas parece existir la cuestión de la falta de legitimidad democrática de los jueces, que está muy conectada con el problema de la discrecionalidad.

Prieto Sanchís, por su parte, señala que dicha justicia constitucional es un elemento cualificador de la Constitución, no ya como norma suprema sino sencillamente como norma.

Asimismo se aborda la dificultad “contramayoritaria” u objeción democrática frente al modelo constitucional, esto es, la legitimidad de las generaciones pasadas para imponer sus decisiones sobre las futuras.

Que la Constitución es una norma suprema significa que no puede ser violada por los poderes públicos. No dice nada acerca de cuál haya de ser su contenido ni de cuándo y cómo puede o debe reformarse. Frente a la pretensión de que una norma aprobada en el pasado condicione lo que se puede decidir en el futuro, la tesis que sostiene el autor es que dicha crítica es una objeción importante a la rigidez pero no a la superioridad constitucional. Es más, a su juicio, el sistema constitucional no deja de serlo porque el texto pueda ser reformado con facilidad en vía parlamentaria, como tampoco por el hecho de que se estableciera incluso la revisión obligatoria de la Constitución cada cierto tiempo; tan sólo le parece indispensable exigir que la decisión adopte la forma de “ley constitucional” y ello porque ésa es la garantía mínima que define la idea de supremacía. En definitiva, el autor aboga por una Constitución más flexible pero mejor garantizada. Una de las razones a favor del constitucionalismo es la preservación del procedimiento democrático mientras que la objeción contramayoritaria es un buen argumento contra las fórmulas más rígidas de reforma constitucional, pero no contra la supremacía, que sólo exige que esa reforma se realice de manera consciente y formal y que tiene como corolario indispensable la garantía que proporcionan los jueces en los procesos ordinarios para la defensa de los derechos.

El capítulo cuarto lleva por título “El juicio de ponderación” y es el que estaría más próximo a la reflexión propia de la teoría del Derecho.

Comienza haciendo un estudio sobre las antinomias —o contradicciones normativas— y sus criterios de resolución y los conflictos constitucionales. Las primeras son muy frecuentes en cualquier Derecho, como consecuencia natural del dinamismo de los sistemas jurídicos y de un cierto déficit de racionalidad del legislador. Se pueden presentar situaciones que tienen una particular importancia en la esfera constitucional: cuando estamos ante normas que, pudiendo convivir en el plano de la validez, resultan tendencialmente contradictorias en su aplicación práctica ya que entre esas normas no existen unas fronteras nítidas, de manera que la aparición de un caso contemplado en el supuesto de hecho de una de ellas desplace siempre y necesariamente a la otra. En esas situaciones no parecen servibles los criterios jerárquicos y cronológico y habrá que tener en cuenta que las Constituciones actuales son documentos con un fuerte contenido material de principios y derechos sustantivos que no responden a un esquema homogéneo de moralidad y filosofía política.

El llamado juicio de ponderación ha sido objeto de una elaboración jurisprudencial y doctrinal bastante cuidadosa. Representa el hallazgo más celebrado de la interpretación constitucional y ofrece interesantes problemas teóricos e incluso consecuencias de orden institucional. Puede verse como una pieza esencial del neoconstitucionalismo, de un modelo de organización política que quiere representar un perfeccionamiento del Estado de Derecho.

El modo de resolver los conflictos entre principios recibe el nombre de ponderación, aunque a veces se habla también de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad. Reclama una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales. Ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. Consiste en la forma de argumentar en la aplicación judicial de una Constitución que se quiere normativa y que, al mismo tiempo, aparece llena de principios y derechos de fuerte contenido sustantivo que se proyectan sobre el conjunto del sistema jurídico, aunque propicien muchas veces soluciones tendencialmente contradictorias. La ponderación es una consecuencia de la vinculación directa y universal de los principios y derechos, y si bien no garantiza una única respuesta para todo problema práctico, sí nos indica qué hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional: la justificación de un enunciado de preferencia (a favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o de afectación de un bien y del grado de satisfacción del bien en pugna.

Cuando fracasan las reglas tradicionales de resolución de antinomias y cuando, no obstante, tampoco se quiere abdicar de la toma en consideración de

los preceptos constitucionales en toda clase de conflictos, la ponderación parece ser el procedimiento más razonable para justificar unas decisiones adoptadas frecuentemente con escaso respaldo normativo. Señala Prieto Sanchís que inclinarse a favor del legalismo o del judicialismo como modelo predominante, tal vez encierre una opción ideológica, de ideología jurídica, pero el intento de hallar un equilibrio entre ambos requiere la búsqueda de aquella racionalidad no sólo para las decisiones judiciales, sino también para las legislativas.

A lo largo del *capítulo quinto* el autor expone su posición respecto a la limitación de los derechos fundamentales. Después de argumentar las razones para la *delimitación y limitación* de los derechos, considera que en realidad lo que se está debatiendo es el límite que pesa sobre los poderes públicos a la hora de intervenir en el ámbito de un derecho. Será sobre ellos sobre los que recaerá la carga de la argumentación que puede ser examinada en un eventual control judicial.

La actuación de dichos poderes públicos, en cualquier caso, deberá respetar “el contenido esencial” de los derechos. El problema es que, así como es posible argumentar acerca de la justificación o adecuación de una medida limitadora, la distinción entre lo esencial y lo accidental tan sólo puede apelar a una más o menos artificiosa estipulación subjetiva. De ahí que tan sólo quepa argumentar sobre las razones que justifican la limitación de un derecho, de manera que, al final, el contenido esencial viene a ser aquella parte del derecho que no se puede sacrificar legítimamente o con justificación suficiente. El aspecto clave consiste en la exigencia de justificar cualquier medida o disposición restrictiva, ya se entienda ésta en términos de límites externos, ya se adscriba al capítulo de la delimitación interna. Serán las opiniones del Tribunal Constitucional las que tendrán la última palabra en lo que a la interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales que ella contiene se refiere.

Para terminar, *el capítulo sexto* contiene el trabajo más reciente –2002– de los recogidos en el libro y lleva por título “la limitación constitucional del legislador penal”. Partiendo del análisis de la Filosofía Penal de la Ilustración, pasa por la teoría del bien jurídico para desembocar finalmente en la cuestión sobre si es realmente una exigencia constitucional el juicio de ponderación. Las conclusiones a las que llega es que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado no representa un espacio exento al control de constitucionalidad a través del juicio de ponderación. Además, ese control de constitucionalidad se formula hoy con gran precaución: por ejemplo cuando el tipo carece en absoluto de bien jurídico o éste encarna una finalidad proscrita y, en definitiva, cuando en conjunto la arbitrariedad del tipo resulta evidente. La cuestión es determinar en qué medida

y bajo qué condiciones el Derecho, como un sistema de fuerza organizada, puede convertirse en un límite a la fuerza.

Después de este recorrido por los diferentes trabajos que compendian el libro que comentamos, constatamos que es una obra de referencia y estudio obligado para profundizar en el tratamiento filosófico-jurídico y constitucional de los derechos fundamentales. Luis Prieto Sanchís, con el magisterio y claridad que le caracteriza, ha sabido argumentar su posición respecto a la no siempre clara frontera de delimitación, limitación y ponderación de los derechos fundamentales teniendo como referente el cumplimiento de la justicia –constitucional– a la que están obligados los poderes públicos.

*Mercedes Galán-Juárez*

G. SAVAGNONE, *La Scuola nella società complessa. Tra cultura dell'efficienza e nuovi valori*, Ed. La Scuola, Brescia 2002, 142 pp.

El libro se presenta como un ensayo, que recoge ideas ya incluidas en artículos publicados en varias revistas, como de “Nuova Secondaria” o el diario “Avvenire”. Se trata de una reflexión rica en filosofía de la vida, que constituye también el reflejo de un pensamiento que se ha fraguado en la experiencia cotidiana de un elevado docente de enseñanza media, que es a la vez maestro y filósofo.

En el libro se comparan dos modelos de escuela, el clásico y el moderno. El primero con una función de estabilización e integración social, con una visión de la vida presuntamente aceptada por las familias de los niños. El segundo, mucho más elástico, sin referencias a valores comunes, más centrado en educir las capacidades creativas de los estudiantes. Ante estos dos modelos Savagnone propone una alternativa: el recurso a la idea de la tradición, como *traditio*, entrega o asunción de la propia historia. La escuela constituye el lugar por excelencia donde se produce esta apropiación de la historia, que la hace tradición, una apropiación crítica del pasado, que supera tanto el puro y simple conformismo, como el subjetivismo relativista y arbitrario.

La lógica interna de la tradición excluye que ningún momento sea considerado como absoluto o insuperable. Nos sugiere contemplar la escuela como un ser vivo, cuya identidad no reside tanto en lo que ya tiene acumulado, como en