

# LA EFICACIA JURIDICA DEL PRINCIPIO DEMOCRATICO (\*)

MANUEL ARAGON

**SUMARIO:** I. LOS PRINCIPIOS GENERALES COMO CATEGORÍA JURÍDICA.—II. EL SIGNIFICADO DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.—III. LA EFICACIA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES CONSTITUCIONALIZADOS.—IV. PRINCIPIOS, VALORES Y REGLAS.—V. LA PROYECCIÓN NORMATIVA DE LOS VALORES Y LOS PRINCIPIOS Y LA DISTINCIÓN ENTRE «IMPREDICTIBILIDAD» E «INDETERMINACIÓN».—VI. CONTENIDO Y EFICACIA DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO COMO PRINCIPIO GENERAL DEL ORDENAMIENTO: 1. *La democracia como principio jurídico*. 2. *El contenido del principio democrático*. 3. *La eficacia jurídica del principio democrático: a) Como principio general-global, b) Como principio general-sectorial. c) En el ámbito de las organizaciones no públicas*.—VII. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y LA RECONSTRUCCIÓN TEÓRICA DEL DERECHO PÚBLICO.

## I. LOS PRINCIPIOS GENERALES COMO CATEGORIA JURIDICA

La admisión de los principios generales como fuente del Derecho es algo comúnmente aceptado por la cultura jurídica de nuestro tiempo. Y no se trata, ni mucho menos, de un fenómeno enteramente nuevo, pues el Derecho romano, en su época de mayor esplendor, ya se caracterizó por un fuerte ingrediente principalista (1), y ese legado perduró, desde entonces, en la vida del Derecho occidental. Sin embargo, lo que venía constituyendo una realidad (más espontánea a veces que deliberada): que el Derecho se expresaba no sólo a través de normas (escritas o consuetudinarias), sino también de principios, adquiere la condición de teoría cuando el saber jurídico, en ese for-

---

(\*) Resumen de un curso impartido en el Centro de Estudios Constitucionales en la primavera de 1988.

(1) Véase por todos W. KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte*, edición española (traducción de J. MIQUEL), *Historia del Derecho romano*, Ariel, Barcelona, 1975, pp. 105 a 134.

midable esfuerzo de reflexión sobre sí mismo que inicia en el siglo XIX, pretende convertirse en una nueva ciencia: la Ciencia del Derecho. La explicación que esa ciencia facilita acerca de los «principios» se articulará, a partir de SAVIGNY, mediante la noción del «instituto jurídico» (2). Y así, las doctrinas de la interpretación «objetiva» (con la asunción, inevitable, del «finalismo»), las teorías sociológicas del Derecho, e incluso los defensores de la fenomenología jurídica, ya en el siglo XX, aceptan la existencia de principios jurídicos al margen de las normas, aunque los fundamenten de distinto modo (ya sea en relación con los «conceptos», con el «interés», con las «fuerzas propulsoras sociales» o con los «valores»).

Al margen de las diferencias de razonamiento (3), la admisión de los «principios jurídicos» será, pues, un lugar común en la Ciencia del Derecho, incluidos los diversos sectores del positivismo jurídico con la sola excepción del normativismo kelseniano. La «jurisprudencia de conceptos», la «jurisprudencia de intereses», la «jurisprudencia sociológica», la «jurisprudencia valorativa», a lo largo del siglo XIX y el primer tercio del XX, y por vías más elaboradas que las del simple «iusnaturalismo» (al que no puede atribuirse la mejor paternidad teórica del principialismo jurídico, salvo que ese principialismo se degrade) aceptan que los «principios» forman parte del Derecho. Más aún, en todas esas teorías se relacionan, aunque con diferente grado de intensidad, los principios jurídicos con los institutos jurídicos, como ya lo hiciera desde el primer momento SAVIGNY.

Ahora bien, precisamente porque en la relación ya aludida se cimienta la construcción teórica más completa acerca del principialismo, y aunque los principios jurídicos sean admitidos por las doctrinas que acaban de citarse, la verdadera paternidad, no ya de éstos, sino de los «principios generales del Derecho», ha de atribuirse a las teorías que tomaron como presupuesto central de referencia el concepto de institución, esto es, al «institucionismo» (M. HAURIOU) y al «ordinamentalismo» (S. ROMANO). Ellas significan, a mi juicio, el paso de los «principios» a los «principios generales». No se trata ya sólo de que el Derecho esté expresado en principios además de en normas positivadas, sino de que el Derecho es «principialista», es decir, está orientado por unos principios que le dan sentido (principios generales). No hay

---

(2) Noción que, significativamente, emplea SAVIGNY para defender la existencia de «principios» que dan sentido a un «instituto jurídico», en su obra cumbre de 1840, *Sistema del Derecho romano actual*.

(3) Sobre lo que no es necesario extenderse aquí. Me remito a lo apuntado, acerca de ello, en mi trabajo «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, mayo-agosto 1986, específicamente las pp. 112 a 118.

«ordenamiento» (categoría que será fundamental para el principialismo) sin unos principios generales, o, dicho de otro modo, justamente porque todo Derecho contiene unos principios generales que lo identifican, todo Derecho es un «ordenamiento jurídico».

La postura, en contra, del normativismo kelseniano es bien conocida: el Derecho es un sistema normativo, un conjunto de normas completo, sin lagunas, que se basta a sí mismo, de tal manera que no hay más principios que los positivados en las propias normas, esto es, no hay Derecho fuera de la norma positiva. Admitir lo contrario, se dirá, sería abjurar de la concepción científica del Derecho y caer en un subjetivismo sin rigor, es decir, sería diluir el Derecho en la moral o en la sociología. Pero ocurre que la realidad del Derecho no se corresponde exactamente con esa concepción normativista, asentada, en el fondo, en un voluntarismo de la lógica o, como se ha dicho sagazmente, en un «romanticismo cartesiano». De ahí que parezca muy difícil negar que el Derecho es algo más que las normas, y ese algo más son los principios, tanto parciales (o sectoriales) como generales. Que esto es así no requiere que yo ahora lo pruebe aquí, pues se encuentra claramente admitido por la doctrina (española y extranjera) y me basta remitirme, por ejemplo, a esa obra admirable de E. GARCÍA DE ENTERRÍA titulada *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho* (4).

Nuestro propio Derecho lo reconocerá, por lo demás, expresamente, no sólo porque en él se introdujo, positivándose, la noción misma de «ordenamiento» (preámbulo y art. 83.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956; art. 115 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958; art. 1.1 del Código Civil tras su reforma de 1974, y arts. 1.1 y 9.1 de la Constitución), sino porque también se establece, en coherencia con ello, que el «Derecho» es algo más que la Ley (art. 103.1 de la Constitución, de manera idéntica a los términos que utiliza el art. 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn) y, en consecuencia, que los «principios generales del Derecho» son fuente del ordenamiento jurídico (art. 1.1 del Código Civil). El apartado 4.º del artículo 1 del Código Civil, al concretar lo dispuesto en el apartado 1.º de dicho artículo, expresará la doble condición que éstos poseen, de fuente de primer grado (fuente de aplicación inmediata, aunque subsidiaria) y de fuente de segundo grado (fuente interpretativa): «Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.»

Dicho lo anterior, que no viene más que a ser la confirmación por la teoría y por el propio Derecho escrito de una realidad innegable, muy bien

(4) Publicada primero en 1963 y después, con importantes adiciones, en 1984.

expresada por ESSER en su obra decisiva sobre esta cuestión, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (5), el problema que plantean los principios generales no es el de su admisión (ya resuelto), sino el de su «conformación». La apelación a que esa conformación sea consecuencia de una construcción doctrinal o jurisprudencial fiel al método jurídico, de tal manera que los principios generales, aunque no estén en la norma positiva, disfruten de objetividad jurídica (ése es, por lo demás, el empeño «apasionado» que recorre el admirable trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA que antes se citó), no resuelve enteramente el problema, es decir, no conjura los riesgos de subjetivismo certeramente señalados por KELSEN, riesgos, por lo demás, bastante reales.

Así, se ha escrito: «La excesiva libertad, el apresurado diletantismo, el uso inmoderado de las nuevas perspectivas abiertas a la ciencia y a la aplicación del Derecho por la jurisprudencia principal, y quizá una gratuita sensación de 'libre recherche' y de desdén de las leyes, ha motivado en todos los países una saludable reacción que en nombre del principio de respeto a la ley, a la seguridad y a la certeza del Derecho, ha recordado la absoluta necesidad de una 'sobriedad jurídica' y de una atención concreta a los rasgos técnicos de los problemas y soluciones jurídicas, sin la pretensión retórica e irresponsable de dominarlos 'desde arriba'» (6). El mismo autor de este párrafo (E. GARCÍA DE ENTERRÍA), después de aceptar que «la oportunidad de estas posiciones críticas ha estado perfectamente justificada ante el intento inadmisibles de disolver la objetividad del Derecho y sus estructuras técnicas en un sistema abierto, retórico e irresponsable de simples juicios éticos o políticos» (7), dirá: «Pero la objeción no tiene otro alcance y debe ser reducida a eso. Sería ilógico pretender apoyarse en esta indudable y evidente razón para llegar a la sinrazón de una rehabilitación completa de los dogmas positivistas, dogmas que (...) fueron abandonados antes por su falta de funcionamiento efectivo que por virtud de posiciones de principio» (8).

(5) Tubinga, 1956; hay traducción española, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, 1961. Constatar la insuficiencia de la norma escrita y de los principios positivados en ella para la resolución de los problemas jurídicos es el norte de esa obra, así como la necesidad de apelar a los principios generales no positivados, pero que deben obtenerse por medios «jurídicos» y no «políticos» o «morales».

(6) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pp. 47 y 48. Quien continúa después diciendo que «se ha hablado de un apresuramiento en extender la partida de defunción del positivismo, y, recordando la expresión histórica famosa, se ha gritado: 'El positivismo ha muerto; viva el positivismo'» (p. 48).

(7) *Ibidem*, p. 51.

(8) *Ibidem*, pp. 51 y 52.

Que el Derecho, hoy, es principialista no ofrece dudas y es cuestión aceptada por la mejor doctrina europea continental y anglosajona (de ésta, la más cabal expresión del principialismo la constituye, a mi juicio, la obra de R. DWORKIN, especialmente la contenida en sus libros *Taking Rights Seriously* y *Law's Empire*) (9). Sin embargo, la mera apelación al método jurídico, como medio de evitar la subjetivización que siempre se esconde en una realidad jurídica en la que el Derecho excede ciertamente de la norma escrita, no es suficiente para garantizar la certeza del mismo Derecho, como muy bien plantea F. MÜLLER cuando reclama, entonces, con cierta ironía, «el derecho fundamental a la igualdad del método» (10). Este problema, como ocurre siempre con todos los de fuentes e interpretación, se eleva, inexorablemente, al campo constitucional. Es decir, los problemas de los principios generales han de ser planteados, en rigor, como problemas constitucionales, o, dicho de otro modo, es en la discusión sobre los principios constitucionales donde pueden encontrarse respuestas a los «puntos oscuros» que se manifiestan en toda discusión sobre los principios generales.

## II. EL SIGNIFICADO DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Superada en Europa la idea de la Constitución como mera norma política y de los principios constitucionales como exclusivamente programáticos, y admitido que la Constitución es Derecho y, en consecuencia, que sus principios son jurídicos, la cuestión sobre el significado de éstos puede plantearse en un doble nivel.

En primer lugar en relación con el carácter principialista del ordenamiento constitucional. Ese ordenamiento, como el ordenamiento jurídico en su conjunto, se nutre no sólo de normas escritas (el texto constitucional), sino también de principios generales no positivados en ellas (generales-globales respecto de toda la materia constitucional y generales-sectoriales respecto de instituciones constitucionales concretas), cuya conformación se produce mediante la labor de la doctrina y la jurisprudencia. Hasta aquí (y sólo en este punto) no cabe señalar distinción cualitativa alguna entre los principios constitucionales y el resto de los principios jurídicos. Los principios generales constitucionales no positivados en la norma disfrutan de la doble condición

(9) Sobre las corrientes doctrinales que apoyan el principialismo, y sobre el mismo problema en sí, me remito a mi trabajo citado «La interpretación de la Constitución...», específicamente las pp. 116 a 131.

(10) *Juristische Methodik und politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie*, II, 1976, p. 66.

de fuente prevista en el artículo 1 del Código Civil: fuente de primer grado o de aplicación directa, en ausencia de norma escrita o de costumbre, y fuente de segundo grado o interpretativa, en todo caso, en cuanto informan el ordenamiento.

La única diferencia apreciable (hay que insistir que sólo en este punto) entre los principios generales constitucionales y los demás principios generales del Derecho sería de índole cuantitativa: el Derecho constitucional, por la materia política que regula y por el carácter notablemente genérico (y también sintético) de sus normas, es más fuertemente principialista que cualquier otro sector del ordenamiento. Es decir, en él operarán, inevitablemente, en mayor medida que en otros Derechos, los principios generales.

Ahora bien, cuando pasamos de la condición genérica de ordenamiento que el Derecho constitucional posee a la específica del lugar que en el ordenamiento ocupa, aparece, de manera inmediata, una diferencia, ya cualitativa, entre los principios constitucionales y los demás principios jurídicos. En cuanto que el Derecho de la Constitución es el Derecho fundamental del ordenamiento, los principios constitucionales son, por ello, también fundamentales respecto de cualesquiera otros principios jurídicos. Los principios generales constitucionales tienen la cualidad, pues, de ser los principios generales fundamentales del ordenamiento jurídico. Cualidad que, como es obvio, atribuye a estos principios una extraordinaria importancia y convierte al procedimiento de su conformación doctrinal y jurisprudencia en una actividad crucial para la vida del ordenamiento.

Dicho esto, cabe abordar el segundo nivel en que puede plantearse el problema del significado de los principios constitucionales. Nivel relacionado no ya con el carácter principialista del Derecho de la Constitución (de su ordenamiento), sino con el carácter principialista de la misma norma constitucional. Como es sabido, ese carácter es propio de la Constitución democrática de nuestro tiempo que, por pretender regular no sólo la organización del Estado, sino también el *status* de los ciudadanos, establece las líneas vertebrales del orden social y, en consecuencia, formula las directrices de todas las ramas del Derecho, lo que conduce a que el texto constitucional haya de contener, junto a normas en sentido estricto (materiales o estructurales), una gran diversidad de principios.

Los efectos que ello tiene para el concepto de Constitución y para el entendimiento de la interpretación constitucional son también bastante conocidos (11). Me interesa resaltar, sin embargo, un efecto menos subrayado

(11) Véase F. RUBIO LLORENTE, prólogo al libro de E. ALONSO GARCÍA, «La interpretación de la Constitución», 1984, y «La Constitución como fuente del Derecho», en el libro colectivo *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, 1979, vol. I;

generalmente por la doctrina. Me refiero al efecto, creo que benéfico, para la certeza del Derecho. Dada la importancia, crucial, que en el ordenamiento tienen los principios constitucionales, su positivación en el texto constitucional reduce ciertamente los riesgos del subjetivismo en su conformación, poniendo coto a un excesivo activismo judicial o doctrinal. L. PRIETO SANCHIZ (y refiriéndose tanto a los valores como a los principios, «constitucionalizados») lo expresa muy bien: «Nuestra Ley Fundamental es una Constitución de principios y valores, abundante en cláusulas genéricas o inconcretas (...) no creo que estas características propicien necesariamente la aparición de un activismo judicial, sino que, al contrario, suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento y que, de no existir, tendrían —entonces sí— que ser creados por los órganos de aplicación del derecho» (12); «los valores superiores y los principios constitucionales desempeñan una función esencial como criterios orientadores de la decisión de los jueces (...) la obligada observancia de los valores superiores no propicia el libre decisionismo, sino que fortalece el papel de la Constitución» (13).

Es cierto que la conformación jurisprudencial de los principios generales no es, en rigor, una actividad de libre creación y que mediante ella, como expresa R. DWORKIN en frase feliz, el Derecho se «descubre pero no se inventa» (14), pero también lo es que la necesidad y la capacidad de «descubrimiento» doctrinal se reduce si el Derecho escrito deja menos territorios

---

A. NIETO, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. I, enero-diciembre 1983; así como mis trabajos «La interpretación de la Constitución...», ya citado, y «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, 1987. También V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milán, 1952.

(12) «Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional», en la *Revista Poder Judicial*, núm. 11, junio 1984, p. 83.

(13) *Ibidem*, pp. 84 y 85. Más adelante dirá que «por graves que fuesen las dificultades para determinar el significado y alcance concreto de cada uno de los valores, su simple reconocimiento constitucional representa ya un condicionamiento del proceso interpretativo que, de otro modo, sería aún más libre (...). Desempeñan (los valores constitucionales) una tarea de fortalecimiento de la norma constitucional en el proceso de creación-aplicación del Derecho, reduciendo el ámbito de discrecionalidad de todos los poderes públicos y singularmente de los Tribunales al determinar el sentido último de las normas que componen el ordenamiento jurídico» (p. 85). Sin perjuicio de que la eficacia jurídica de los valores y principios constitucionales (categorías que no deben confundirse) exceda, a mi juicio, de la exclusivamente interpretativa, y sobre todo ello volveré más adelante, la idea central de estos párrafos coincide con la que yo acabo de exponer: la constitucionalización de los principios redundará en beneficio de la certeza del Derecho.

(14) *Law's Empire*, 1986, p. 5.

incógnitos. Ello no significa la erradicación (completamente imposible) de la labor integradora, recreadora, que desempeñan la doctrina y la jurisprudencia, sino sólo la conveniencia de acrecentar su objetivación normativa, disminuyendo el campo de la discrecionalidad. De ese modo, la Constitución democrática, al positivizar los principios generales (y un buen ejemplo de esa positivación es nuestro propio texto constitucional) no cumple sólo su función de limitar el poder del Estado, sino también de limitar el poder... de los juristas.

Pese a esa (y creo que muy feliz) limitación, ni el texto constitucional puede agotar el repertorio de los principios generales (aunque recoja, y ello será sumamente indicativo, los más relevantes) ni aquellos que enuncia puede dejar de expresarlos del modo genérico propio de esos principios y que los hace siempre necesitados de concreción jurisprudencial a la hora de su aplicación. En el «descubrimiento» de los principios constitucionales no positivados y en la concreción de éstos y de los recogidos en el texto de la norma desempeña un papel decisivo el Tribunal Constitucional. El carácter vinculante de su doctrina para la jurisdicción ordinaria (arts. 1 y 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) evita en gran medida (15) no sólo la «dispersión» jurisprudencial en la conformación de los principios constitucionales (que a su vez son los generales-fundamentales del ordenamiento), sino también los riesgos de encomendar esa conformación a órganos no adecuadamente preparados para ello. El artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial resuelve ese asunto de manera bastante satisfactoria: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.» Lo que a primera vista pudiera parecer una defectuosa redacción (distinguir principios y preceptos, cuando resulta que los principios «constitucionalizados» son preceptos de la Constitución) se manifiesta, por el contrario, si se ahonda en su sentido, como un acierto, pues la expresión «preceptos y principios» no debe entenderse como «normas y principios», sino como la confirmación de que hay otros principios constitucionales aparte de

---

(15) Pero no absolutamente, pues la dualidad de órdenes jurisdiccionales que ejercitan la justicia constitucional impide que pueda darse una completa unificación de la «doctrina constitucional» (al contrario de lo que antes ocurría con la «doctrina legal»). De ese problema me ocupó en el «Comentario general al título IX de la Constitución», publicado en los *Comentarios a la Constitución y las Leyes Políticas*, dirigido por O. ALZAGA y editado por Edersa.

los positivados en los preceptos de la Constitución (preceptos que, como es obvio, lo mismo contienen normas que principios).

### III. LA EFICACIA JURIDICA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES CONSTITUCIONALIZADOS

La «constitucionalización» de los principios generales «más fundamentales» lleva a la consecuencia de que cualesquiera otros principios no positivados hayan de conformarse en congruencia con aquéllos, es decir, hayan de estar inspirados en los principios expresados en el texto de la Constitución. Una Constitución «principalista», como la nuestra, tiene una gran capacidad de evolucionar o adaptarse a nuevas circunstancias, de convertirse en una *living constitutio* sin requerir, por ello, en muchos casos, de la reforma constitucional explícita. Pero también esos principios «constitucionalizados» son a su vez un límite frente a la excesiva adaptación, o, en otras palabras, frente a mutaciones desvirtuadoras de la normatividad constitucional. L. PRIETO-SANCHIZ (refiriéndose exclusivamente a los valores, pero la reflexión es válida también para los principios) dice al efecto: «La interpretación puede acoger un significado evolutivo de los textos que responda a las nuevas exigencias, pero siempre que resulte acorde con el horizonte de valores que la propia Constitución propugna; cuando no sucede así, es señal de que las nuevas exigencias no caben en el marco constitucional (y habría de acudirse, añadido, a su reforma). En este sentido, la incorporación de los valores a la Constitución puede evitar arriesgados ejercicios de búsqueda de valores supuestamente implícitos, de Constituciones materiales no escritas, etc., a través de las cuales pueden penetrar auténticas mutaciones constitucionales» (16).

Sin adentrarnos todavía en la distinción entre principios y valores, cuestión que se tratará después, interesa subrayar que la doctrina del Tribunal Constitucional, desde el primer momento, reconoció el carácter «principalista» de la Constitución (17) y, por consiguiente, la necesidad de su interpretación finalista (18), así como que los principios constitucionalizados no sólo tienen eficacia interpretativa, sino también directa. Esto último aparece, con nitidez, en la Sentencia 4/1981, de 2 de febrero (fundamento jurídico 1): «Los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico —como afirma el ar-

(16) *Op. cit.*, p. 88.

(17) Sentencias de 2 de febrero y 8 de junio de 1981 y de 31 de marzo y 5 de mayo de 1982, entre otras.

(18) Sentencia de 8 de junio de 1981.

título 1.4 del título preliminar del Código Civil—, que debe ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo» (19).

Sin embargo, en esta sentencia se manifiesta una cierta indeterminación (con la alusión expresa al art. 1.4 del Código Civil) sobre el lugar que ocupan los principios constitucionalizados en las fuentes del Derecho, indeterminación que, a mi juicio, no ha disipado hasta ahora la jurisprudencia constitucional. Me parece que en este punto late una cierta confusión entre los principios generales del Derecho a los que se refiere el artículo 1 del Código Civil, y los principios generales constitucionalizados. La doble condición de fuente subsidiaria y de fuente informadora (art. 1.4 del Código Civil) es predicable de los principios generales no positivados. En cambio, los principios expresados en la norma constitucional (en los preceptos de la Constitución) no ocupan el nivel del número 4 del artículo 1 del Código, sino del número 1 de ese mismo artículo (norma escrita). Los principios generales (positivados o no), por su condición de principios disfrutan, claro está, del carácter de «informadores» del ordenamiento, y ello aunque no lo dijese el Código Civil (pues si no fuese así no serían «principios», de ahí que la condición de fuente subsidiaria se les atribuya, literalmente, en el 1.4, «sin perjuicio de su —propio— carácter informador»). Ahora bien, cuando el texto constitucional los recoge, además, como es obvio, de conservar su carácter informador, reciben otro carácter más fuerte que el de fuente subsidiaria, se transforman también en fuente normativa inmediata (de ahí que la sentencia diga que esos principios, «en cuanto *forman parte de la Constitución*, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo»).

Los principios constitucionalizados ocupan, en las fuentes del Derecho, el lugar de la Constitución simplemente porque son Constitución. El problema, donde se plantea correctamente, no es, pues, en relación a los diversos niveles de las fuentes (su nivel es claro: el del art. 1.1 del Código Civil), sino en relación a la distinta *eficacia* jurídica de los preceptos contenidos en una

---

(19) La fuerza derogatoria (o anulatoria si se trata de leyes posteriores) de los principios (y no sólo de las reglas) contenidos en la Constitución me ha parecido siempre una cuestión clara. Así lo manifesté ya en 1980 en mi ponencia presentada a las Jornadas de Estudios organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, «Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia», publicada en el libro colectivo *El Tribunal Constitucional*, vol. I, 1981, especialmente la p. 560.

misma fuente (el texto constitucional). Esta precisión resulta necesaria para la adecuada comprensión del asunto, ya que a veces se trasladan, indiscriminadamente, para explicar la eficacia jurídica de nuestros principios constitucionales, concepciones sobre los principios jurídicos (la de DWORKIN, por ejemplo), que parten, precisamente, de una situación diferente a la nuestra, como es la de los principios generalmente no positivados en la norma.

En nuestro ordenamiento hemos de partir, en consecuencia, de que existen en el texto constitucional valores, principios y reglas, y de que todos ellos disfrutan de la condición normativa propia de la Constitución, esto es, se encuentran normativizados. Es cierto que los principios generales son jurídicos aunque la norma no los exprese, pero no es menos cierto que cuando ello ocurre (cuando se normativizan) adquieren una condición sustancialmente distinta a la que tienen los principios generales no positivados (20). Ahora bien, para singularizar la eficacia jurídica de los principios constitucionalizados es preciso diferenciarlos de los valores y de las reglas.

#### IV. PRINCIPIOS, VALORES Y REGLAS

La distinción entre valores y principios por un lado, y reglas por otro, es cuestión relativamente pacífica. Los primeros enuncian cláusulas «generales» y las reglas contienen disposiciones específicas en las que se tipifican supuestos de hecho, con sus correspondientes consecuencias jurídicas (21). Menos pacífica, sin embargo, es la diferencia entre valores y principios.

R. DWORKIN distingue, como se sabe, «fines», «principios» y «reglas» (22). Por lo que se refiere a las «reglas», su idea coincide con la común en la doctrina, a la que antes me he referido. En cambio, por «fines» entiende no sólo valores, sino también, en general, mandatos a los poderes públicos (*policies*),

(20) Utilizo aquí el término «norma» en su significado común de texto escrito, es decir, de disposición normativa escrita, y no en el más correcto de «regla» de Derecho (que ni siquiera es «puesta», sino obtenida a través de la interpretación).

(21) Por supuesto que la distinción no está huérfana de problemas a la hora de su verificación en la práctica. Así podemos encontrarnos con preceptos jurídicos que, a la vez, contengan un enunciado de valor, la formulación de un principio y la determinación de una regla, por ejemplo, el artículo 9.2 de la Constitución (donde se reiteran los valores de la libertad e igualdad, se expresa el principio de la participación y se faculta a los poderes públicos —regla de habilitación— para actuar «promoviendo», «removiendo» y «facilitando»), en el que no resulta nada sencillo distinguir fines, principios y reglas. Lo que importa es que la diferenciación teórica puede permitir (aunque sea una labor ardua) la distinción.

(22) *Taking Rights Seriously*, 1978, pp. 22 y ss. Hay traducción española, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

con el inconveniente, a mi juicio, de que puedan trabarse los valores con reglas de atribución competencial. Por ello creo más conveniente utilizar los términos «valores» y «principios», en lugar de «fines» y «principios». Los valores son «fines», por supuesto, pero no toda cláusula que enumera fines (que establece programas) es por sí sola una cláusula de valor, sino, muchas veces, una cláusula *al servicio* de un valor. En cuanto a los «principios», DWORKIN los concibe como «standards» o cláusulas genéricas que enuncian «modos de ser del derecho», es decir, que reflejan la dimensión jurídica de la moralidad (23). A diferencia de las reglas, que se aplican o no se aplican a un caso, los principios ofrecen argumentos para decidir, pero no obligan, por sí mismos, a la adopción de una única decisión. Los principios, a su vez, se enlazan unos con otros, de suerte que un mismo principio más genérico puede irse concretando en otros específicos o derivados.

Entre nosotros, PÉREZ LUÑO acoge la distinción tripartita de valores, principios y normas, diferenciados por su menor o mayor concreción, de tal manera que los principios serían normas de segundo grado respecto de las propias normas, y los valores, a su vez, serían normas de segundo grado respecto de los principios y de tercer grado respecto de las normas. El lo explica de la siguiente manera: «Los valores no contienen especificaciones respecto a los supuestos en que deben ser aplicados ni sobre las consecuencias jurídicas que deben seguirse de su aplicación; constituyen ideas directivas generales que (...) fundamentan, orientan y limitan críticamente la interpretación y aplicación de todas las restantes normas del ordenamiento jurídico. Los valores forman, por tanto, el *contexto histórico-espiritual* de la interpretación (...). Los principios, por su parte, entrañan un grado mayor de concreción y especificación que los valores respecto a las situaciones a que pueden ser aplicados y a las consecuencias jurídicas de su aplicación, pero sin ser todavía normas (...). De otro lado, los principios (...) reciben su peculiar orientación de sentido de aquellos valores que especifican o concretan. Los valores funcionan, en suma, como metanormas respecto a los principios y como normas de tercer grado respecto a las reglas o disposiciones específicas (...). De igual modo que los valores tienden a concretarse en principios que explicitan su contenido, los principios, a su vez, se incorporan en disposiciones específicas o casuísticas en las que los supuestos de aplicación y las consecuencias jurídicas se hallan tipificadas en términos de mayor precisión» (24).

(23) Es en los principios donde más se refleja la relación, defendida por DWORKIN, entre el derecho y la filosofía moral.

(24) *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 291 y 292.

L. PRIETO SANCHIS, refiriéndose sólo a los valores (y no a los principios) constitucionalizados, dirá: «Creo que, en el marco de la argumentación jurisdiccional, los valores superiores no ofrecen por sí solos cobertura suficiente para fundamentar una decisión (...). Lo que no significa, desde luego, que los valores superiores (...) carezcan de un alcance normativo (...). Y ese alcance se manifiesta fundamentalmente, a mi juicio, en el proceso de interpretación jurídica, de modo particular en la interpretación de la propia Constitución. En este sentido, creo que los valores superiores se pueden incluir dentro de la categoría de las normas de segundo grado o normas para la identificación e interpretación de las disposiciones de un sistema; se trata concretamente de normas sobre la interpretación, que tienen por objeto *ayudar a distinguir de entre los diversos significados posibles de una norma, el significado mejor expresado por la norma que se puede considerar perteneciente al sistema*» (25). En cuanto a la distinción entre valores y principios, PRIETO SANCHIS opinará que se cifra en el «diferente grado de concreción» (26).

He preferido transcribir con alguna extensión las posturas doctrinales más significativas (27) acerca de la distinción entre valores y principios para mostrar con mayor claridad lo que a mi juicio es patente: la doctrina no nos facilita criterios suficientes sobre esa distinción. GARCÍA DE ENTERRÍA parece incluso huir de la distinción incluyendo en la misma categoría de «principios constitucionales» los valores y los principios (28). Veamos ahora cuál es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sin duda alguna, para él, los valores constitucionales poseen eficacia interpretativa; más aún, la Constitución y el resto del ordenamiento han de ser interpretados de conformidad con esos valores superiores (propugnados en el art. 1.1: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político) (29). No obstante, también se da en esa jurisprudencia una cierta confusión entre valores y principios: el legislador ha de respetar «los principios de libertad, igualdad y pluralismo como valores fundamenta-

(25) *Op. cit.*, p. 86. La última frase subrayada es la cita textual que el autor toma de N. BOBBIO, «Normas primarias y normas secundarias» (1968), en *Contribución a la teoría del Derecho*, F. Torres, Valencia, 1980, p. 325. G. PECES-BARBA, en su libro *Los valores superiores* (1985), discrepará de esa postura (que otorga a los valores eficacia sólo interpretativa) y sostendrá que también poseen eficacia directa, aunque en su modo de argumentar me parece que se funden valores y principios.

(26) *Op. cit.*, p. 86.

(27) Además de la de GARCÍA DE ENTERRÍA, las de PÉREZ LUÑO y PRIETO SANCHIS me lo parecen en España, y DWORKIN constituye, a mi juicio, uno de los mejores ejemplos extranjeros.

(28) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1981, pp. 97 a 103.

(29) Sentencias ya citadas en la nota 17.

les del Estado» (30). En realidad, lo que no existe es una expresa manifestación del Tribunal acerca de que haya una diferente eficacia de unos y otros. Sin embargo, de manera implícita sí que parece ofrecer algunos datos que permiten obtener esa diferencia.

En efecto, el Tribunal, como ya se dijo, considera que los valores positivados operan como normas de segundo grado, esto es, desplegando efectos meramente interpretativos. Sólo en un caso esa postura parece quebrar, admitiéndose el efecto directo de un valor ni siquiera positivado como tal, y fue en la Sentencia 53/1985 (sobre el aborto). La mejor crítica a esa tesis se encuentra en algunos de los votos particulares emitidos en la misma sentencia. Así, en el voto particular del magistrado TOMÁS Y VALIENTE se dice: «No encuentro fundamento jurídico-constitucional, único pertinente, para afirmar, como se hace, que la vida humana 'es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional' (fundamento jurídico 3) o 'un valor fundamental' (fundamento jurídico 5) o 'un valor central' (fundamento jurídico 9). Que el concepto de persona es el soporte y el *prius* lógico de todo derecho me parece evidente y yo así lo sostengo. Pero esta afirmación no autoriza peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas por lo demás al texto de la Constitución, donde, por cierto, en su artículo 1.1 se dice que son valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Esos y sólo éstos.» El magistrado DÍEZ PICAZO manifestará, en su voto particular, lo siguiente: «Según mi modesto criterio, la inconstitucionalidad como contradicción de una ley con un mandato de la Constitución debe resultar inmediatamente de un contraste entre los dos textos. Puede admitirse que subsiga a una regla constructiva intermedia que el intérprete establezca. Me parece, en cambio, muy difícil una extensión ilimitada o demasiado remota de las reglas constructivas derivadas de la Constitución para afirmar la inconstitucionalidad por la contradicción de la ley enjuiciada con la última de las deducciones constructivas. La cosa es todavía más arriesgada cuando en lo que llamo 'deducciones constructivas' hay larvados o manifiestos juicios de valor, porque se puede tener la impresión de que se segrega una segunda línea constitucional, que es muy difícil que opere como un límite del poder legislativo, en quien encarna la representación de la soberanía popular.» El voto particular del magistrado RUBIO LLORENTE es más explícito aún acerca de este punto (de la eficacia jurídica de los valores constitucionales), y refiriéndose al argumento central de la sentencia, para declarar la inconstitucionalidad de la ley, que es la consideración de la vida humana como «un valor superior del ordenamiento jurídico», dirá:

---

(30) Sentencia de 31 de marzo de 1983, fundamento jurídico 6.

«Ese modo de razonar no es el propio de un órgano jurisdiccional porque es ajeno, pese al empleo de fraseología jurídica, a todos los métodos conocidos de interpretación. El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos 'encarnan', para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizá más aún, al propio poder constituyente. Los valores que inspiran un precepto concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación de ese precepto, no para deducir a partir de ellos obligaciones (¡nada menos que del poder legislativo, representación del pueblo!) que el precepto en modo alguno impone. Por esta vía, es claro que podía el Tribunal Constitucional, contrastando las leyes con los valores abstractos que la Constitución efectivamente proclama (entre los cuales no está, evidentemente, el de la vida, pues la vida es algo más que 'un valor jurídico') invalidar cualquier ley por considerarla incompatible con su propio sentimiento de la libertad, la igualdad, la justicia o el pluralismo político. La proyección normativa de los valores constitucionalmente consagrados corresponde al legislador, no al juez.»

V. LA PROYECCION NORMATIVA DE LOS VALORES  
Y LOS PRINCIPIOS Y LA DISTINCION ENTRE «IMPREDICTIBILIDAD»  
E «INDETERMINACION»

Me ha parecido conveniente transcribir, con alguna extensión, el contenido de estos votos particulares porque en ellos se enuncian las bases adecuadas para enfrentarse con el problema del significado de los valores constitucionales, e incluso se apuntan los rasgos que, a mi juicio, perfilan de manera más correcta ese significado (31). Debe partirse, pues, de la distinción entre valores positivados y no positivados, así como de la diferencia entre eficacia interpretativa y proyección normativa. En el mundo del Derecho, los riesgos que comporta la jurisprudencia de valores exigen su cuidadosa utilización, pero no su proscripción, por la sencilla razón de que la interpretación valorativa se impone como algo, por evidente, también inexorable (32). Nuestro

(31) Otra prueba más, dicho sea de paso, de los beneficios que aporta la publicación de las «opiniones disidentes».

(32) Me remito a mi trabajo, citado, «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional», especialmente pp. 116 a 131. Por lo demás, y entre una ingente bibliografía que muestra la «evidencia» del fenómeno, basta

propio Código Civil, al determinar, en su artículo 3.1, que la interpretación jurídica ha de atender, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de la norma, proclama la necesidad de que el intérprete haya de tener presente el valor o los valores que la inspiran. Ese es el lugar de los valores: el de la interpretación de una norma, a la que siempre se anudan. Cuando el valor se encuentra positivado en la Constitución, la consecuencia de esa positivación es doble: en primer lugar se impone al intérprete (que no puede desconocerlo ni sustituirlo por otro no positivado) y en segundo lugar se encuentra dotado de la condición fundamental de la fuente en que se inserta, de tal modo que sólo son admisibles en la interpretación jurídica los valores no positivados en congruencia, pero no en oposición, con él. Ocurre igual que con los principios.

Sin embargo, y a diferencia de los principios, los valores (positivados o no) sólo tienen eficacia interpretativa. Y esa eficacia opera de modo distinto según que el intérprete sea el legislador (intérprete político de la Constitución) o el juez (intérprete jurídico). Sólo el primero, el legislador, puede, al interpretar la Constitución emanando la ley, «proyectar» (o convertir) el valor en una norma, es decir, crear una norma como proyección de un valor; el juez, por el contrario, no puede efectuar esa misma operación (porque no puede suplantar al legislador en nuestro sistema de Derecho), sino únicamente anudar el valor a una norma (para interpretarla) que le viene dada y que él no puede crear.

Los principios jurídicos, por el contrario, además de servir para interpretar normas, también pueden alcanzar «proyección normativa» tanto por obra del legislador como del juez. En este último supuesto (por la actividad judicial) siempre en defecto de norma (fuente subsidiaria), esto es, cuando se precisa, por ausencia de regla concreta, extraer del principio jurídico la regla para el caso. Precisamente porque los valores son exclusivamente fines y los principios, en cambio, prescripciones jurídicas generalísimas, o, si quiere, fórmulas de derecho fuertemente condensadas que albergan en su seno indicios o gérmenes de reglas, el legislador posee mayor libertad para proyectar normativamente los valores constitucionales que para proyectar normativamente los principios. Los valores que la Constitución enuncia permiten una amplia variedad de conversiones normativas, esto es, de libre creación de reglas, mientras que los principios también enunciados en la Constitución

---

citar la colección de trabajos dirigida por A. PIZZORUSSO y V. VARANO, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Giuffrè, Milán, 1985. Esa influencia es hoy clara incluso en un sistema jurídico tan celoso de su «legalismo» como el francés (véase en dicha obra la contribución de A. DE VITA, «I valori costituzionali come valori giuridici superiori nel sistema francese», tomo II, pp. 1161 a 1230).

reducen notablemente las posibilidades de su transmutación en reglas en cuanto que sólo caben las que el principio jurídico prefigura.

De ahí que el juez, en los supuestos en que se ve obligado (que siempre serán «casos difíciles» porque rara es, en los ordenamientos del presente, la ausencia de regla de derecho) a extraer del principio la regla para el caso, no esté exactamente suplantando al legislador, sino cumpliendo las prescripciones que ese legislador (constituyente u ordinario) dictó, esto es, aplicando el «derecho condensado» que, en forma de principios, se contiene en la propia disposición normativa. La aguda distinción que efectúa J. STRICK (33) entre lo «impredictible» (que se corresponde con la libre opción jurídica), y lo «indeterminado» (que se corresponde con la discrecionalidad jurídica) para combatir la tesis, siempre recurrente, de que el Derecho es infinitamente manipulable, creo que puede servir muy bien para distinguir la distinta posición que en Derecho tienen los valores y los principios. Los valores son enunciados que podríamos situar en el campo de la impredictibilidad, en cuanto que su proyección normativa se rige por criterios subjetivos (amplio margen, pues, de libertad) que la oportunidad política suministra. Los principios son enunciados que pertenecerían al campo de la indeterminación, en cuanto que su proyección normativa se rige por criterios objetivos que el propio Derecho proporciona.

Entiéndase bien que hablamos de impredictibilidad e indeterminación en cuanto a la capacidad de generación de reglas de Derecho, no en lo que se refiere al significado del propio enunciado en sí. Es decir, el valor libertad, o el valor igualdad, proclamados, además, por el propio texto constitucional, no son enunciados vacíos que permitan al legislador un número infinito de posibilidades a la hora de transmutarlos en reglas. Los valores, como todos los enunciados constitucionales, imponen límites al legislador. Lo que ocurre es que el margen de libertad que el legislador tiene, sin ser ilimitado, es bastante amplio en lo que toca a la «realización» normativa del valor, y ello no sólo porque sea lo propio de una Constitución que garantiza el pluralismo democrático, sino porque así se desprende del carácter del propio enunciado valorativo: un fin, jurídicamente declarado, por supuesto, pero un fin que no contiene en su enunciación jurídica más elementos de juridicidad que su sola declaración. Posee, pues, forma jurídica externa (su condición de enunciado constitucional), pero carece de estructura jurídica interna (ser, en sí mismo, un concepto jurídico o albergar en su seno elementos jurídicamente significativos). Precisamente por ello su transmutación en reglas supone el

---

(33) «Can nihilism be pragmatic?», en la *Harvard Law Review*, vol. 100, núm. 2, diciembre de 1986, pp. 332 y ss., especialmente pp. 352 a 360.

ejercicio de una variedad de opciones de política legislativa (que le debe estar vedado al órgano jurisdiccional). En resumidas cuentas, en un Estado democrático esa labor han de desempeñarla en exclusiva los representantes del pueblo (el Parlamento) y no los jueces, que poseen legitimidad para «concretar» el Derecho, pero no para crearlo.

Supuesto bien distinto es el de los «principios», cuya «indeterminación» (como antes se dijo de la impredecibilidad en los valores) no reside en su mismo enunciado, claro está, pues el principio constitucionalizado no está indeterminado, sino claramente determinado como tal principio, sino en su grado de relación con las reglas en que puede transmutarse. Esas reglas no están «determinadas» por el principio, puesto que tal determinación (ausencia de libre conformación) sólo se da *entre* los distintos tipos de reglas, por la sencilla razón de que sólo la regla (que por serlo es «determinada» y «determinadora») puede contener la determinación de otras reglas derivadas de ella. Las reglas derivadas de un principio están indeterminadas en él, pero son «predictibles» en términos jurídicos. Y son «predictibles» en cuanto que el principio jurídico, como Derecho condensado (como enunciado que tiene no sólo forma jurídica externa, sino también estructura jurídica interna), no permite que en su «desarrollo» se dicten o creen cualesquiera tipos de reglas, sino sólo alguna de las que se comprendan dentro de la variedad «delimitada» que el principio proporciona. Es decir, en la proyección normativa de los principios opera la categoría de la *discrecionalidad* jurídica (y no sólo la discrecionalidad política que utiliza en éste como en otros casos el legislador). De ahí que, en este supuesto, esa proyección pueda hacerla el órgano jurisdiccional (al que le es permitido actuar en términos de discrecionalidad jurídica, pero no de discrecionalidad política) y de ahí también que cuando lo hace el legislador vea constreñido (en mayor medida que al proyectar los valores en reglas) el ámbito de su libertad, de su discrecionalidad política, por el control de constitucionalidad que puede comprobar la adecuación de esta (política) discrecionalidad a la otra (jurídica) discrecionalidad. Y todo ello, como hemos repetido, por la «condensación» jurídica que se contiene en los enunciados de principios y que no se contiene, por el contrario, en los enunciados de valores.

En resumidas cuentas, a la hora del afloramiento de las reglas no es lo mismo, pues, «desarrollar» principios que «realizar» valores. En la proyección normativa de los principios puede decirse (como apuntó muy bien DWORKIN en frase que más atrás ya se citó) que el Derecho «descubre», pero no «inventa». Descubrimiento y no invención, porque la regla de Derecho se encuentra «indeterminada», pero «predicha» en la formulación del principio. Y esa regla se obtiene, pues, a través de los instrumentos que el

propio Derecho proporciona, es decir, de las categorías jurídicas encapsuladas o sintetizadas en el principio mismo. Es en la teoría del Derecho donde encontramos, de ese modo, el último asidero de la objetividad de esta operación o, si se quiere, el aseguramiento de que la «discrecionalidad jurídica» no se mude en «discrecionalidad política». Teoría del Derecho cuya validez universal puede ser discutible si se acepta, con LARENZ, que se trata de un sistema de conceptos «concreto-generales» (utilizando una conocida categoría hegeliana) y no generales abstractos. Pero al margen de ello, lo que sí me parece indiscutible es que cuando ese Derecho es la Constitución, la teoría sobre el mismo sólo puede serlo «general-particularizada», es decir, como teoría general de una específica forma jurídica (la de la Constitución democrática) «porque justamente es dentro de esa especificidad donde cabe el uso 'comprensivo' de los términos comunes, es decir, el empleo válido de categorías generales» (34).

## VI. CONTENIDO Y EFICACIA DEL PRINCIPIO DEMOCRATICO COMO PRINCIPIO GENERAL DEL ORDENAMIENTO

### 1. *La democracia como principio jurídico*

La inclusión de la democracia en el contenido de la Constitución obliga a dotar al término democracia de significado jurídico, y ello aun en el caso de que, como tal término, no apareciese formalizado en la norma constitucional. De la misma manera que el federalismo, o el carácter representativo del poder, o la forma parlamentaria de gobierno, por poner algunos ejemplos, son predicables de una Constitución en la medida en que ésta adopte determinados contenidos (o más bien acoja determinadas estructuras) independientemente de que también formalice o no la correspondiente «denominación», el carácter democrático se deriva de un texto constitucional cuando éste cumple determinados requisitos, aunque la palabra democracia no apareciese, literalmente, en ese texto. Y en todos esos casos, la ausencia «literal» de los términos (federalismo, representación, parlamentarismo o democracia) no los dejaría vacíos de significado jurídico constitucional. Serían elementos indispensables para la comprensión e interpretación de la Consti-

---

(34) M. ARAGÓN, *El control como elemento inseparable del concepto de Constitución*, citado, p. 17. Sobre el papel de la teoría de la Constitución en la interpretación constitucional, me remito a mi otro trabajo, también citado, «La interpretación de la Constitución...», especialmente pp. 123 a 130.

tución como cuerpo de Derecho. Es decir, serían términos jurídicamente relevantes (35).

De todos modos, ése no es, sin embargo, nuestro caso, pues la Constitución recoge expresamente el término democracia a la hora de definir la forma de Estado: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...» (art. 1.1). Se trata, pues, de un enunciado constitucionalmente formalizado, lo que quiere decir que no sólo tiene relevancia para el Derecho (por lo que antes se dijo), sino que «es» Derecho positivo, como lo es todo precepto constitucional. El problema reside entonces en dilucidar no ya la condición (que me parece mejor expresión que «la naturaleza») jurídica del término, sino su carácter, esto es, el tipo de prescripción en que consiste el enunciado «España se constituye en un Estado... democrático».

Las disposiciones constitucionales se presentan como prescripciones de valores, principios o reglas. A mi juicio (36), los valores, en sentido estricto, no pueden ser más que materiales (fines en sí mismos y no medios para otro fin), de ahí que de los cuatro valores superiores que la Constitución, en su artículo 1, proclama sólo sean auténticos valores la libertad y la igualdad; la justicia, más que un valor, es una condición del Estado de Derecho, y el pluralismo es sólo una situación que se hace posible por la realización de aquellos dos valores, además de una muy concreta caracterización de la democracia. Realmente, justicia y pluralismo pertenecen, pues, más al campo de los principios que al de los valores.

Las reglas (completas o incompletas) ya sean materiales o estructurales, poseen una conformación típica y bien conocida (37) que impide considerar como tal regla el enunciado «España se constituye en un Estado... democrático». Me parece que ese enunciado encierra, pues, no un valor o una regla, sino exactamente un principio. Un principio que no se «propugna» (como los valores) para que el ordenamiento lo realice (como fin), sino que «es» del ordenamiento, que lo cualifica, esto es, que caracteriza al Estado constitucional y por lo mismo a la totalidad de su Derecho.

Las consecuencias jurídicas que se derivan de considerar a la democra-

---

(35) El problema, por lo demás, es común y perfectamente conocido en la ciencia jurídica. El Derecho opera con categorías que se desprenden del contenido de la norma y no sólo de su mera denominación en ella.

(36) Sobre ello me he pronunciado en mi trabajo, citado, *El control como elemento...*, especialmente pp. 49 a 52.

(37) No viene al caso extenderse sobre la configuración de los enunciados de reglas, sólo quizá señalar que en las reglas incompletamente enunciadas no se rompe por completo la cadena «supuesto de hecho y consecuencia jurídica» por razón de la delegación o del reenvío necesario para la configuración final de ambos extremos.

cia como principio general de la Constitución (y por ello general-fundamental del ordenamiento) son de extraordinaria relevancia. Sin embargo, antes de entrar en esa cuestión ha de intentarse despejar otra: la del contenido del propio principio democrático como principio general.

## 2. *El contenido del principio democrático*

Los principios jurídicos, al igual que las reglas, pueden clasificarse en materiales y estructurales, y estos últimos, a su vez, en procedimentales y organizativos. Así, por ejemplo, principio material es el de la responsabilidad de los poderes públicos, y principios estructurales, los de jerarquía normativa (organizativo) y publicidad de las normas (procedimental). Ahora bien, característica muy singular del principio democrático (derivada de su carácter medular o nuclear, es decir, definitorio de la forma del Estado) es que contenga en sí mismo la doble capacidad de operar como principio material y como principio estructural, o mejor dicho, que posea ambas dimensiones. De tal manera que esa doble capacidad es la que mejor define su carácter de principio vertebral de la Constitución (lo que no ocurriría exactamente si fuese sólo un principio de dimensión material o un principio de dimensión estructural). Como puede notarse, esta postura (que sustento) está conectada con la idea de la complementariedad (y no exclusión mutua) de la democracia sustantiva y la democracia procedimental (38).

Al mismo tiempo, y también por el propio carácter central o nuclear de la democracia como principio constitucional, su mero enunciado sólo es capaz de albergar un contenido excesivamente general, incapaz, por sí mismo, de servir como categoría jurídicamente operativa. Esa es una consecuencia propia de los principios generales, que cuanto más generales más abstractos son. La democracia es el principio más fundamental (por calificador de la forma del Estado) de los principios generales, y ello quiere decir también el más general de todos. De ahí se deriva (y no sólo de la tan repetida y tópica multivocidad del término) su carácter sumamente abstracto, necesitado, para «intervenir» en el ordenamiento, de ciertas conexiones. Pero tales conexiones no tienen por objeto buscar «adjetivos» a la democracia (idea que me parece bastante criticable), sino situar el principio en los distintos niveles o momentos en que jurídicamente opera, así como indagar la dimensión o dimensiones del principio que en cada uno de esos momentos se despliegan.

---

(38) Sobre esa cuestión y sobre la polémica entre la Constitución como norma abierta y la Constitución como sistema material de valores me remito a lo dicho en mi trabajo citado en la nota 36, especialmente pp. 37 a 46.

Para ese cometido me parece que puede ser útil la siempre fértil distinción de HELLER entre poder sobre, de y en la organización. El principio democrático en su significación más general, a la que antes se aludía, posee un contenido dotado de un alto grado (inevitable) de abstracción: la titularidad popular del poder. Ese contenido se concreta en los distintos niveles en que el poder se ejercita. Y así tendríamos, en primer lugar, que examinar el principio democrático como principio *sobre* la Constitución. En ese nivel, la democracia simplemente no puede operar como principio jurídico. No hay Derecho fuera del Derecho. La democracia al margen del ordenamiento puede ser principio político, nunca principio jurídico. La pretensión de la Constitución es, precisamente, la de juridificar la democracia, la de unir democracia y Estado de Derecho (39). Por ello nuestra Constitución no es disponible, jurídicamente, más que a través de los procedimientos en ella previstos para su revisión. El principio democrático, fuera de la Constitución, no tiene forma ni contenido jurídicos, es decir, no cabe oponer, en buena teoría constitucional, democracia a Derecho (40).

La democracia como principio jurídico *de* la Constitución lo que significa es la juridificación del poder constituyente, de la soberanía, o lo que es igual, la atribución jurídica al pueblo de la capacidad de disponer de la Constitución misma, sin límite material alguno (arts. 1.2 y 168 de la Constitución). Aquí el principio democrático tiene, por supuesto, contenido jurídico, pero no material, sino sola y exclusivamente procedimental. Opera, pues, como fuente de validez, pero no de legitimidad.

---

(39) Sobre ello me he pronunciado, con algún detalle, en la conferencia dictada en las Jornadas de Estudios de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado celebrada en mayo de 1987; ese trabajo, en vías de publicación por dicho organismo, tiene por objeto estudiar la eficacia jurídica del enunciado del artículo 1.2 de la Constitución y, por ello, el problema de la ausencia de límites materiales en nuestra reforma constitucional.

(40) Que no hay Derecho sobre la Constitución significa no sólo oponerse a construcciones teóricas como las de MORTATI (Constitución en sentido material) o de SCHMITT (poder constituyente con capacidad de operar al margen de la Constitución misma en casos de excepción, lo que supone la asunción pura y simple del principio monárquico), sino también a cualquier intento de hacer valer el «Derecho natural» por encima de la Constitución (como fue el caso, parece que hoy ya superado, de la Sentencia de 18 de diciembre de 1953 del Tribunal Constitucional federal alemán, postura muy correctamente criticada por HESSE en «Das Grundgesetz in der Entwicklung; Aufgabe und Funktion», en el *Handbuch des Verfassungsrechts* de BENDA-MAIHOFFER-VOGEL, 1983, p. 16; o de la corriente jurisprudencial, hoy también parece que superada, del Tribunal Supremo norteamericano en una determinada época, véase CORWIN, «The 'higher law' background of American Constitutional Law», en la *Harvard Law Review*, 1928-1929).

Es en la democracia como principio jurídico *en* la Constitución donde tal principio despliega todas sus dimensiones (o, si se quiere, su doble contenido material y estructural). El contenido del principio democrático aparece configurado aquí por la Constitución misma, es decir, por la idea de democracia que la Constitución proclama para su propia realización. El principio democrático no es ya el mero principio de validez de la Constitución, sino el principio de su legitimidad y ello significa, por un lado, el soporte de la propia validez constitucional (que es allí y no en la norma hipotética fundamental kelseniana donde hay que buscarlo) y, por otro, el núcleo de comprensión de todo el texto constitucional y la directriz del ordenamiento en su conjunto. No es en el artículo 1.2 de la Constitución donde se encuentra formulado este principio, sino, exactamente, en el artículo 1.1. O, dicho con otras palabras, es el artículo 1.1 el que dota de un determinado contenido al principio democrático *en* la Constitución.

No es objeto de este trabajo analizar el despliegue normativo que tal principio en la misma Constitución alcanza, es decir, su concreción en las propias reglas constitucionales, en las que se proyecta tanto la dimensión material del principio (derechos fundamentales) como su dimensión estructural, ya sea organizativa o procedimental (división de poderes, composición y elección de órganos representativos, etc.). Pretendo, como ya anticipé, estudiar el «principio» y no las «reglas» de la democracia en la Constitución. El estudio de éstas desbordaría inevitablemente el objetivo preciso de la indagación que aquí se intenta acometer. Sin embargo, aunque sea como un *excursus*, deseo dejar patente mi opinión de que la opción de la norma constitucional a favor de la democracia representativa, como proyección del principio democrático, no desvirtúa a este principio, sino que lo confirma. Más de una vez, y con razón a mi entender, se ha alertado sobre las debilidades teóricas que pueden esconderse bajo la idea de la democracia como identidad. Y ello no sólo porque la democracia como identidad parta de un auténtico sofisma (el de la unidad de la voluntad popular como un supuesto del que el Derecho parte, no como el resultado de la composición plural que por el Derecho se obtiene) o porque su desenvolvimiento se deslice inevitablemente por la vía de la «adhesión» e incluso de la «aclamación», que era, para SCHMITT, la «mejor» y más «auténtica» expresión de esa democracia (41), sino, sobre todo, porque la propia realidad desmiente el supuesto «plusvalor» de la democracia directa como democracia *en* la Constitución, es decir, como modo de organización del Estado. La tópica contraposición entre democracia directa (como democracia auténtica) y democracia representativa (como defectuosa democra-

---

(41) *Teoría de la Constitución*, edición española de 1934, p. 282.

cia) no puede salvarse acudiendo al también tópico expediente de razonar que una cosa es el ideal, la teoría, y otra la práctica, y que la mala o defectuosa realización práctica no puede refutar la teoría. Como ha expuesto muy bien BÖCKENFÖRDE (42), no cabe lícitamente separar de esa manera la teoría de la práctica, pues una teoría que no asuma y no reelabore conceptualmente la observación y la experiencia de la realidad y de los procesos de «realización», sino que, por el contrario, se limite a construir afirmaciones inatacables y no experimentadas sobre la base de premisas generalísimas, es simplemente una mala teoría. Una teoría de la democracia en la que concepto y realidad no se separen lleva a la conclusión (y ahí es tajante BÖCKENFÖRDE) de que no puede hablarse de una primacía o de un «plusvalor democrático» de la democracia directa frente a la representativa-indirecta, sino, por el contrario, de que esta última, esto es, la representativa, constituye la forma propia de la democracia, sobre todo, a mi juicio, de la democracia como modo de ejercicio del poder «constituido».

Volviendo nuevamente al examen de la democracia como principio jurídico, y no como el conjunto de reglas de Derecho en que ese principio se proyecta, decía antes que en el principio democrático *en* la Constitución se contienen tanto la dimensión material como la organizativa y procedimental. Tales dimensiones van unidas cuando el principio opera como principio global, o general, de la Constitución y del resto del ordenamiento, nivel en el que no cabe separar medios y fines, es decir, democracia instrumental y democracia sustantiva, precisamente porque ahí la democracia constituye el principio de legitimación del Estado y del Derecho. La dimensión material de la democracia incluye, inexorablemente, a los dos valores materiales que la Constitución proclama (libertad e igualdad), sin cuya realización (siempre inacabada y siempre en tensión, pero que siempre también ha de ser «pretendida») no alcanzan efectividad las garantías procedimentales u organizativas, o, si se quiere, la dimensión estructural de la democracia (43). Es también, en su consideración como principio global, donde tampoco cabe disociar los términos Estado social, democrático y de Derecho, fórmula definitiva (44) compuesta por elementos interrelacionados y que exige, pues, una

(42) *Demokratie und Repräsentation. Zur kritik der heutigen Demokratie-discussion*, 1983.

(43) Me parece que en ese entendimiento es donde cabría encontrar algún sentido teórico al término algo inconcreto de «sociedad democráticamente avanzada» que se utiliza en el preámbulo de la Constitución.

(44) Véase J. J. SOLOZÁBAL, «Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, septiembre-diciembre 1985.

interpretación sistemática o integradora (45). Del mismo modo, la dimensión estructural del principio democrático incluye al pluralismo, que no es exactamente valor material, sino procedimental o, más exactamente, principio de un orden (en el que se realicen la igualdad y la libertad) que el Derecho debe respetar; esto es, situación que deriva de la democracia en sentido material y que ha de garantizarse por la democracia en sentido estructural. Lo que nuestra Constitución llama «valor» justicia, cuyo contenido (como valor) es muy difícil de determinar, más que con la democracia parece enlazar con el concepto de Estado de Derecho.

En la consideración integrada del apartado 1.º del artículo 1 de la Constitución, en la que el principio democrático encierra las diversas facetas o dimensiones que lo caracterizan, reside, pues, el contenido de la democracia como principio legitimador (46) de la Constitución y, por ello, como principio general del ordenamiento todo. Operando de esa manera global, como principio de legitimación, lo hace con su total contenido, es decir, sin que puedan disociarse sus dimensiones material y estructural.

En cambio, el principio democrático también se presenta como principio general-sectorial, es decir, como principio específico de algunos sectores del Derecho, reguladores de órganos y procedimientos. Califica entonces no a la totalidad del Estado o del Derecho, sino sólo a determinadas instituciones cuya composición y funcionamiento la Constitución ordena que sean democráticos. En dicho nivel no se manifiesta la dimensión material de la democracia, sino sólo la estructural. El principio democrático aparece en esos casos como principio organizativo y procedimental, enlazado inmediatamente con el pluralismo, pero no necesariamente con la igualdad y la libertad como valores. Es decir, sin perjuicio de que en esos sectores (como en todos) se proyecte el principio democrático como principio general del ordenamiento (que ello es claro) y por lo mismo dotado de su completo contenido, ocurre que también puede manifestarse en su sola dimensión estructural, separada, ahí, de la faceta material del principio. El problema no es tan complejo como a primera vista pudiera parecer, lo que ocurre es que adquiere más claridad si se sitúa en el mejor lugar para intentar resolverlo, que no es el del contenido (donde sólo cabía enunciarlo), sino el de la eficacia jurídica del principio.

---

(45) Véase J. JIMÉNEZ CAMPO, «Estado social y democrático de Derecho», en el *Diccionario de sistema político español*, Akal, Madrid, 1984, pp. 274 a 282. Y, sobre todo, A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, 1980, especialmente pp. 149 a 168.

(46) Sobre la distinción entre el principio democrático como principio de *validez* de la Constitución y como principio *legitimador* de la Constitución me remito a lo que expongo en mi trabajo citado en la nota 39.

### 3. *La eficacia jurídica del principio democrático*

#### a) *Como principio general-global*

Posee, por supuesto, eficacia interpretativa. Sobre ello no hay duda. Ahora bien, su proyección normativa corresponde al legislador y no al juez, dada la dimensión material (inclusión de los *valores* libertad e igualdad) que comporta. El juez no puede extraer del principio democrático (operando, insistimos, como principio general-global, o como principio legitimador de todo el ordenamiento), inmediatamente, la regla para el caso (en ausencia de reglas, se entiende) por la razón de que no puede proyectar normativamente los valores materiales. Y el Tribunal Constitucional tampoco puede hacerlo, es decir, crear la regla en ausencia de ella o crear la regla para declarar la inconstitucionalidad de la regla creada por el legislador.

#### b) *Como principio general-sectorial*

También está fuera de dudas su eficacia interpretativa; lo que ocurre es que el principio democrático como principio general-sectorial ha de ser a su vez interpretado a la luz del principio democrático en su significado general-global. No se trata de una subordinación entre principios, sino de una relación lógica que imponen la unidad del ordenamiento y el carácter nuclear que el último significado desempeña.

Su proyección normativa corresponde, por supuesto, al legislador, pero también puede (en caso de laguna) corresponder al juez. En la medida en que no incluye valores materiales (el pluralismo no lo es, e incluso resulta discutible que sea, estrictamente valor, aunque la Constitución lo diga, ya que los valores procedimentales son más principios que valores) es capaz de desplegar su eficacia como puro principio jurídico, esto es, ser fuente interpretativa y fuente subsidiaria, pudiendo la jurisdicción extraer inmediatamente de él la regla para el caso (en los supuestos, repetimos en que no la hubiese creado el legislador). El Tribunal Constitucional puede igualmente extraer de principio la regla para el caso, tanto para resolverlo cuando aquélla no existiera como para contrastar la constitucionalidad de una regla creada por el legislador. En resumidas cuentas, el principio constitucional goza aquí, por sí mismo (y no en relación con reglas de la Constitución) de plena eficacia anulatoria de leyes (o derogatoria si éstas son anteriores a la Constitución).

Esa es la doctrina que justamente se encierra en la Sentencia 32/1985

del Tribunal Constitucional (47). En ella se reconoce (fundamento jurídico 2) «que no hay ningún precepto constitucional que expresamente establezca cuál haya de ser la composición de las comisiones informativas municipales, materia que tampoco ha sido regulada por el legislador preconstitucional»; y se afirma (fundamento jurídico 2) «que la inclusión del pluralismo político como valor jurídico fundamental (art. 1.1 CE) y la consagración constitucional de los partidos políticos (...) dotan de relevancia jurídica (y no sólo política) a la adscripción política de los representantes y que, en consecuencia, esa adscripción no puede ser ignorada ni por las normas infraconstitucionales que regulen la estructura interna del órgano en que tales representantes se integran, ni por el órgano mismo en las decisiones que adopte en ejercicio de la facultad de organización que es consecuencia de su autonomía. Esas decisiones, que son, por definición, decisiones de la mayoría, no pueden ignorar lo que en este momento, sin mayor precisión, podemos llamar derechos de las minorías. Siendo ello así, la composición no proporcional de las comisiones informativas resulta constitucionalmente inaceptable». La regla que se extrae del principio del pluralismo democrático (de ahí deriva, más que del solo reconocimiento constitucional de los partidos) es clara: las comisiones informativas «deben reproducir, en cuanto sea posible, la estructura política (del Pleno)» (fundamento jurídico 2).

c) *En el ámbito de las organizaciones no públicas*

La Constitución dota de relevancia, pero no de naturaleza pública, a determinadas organizaciones en razón del papel fundamental político o social que desempeñan (partidos, sindicatos, colegios y organizaciones profesionales), y por ello impone que «su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos» (arts. 6, 7, 36 y 52). Me parece claro que para el Derecho de tales organizaciones rige el principio democrático en su dimensión estructural, pero no en su dimensión material. Y no sólo por la dicción literal de los preceptos ya aludidos y porque la Constitución no proscribiera ideologías (no ilegaliza fines contrarios a los proclamados por la Constitución y auspiciados por individuos o por grupos) (48), sino también porque la dimensión material (los valores a realizar) del principio democrático se impone a los

(47) Resolviendo un recurso de amparo interpuesto por diversos concejales del Ayuntamiento de La Guardia (Pontevedra) contra el acuerdo del Pleno de ese Ayuntamiento, que excluía a los concejales de la oposición en la composición de las comisiones informativas.

(48) Comparto sobre ello la opinión de I. DE OTTO (*Defensa de la Constitución y partidos políticos*, 1985, pp. 29 a 45) y de J. JIMÉNEZ CAMPO («La intervención estatal de pluralismo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, p. 173).

órganos públicos (al Estado), pero no a los particulares. Es en el ámbito del Derecho público donde se exige la realización de la libertad y la igualdad (otra cosa distinta es la debatida eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, ya que ahí se trata de la eficacia de *normas* materiales y no de la eficacia directa de los propios valores que en esas normas encarnan), pero no en el ámbito del Derecho privado, donde el principio democrático que allí se traslade sólo puede albergar la dimensión estructural de su contenido.

K. DOEHRING llega a afirmar que «la democratización en el ámbito de la configuración social, impuesta por el Estado, transporta de modo inaceptable a la esfera de la libertad del ciudadano un modelo que es inexcusable en la configuración de la voluntad política dentro de ese Estado» (49). Esta afirmación puede compartirse, pero sólo en la medida en que se entienda referida a la dimensión material de la democracia, ya que parece correcto, en cambio, que el Derecho pueda imponer una organización y unos procedimientos democráticos a ciertas entidades no públicas pero dotadas de un alto grado de relevancia para el orden social o político.

#### VII. EL PRINCIPIO DEMOCRATICO Y LA RECONSTRUCCION TEORICA DEL DERECHO PUBLICO

Sobre el principio democrático existe una bibliografía de considerable valor (50), donde se trata no sólo la eficacia jurídica de ese principio, sino también su relevancia teórica para la comprensión de determinadas categorías de la ciencia del Derecho (muy particularmente, como es claro, del Derecho público) (51). Sin embargo, me parece que aún no se ha reparado suficientemente en la magnitud del giro teórico que impone la consideración del principio democrático como eje central del Estado constitucional de

(49) «Sozialstaat, Rechtsstaat und Freinheitlich-Demokratische Grundordnung», 1978, se cita de la traducción española «Estado social, Estado de Derecho y orden democrático», en la obra colectiva *Estado social*, edición del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 153.

(50) Para una referencia a los títulos más selectos, basta con citar los que HESSE reproduce en la nota 1 de la p. 50 de su *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14.ª ed., títulos en los que ha de incluirse el propio y admirable capítulo que a la democracia se dedica en ese mismo libro (pp. 50 a 72).

(51) En este último sentido hay que destacar, por ejemplo, el importante papel que el principio democrático desempeña, para la caracterización de las fuentes del Derecho, en la obra de ZAGRABELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del Diritto*, 1984, especialmente en las primeras 86 páginas.

nuestro tiempo. No es este trabajo, por supuesto, el lugar para acometer una tarea de ese tipo, que además excedería, muy probablemente, las fuerzas de su autor. Me limitaré, pues, a señalar brevemente algunas de las consecuencias teóricas que, para ciertas categorías del Derecho público (que elijo sólo a título de muestra), se derivan de la condición nuclear del principio democrático.

En primer lugar para el mismo *concepto de Constitución*, ya que el principio democrático facilita la base más sólida en la que cimentar su condición jurídica y su peculiar significado en el sistema de las fuentes del Derecho. La distinción entre la validez y la legitimidad democrática de la Constitución permite «comprender» jurídicamente la categoría, central, de la soberanía popular, así como las relaciones entre poder constituyente y poder de revisión constitucional (52). También el principio democrático obliga a considerar el control como punto de conexión entre las garantías materiales y procesales de la democracia que la Constitución establece y, en consecuencia, entender que «el control» es «elemento inseparable del concepto de Constitución» (53). En fin, el principio democrático es el único capaz de cimentar la existencia de una teoría general de la Constitución, en el sentido de general-particularizada (única teoría dotada de categorías jurídicamente «válidas»), esto es, en el sentido de teoría de la Constitución democrática, asunto al que ya he aludido alguna vez en las páginas que preceden. En resumidas cuentas, la «positivación» de la democracia supone la vía correcta para revisar la teoría constitucional del positivismo jurídico desde la misma positividad, esto es, sin salirse de los propios instrumentos que el Derecho proporciona. Por este camino (por el mismo y viejo camino hegeliano en el que el fruto refuta a la flor) es factible, en fin, colocar el principio democrático en el lugar en que la teoría clásica del Derecho público colocó al principio monárquico, desplazamiento que todavía, por la inercia de las categorías tradicionales, no se ha llevado a cabo enteramente.

También *el significado y atribuciones del Tribunal Constitucional* deben examinarse a la luz del principio democrático, lo que impide, creo, por ejemplo, considerar al Tribunal como «comisionado del poder constituyente», categoría en sí misma que me parece poco compatible con las exigencias del Estado democrático, en cuanto que ser comisionado del poder constituyente significa poder actuar «como el poder constituyente», «en su propio nombre», para seguir realizando la labor constituyente, es decir, completando la

(52) De ello me he ocupado en mi trabajo citado en las notas 39 y 46.

(53) Ese es el título precisamente del trabajo que dediqué a estudiar ese problema, trabajo ya citado.

que aquel poder dejó inacabada. No hay, a mi juicio, en la Constitución democrática, «comisionados del poder constituyente», ni siquiera lo es el legislador. Lo que hay son órganos constitucionales que poseen las atribuciones que la Constitución les otorga. Es cierto que a veces se emplea el término «comisionado del poder constituyente» en sentido más restringido; así GARCÍA DE ENTERRÍA cuando expresa muy cuidadosamente que el Tribunal es «un verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos» (54). Sin embargo, aun así, reducido correctamente su papel de «comisionado» a preservar la Constitución, no me parece conveniente la utilización del término, en primer lugar porque ese papel ya no sería exactamente el de un comisionado, en segundo lugar porque el Tribunal es también poder constituido (como los demás) que tiene un «cometido», por supuesto, pero que, como órgano constitucional, no actúa «por comisión», y en tercer y último lugar porque el término se presta a una exorbitancia de funciones del Tribunal que no es conveniente ni correcta. Nuevamente tropezamos con la vieja teoría del principio monárquico: el «fondo de poder» se predicaba entonces del monarca y ahora del Tribunal. El principio democrático obliga a considerar al órgano representativo del pueblo, esto es, al legislador, como único poder constituido capaz de «realizar» normativamente la Constitución, es decir, con atribuciones para completar mediante normas jurídicas las partes que el constituyente dejó inacabadas, para rellenar, mediante la ley, las lagunas que en la Constitución existan, para optar, en suma, de acuerdo con las ideas que en cada momento obtengan el apoyo mayoritario del pueblo, por las políticas legislativas que el constituyente dejó perfectamente abiertas (apertura sin la cual el pluralismo carecería de sentido).

El riesgo de la exorbitancia me parece bastante real, y por ello también muy necesario insistir en la corrección y prevención contra ese riesgo que el principio democrático proporciona. Riesgo que a veces fomenta la propia inactividad del legislador (55), pero que a veces también se desprende de un cierto «activismo» del Tribunal. Así, por ejemplo, es de notar la transformación que a mi juicio se ha operado en la jurisprudencia constitucional acerca del papel del legislador de la regulación de los derechos fundamentales. En las

---

(54) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1985, p. 198.

(55) Que me parece el caso de la excesiva carga «configuradora» de la forma territorial del Estado que se hace descansar sobre las espaldas del Tribunal, a lo que me he referido en mi trabajo «¿Estado jurisdiccional autonómico?», en la *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 16, septiembre-diciembre 1986.

Sentencias 5, 6 y 11 de 1981 (entre otras) se reconocía «la amplísima libertad que la Constitución deja en este punto al legislador (...), limitado sólo por la necesidad de respetar el contenido esencial del derecho»; se decía que «en uso de esa libertad, el legislador...»; o que «corresponde (...) al legislador (...) que es representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones del ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pasen más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del artículo 53» (contenido esencial). Aquí se manifestaba, a mi juicio, una buena doctrina, que respetaba la posición que nuestra Constitución democrática pluralista otorga al legislador.

Sin embargo, esa doctrina sufrió alguna transformación en las Sentencias 53/1985 (sobre la Ley del Aborto) y 26/1987 (sobre la Ley de Reforma Universitaria), en las que el Tribunal, en mi opinión, sustituye indebidamente al legislador y aquella «amplísima libertad» que antes se le reconocía queda sustancialmente reducida por el arbitrio del Tribunal. Ya me referí anteriormente a la crítica contenida en algunos de los votos particulares de la primera de las dos sentencias, en las que se señalaba la extralimitación de funciones de la jurisdicción constitucional que esa doctrina comporta. Crítica (con la que estoy de acuerdo) nuevamente reiterada en el voto particular a la segunda de las sentencias formulado por el magistrado RUBIO LLORENTE (y al que se adhiere el magistrado DÍAZ EIMIL): «Mi discordancia frente a la mayoría nace de un entendimiento estricto de mi función como magistrado de este Tribunal, que ha de juzgar sobre la compatibilidad de la Ley con la Constitución, sin sustituir por el propio el criterio del legislador en cuanto a la bondad u oportunidad de las medidas adoptadas.» Para evitar un excesivo activismo judicial, muy poco compatible con el principio democrático, es de esperar que reaparezca en la jurisprudencia constitucional sobre esta materia (derechos fundamentales) la saludable concepción anterior.

Otro ejemplo de los riesgos que se encierran en la noción de «comisionado del poder constituyente» puede detectarse, a mi juicio, en la afirmación hecha por el Tribunal de que solamente él (y no el legislador) está facultado para efectuar interpretaciones «generales» de la Constitución. Esa fue, como se sabe, una de las decisiones contenidas en la Sentencia 76/1983 (sobre la LOAPA), justamente criticada, en este punto, por CRUZ VILLALÓN (56) con

---

(56) «¿Reserva de Constitución?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, septiembre-diciembre 1983.

razones que esencialmente comparto. El Tribunal Constitucional no es el único, sino el supremo intérprete jurídico de la Constitución. Su único (aquí sí) intérprete político es el legislador, y a esa interpretación puede imponerse la del Tribunal porque aquélla sea jurídicamente incorrecta, no porque sea materialmente amplia. El legislador no es poder constituyente, pero el Tribunal tampoco. La diferencia estriba en que precisamente es el legislador (y no el Tribunal) el poder constituido llamado a proyectar (que no es exactamente desarrollar) legislativamente la Constitución. Si cada vez que emana una ley el legislador interpreta la Constitución, el artificio de que lo que le está permitido de modo particular le está vedado, en cambio, de modo general, resulta bastante inconsistente, máxime cuando esa decisión general del legislador presente no puede imponerse al legislador futuro y cuando resulta que la interpretación general (como las particulares) del legislador está sometida al control del Tribunal como supremo intérprete. En el fondo, otra vez se agazapa el principio monárquico: un poder constituyente «latente» entre el poder constituyente formalizado y los poderes constituidos. O con expresión más gráfica: arriba el poder constituyente, abajo los poderes constituidos y en medio (como «comisionado» o «representante en la tierra» —esto es, en el ordenamiento— del poder constituyente) el Tribunal Constitucional. La mejor defensa del Tribunal Constitucional (como institución crucial del Estado de Derecho, idea con la que estoy enteramente de acuerdo y a la que creo haber dedicado buena parte de mi actividad intelectual) reside en sostener que ejerce su función de garante de la Constitución como norma, no de emisario del poder constituyente como voluntad.

De ahí la corrección de su doctrina en uno de los asuntos más polémicos que ha debido resolver: el del recurso contra la Ley Orgánica del Poder Judicial (Sentencia 108/1986). Cuando la Constitución no ofrece con claridad la regla, vale siempre la del legislador. Es éste y no el Tribunal el que está legitimado para adoptar la decisión que el constituyente no quiso tomar. El Tribunal sólo declara la inconstitucionalidad de la ley cuando su contradicción con la Constitución es clara. Cuando tal claridad no existe hay que presumir la «constitucionalidad» del legislador. Y ello significa la aplicación de esa regla esencial en la jurisdicción constitucional: *in dubio pro legislatoris*, que no es sólo una exigencia de la técnica jurídica, sino también, y sobre todo, una consecuencia del principio democrático.

Es el principio democrático, con el contenido que más atrás se ha examinado, asimismo una pieza clave para reexaminar el *concepto de ley*; el que explica que la ley no es desarrollo de la Constitución (como el Reglamento sí lo es de la Ley) y el que conduce a entender que la ley, si bien ya no es fuente primaria (que lo es la Constitución) sigue siendo, no obstante, «la fuen-

te 'primordial' del ordenamiento» (57), esto es, la norma de Derecho que, bajo la Constitución, se ocupa de configurar general e inmediatamente las relaciones jurídicas en el seno de una sociedad. Esto no significa «relegar» a la Constitución, pero sí «revalorizar» la ley como Derecho de emanación democrática. Y en ese sentido, el viejo concepto de *reserva de ley*, elaborado a partir del principio monárquico, precisa de una nueva fundamentación. La reserva de ley en sentido estricto, esto es, a la Ley del Parlamento (frente a las disposiciones del Gobierno con fuerza de ley, y no sólo frente al Reglamento) no puede entenderse hoy sólo como un medio de asegurar al único poder representativo (el Parlamento) la normación de determinadas materias para hacerlas inmunes a la acción normativa del monarca (poder no representativo). Aquella construcción se basaba, pues, en la contraposición entre democracia (Parlamento) y autocracia (monarca) o, si se quiere, en la bipolaridad principio democrático-principio monárquico. Hoy, como se decía, no puede ser ésta la sustentación teórica de la reserva, pues ni el monarca tiene poder normador, ni el Gobierno, que es hoy el titular del Ejecutivo, es de naturaleza autocrática, sino también representativa, ya sea directa en los regímenes presidencialistas o indirecta en los parlamentarios (58). En nuestro Estado constitucional es cierto que los representantes directos de la voluntad popular son los parlamentarios y no el Gobierno, pero no cabe negar que éste también emana de la voluntad popular.

En esos términos, la reserva de ley tendría un débil fundamento si sólo se sostuviese en la contraposición órgano de representación popular directa (Cortés)-órgano de representación popular indirecta (Gobierno). Entendida la democracia como democracia pluralista, el Parlamento como órgano de representación de *todo* el pueblo y el Gobierno sólo como órgano de representación de la mayoría, la reserva a la ley de determinadas materias no significa sólo la reserva al órgano más (directamente) democrático, sino también al órgano que por contener la representación de la pluralidad de opciones

---

(57) Sobre una vigorosa defensa «constitucional» de la ley, véase L. DÍAZ-PICAZO, «Constitución. Ley. Juez», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, septiembre-diciembre 1985.

(58) Lo que hoy se aprecia es en realidad un acercamiento entre la forma presidencial y la forma parlamentaria de Gobierno en los Estados de democracia constitucional. Subsisten, por supuesto, diferencias estructurales claras, pero, desde el punto de vista de la «representación», la proximidad me parece evidente. No es éste el lugar para extenderse sobre la cuestión, a la que ya he aludido también en mi trabajo «El control parlamentario como control político», en *Revista de Derecho Político*, núm. 23, 1986, p. 34. Me remito a lo que expone (en la misma línea de interpretación) RUBIO LLORENTE en su trabajo «El control parlamentario», en *Revista Parlamentaria de Habla Hispana*, núm. 1, 1985, especialmente pp. 94 a 99.

políticas permite que todas ellas (y no sólo la opción mayoritaria) participen en la elaboración de la norma. Esto es, significa, sobre todo, la reserva a un determinado tipo de procedimiento de emanación normativa (el procedimiento legislativo parlamentario), dotado de las características de contraste, publicidad y libre deliberación que le son propias y que lo diferencian sustancialmente del procedimiento de elaboración normativa gubernamental. La decisión final configuradora de la ley es claro que queda en manos de la mayoría parlamentaria, pero ello no priva de valor al hecho de que se garantiza a la minoría su derecho al debate, garantía jurídicamente relevante, hasta tal punto que es precisamente en el principio del pluralismo democrático donde me parece que debe anclarse hoy la teoría de los vicios sustanciales en el procedimiento legislativo. Ocurre aquí algo muy próximo a lo que sucede en la teoría del *control parlamentario*, categoría que precisa, para su correcto entendimiento, de conexión inmediata con el principio de la democracia pluralista para evitar nociones distorsionadas del control o simplemente equiparaciones inexactas entre control y remoción o entre control y mera comprobación. Esa conexión es, por lo demás, la que proporciona los instrumentos teóricos para distinguir el control «en» el Parlamento del control «por» el Parlamento (59).

En fin, y por examinar un último ejemplo (60), otra figura necesitada de reconstrucción teórica a la luz del principio democrático es la del *referéndum consultivo*. La primera precisión que habría de hacerse es que «consultivo» no se contrapone necesariamente a «vinculante», sino a «ratificador» o «sancionador». En una Constitución que atribuye al pueblo la soberanía, el resultado del referéndum nacional siempre es vinculante para el poder, aunque ese referéndum sea consultivo. Ocurre simplemente que es necesario establecer ciertas distinciones acerca de los tipos de referéndums previstos en la Constitución. Dejando al margen los de tipo regional (o autonómico) e incluso municipal (previstos no en la Constitución, pero sí en la legislación reguladora del régimen local) y fijándonos sólo en los de ámbito nacional, es decir, en los que tienen por sujeto al único soberano: el pueblo español en su con-

---

(59) De ello trato con algún detalle en mi trabajo citado en la nota anterior.

(60) La muestra, como antes dije, no es ni mucho menos exhaustiva. En realidad, casi todas las categorías del Derecho público están necesitadas de esta «reconstrucción». Piénsese en el propio concepto de Reglamento, tan vinculado, por acción o reacción, al principio monárquico, vinculación que ha de abandonarse si se pretende, lo que me parece necesario, encajar la potestad reglamentaria en el marco de las exigencias de un Estado *social* y democrático de Derecho. Reflexión que habría de extenderse a la misma «función de Gobierno» como categoría o a esa otra tan necesitada de precisión como es la del «autogobierno» del Poder Judicial.

junto, la diferencia sustancial entre el referéndum para la reforma de la Constitución (arts. 167 y 168) y el referéndum previsto en el artículo 92 reside en que el primero es de ratificación o sanción y el segundo consultivo; ello es claro y pacífico, por lo demás. Ahora bien, lo que ya no es tan pacífico (pero creo que sí claro) es la diversidad de consecuencias que en una Constitución democrática para uno y otro tipo de referéndum se derivan.

En el referéndum para la reforma constitucional el pueblo *sustituye* al poder «decisorio» del Estado o, más exactamente, al poder decisorio del órgano del Estado que posee, por excelencia, la capacidad normadora: el Parlamento, así como al órgano del Estado que posee en nuestro ordenamiento la facultad sancionadora de la norma: el Jefe del Estado. Ello no significa, como es sabido, el desplazamiento en todo el proceso, sino sólo en su fase final. El pueblo sustituye a las Cortes Generales y al Monarca en el acto de decisión definitiva sobre la norma (61). De ahí (aparte de otras razones que giran sobre la diferencia *sustancial* entre Constitución y Ley) que las reformas de la Constitución (que ratifica o sanciona el pueblo en referéndum y no el Rey) no sean «leyes de reforma» (62), sino exactamente «reformas de la Constitución», es decir, normas constitucionales (Constitución misma desde que son promulgadas) y no normas legales. De todos modos, existe, a su vez, una diferencia esencial entre el referéndum previsto en el artículo 168 y el previsto en el artículo 167. En el primero, la voluntad popular se expresa como voluntad soberana, sin límite material alguno y sólo con los límites procedimentales que su «juridificación» impone. Como ya se dijo en otra parte de este trabajo, el artículo 168 lo que hace es juridificar el poder constituyente. Por el contrario, en el segundo, la voluntad popular no se expresa como voluntad soberana, sino como voluntad materialmente limitada. Aquí hay no un poder constituyente juridificado, sino un poder estrictamente de reforma, es decir, un poder cuyo ámbito de actuación (y no sólo cuyo procedimiento) está limitado por la propia Constitución. Por ello es correcto que en ese supuesto (el del art. 167) el referéndum pueda ser optativo, lo que sería impensable en el referéndum del 168, ya que ningún poder del Estado puede sustituir al pueblo en su soberanía.

---

(61) Que la facultad sancionadora del monarca sea un acto debido no evita la necesidad de la sanción para que la ley nazca. No es irrelevante, pues, ni mucho menos, que en este referéndum se sustituya también esa facultad.

(62) No coincido, pues, con J. PÉREZ ROYO (*Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 37 a 44) y me parece criticable que el Reglamento del Congreso, en su artículo 147.1 (a diferencia de lo que correctamente se hace en el artículo 146 y en el resto de los párrafos del mismo artículo 147), aluda no a los proyectos o proposiciones de reforma, sino a los proyectos y proposiciones de *ley...* de reforma.

Muy otra es la situación en el referéndum del artículo 92 de la Constitución. La consulta al pueblo no tiene por objeto sustituir en su totalidad al órgano decisorio del Estado que posee esa competencia. Es decir, al pueblo no se le confiere la sanción o ratificación de la decisión, sino sólo el veto. La consulta es facultativa, claro está, pero vinculante. Su resultado negativo impide (no puede un órgano del Estado actuar frente al veto de la voluntad popular formalmente expresado) que la decisión pueda adoptarse. Su resultado positivo no dota por sí solo de eficacia jurídica a la decisión, puesto que ha de ser «ratificada», adoptada, después (eso sí, necesariamente) por el órgano estatal competente para ello (63). Pero se trata de algo más: el pueblo, que no sustituye al órgano «emanador», tampoco sustituye al órgano «configurador», es decir, el referéndum del artículo 92 no es un medio de endosarle al pueblo la decisión que el poder es incapaz (por impericia o por temor) de adoptar, sino de comprobación de que la voluntad del pueblo coincide o no con la voluntad del poder. De tal manera que, previamente al referéndum, la decisión ha de estar *configurada y tomada* (aunque todavía sin eficacia jurídica, como es claro) por el órgano estatal competente, que no puede esquivar sus responsabilidades ni hurtarle al pueblo el contenido de su voluntad. Y ello significa que la decisión ha de estar formalmente aprobada por el órgano competente y pendiente sólo de su ratificación por el órgano que expresa la voluntad final del Estado: el Monarca (64). Y entre los dos

---

(63) Ni que decir tiene que las reformas constitucionales ratificadas en referéndum y la decisión política adoptada conforme al resultado del referéndum del artículo 92 están sujetas a control de constitucionalidad (aunque en el último supuesto sería difícil dado el carácter no legislativo que al objeto de ese referéndum parece atribuir la dicción literal del propio artículo 92). La sumisión al control (por inconstitucionalidad formal en el caso del 168 y por inconstitucionalidad material en el caso del 167) deriva de que la voluntad popular «vale» como Derecho en la medida en que se expresa «de acuerdo con la Constitución». Lo contrario sería negarle a los artículos 167 y 168 el carácter de normas jurídicas, tesis imposible de compartir sin destruir el carácter jurídico de la Constitución en su conjunto. Las dificultades políticas de un control de ese género no pueden suponer, de ningún modo, su jurídica erradicación.

(64) No es pensable ninguna «decisión política de especial trascendencia» que no deba ser ratificada por el Jefe del Estado. Aunque se admita que el referéndum consultivo no puede tener por objeto leyes (y, por tanto, no opera la sanción), no puede negarse que el acto habría de adoptarse necesariamente bajo la forma de decreto (que habría de «expedir» el Rey). La ratificación o denuncia de un tratado internacional requieren, como es claro, la firma del Monarca (se estaría, dentro, pues, del supuesto que consideramos), pero si ese tratado fuese de los que precisan autorización de las Cortes Generales y, además, su contenido innovase «normativamente» el ordenamiento, esto es, fuese «norma» jurídica en sentido estricto y no «acto», parece bastante discutible que, en ese caso, pueda ser objeto de referéndum.

trámites se produce el referéndum, cuyo resultado permite (si es positivo) o impide (si es negativo) que se lleve a cabo la ratificación, es decir, que definitivamente se adopte o no la decisión estatal. Ese es, a mi juicio, el significado del referéndum del artículo 92 (el principio democrático que obliga a dotarlo de fuerza vinculante obliga también a que el poder no esconda ante el pueblo su responsabilidad), que, dicho sea de paso, no fue exactamente el que se puso en práctica en la única ocasión en que este referéndum se ha utilizado.

