

# La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias\*

Por FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG  
Universidad Carlos III de Madrid

## RESUMEN

*Parece fuera de toda discusión la relevancia del concepto de Estado de Derecho tanto en la Filosofía jurídica y política contemporánea como en la Ciencia Política y en la práctica de los sistemas jurídico-políticos. Sin embargo, el concepto mismo de Estado de Derecho es problemático y discutido, debido a que es el resultado de diversas tradiciones históricas, no siempre coincidentes, y a que es comprensible al menos desde dos perspectivas básicas: la perspectiva formal y la perspectiva material. En este trabajo se analiza la distinción entre el Estado de Derecho formal y el Estado de Derecho material, para, posteriormente, pasar a algunas cuestiones derivadas de la comprensión material. Así, en primer lugar, la reafirmación de la naturaleza mixta de los sistemas jurídicos; en segundo lugar, la discusión sobre los efectos que la presencia de dimensiones materiales tiene para el mantenimiento de la tesis positivista sobre la distinción conceptual entre el Derecho y la moral; en tercer lugar, las dificultades de la identificación y atribución de significado a los componentes materiales básicos del Estado de Derecho en sociedades complejas desde el punto de vista cultural y ético.*

Palabras clave: *Estado de Derecho, derechos fundamentales, positivismo jurídico, pluralismo ético.*

## ABSTRACT

*It is undoubted the importance of the Rule of Law concept in contemporary Philosophy of Law and Political Philosophy as in Political Science and in*

---

\* Agradezco a Rafael de Asís y a María del Carmen Barranco las observaciones efectuadas tras la lectura de una versión anterior de este trabajo.

*the practice of legal-political systems. However, the Rule of Law concept is problematic and controversial, because it is the outcome of different historical traditions, not always coincidental, and because it can be understood at least from two different points of view: formal and material. In this article, the distinction between formal Rule of Law and material Rule of Law is analyzed to discuss, after this, some problems derived from the material concept. Thus, firstly, the reaffirmation of mixed nature of legal systems; secondly, the discussion about the effects that the existence of material dimensions has for the maintenance of the positivist thesis on the conceptual distinction between law and morals; finally, the difficulties of identification and attribution of meaning to basic material components of Rule of Law in complex societies from the cultural and ethical point of view.*

*Key words: Rule of Law, fundamental rights, legal positivism, ethical pluralism.*

Parece fuera de toda discusión la relevancia del concepto de Estado de Derecho tanto en la filosofía jurídica y política contemporánea como en la Ciencia Política y en la práctica de los sistemas jurídico políticos. En todos esos contextos supone una referencia básica, constituyendo al mismo tiempo un criterio importante a la hora de calibrar la adecuación de los sistemas políticos a determinados standards de corrección o de bondad.

Sin embargo, muy en contra de lo que pudiera parecer, el concepto mismo de Estado de Derecho es problemático y discutido. Más allá de la consideración del Estado de Derecho como un concepto esencialmente controvertido<sup>1</sup> (lo cual supone también un dato que condiciona la complejidad del mismo), lo cierto es que al menos hay dos hechos que explican las dificultades que entraña la comprensión del significado y de las exigencias del Estado de Derecho. En primer lugar, el hecho de que lo que hoy entendemos como Estado de Derecho sea el resultado de diversas tradiciones históricas que, aunque en cierto sentido confluyen en aspectos básicos, también muestran componentes y dimensiones diferenciadas. En segundo lugar, la circunstancia de que, más allá de las diferentes tradiciones, el Estado de Derecho sea comprensible al menos desde dos perspectivas básicas: la perspectiva formal y la perspectiva material. Esas dos perspectivas son las que se asumen para hablar de Estado de Derecho formal, de un lado, y de Estado de Derecho material o sustancial, de otro.

Voy a centrarme en esta ocasión en el análisis de la distinción entre el Estado de Derecho formal y el Estado de Derecho material, para referirme posteriormente a alguna de las consecuencias que se derivan de la comprensión material. En este sentido, se hará referencia a la presencia de contenidos materiales en el Ordenamiento del Estado de Derecho. Esa presencia evidencia, de manera particular, la naturaleza

<sup>1</sup> Me he referido a la cuestión en ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales», *Sistema*, núm. 158, 2000, pp. 91-114.

mixta de los sistemas jurídicos. Además, está en la raíz de la discusión sobre los efectos que dicha presencia tiene para el mantenimiento de la tesis positivista sobre la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Por último, la atribución de significado a los componentes materiales básicos del Estado de Derecho se puede plantear de manera problemática en sociedades complejas desde el punto de vista cultural y ético.

1. La reflexión doctrinal sobre el Estado de Derecho, sus rasgos y componentes, se ve condicionada por el hecho de que, ciertamente, lo que nosotros podemos entender en la actualidad por Estado de Derecho es en realidad el resultado de la confluencia de tradiciones jurídicas diferentes que, aunque comparten sentidos básicos, no son coincidentes en todos sus extremos<sup>2</sup>. En efecto, el análisis del significado de los conceptos del *Rechtsstaat* alemán, del *État de droit* francés y del *Rule of Law* anglosajón, nos muestra, más allá de las respectivas particularidades<sup>3</sup> que hay, una cierta comunidad en dimensiones o aspectos básicos. En lo que a los aspectos propios se refiere, el *Rechtsstaat* alemán implica una vinculación entre el Poder estatal y el Derecho, subrayando el sometimiento formal del Derecho al principio de legalidad<sup>4</sup>. Por su parte, la construcción francesa del *État de droit* está llamada a limitar el *État legal* mediante la constitucionalización de derechos fundamentales, sometiendo al Parlamento y a las leyes allí producidas -expresión de la voluntad democrática-, a límites normativos superiores a la propia ley<sup>5</sup>. En fin, en el contexto anglosajón, el *Rule of Law* implica el desarrollo y efectividad de garantías destinadas a asegurar derechos naturales preexistentes en el marco de un sistema de frenos y contrapesos en el que se subraya la capacidad de Poder judicial. En relación con las dimensiones compartidas, Danilo Zolo ha señalado que el Estado de Derecho, en su comprensión contemporánea, se apoya en la base axiológica constituida por la reivindicación de la primacía del valor del individuo, y de las exigencias subsiguientes de libertad y autonomía. Es precisamente ese sustrato, que evidentemente es susceptible de una lectura moral, el origen de dos tesis básicas, que Zolo ha identificado con el pesimismo potestativo (*sic*) y el optimismo normativo<sup>6</sup>. En el primer caso, esta-

<sup>2</sup> Pueden consultarse los trabajos incluidos en VVAA., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, (P. Costa, D. Zolo, eds.), Feltrinelli, Milano, 2002.

<sup>3</sup> Puede consultarse la síntesis presentada por M. ROSENFELD, «Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale», *Diritto e questioni pubbliche*, núm. 4, 2004, pp. 117 ss.

<sup>4</sup> ROSENFELD señala la evolución de un *Rechtsstaat* de tipo kantiano a un *Rechtsstaat* de tipo positivista. Vid. «Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale», cit., pp. 126-135. En el texto me refiero al segundo.

<sup>5</sup> Puede consultarse sobre la cuestión, REDOR, M.-J., *De l'Etat legal a l'Etat de droit. L'Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992.

<sup>6</sup> Vid. ZOLO, D., «Teoria e critica dello Stato di diritto», VVAA., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, cit., pp. 35-37.

mos frente a una consecuencia de la influencia del liberalismo clásico y de la desconfianza que éste predica respecto al poder político que, por definición, es entendido como peligroso respecto a las libertades individuales, pero que tiene que conjugar esta desconfianza con el convencimiento de la necesidad de su existencia y de su ejercicio a la hora de procurar el orden y la estabilidad social. En el segundo, estamos frente a la creencia en la capacidad del Derecho de controlar, racionalizar y limitar el ejercicio del Poder político. Pesimismo potestativo y optimismo normativo justifican la construcción del Estado de Derecho como mecanismo jurídico de limitación del Poder.

Esa limitación jurídica del Poder se articula –también según Zolo– mediante la conjugación del principio de la difusión del Poder y del principio de la diferenciación del Poder. De acuerdo con el principio de la difusión del Poder se pretende una limitación explícita de los poderes del Estado con la finalidad de la ampliación de las libertades individuales. Por su parte, el principio de diferenciación del Poder intenta materializar una doble diferenciación: de un lado, una diferenciación externa del Poder político en relación con otros centros de Poder; de otro, una diferenciación interna al poder político, entre diferentes instituciones u órganos caracterizados fundamentalmente por las funciones que desarrollan.

Como he señalado anteriormente, y más allá de la existencia de diferentes tradiciones y de la existencia de elementos comunes o no a las mismas, el análisis del significado del Estado de Derecho se complica también como consecuencia del manejo de diversos conceptos del mismo<sup>7</sup>. En efecto, se puede manejar un concepto formal de Estado de Derecho, junto a un concepto sustancial o material del mismo. Considero que el Estado de Derecho formal es aquel modelo de estructuración de las relaciones entre el Derecho y el Poder político, en el que éste se debe ejercer en el marco de las limitaciones formales establecidas por las normas jurídicas. Por su parte, el Estado de Derecho material o sustancial es aquel modelo de estructuración de las relaciones entre el Derecho y el Poder político, que afirma que éste se debe ejercer en el marco de las limitaciones formales y materiales establecidas por las normas jurídicas.

El Estado de Derecho formal implica el sometimiento del Poder al Derecho, y la actuación de aquél en el marco de éste, como elemento esencial. Podríamos afirmar en este sentido que el Estado de Derecho se identifica básicamente con el principio de legalidad, o, si se quiere, con la idea de imperio de la ley. El imperio de la ley puede entenderse vinculado tanto a la idea de poder *sub lege*, como a la de poder *per leges*, es decir, actuación del poder sometido a la ley, al Derecho, de un lado, y actuación del Poder a través de la ley, del Derecho, de otro. Como ha recordado Luigi Ferrajoli, el imperio de la ley, en su dimen-

---

<sup>7</sup> Puede consultarse al respecto, DE ASÍS ROIG, R., *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Universidad de Jaén-Dykinson, 1999.

sión de poder *sub lege* puede entenderse a su vez de dos maneras. Así, en un sentido débil (“cualquier poder debe ser *conferido* por la ley y ejercido en las formas y procedimientos por ella establecidos”) y en un sentido fuerte (“cualquier poder debe ser *limitado* por la ley, que condiciona no sólo sus formas sino también sus contenidos”) <sup>8</sup>.

Tanto la idea de poder *sub lege* en sentido débil, como la de poder *per leges* son en realidad rasgos definitorios del ejercicio del Poder en el marco del Derecho, o más bien, del Derecho entendido en sentido moderno. En efecto, como señala el propio Ferrajoli, «La novedad del derecho moderno no radica tanto en los contenidos (extraordinariamente parecidos, en particular en el derecho privado, a los romanos), como sobre todo en la forma “legal”, “convencional”, o “artificial”, es decir “positiva” del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación no ya la *veritas* sino la *auctoritas*. (...) *el principio de legalidad* viene a configurarse como el principio constitutivo de la experiencia jurídica moderna; (...) es efectivamente constitutivo del *moderno derecho* positivo y al mismo tiempo del moderno Estado de derecho» <sup>9</sup>. A partir de una determinada concepción de la relación entre el Derecho y el Poder, la comprensión moderna del Derecho parece implicar de manera necesaria tanto la actuación del Poder a través de normas (*per leges*), como la actuación del poder sometido a normas (*sub lege* en sentido débil). Podemos intentar imaginarnos una hipotética situación en la que en un grupo humano se pretendiera articular un determinado mecanismo de organización social que excluyera tanto la actuación del Poder a través de normas, de un lado, como del Poder a normas, de otro. Posiblemente tendríamos dificultades a la hora de considerar como jurídica dicha situación, pudiendo identificarla como arbitraria. En efecto, una situación en la que se pretendieran organizar las conductas humanas a través de un expediente distinto a las normas, y sin sometimiento alguno a normas, parecería difícilmente reconocible como jurídica. Creo que se puede llegar a esta conclusión sin efectuar alusión alguna a la valoración moral que merecieran esos expedientes distintos a los normativos. Por tanto, la actuación a través de normas y en el marco de normas es un rasgo identificativo del Derecho moderno, un «principio constitutivo de la experiencia jurídica moderna», un dato sin el cual el Derecho no es identificable como tal.

Podemos afrontar la cuestión de la relación entre el imperio de la ley y la existencia de un Ordenamiento jurídico desde dos puntos de vista, dependiendo de que dicha relación se entienda como contingente o necesaria. Si se mantiene que la relación es contingente, se afirma la posibilidad de identificar un sistema jurídico en que no se satisfagan los principios del imperio de la ley, es decir, un (supuesto) sistema que, por ejemplo, no contuviera normas públicas y claras,

<sup>8</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, trad. de P. Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995, p. 856.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 869.

cuyas autoridades normativas no fueran conocidas, o que incluyera, como criterio general, normas retroactivas. Es decir, según este planteamiento, estaríamos ante un sistema jurídico, pero en ese sistema no se materializarían ni siquiera de forma mínima, las exigencias del imperio de la ley. No obstante, se podría afirmar que estamos ante un sistema jurídico imperfecto, como consecuencia de la ausencia de esos rasgos.

Pero, posiblemente, lo más adecuado sea no enfocar la cuestión en términos de perfección jurídica; parece más correcto plantearlo en términos de mera juridicidad. En efecto, sabemos que el Derecho se identifica como una técnica de control social. Si ello es así, la perfección debe venir determinada, en todo caso, por la capacidad estructural y técnica del Derecho a la hora de llevar a cabo ese control social. Será precisamente esa capacidad la que le posibilitará ser un auténtico mecanismo de control social. Y la operatividad de ese control social exige la satisfacción de las exigencias del imperio de la ley; satisfacción que va a permitir que los destinatarios actúen de acuerdo con lo establecido en las normas. De manera que si no se produce ese grado de satisfacción, en realidad estamos ante un sistema (o algo parecido, -una especie de agregado normativo- ya que los criterios del imperio de la ley también son expresión de la naturaleza sistemática del Derecho), incapaz de cumplir su función básica: la de articular criterios de conducta que puedan ser obedecidos. De acuerdo con lo anterior, los requisitos del imperio de la ley se nos presentan como una condición de la eficacia del sistema jurídico, ya que si no se dan, aquel no puede ser obedecido en ningún caso desde el momento en que carece de las dimensiones formales y estructurales mínimas necesarias. Contribuyen por tanto a crear condiciones de certeza y seguridad.

La seguridad jurídica es una condición necesaria de la existencia como tal del Derecho, más allá de su carácter justo o injusto, moral o inmoral. El Derecho, en tanto que sistema de información sobre los modelos de conducta juridificados, produce seguridad: «Sistema y seguridad jurídica son inseparables. No hay sistema que no produzca, por su sola existencia, una cierta seguridad jurídica, ni seguridad jurídica que se pueda concebir al margen del sistema»<sup>10</sup>. Así, la seguridad, entendida desde esta perspectiva vinculada a una comprensión formal del imperio de la ley, no es una cuestión exclusiva del Estado de Derecho o de un Ordenamiento jurídico justo. Como señala Legaz, la seguridad, «no es tanto el resultado de un querer conscientemente realizado, como un fruto espontáneo del mismo Derecho en tanto que Derecho; y precisamente por eso es absurdo querer prescindir de la seguridad en un sistema jurídico cualquiera, pues existiendo un sistema jurídico ya existe seguridad. No es la seguridad la que constituye un principio de valoración, sino la justicia. El hombre está siempre

<sup>10</sup> PECES-BARBA, G., «La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho», ID., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 268.

seguro con el Derecho, siempre sabe a qué atenerse sobre su situación, pero no siempre se siente a su gusto con esta seguridad; preferiría, a veces, poner su situación más cerca del peligro, a cambio de una más amplia y cómoda libertad de movimientos; otras veces, clamará contra la seguridad de una situación injusta y exigirá la seguridad de una mejor justicia; pero el orden jurídico es, por esencia, la estabilización de las sociedades y, por lo tanto, implica una situación general de seguridad...»<sup>11</sup>. Podemos recordar, además, que cuando Habermas se refiere a la función del Derecho, que es la estabilización de las expectativas de comportamiento, le atribuye a aquél la superación de la indeterminación cognitiva, motivacional y organizativa que presenta una moral racional articulada básicamente como un sistema de saber y no como un sistema de acción. En el marco de la relación de complementariedad entre el Derecho y la moral propuesta por Habermas, el Derecho genera seguridad frente a las debilidades e incertidumbres de la moral<sup>12</sup>.

Pues bien, si el imperio de la ley, el sometimiento al Derecho, así entendido, sirve para identificar al Derecho moderno como tal, podemos plantearnos la cuestión de hasta qué punto es un elemento suficiente para caracterizar al Estado de Derecho. Recordemos que esta era la comprensión del Estado de Derecho formal. En este punto nos encontramos con la dificultad derivada de la necesidad de diferenciar al Estado de Derecho de otros tipos de Estado. Frente a la consideración kelseniana del Estado de Derecho, creo que tiene razón Elías Díaz cuando señala explícitamente que no todo Estado es un Estado de Derecho. En efecto, el Estado de Derecho entendido como un modelo de organización jurídica del Poder político, posee determinados rasgos definitorios que lo singularizan frente a otros modelos o tipos de Estado. Así, cuando pensamos en el Estado de Derecho, no lo estamos haciendo en *el* Estado, sino en *un* Estado, en un modelo concreto y característico. Por ello, no lo podemos identificar con aquellos rasgos o elementos que nos permiten entender la actuación jurídica *del* Estado, entendido como forma moderna de organización del Poder político de acuerdo con criterios de legitimación racional derivados de «la creencia en la legalidad de ordenaciones instituidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad»<sup>13</sup>. Si el Estado de Derecho se identifica con el imperio de la ley, y si el imperio de la ley en realidad es un requisito imprescindible para entender la experiencia jurídica moderna, entonces consecuentemente estamos obligados a concluir que la experiencia jurídica

<sup>11</sup> LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, cuarta edición, Bosch, Barcelona, 1975, p. 632.

<sup>12</sup> Vid. HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, intr. y trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 169-184.

<sup>13</sup> WEBER, M., *Economía y sociedad*, trad. de J. Medina Echavarría y otros, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, p. 172.

moderna se identifica con el Estado de Derecho. Y parece que la realidad nos demuestra lo contrario, siempre y cuando estemos dispuestos a admitir la naturaleza cualificada del Estado de Derecho frente a lo que podríamos considerar el *mero* Estado.

De acuerdo con lo anterior, parece justificada la superación del concepto formal de Estado de Derecho a favor del que podríamos considerar concepto material o sustancial, que implicaría la presencia de un segundo elemento necesario, junto al imperio de la ley. En efecto, ya no se trataría de que el Estado de Derecho se caracterizara por la actuación del Poder a través de normas y en el marco de normas (concepto formal), sino de que esas normas estuvieran cualificadas. Y si de cualificación hablamos podemos plantearnos dos posibilidades: cualificación formal y cualificación material. La cualificación formal viene determinada por la concurrencia de los elementos destinados a asegurar la posibilidad de su cumplimiento. Estaríamos frente a los componentes de la moral interna del Derecho, que se presentan por Raz como requisitos del cumplimiento del Derecho<sup>14</sup>. La cualificación material del Derecho es la que viene determinada por su contenido, por la cuestión de *qué* mandan las normas.

Es precisamente el específico contenido del Derecho, y la presencia de mecanismos eficaces y efectivos para proteger ese contenido, lo que caracteriza al Estado de Derecho, y lo que lo singulariza respecto a otros modelos de organización jurídica. Así, el concepto material de Estado de Derecho implica la presencia de dos elementos concurrentes: el imperio de la ley, de un lado, y la presencia de determinados contenidos normativos, de otro.

La reflexión sobre la insuficiencia del concepto formal de Estado de Derecho a la hora de presentar los rasgos propios del Estado de Derecho en la cultura jurídica contemporánea y, sobre todo, a la hora de diferenciar y sustantivar al Estado de Derecho como tal respecto a otros modelos de Estado, nos sitúa, por tanto, ante la necesidad de ir más allá y de completar la caracterización del Estado de Derecho, en sus dimensiones sustanciales o materiales. Esta caracterización permite enfocar correctamente la relación que se establece entre el Estado de Derecho y el Estado constitucional y también analizar de manera, creo, adecuada alguno de los problemas que se plantean de manera especial en el seno de éste último. El Estado de Derecho material supera al Estado formal en la consideración del significado de la legalidad. En efecto, en el Estado de Derecho formal la legalidad y el imperio de la ley no son considerados desde el punto de vista de los contenidos. El principio de legalidad es analizado desde un punto de vista formal y estructural. La exigencia es la de la propia operatividad del imperio de la ley, la de poder responder a las preguntas sobre quién manda y cómo se manda desde los datos conocidos que nos suminis-

<sup>14</sup> Vid. RAZ, J., «El Estado de Derecho y su virtud», ID., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. y notas de R. Tamayo Salmorán, UNAM, México, 1982, pp. 263 ss.

tra el propio Ordenamiento jurídico. En el Estado de Derecho formal, podríamos afirmar, el principio de legalidad no se encuentra acompañado de adjetivo calificativo alguno.

En este sentido, a la hora de marcar las diferencias entre el sentido y significado del imperio de la ley y del principio de legalidad que se maneja respectivamente en ambos modelos de Estado de Derecho, hay que tener en cuenta que en el Estado de Derecho material el principio de legalidad se presenta referido a una «legalidad selectiva»<sup>15</sup>. Cuando se hace referencia a la ley en el Estado de Derecho material, no se está pensando en una ley en la que cabe cualquier contenido. La ley en el Estado de Derecho no es cualquier tipo de ley<sup>16</sup>. En este contexto, el imperio de la ley no es una mera técnica formal. Su sentido viene determinado por su origen y por su contenido, siendo algo más que una mera técnica formal de gobierno. Así se podría caracterizar una concepción políticamente neutral del imperio de la ley. Pero esa neutralidad desaparece en el Estado de Derecho material, cuyo ámbito es el de la democracia.

Se acaba de señalar que la ley en el Estado de Derecho material se caracteriza tanto por su origen como por su contenido. Elías Díaz ha subrayado la importancia de la primera dimensión, la del origen, al proponer una concepción del imperio de la ley directamente vinculada a la voluntad popular. En efecto, parte de la consideración del Estado de Derecho como Estado sometido al Derecho, en el que su poder y su actividad están regulados y controlados por la ley. Pero por ley se debe entender «la formalmente creada por el órgano popular representativo (...) como expresión de la voluntad general»<sup>17</sup>. La conexión, por tanto, entre imperio de la ley en el marco del Estado de Derecho, de un lado, y soberanía popular, de otro, es explícita: «Si la ley, el ordenamiento jurídico, no posee ese origen democrático, podrá haber después imperio de la ley (de esa ley no democrática), pero nunca Estado de Derecho»<sup>18</sup>. Por tanto, el Derecho en el que se piensa no es cualquier tipo de Derecho. Es por el contrario un Derecho democrático, gracias a su origen y a sus contenidos. En cierto sentido, aunque no de una manera absoluta, los contenidos se explican por el carácter democrático del Derecho. A partir de ahí, puede reconocer que «no todo «imperio de la ley» es ya, por ello, Estado de Derecho: que no hay tal si la ley proviene de una voluntad individual absoluta y no de una asamblea de representación popular libremente elegida; es decir, que no hay Estado de Derecho si la ley no

<sup>15</sup> Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, E., «Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho», *Sistema*, núm. 138, 1997, p. 102.

<sup>16</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRIA, E., «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, p. 12.

<sup>17</sup> DÍAZ, E., *Estado Democrático y Sociedad democrática*, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1973, p. 30.

<sup>18</sup> DÍAZ, E., «Estado de Derecho y derechos humanos (seguido de diez tesis)», VVAA., *Ética Pública y Estado de Derecho*, Fundación Juan March, Madrid, 2000, p. 28.

es expresión de la voluntad general, o -admitámoslo- de lo que, en cada momento, más se acerca a la verdadera voluntad general»<sup>19</sup>. En definitiva Elías Díaz nos sitúa frente a la relación entre el Estado de Derecho y la democracia: el Estado de Derecho es la institucionalización jurídica de la democracia<sup>20</sup>. Quiere decirse con ello que el Estado de Derecho «trata de convertir en legalidad (normas, Constitución) el sistema de valores (libertad como base) que caracteriza a la legitimidad democrática»<sup>21</sup>.

Pero también hemos afirmado que el Derecho, la ley, en el Estado de Derecho, se caracteriza por su contenido. Es aquí donde los derechos fundamentales y los valores y principios vinculados a ellos pasan a primera línea. El contenido material del Derecho en el modelo de Estado de Derecho que se comparte en estas líneas tiene su núcleo en los derechos fundamentales y en la concepción moral de la que éstos son expresión. Es la presencia de estos contenidos la que diferencia al Estado de Derecho material respecto al formal, de un lado, y la que lo vincula al Estado Constitucional, de otro; y por otra parte constituye «el mayor rasgo de orgullo» del Derecho del Estado constitucional<sup>22</sup>.

Cuando hablamos de contenidos jurídicos del Estado de Derecho, no estamos haciendo referencia a cualquier contenido ni a cualquier legalidad. Más bien, estamos pensando en unas dimensiones sustanciales específicas, que en última instancia se reconducen a una determinada concepción moral, y que condicionarían el concepto mismo

<sup>19</sup> DÍAZ, E., *Estado Democrático y Sociedad democrática*, cit., p. 31. En uno de sus últimos trabajos, Elías Díaz ha vuelto a subrayar el carácter cualificado por su origen del imperio de la ley en el Estado de Derecho: «El Estado de derecho (...) es, pues, el imperio de la ley; aquél, sin embargo, no es ni se reduce sin más, como a veces parece creerse, a cualquier especie de imperio de la ley. Esto es aquí lo decisivo. También las dictaduras modernas y los regímenes totalitarios, con doctores dóciles juristas a su servicio, podrían alegar el imperio (indiscutible imperio) de la ley: los dictadores suelen encontrar bastantes facilidades, sirviéndose siempre del miedo, del terror, de la mentira y de la falta de libertad, para convertir en leyes sus decisiones y voluntades (individuales o de sus poderosos allegados), es decir, para legislar sus arbitrariedades. Podrían incluso aceptar y aducir que su poder está reglado por el Derecho (por el mismo dictador creado) y sometido a (sus propias) normas jurídicas. Eso también es Derecho (ilegítimo, injusto), también es Estado (dictatorial, totalitario), pero no es Estado de Derecho. Lo que en definitiva diferencia, pues, de manera más radical y substancial al Estado de Derecho —como bien se señala en el Preámbulo de nuestra Constitución desde esa su necesaria correlación fáctica y prescriptiva con la democracia— es su concepción del «imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»: es decir, creada (con variantes históricas, pero no bajo unos mínimos) desde la libre participación y representación hoy de todos los ciudadanos», «Respeto a la ley», CEREZO GALÁN, P. (ed.), *Democracia y virtudes cívicas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 244.

<sup>20</sup> Vid. DÍAZ, E., «Estado de Derecho y legitimidad democrática», DÍAZ, E., COLOMER, J. L., (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid, 2002, p. 75.

<sup>21</sup> DÍAZ, E., «Respeto a la ley», cit., p. 236.

<sup>22</sup> Vid. ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 114.

de Constitución<sup>23</sup>. Ferrajoli se ha referido en este sentido al proceso de positivación del Derecho natural<sup>24</sup>, señalando que lo que caracteriza al Estado de Derecho es precisamente la introducción en su Ordenamiento jurídico de los principales contenidos de justicia que durante siglos constituyeron el núcleo del iusnaturalismo racionalista. Dicha incorporación presenta, de manera básica, un rasgo –es una incorporación limitativa– y una consecuencia –la conversión de los que eran exclusivamente criterios de legitimación externa en criterios de legitimación interna. En términos muy parecidos Habermas señala que «los principios morales del derecho natural se han convertido en los Estados constitucionales modernos en derecho positivo»<sup>25</sup>.

Pero antes de centrar la reflexión en la consideración sustancial del Estado de Derecho, conviene aludir, aunque sea brevemente, a las ventajas que tiene mantener un concepto de Estado de Derecho como el que aquí se está defendiendo. Subrayaremos dos. En primer lugar, contribuye a dotar de sustantividad al Estado de Derecho frente a otros modelos de Estado. Si hemos considerado que en realidad todo Ordenamiento jurídico presenta como necesarios aquellos rasgos (el imperio de la ley) que se predicen como suficientes en el concepto formal de Estado de Derecho, la consideración material o sustancial del mismo permite caracterizarlo respecto a Estados «que no son de Derecho». En segundo lugar, la comprensión del Estado de Derecho conectada a la presencia de contenidos materiales específicos –los derechos fundamentales– permite afrontar de manera adecuada, en mi opinión, la cuestión de la identificación del Estado constitucional, que desde este punto de vista es entendido como un modelo de Estado de Derecho. El concepto de Estado de Derecho que se propone en estas líneas, concepto material o sustancial, se caracteriza por el reconocimiento y garantía de dimensiones sustanciales, los derechos. De esta manera, los derechos están reconocidos y garantizados en el Estado de Derecho, reconocimiento y garantía que, desde el punto de vista jurídico, se hace más intensa a partir de las consecuencias normativas de la Constitución. Así, y aunque pueda ser una cuestión de matiz, lo que caracterizaría al modelo del Estado constitucional respecto al Estado de Derecho no sería tanto la materialización o «rematerialización» constitucional<sup>26</sup>, si con ella se alude a la introducción de determinadas dimensiones sustanciales y materiales en la Constitución –solemos pensar en derechos fundamentales– y su consecuente exclusión de las posibilidades normativas del legislador, como la profundización en las dimensiones limitativas que el Derecho opone al

<sup>23</sup> Vid. KELSEN, H., «La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle)», *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger*, 1928, pp. 205 y 206.

<sup>24</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 354 ss.

<sup>25</sup> HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, cit., p. 545.

<sup>26</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS, L., «Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones», ID., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 113.

Poder, derivada de la presencia de la Constitución y de sus mecanismos de garantía.

2. La presencia de normas de derechos fundamentales en un Ordenamiento como el del Estado de Derecho tiene muy diversas consecuencias. En este momento nos vamos a centrar en alguna de ellas.

2.1 En primer lugar, dicha presencia es el núcleo del proceso de constitucionalización del Derecho natural, al que han aludido entre otros Luigi Ferrajoli o Jürgen Habermas. Si todo Ordenamiento jurídico asume una determinada concepción de la moralidad, lo cierto es que aquella vinculada al Estado de Derecho es la que se expresa a través de los derechos fundamentales y los valores y principios relacionados o derivados de ellos. Esa moralidad es especialmente relevante desde la perspectiva de las sociedades democráticas, desde el momento en que se identifica como dimensiones y contenidos considerados básicos en relación con un determinado modelo de convivencia. Sin esos contenidos, el modelo deja de ser reconocible como tal; en efecto, parece difícilmente identificable como Estado de Derecho un sistema jurídico-político democrático que no reconozca, proteja y garantice derechos fundamentales, y que consiguientemente no organice de acuerdo con éstos un cierto modelo de convivencia.

Además, la presencia de contenidos materiales –que asumen básicamente la forma de derechos fundamentales– en las Constituciones, es expresión de un determinado concepto de Constitución, que incluye necesariamente reconocimiento y protección de derechos, de acuerdo con el modelo que encontramos ya señalado en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Esos derechos fundamentales constituyen el núcleo de lo que tradicionalmente se ha considerado la parte dogmática del texto constitucional. El reconocimiento de esta parte tiene consecuencias formales y estructurales, que van más allá de la mera recepción jurídica de una determinada opción axiológica. Estas consecuencias se identifican con la arquitectura del Estado constitucional organizada en torno a los mecanismos destinados a garantizar la supremacía de la Constitución y por tanto de los derechos en ella contenidos. De esa arquitectura derivan cuestiones referidas, por ejemplo, a la interpretación de las disposiciones materiales o a la tensión entre Constitución y democracia<sup>27</sup>.

También esa presencia de dimensiones morales en las Constituciones del Constitucionalismo plantea algunos elementos de crítica dirigidos al positivismo jurídico, que se puede sintetizar de la siguiente manera: el Derecho del constitucionalismo incluye necesariamente un conjunto de derechos, valores y principios morales, y por tanto,

<sup>27</sup> Vid. BARRANCO AVILÉS, M. C., «Los contenidos materiales de las Constituciones y la posibilidad del constitucionalismo positivista», en RAMOS PASCUA, J. A., RODILLA GONZÁLEZ, M. A., (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pp. 339 ss.

justifica la afirmación de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Estamos ante una crítica que quiere estar dirigida a la línea de flotación del positivismo jurídico, desde el momento en que pretende descalificar la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral. No obstante, la inclusión de las dimensiones morales manifestadas en forma de derechos y valores, que sirve para caracterizar al constitucionalismo contemporáneo, es un rasgo de específicos Ordenamientos, y no del Derecho. Quiere decirse con ello que, en realidad, aunque el Derecho del constitucionalismo no se puede comprender y analizar sin tener en cuenta ese punto de vista moral asumido, lo cierto es que el Derecho (que no necesariamente es el del constitucionalismo) puede seguir siendo identificado sin la presencia de ese punto de vista moral específico que, si bien es necesario en el Derecho del Estado de Derecho, no lo es en el Derecho genéricamente considerado. De esta manera, se puede seguir afirmando la viabilidad del positivismo como propuesta de aproximación neutral del Derecho. El positivismo jurídico, y más específicamente el positivismo metodológico, supone la afirmación de la irrelevancia del punto de vista moral asumido por el sistema como elemento determinante del reconocimiento jurídico del mismo. Así, la presencia de puntos de vista morales en el sistema no niega la validez de la aproximación positivista, desde el momento en que precisamente ésta propone que aquéllos no sean tomados en consideración a la hora de la identificación y análisis del Derecho<sup>28</sup>.

2.2 En segundo lugar, la presencia de determinados contenidos sustanciales en el Ordenamiento jurídico del Estado de Derecho es un elemento que pone de manifiesto la naturaleza mixta de los sistemas jurídicos. En efecto, los contenidos morales específicos del Estado de Derecho –los derechos fundamentales– evidencian la naturaleza mixta del Ordenamiento jurídico, en este caso del Ordenamiento jurídico del Estado de Derecho. Conviene subrayar en este sentido que, en realidad, el carácter mixto no es un rasgo exclusivo de un tipo de Orde-

<sup>28</sup> M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO han señalado que el positivismo incluyente sería merecedor de crítica ya que «su tesis distintiva –que la relación entre Derecho y moral es contingente, pues es conceptualmente concebible un sistema jurídico cuyos tests de validez no impliquen referencias a la moral– es de escaso interés para los juristas: pues aun concediendo que tales sistemas sean posibles, lo que es indudable es que no se trata de nuestros sistemas, de los Derechos del Estado constitucional, ni tampoco de los que cabe razonablemente prever», «Dejemos atrás el positivismo jurídico», en RAMOS PASCUA, J. A., RODILLA GONZALEZ, M. A., (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, cit., p. 773. Me parece evidente que en este punto se está planteando la cuestión de la función de la teoría del Derecho positivista, a la que se puede responder al menos desde dos planteamientos básicos: por una parte –este parecería ser el que asumirían Atienza y Ruiz Manero– el que señalaría que la teoría del derecho debe explicar el Derecho tal y como éste se presenta en determinadas circunstancias, que bien pueden ser las del constitucionalismo; por otra, el que afirma que de lo que se trata en realidad es de ofrecer una explicación no vinculada necesariamente a un modelo específico y contextual de Derecho.

namiento específico, como es el del Estado de Derecho, sino más bien de todo sistema jurídico.

La afirmación del carácter mixto del sistema deriva de la constatación de que la validez de sus componentes, de las normas que lo integran, depende de la satisfacción tanto de requisitos formales como materiales. Si consideramos los rasgos que nos permiten constatar la inclusión de una determinada norma en un sistema, reconocemos la presencia, de un lado, de exigencias formales. La norma pertenecerá al sistema si es el resultado de la decisión tomada por una determinada autoridad, que disfruta de competencia al respecto, mediante un procedimiento establecido. Pero lo anterior es un requisito necesario y no suficiente. Hace falta añadir a lo anterior la dimensión material o sustancial, referida a la relación entre el contenido de la norma en cuestión y el de las normas superiores del sistema. De acuerdo con ello, la norma jurídica será válida cuando satisfaga condiciones tanto formales como materiales. Así, el sistema jurídico no es exclusivamente estático, es decir un sistema en el que «las normas valen por su contenido... la conducta determinada por ellas es vista como debida por su contenido; en tanto su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo contenido el contenido de las normas que constituyen el orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal... Puesto que todas las normas de un orden de este tipo están ya contenidas en el contenido de la norma presupuesta, puede deducírselas mediante una operación lógica, una inferencia de lo general a lo particular»<sup>29</sup>; ni tampoco exclusivamente dinámico, es decir un sistema en el que «la norma fundante ... no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica»<sup>30</sup>; presenta por el contrario una naturaleza mixta.

Sin embargo, es cierto que en realidad el problema de la consideración del sistema jurídico como sistema mixto se presenta de manera más evidente en relación con las decisiones últimas del sistema, entendiendo por tales aquéllas que se localizan en las zonas superiores del mismo, una vez que lo entendemos jerárquicamente estructurado. Es precisamente en este contexto en el que se plantea la cuestión de los límites materiales de las decisiones últimas. Ello supone la consideración de que en el Ordenamiento jurídico existen decisiones últimas no sometidas a limitaciones ulteriores. En este sentido, Bruno Celano ha señalado que «el poder de decisión de última instancia (poder de decisión última, no sujeto a revisión por parte de poderes ulteriores; decisión ‘soberana’) no es eliminable. Los ordenamientos jurídicos son sistemas normativos dinámicos; existe en ellos no obstante, un poder de decisión no sujeto a revisión. Por razones conceptuales, no todo

<sup>29</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. de la segunda edic. en alemán por R. J. Vernengo, UNAM, 1982, p. 203.

<sup>30</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 204.

poder de decisión es sometible a normas que vinculen a la decisión»<sup>31</sup>. Parece que se estaría pensando, entonces, en un órgano como el Tribunal Constitucional, o en otro que pareciera no estar sometido a norma alguna, subrayándose así la naturaleza autoritativa del derecho; lo cual parece ser problemático desde el momento en que, el Tribunal Constitucional, por ejemplo, actúa sometido a una norma superior, como la Constitución. Así, en el interior del sistema jurídico, la dimensión autoritativa (que se vincula de manera específica con la vertiente dinámica del mismo) se lleva a cabo en el marco de normas, aunque las autoridades últimas puedan, en efecto, llevar a cabo una reforma de la Constitución, por ejemplo. Pero esa reforma se llevará a cabo siempre en el marco de lo establecido por ella misma. Ciertamente, el Poder no sometido es el Poder entendido como Poder Constituyente en sentido originario; cuando nos referimos a él, lo estamos haciendo a una realidad que ya no forma parte del Derecho, aunque lo condiciona.

Pues bien, pienso que la naturaleza constitucional de los derechos fundamentales, componente básico e imprescindible del Estado de Derecho, pone de relieve las consecuencias derivadas de la presencia de contenidos sustantivos en el Ordenamiento. En este caso, pensamos en contenidos específicos como los derechos. Pero esas consecuencias también se derivarían si los contenidos fueran otros, y por tanto si la perspectiva moral asumida por el sistema fuera diferente. Lo que determina, por tanto, el carácter mixto del sistema jurídico del Estado de Derecho es en última instancia la naturaleza constitucional de los derechos y no el significado moral de los mismos.

2.3 En tercer lugar, aludiré a las dificultades que presenta la identificación del contenido moral del Estado de Derecho. Sabemos que el proceso de constitucionalización del Derecho natural provoca la existencia de una «dimensión ética sustancial»<sup>32</sup> del Estado de Derecho. Pues bien, los principios, valores y derechos a través de los cuales se expresa esa dimensión constituyen un material normativo que presenta evidentes problemas en lo que a su determinación e interpretación se refiere. Estos problemas están referidos al necesario desarrollo de un discurso moral a la hora de interpretar esa dimensión material del Estado de Derecho y a la determinación de su contenido y de su significado. Parece razonable afirmar el necesario recurso a argumentos sustanciales a la hora de establecer el sentido de los derechos. La actividad de atribución de sentido y de significado de los derechos implica el desarrollo de un determinado discurso moral que no se reduce a la ponderación mediante la cual se intenta solucionar un conflicto entre derechos. Pero en realidad los problemas de inde-

<sup>31</sup> CELANO, B., «Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto», *Filosofia Politica*, a. XIX, n. 3, dicembre 2005, p. 440.

<sup>32</sup> *Vid.* CELANO, B., «Diritti, principi e valori nello status costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione», *Analisi e diritto*, 2004, p. 56.

terminación vienen provocados por los rasgos que caracterizan el contexto social y cultural en el que en muchas ocasiones los derechos han de ser interpretados.

Los grupos humanos se constituyen como agregados de individuos a partir de determinados elementos de cohesión. Ciertamente, esos elementos pueden ser de diverso tipo, culturales, religiosos, económicos, o más o menos circunstanciales como por ejemplo la necesidad de colaboración en la defensa mutua frente a un agresor o un peligro común. En todo caso, las sociedades humanas también comparten internamente determinados principios que bien pueden ser identificados con una cierta concepción de la moralidad, de la justicia. Posiblemente ello, además de ser una exigencia pragmática, es también expresión de la necesidad antropológica de encontrar referentes morales comunes y compartidos.

Pues bien, los derechos fundamentales constituyen el mínimo moral común y compartido en el Estado de Derecho, el núcleo de una ética pública cuyo sentido básico no es tanto el de generar una voluntad de imposición como el de significar un referente de adhesión individual libre. Ferrajoli ha denunciado la falsedad de la tesis de acuerdo con la cual los derechos fundamentales deben ser compartidos desde el punto de vista moral por todos, o por la mayoría, de los miembros de una sociedad: «La teoría garantista del estado constitucional de derecho, basada en la separación laica entre derecho y moral, no sólo no supone sino que tampoco requiere, ni debe requerir, la adhesión a los valores ético-políticos que éste incorpora jurídicamente. Son, de hecho, estos mismos valores los que imponen no imponer ningún tipo de ética o de credo político, ni siquiera democrático o liberal, lo cual debe respetarse incluso frente a quienes no los compartan, sean subversivos o delincuentes. (...) El paradigma liberal-democrático, en pocas palabras, no puede imponer jurídicamente las condiciones pragmáticas de la propia efectividad. En caso de que lo hiciera, entraría en contradicción consigo mismo, dado que negaría sus propios principios»<sup>33</sup>. Es cierto que la imposición de un credo moral, como puede ser por ejemplo el vinculado a los derechos fundamentales, es contradictorio con el sentido del modelo liberal, debido a que éste está basado en el reconocimiento del valor de la autonomía individual. Sin embargo, la cuestión a la que me refiero no es tanto la de la imposición de credos morales, como la de la existencia de elementos compartidos que generen un sentimiento de adhesión entre los miembros de una comunidad. El propio Ferrajoli ha señalado que en realidad, la existencia de un cierto componente de adhesión social es una condición pragmática respecto a cualquier sistema normativo, pero en especial en relación con los derechos fundamentales y la democracia, «que son construcciones sociales cuyo mantenimiento depende, más allá de

<sup>33</sup> FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 366-367.

las garantías jurídicas, de un cierto grado de consenso en torno a los valores sometidos a ellos»<sup>34</sup>. Es precisamente a ese núcleo de consenso al que me estoy refiriendo; núcleo de consenso que indefectiblemente presentará componentes morales.

En realidad, la historia de los derechos está jalonada de episodios que expresan perfectamente esa vocación de punto de encuentro a la que me he referido. Pensemos, por ejemplo, en el significado del proceso de subjetivización del Derecho Natural, basado en la unidad religiosa, que da paso a la reivindicación de los derechos naturales compatible con la pluralidad de explicaciones religiosas, y que caracteriza el inicio de la Modernidad. Desde este punto de vista, ese proceso puede ser analizado desde dos perspectivas. Por una parte, se puede considerar que es una necesidad interna del propio iusnaturalismo, ya que la ruptura de la unidad religiosa le obliga a identificar referentes comunes (los derechos naturales) que no dependan de esquemas religiosos –que a partir de la ruptura pasan a ser particulares–. Por otra parte, puede ser expresión, relacionado con lo anterior, de la necesidad de ese referente moral común. Otro ejemplo es el del proceso de universalización de los derechos que no sólo debe ser interpretado como una exigencia de la construcción de una comunidad internacional desde el punto de vista político, sino como una dinámica de identificación de los elementos básicos de una comunidad moral. La universalidad moral de los derechos implica la identificación de un referente común y en este sentido posiblemente se puede enmarcar en una dinámica inacabada que se inicia en el proceso de subjetivización del Derecho Natural.

Asumiendo una estructura axiológica que se apoya en el reconocimiento de la autonomía individual, los derechos son un elemento central de la ética pública que constituye la plataforma normativa que permite la construcción y desarrollo de los planes de vida individuales. Sin embargo, el establecimiento del sentido y contenido de ese mínimo moral común y compartido constituye una tarea más o menos laboriosa y exigente desde el punto de vista intelectual, que está en función, entre otras cosas, del tipo de sociedad en la que nos tengamos que poner manos a la obra a la hora de identificar ese mínimo; está condicionada por el pluralismo ético que caracteriza de manera creciente el entorno social en el que nos desenvolvemos y que se vincula, al menos en su versión fuerte, en primer lugar, a la afirmación de la existencia de una pluralidad de bienes o valores fundamentales y, en segundo lugar, a la tesis del carácter irreductible de esos bienes o valores a una jerarquía común<sup>35</sup>. Ciertamente el escenario constituido por una sociedad en la

<sup>34</sup> FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 366.

<sup>35</sup> Vid. BARBERIS, M., «L'eterogeneità del bene. Giuspositivismo, giusnaturalismo e pluralismo etico», *Analisi e diritto*, 2002–2003, pp. 13–18. Como señala Barberis, la versión fuerte del pluralismo ético implica la admisión conjunta de las dos tesis señaladas, mientras que las versiones débiles consistirían en la afirmación de alguna de ellas solamente. Vid. también BARBERIS, M., «I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico», *Analisi e diritto*, 2005, pp. 1–20, en especial pp. 1–7.

que existe un consenso en relación a las normas morales básicas es muy diferente a aquel otro constituido por el encuentro de tradiciones o culturas caracterizado por ser precisamente encuentro de propuestas no coincidentes en afirmaciones que para aquéllas parecen irrenunciables. Creo que es sólo en relación con el primer escenario cuando se puede afirmar que «el sistema constitucional de los derechos fundamentales, en cuanto supone la suprema expresión del orden axiológico de la comunidad, proyecta su unidad de sentido al resto del sistema normativo, siendo el postulado—guía hermenéutico de todo el ordenamiento jurídico y político, al tiempo que religa la constitución formal con la constitución material»<sup>36</sup>. En el segundo escenario, los problemas de identificación de los derechos como mínimos morales son más agudos. Esa identificación constituye uno de los retos de los contemporáneos Estados de Derecho.

---

<sup>36</sup> PEREZ LUÑO, A. E., «La metamorfosis del sistema de los derechos fundamentales y la crisis del positivismo jurídico», en RAMOS PASCUA, J. A., RODILLA GONZÁLEZ, M. A., (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, cit., p. 641.