
PABLO NUEVO



PLURALISMO Y BIEN COMÚN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

RECIBIDO MAYO 6. EVALUADO JULIO 21

RESUMEN

En el presente artículo, el profesor Pablo Nuevo analiza las consecuencias que el abandono de la doctrina del bien común tiene en el derecho constitucional, a partir del estudio de la incorporación de valores al ordenamiento jurídico que realiza la Constitución Española de 1978. Esta incorporación parecería dotar de contenido material a la Constitución, que pasa a estar al servicio de la dignidad de la persona y de los valores de justicia, libertad, igualdad y pluralismo político.

No obstante esta positivación de un orden axiológico, a juicio de Nuevo, el entendimiento que el Tribunal Constitucional ha realizado del valor pluralismo contribuye a debilitar el propio Estado constitucional pues el Tribunal, de la mano del principio democrático y de la soberanía popular, ha interpretado el valor pluralismo como relativismo, negando a los valores un fundamento más allá del consenso. Entender el pluralismo como igual legitimidad de toda representación del hombre y del mundo, que funda un derecho a seguir dicha concepción en todos los aspectos de la vida social, favorece que los postulados de la Constitución sean entendidos como significantes sin significado, debiendo éste ser construido a partir del principio mayoritario, lo que conduce tanto al debilitamiento de los derechos fundamentales, como a la progresiva erosión de las condiciones sociales en que puede favorecer el Estado constitucional. Como subraya el autor, el Estado moderno vive de presupuestos que no puede crear, pero sí en todo caso destruir.

De igual manera, para el profesor el constitucionalismo liberal, pluralista e individualista de nuestros tiempos, carece de herramientas conceptuales para solucionar las aporías que plantea las sociedades occidentales de nuestro tiempo, que se debaten entre el miedo al Leviatán y la inseguridad de un mundo anómico. El autor sostiene que solo con una vuelta a la ley natural es posible ordenar la vida política de manera que efectivamente se respete la dignidad de la persona.

PALABRAS CLAVE

Pluralismo, bien común, límites constitucionales, neutralidad estatal, democracia, orden político.

ABSTRACT

In this article, Professor Pablo Nuevo analyzes the consequences that neglect of the doctrine of common good is bringing on Constitutional Law. He bases his analysis from the incorporation of values to the code of laws executed by the Spanish Constitution of 1978. It may seem that this incorporation endows the Chart with a material content by which it turns to the service of the individual's dignity and the values of justice, liberty, equality, and political pluralism.

Notwithstanding this *positivation* of an axiological order, in Prof. Pablo Nuevo's opinion the understanding that the Constitutional Court has made of the value of pluralism helps weaken the constitutional State itself.

Prof. Pablo Nuevo believes that the Constitutional Court, hand by hand with the principle of democracy and the people's sovereignty, has construed the pluralism value as relativism, thus denying the values a foundation beyond consensus. Understanding pluralism as equal legitimacy for every representation of humankind^(*) and the world, which founds a right to follow this conception in all the aspects of social life, favors Constitution postulates to be understood like signifiers with no significance, meanings with no meaning, this having to be built form the majority principle.

This leads to both the weakening of fundamental rights and the gradual erosion of the social conditions the constitutional Estate may favor. As stressed by the author, the modern Estate lives on assumptions that it cannot create but, indeed, in any case destroy.

In Prof. Pablo Nuevo's opinion, the liberal, pluralistic and individualistic constitutionalism of our times lacks the conceptual tools needed to untangle the state of uncertainty and doubts posed by our present western societies torn between their fear of Leviathan and the insecurity of an anomy world. The author argues that only by turning around natural law it is possible to organize political life as to effectively respect the dignity of the human being.

KEY WORDS

Pluralism, common good, constitutional limits, state neutrality, democracy, political order.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PLURALISMO POLÍTICO EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL. 2.1. PLURALIDAD DE PLURALISMOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 2.2. LA FALTA DE LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y SU PROYECCIÓN EN EL SIGNIFICADO DEL PLURALISMO. 2.3. PLURALISMO Y NEUTRALIDAD ESTATAL. 3. PLURALISMO Y DIGNIDAD DE LA PERSONA. 3.1. DEMOCRACIA Y NORMA FUNDAMENTAL DE LA CONSTITUCIÓN. 3.2. LA CUESTIÓN DE LAS OBJECIONES DE CONCIENCIA. 3.3. SOCAVACIÓN DE LOS CIMIENTOS DEL ESTADO. 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de estas líneas es realizar un estudio sobre el pluralismo y el bien común en el derecho constitucional, para analizar cómo influye en el Estado el pluralismo político como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 de la Constitución española [CE]). A mi entender, está justificado abordar este tema desde el derecho constitucional y no solo desde la perspectiva de la filosofía política o jurídica, por cuanto es en la Constitución, como norma jurídica fundamental y fundamentadora del ordenamiento, donde puede encontrarse el problema de la tensión entre la unidad de la voluntad estatal y las consecuencias del pluralismo político.

Ernesto Benda señala que la tarea esencial de cualquier política consiste en conciliar, cuanto sea posible, libertad individual y bien común, y precisa –en el contexto de la República Federal Alemana– que “la Ley Fundamental intenta equilibrar las tensiones entre individuo y *res publica*, por un lado mediante la garantía de los derechos fundamentales; por otro, estableciendo límites y obligaciones sociales”¹.

Esta afirmación de Benda pone de manifiesto uno de los temas centrales de la ciencia jurídico-política, como es la armonización de la pluralidad existente en toda comunidad política. Tal armonización debe reconducir la pluralidad hacia una cierta unidad para evitar que su sola mención resulte en anarquía y descomposición social, y obviar que el intento de llevar a la unidad a las personas y grupos sociales, aniquile sus particularidades y degenera la vida social en totalitarismo (lo cual negaría la convivencia democrática que, según se desprende del preámbulo, pretende garantizar la Constitución española).

Ahora bien, ¿cómo sucede esto en el constitucionalismo contemporáneo? Miguel Ayuso² ha resumido las características del constitucionalismo como expresión de una ideología jurídico-política que excede la mera técnica de las leyes funda-

1 BENDA, E. 'Dignidad humana y derechos de la personalidad'. En: volumen colectivo *Manual de derecho constitucional*. BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE. 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 119.

2 AYUSO, M. *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*. Madrid, Ed. Criterio, 2000, pp. 47 a 59.

mentales de la comunidad política: Constitución como norma jurídica que reconoce los derechos fundamentales y conforma toda la vida social (no solo la organización política, sino la totalidad de las relaciones sociales; un ejemplo de este fenómeno puede encontrarse en la constitucionalización del derecho civil o en la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros), en el marco de un proceso de secularización de la vida social y política³.

En la ideología propia del constitucionalismo contemporáneo, además, la Constitución no solo es norma jurídica en sentido formal, sino también en sentido material, al positivizar un sistema de valores.

En su conocido trabajo *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, y a propósito de esta evolución del constitucionalismo, García de Enterría señala que “la Constitución es un instrumento ético al servicio de los valores sustantivos”⁴, lo cual no es óbice para la significación inequívocamente jurídica de este sistema material de valores⁵.

Por lo que se refiere a estos valores sustantivos (entrando con ello en la cuestión del pluralismo político), y dado que el Estado debe ser “neutro” en lo que se refiere a valoraciones morales, lo sustancial de los mismos sería definir un espacio abierto que haga factible el juego de las posibles alternativas, de tal manera que “lo esencial de la Constitución no sería una cierta concepción del hombre, sino construir la vida social y política como un proceso indefinidamente abierto”⁶, lo que nos lleva a una primacía del pluralismo y la democracia entre todos los valores constitucionales.

Esta afirmación del pluralismo como admisión de visiones enfrentadas de lo que es el hombre y la vida social, plantea algunas cuestiones problemáticas a la misma vida comunitaria. Y es que, como pone de manifiesto Conrado Hesse refiriéndose a la función de integración de la Constitución, “allí donde, partiendo de la pluralidad de voluntades, ya no es posible formar una voluntad conjunta vinculante quiebra el Estado como unidad política de acción”, señalando, respecto de la Ley Fundamental de Bonn, que “la tarea fundamental de la integración la cumple la Constitución mediante sus derechos fundamentales”⁷.

¿Cuál es el estado de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional? Parejo Alfonso⁸ sostiene al respecto que los valores de nuestro ordenamien-

3 El propio Tribunal Constitucional, con ocasión de su pronunciamiento en relación con la promesa o juramento constitucional de los diputados de Herri Batasuna (HB) [coalición de partidos independentistas de extrema izquierda, ilegalizada por el Tribunal Supremo mediante Sentencia de fecha 23/03/2003] ha puesto de manifiesto, bien que dentro de un razonamiento tangencial a la cuestión debatida, esta la relación entre constitucionalismo contemporáneo y secularización del poder, STC 119/1990, de 21 de junio.

4 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Ed. Civitas, 1982, p. 47.

5 *Ibid.*, p. 100.

6 *Ibid.*, p. 101.

7 HESSE, C. ‘Constitución y derecho constitucional’, en *Manual de derecho constitucional*, p. 3.

8 PAREJO ALFONSO, L. *Constitución y valores del ordenamiento*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 117-149.

to jurídico-constitucional son los enunciados en el art. 1.1 CE y la dignidad de la persona, los cuales son además los conceptos claves de la Constitución, siendo los derechos fundamentales formas de realizar esos valores.

Pues bien, este es el núcleo de las presentes líneas, ya que de la caracterización del pluralismo que logremos deducir de nuestro sistema jurídico-constitucional dependerá cómo hayan de entenderse los derechos fundamentales y la misma vida comunitaria. En este sentido, considerar el pluralismo como un pluralismo axiológico absoluto vuelve a llevar la primacía de la Constitución al campo formal (dado que el campo material sería la falta de límites de las decisiones formales, esto es, el proceso abierto y público de discusión democrática), con el riesgo de que se produzca un debilitamiento de los derechos fundamentales.

2. EL PLURALISMO POLÍTICO EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL

2.1. Pluralidad de pluralismos en la Constitución española

La Constitución, en su art. 1.1, propugna el pluralismo político como uno de los valores superiores del ordenamiento. A su vez, en el art. 6 señala que “los partidos políticos expresan el pluralismo político”, y por lo tanto son “instrumento fundamental para la participación política”. En consecuencia, parecería que en el orden constitucional el valor pluralismo –vinculado a la cláusula de Estado democrático– implicaría simplemente la necesidad de que la voluntad estatal (y la determinación de los representantes de la nación que expresan dicha voluntad) sea formada a partir del resultado de elecciones democráticas. Esta primera interpretación se vería reforzada por el adjetivo de “político” que acompaña al pluralismo en el art. 1.1 CE.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la Constitución es un marco lo suficientemente amplio en el que cabe las distintas opciones políticas y corresponde al propio Tribunal mediante la interpretación constitucional, fijar límites dentro de los cuales puedan plantearse legítimamente dichas opciones políticas (STC 4/1981, de 2 de febrero).

No obstante esta primera aproximación, a nuestro entender el pluralismo tiene un sentido mucho más amplio en la Norma fundamental.

Así, como consecuencia de una de las mayores transformaciones que ha realizado la Constitución en la articulación del Estado, podemos apreciar un pluralismo institucional y jurídico, con proyecciones lingüísticas y simbólicas. Consecuencia lógica del reconocimiento por parte del art. 2 CE de la autonomía de las nacionalidades y regiones “para la gestión de sus respectivos intereses” (art. 137 CE) es la existencia de una pluralidad de entes políticos de base territorial distintos del Estado (las Comunidades Autónomas), con su propio sistema institucional y su propio ordenamiento jurídico integrado en el sistema jurídico global-estatal. Nacionalidades y regiones institu-

cionalizadas en Comunidades Autónomas con su propia lengua (oficial junto con el castellano), sus símbolos, etc.⁹

Al profundizar en esta vertiente del pluralismo, gran parte de la doctrina considera que el significado del mismo en la Constitución es mucho mayor. Así, Lucas Verdú¹⁰ distingue cuatro vertientes del pluralismo, valor que verifica la libertad y atempera la igualdad:

- Vertiente autonómica, en el art. 2 CE: “La Constitución (...) reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (...)”.
- Vertiente lingüística, en los apartados 2 “Las demás lenguas españolas ...” y 3 “La riqueza de las modalidades lingüísticas de España ...” del art. 3 CE.
- Vertiente simbólica, en el apartado 2 del art. 4 CE: “Los Estatutos podrán reconocer banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas (...)”.
- Vertiente político-social, en los artículos 6 (partidos políticos) y 7 (sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales).

Por su parte, Puy Muñoz¹¹ entiende que el pluralismo consagrado por la Constitución es total, es decir, que además de político en sentido estricto es pluralismo social, lingüístico, moral, valorativo, simbólico, jurídico, técnico, organizativo, institucional, asociativo, religioso y cultural. Dentro de esta caracterización podemos distinguir aquellas manifestaciones que vienen exigidas por la naturaleza de las cosas (pluralismos “forzosos”, como la pluralidad de municipios) y aquellas otras que traen causa de una elección del Constituyente (como el pluralismo religioso, el territorial, etc.).

Sin negar la existencia de estas manifestaciones o vertientes, el Tribunal Constitucional¹² ha empleado el valor pluralismo en cuatro campos.

En primer lugar, a la hora de dotar de capacidad de acción al legislador, en materia de derechos fundamentales, y como reverso de la garantía del contenido esencial. Precisamente por ser la Constitución un marco amplio de acción dentro del cual son admisibles determinaciones distintas en función de las plurales y legítimas opciones políticas, a la hora de desarrollar legislativamente lo previsto en la Constitución, estas opciones políticas gozan de libertad para legislar en

9 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Estudios sobre autonomías territoriales*. Madrid, Ed. Civitas, 1984. También SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, Ed. Ceura, 1992.

10 LUCAS VERDÚ, P. ‘Comentario al art. 1’. En Óscar Alzaga (dir.), *Comentario a las leyes políticas*, Madrid, Edersa, 1983, p. 65 y ss.

11 PUY MUÑOZ, F. ‘El pluralismo en la Constitución de 1978 y el art. 1.1’. En *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, p. 367 y ss.

12 Cfr. SANTAMARÍA IBEAS, J. J. *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid, Dykinson, 1997.

el sentido que consideren más oportuno, con el único límite del respeto a la Norma fundamental y a las reglas democráticas del juego¹³.

En segundo lugar, el Tribunal ha empleado el pluralismo para perfilar una técnica jurisdiccional objetiva para solucionar problemas relativos a la composición de órganos colegiados, en el sentido de que deben reflejar la pluralidad existente en la sociedad o –en el caso de órganos colegiados de gobierno de una institución parlamentaria, estatal o autonómica– en la propia Cámara¹⁴.

En tercer lugar, el pluralismo ha sido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional un concepto clave para determinar el papel de los partidos en una sociedad democrática, actuación que en este régimen ha destacado de la mano del art. 6 CE, por lo tanto, éstos se constituyen en piezas básicas del funcionamiento del Estado social y democrático de derecho¹⁵.

Finalmente, el Tribunal ha acudido al valor pluralismo poniéndolo en relación con libertades individuales, especialmente con el papel de los medios de comunicación en una sociedad democrática, o para extender el alcance del derecho a la información y a la libertad de expresión¹⁶.

Respecto a estos campos, el Tribunal Constitucional ha razonado vinculando el pluralismo al ámbito más estrictamente político, bien sea para garantizar la representación plural de la sociedad española, o para garantizar la pluralidad informativa que hace posible tal representación.

13 Cfr. a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero. También, *vid.* la STC 6/1984, en cuyo fundamento jurídico 5 estableció el Tribunal que “el pluralismo político, que es uno de los valores superiores del ordenamiento (artículo 1 de la Constitución), permite contemplar en el marco de la Constitución diversas soluciones legales”.

14 Cfr. STC 32/1985, de 6 de marzo. A juicio del Tribunal:

“es claro, en efecto, que la inclusión del pluralismo político como un valor jurídico fundamental (art. 1.1 CE) y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo, cauces para la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos (art. 6), 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 el 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”.

15 Así, en la STC 85/1986, de 25 de junio, el Tribunal puso de manifiesto que:

“la colocación sistemática de este precepto (del art. 6 CE) expresa la importancia que se reconoce a los partidos políticos dentro del sistema constitucional, y la protección que de su existencia y sus funciones se hace, no sólo desde la dimensión individual del derecho a constituirlos y a participar activamente en ellos, sino también en función de la existencia del sistema de partidos como base esencial para la actuación del pluralismo político”.

Cfr. también la STC 107/1991, del 13 de mayo. En esta sentencia, y precisamente por la importancia que tienen los partidos en un régimen democrático, el Tribunal destacó que “ciertamente, no cabe negar la posibilidad, fruto del pluralismo político, de que una misma corriente ideológica pueda tener diversas expresiones políticas”.

16 Cfr. la STC 74/1982, del 7 de diciembre, en la que el Tribunal consideró, a propósito del pluralismo y la televisión privada, que los valores del art. 1.1 son los valores fundamentales del Estado. Igualmente, la STC 12/1982, de 31 de marzo, también relativa a esta misma cuestión, en donde el Tribunal habló del “reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”.

Ahora bien, junto a estos campos hay otros en que –si bien el Tribunal no razona expresamente aplicando el pluralismo consagrado en el art. 1.1 CE– la cuestión del pluralismo ha afectado enormemente a la interpretación constitucional. A título de ejemplo podemos hacer referencia a las consideraciones sobre la existencia o no de un modelo constitucional de familia, que, a mi entender, ilustran el efecto irradiador del pluralismo en la interpretación de la Constitución.

En la Sentencia 116/1999, del 17 de junio, el Tribunal Constitucional consideró que, precisamente por el pluralismo presente en la sociedad (valor superior del ordenamiento jurídico), la interpretación del art. 39 CE hace que no haya un concepto constitucional de familia.

En dicha sentencia, el Tribunal señaló lo siguiente:

“Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, ni existe ninguna restricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura –en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales– esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural”.

Y el Tribunal ha hecho esta interpretación a pesar de los artículos 32 y 39, y de la cláusula interpretativa del 10.2, esto es, aun cuando una interpretación sistemática de los artículos citados y de los textos internacionales, en los que se vincula matrimonio, familia y edad núbil –es decir, edad reproductiva–, llevan a que la CE deba proteger a la familia fundada en el matrimonio, la llamada “familia tradicional”¹⁷.

Podrá decirse que el Tribunal ha empleado, en esta sentencia, el pluralismo de una forma tangencial; pero a nuestro entender lo relevante es esa expresión de que a la sociedad plural le corresponde una pluralidad de modelos familiares, pues es precisamente ese argumento el que inclina la interpretación del Tribunal.

Como poníamos de manifiesto anteriormente, a nuestro entender, una interpretación sistemática de la Constitución y de los textos internacionales lleva a considerar que hay un concepto constitucional de familia, la fundada en el matrimonio, y que es esta familia la constitucionalmente protegida por el art. 39 CE.

En efecto, como ha señalado Martínez López-Muñiz, después de disponer en su apartado 1 que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”, el art. 39 CE, en su apartado 2, establece la obligación de los poderes públicos, “asimismo”, de proteger a los hijos –con independencia de

17 Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. ‘La familia en la Constitución española’. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, enero-abril de 2000.

su filiación- y a las madres –cualquiera sea su estado civil-. Si atendemos al sentido lógico de las expresiones constitucionales, lo que señala el art. 39 es que los poderes públicos tienen que proteger a la familia, y precisamente porque la familia que tienen que proteger es la que nace con el matrimonio, señala el apartado 2 del mismo precepto que además, para evitar discriminaciones y situaciones injustas, deben proteger a los hijos que nacen fuera del matrimonio y a las madres solteras. Y señala esto, como no podía ser menos, porque los hijos nacidos dentro del matrimonio y las madres cuyo estado civil es el de casadas encuentran ya amparo en la protección genérica de la familia contenida en el apartado 1 del precepto.

Esta interpretación no solo impone la redacción del precepto, sino, como apuntábamos antes, los textos internacionales. De conformidad con el art. 12 del Convenio del Consejo de Europa de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, ratificado por España mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979, “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

Igualmente, la Declaración Universal de derechos humanos y los Pactos de Nueva York de derechos civiles y políticos, vinculan edad núbil, matrimonio y familia, de manera que es el matrimonio el vínculo esencial fundante de la familia, y por proyección de las normas internacionales en la interpretación de los arts. 39 y 32 CE, también de la constitucionalmente protegida.

Pues bien, a pesar de estas consideraciones, y a nuestro entender precisamente por el pluralismo, el Tribunal se ha decantado por considerar que no existe un concepto constitucional de familia.

Más allá del ejemplo concreto, lo que revela esta interpretación es que a juicio del Tribunal parece que el pluralismo carece de fundamento real, o mejor, que el pluralismo es consecuencia de la falta de fundamento real del resto de valores constitucionales. Esta falta de fundamento de los valores determina que el valor principal, casi único, sea el respeto formal a las reglas del juego democrático, esto es, la articulación de un procedimiento para reconducir el pluralismo existente a una manifestación común de voluntad.

Y es que, como señala Jiménez Campo¹⁸, “no existe límite ideológico de tipo alguno que pueda decirse derivado de la Constitución para constreñir la libre expresión del pluralismo”, lo cual se traduce, además, en la posibilidad de reforma total del texto constitucional.

2.2. La falta de límites a la reforma constitucional y su proyección en el significado del pluralismo

Para determinar el significado exacto del pluralismo en nuestro orden constitucional, a continuación trataremos este tema en relación con la ausencia en el Texto fundamental de 1978 de una cláusula de intangibilidad que establezca límite material alguno a la reforma constitucional. Además, para ilustrar esta significación constitucional compararemos la decisión del Constituyente español con la del Constituyente alemán de la posguerra mundial, pues a nuestro entender la diferente regulación parte de una distinta decisión constitucional básica acerca del fundamento jurídico-político del edificio dogmático constitucional.

En efecto, en la Constitución Española, a diferencia de lo que sucede en la Ley Fundamental de Bonn, no hay una cláusula de intangibilidad, con arreglo a la cual haya espacios vedados a la reforma constitucional.

Así, lo único que establece el art. 168 CE es un procedimiento de reforma constitucional agravado, para el caso de que se pretendan reformar determinadas partes de la Constitución (Título Preliminar, Capítulo II, Sección 1ª del Título I, Título II), pero sin que haya límites materiales a la reforma. Procedimiento agravado que implica que el proyecto de reforma deba ser aprobado por mayoría de dos tercios de cada Cámara con la inmediata disolución de las Cortes (art. 168.1), debiendo las Cámaras elegidas ratificar la reforma –de nuevo con la aprobación de dos tercios de las mismas (art. 168.2)–, que debe ser sometida a referéndum (art. 168.3).

No es esta la fórmula adoptada por el Constituyente alemán. De conformidad con el apartado 3 del art. 79 de la Ley Fundamental (LF):

“Ninguna reforma de la Ley Fundamental podrá afectar a la articulación de la Federación en Länder, al concurso fundamental de los Länder a la legislación o a los principios proclamados en los artículos 1 y 20”.

Estos principios proclamados en los artículos 1 y 20 son la intangibilidad de la dignidad humana, los derechos del hombre como fundamento de la vida comunitaria, la vinculación de los poderes del Estado a los derechos humanos como derecho inmediatamente aplicable, así como el principio de Estado federal, democrático y social.

Esta diferente regulación, a nuestro entender, tiene su proyección en la ausencia –o no– de límites al pluralismo, o lo que es lo mismo, en el fundamento que a juicio de la Norma fundamental española o alemana tienen los valores¹⁹.

19 Aun cuando en la Ley Fundamental no existe un precepto comparable al art. 1.1 CE en lo que se refiere a la constitucionalización de los valores superiores del ordenamiento, es pacífica en la doctrina la consideración del ordenamiento constitucional alemán como un ordenamiento vinculado a los valores. Es más, el Tribunal Constitucional Español ha seguido en este tema, en numerosas ocasiones, al Tribunal Constitucional Federal Alemán.

Así, en el caso de la República Federal de Alemania no solo no es admisible una reforma constitucional que pretenda afectar los principios señalados anteriormente, sino que el orden constitucional establece un límite al libre despliegue de la personalidad (art. 2.1 LF), determina que la libertad de cátedra no exima de la lealtad a la Constitución (art. 5.3 LF), implica la prohibición de las asociaciones dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos (art. 9.2 LF), o que quien abuse de los derechos de libertad de expresión, de prensa, de cátedra, de reunión, de asociación, del derecho al secreto de la correspondencia, a los servicios de correo y telecomunicaciones, a la propiedad privada y al asilo para combatir el orden fundamental libre y democrático los perderá (art. 18 LF). Asimismo, la Ley Fundamental declara inconstitucionales “los partidos que, por sus finés o por la conducta de sus seguidores, se propongan menoscabar o destruir el orden fundamental libre y democrático o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania” (art. 21.2 LF).

A nuestro juicio, estas limitaciones al pluralismo –junto con los linderos que impone el art. 79.3 a la reforma constitucional– implican que este tiene en la Constitución alemana un fundamento real, que no es otro que la consistencia de los valores, especialmente el supremo de la dignidad de la persona y sus derechos inherentes, valor intangible a la acción del poder, lo que significa que es previo al mismo ordenamiento y a la comunidad estatal (esto es, la dignidad de la persona, en la Ley Fundamental, es previa tanto al Estado-ordenamiento como al Estado-poder).

Desde esta óptica, el pluralismo (estrechamente conectado con el principio democrático) opera como criterio para determinar las exigencias concretas que el valor supremo (la dignidad de la persona y sus derechos inherentes) impone en cada momento histórico, correspondiendo al Estado-poder (cuyos órganos de dirección están formados por personas elegidas democráticamente) la elección de las alternativas para cada situación. La Constitución establecería, así, un equilibrio entre los principios fundamentales que deben ser respetados en todo caso y el margen necesario para que la acción política democrática pueda adaptarse a los cambios de circunstancias e ideas²⁰.

De nuevo, como en el caso relativo a la existencia o no de un modelo constitucional de familia, me serviré de un ejemplo para ilustrar mi razonamiento²¹.

Así, y aun cuando en una sentencia que ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, esta centralidad e intangibilidad de la dignidad de la persona ha llevado al Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo a mantener la tesis de que “la dignidad humana, cuya importancia está por encima de un individuo

20 Cfr. BENDA, E. ‘El Estado social de derecho’. En: *Manual de derecho constitucional*, p. 490 y ss.

21 De la misma manera que los trabajos que defienden la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares deben recurrir a los casos en que los Tribunales han estimado esta eficacia, salvando las distancias, creo que para entender la tesis que se sostiene en estas líneas es conveniente señalar ejemplos sobre los temas planteados.

determinado, ha de ser asimismo defendida frente a la intención del afectado de realizar ciertas concepciones subjetivas en abierta desviación de la dignidad humana objetivamente considerada”²², esta consideración objetiva de la dignidad de la persona –con fundamento real más allá de la voluntad estatal o popular–, constituye un límite claro al derecho de autodeterminación personal o al libre desarrollo de la personalidad.

Y es que, la proyección del valor de la dignidad de la persona en el Estado *material* de derecho implica establecer límites a la decisión mayoritaria, pues la mayoría democrática no está solo limitada por el respeto a las formas jurídicas, sino que no decide con carácter absoluto, no dispone de una competencia global, ni el resultado de su decisión puede considerarse, *eo ipso*, justo²³.

Por el contrario, en el caso de España no hay en la Constitución de 1978 precepto alguno que establezca algún tipo de límite a la reforma constitucional o al pluralismo, lo que determina que no haya –más allá de los linderos penales, de mera legalidad– posibilidad de establecer fronteras a la autodeterminación personal pluralista o a los fines perseguidos por las asociaciones o partidos²⁴.

Sin barreras a los objetivos o fines –las ideas– que pueda defender un partido o una asociación, no puede haber partidos inconstitucionales en razón de su programa, como ha puesto de manifiesto el reciente debate con motivo de la Ley de Partidos Políticos (Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio; BOE de 28 de junio de 2002)²⁵.

En esta Ley de Partidos, así, se insiste en que son admisibles todas las ideas y programas, de manera que un partido puede perseguir cualesquiera fines, aun cuando impliquen la revisión del propio marco institucional, siempre que se haga “con un respeto escrupuloso de los métodos y principios democráticos”, admisibilidad de todo tipo de ideas o doctrinas que trae causa, precisamente, de “la libertad inherente al máximo grado de pluralismo” –en expresión de la propia Exposición de Motivos, en su apartado IV–.

Por tanto, es la proyección del pluralismo político (valor superior del ordenamiento, ex art. 1.1 CE) la que lleva a considerar lícita cualquier idea, doctrina o programa, “por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional” (apartado IV de la Exposición de Motivos).

22 BVERWGE 64, 274 (280), en el llamado caso *Peep Show*. Precisamente por este argumento, a juicio del Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo, la Ley puede prohibir la participación de una mujer en una exhibición, como si de una feria se tratara, aun cuando dicha participación sea voluntaria. Sentencia citada por BENDA, Ernesto. ‘Dignidad humana y derechos de la personalidad’. En: *Manual de derecho constitucional*, p. 144.

23 Cfr. BENDA, E. ‘El Estado social de derecho’. En: *Manual de derecho constitucional*, p. 496.

24 Así, el art. 515 CP, al tipificar las asociaciones ilícitas (en las que, como especie del género asociación entran los partidos políticos, sin perjuicio de su regulación en la nueva Ley de Partidos), solo considera punibles aquellas que realicen determinadas conductas que atentan contra los derechos de terceros.

25 Cfr. JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel. ‘El TC español y el TC alemán’. En: *ABC*, 5 de mayo de 2002.

Y es que en nuestro ordenamiento, como ha puesto de manifiesto en varias ocasiones el Tribunal Constitucional²⁶, no hay límites a la libertad ideológica, siempre y cuando se respete –en las manifestaciones externas de esa ideología– la propia Constitución y el resto del ordenamiento jurídico; y esto es así precisamente por el valor del pluralismo político unido a la ausencia de cláusula de intangibilidad en la Norma fundamental. De hecho, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la fidelidad a la Constitución (...) puede[n] entenderse como el compromiso de aceptar las reglas del juego político y el orden jurídico existente en tanto existe y a no intentar su transformación por medios ilegales”²⁷.

En consecuencia, cuando el apartado 2 del art. 9 de la Ley de Partidos señala cuándo puede procederse a la ilegalización de un partido político, dispone que será:

“cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave”.

A estas consideraciones sobre el significado de la ausencia de límites a la reforma constitucional llega también el Tribunal Constitucional en su Sentencia 48/2003, de 12 de marzo, dictada precisamente con motivo del recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley de Partidos Políticos. Así, el Tribunal, manifestó que “sólo incurre en causa de disolución el partido que, no en su ideología, sino en su actividad persiga efectiva y actualmente deteriorar o destruir el régimen de libertades” (F. J. 10).

Es cierto que la redacción del art. 9.3.c) de la Ley de Partidos Políticos podría hacer pensar que hay algunos fines que el ordenamiento considera ilegítimos²⁸, pero en relación con este precepto, el Tribunal Constitucional (en esta Sentencia de 12 de marzo de 2003) ha señalado que (F. J. 13) que “la alusión a los fines terroristas ha de entenderse ceñida sólo a los fines inmediatos de perturbar la paz, generalizar el miedo, etc. y no a la ideología del partido”.

Como puede observarse, es la actividad, la realización de determinadas conductas de apoyo, justificación o amparo a otras conductas tipificadas como ilícitos penales lo que determina la posibilidad de ilegalizar un partido, por considerarse que esa actividad vulnera el respeto al pluralismo exigible a los partidos (art. 9.1 de la Ley de Partidos).

26 Por ejemplo, en la STC 119/1990, de 21 de junio, en la que concede el amparo a los diputados de HB que no prestaron juramento a la Constitución.

27 STC 122/1983, de 16 de diciembre.

28 El art. 9.3 de la Ley de Partidos dice:

“Se entenderá que en un partido político concurren las circunstancias del apartado anterior cuando se produzca la repetición o acumulación de alguna de las conductas siguientes: ... c) Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas...”.

Lo mismo sucede con la criminalización de determinadas conductas de apoyo al terrorismo, tipificadas en la reforma del Código Penal llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre. En el apartado III de la Exposición de Motivos de dicha norma se precisa, de forma análoga a la de la Ley de Partidos, que “No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad”.

Y, en consecuencia, el art. 578 CP, en la redacción que le da dicha Ley Orgánica 7/2000, lo que tipifica es la realización de conductas ofensivas para las víctimas del terrorismo, ya sea porque constituyen actos directamente humillantes para las mismas como porque impliquen el enaltecimiento o la justificación de actos tipificados como delitos o de las personas que los hayan cometido.

Por lo que respecta a la autodeterminación personal, tampoco hay en la Constitución de 1978 límite alguno al pluralismo, más allá del respeto a los derechos de los demás. El pluralismo, proyectado en la libertad ideológica, se refleja en la posibilidad de adoptar ante la vida la posición que cada uno estime conveniente, así como en representar o enjuiciar la realidad según las convicciones personales²⁹, aun cuando eso implique equivocarse, pues en virtud del pluralismo cabe un “derecho al error”³⁰.

Es más, la proyección del valor pluralismo, unido a la libertad ideológica y de conciencia, hace que, en términos jurídicos, no pueda hablarse propiamente de error, pues esa expresión implicaría ya una mayor consideración hacia determinadas ideas o concepciones del hombre y del mundo. Y en el ámbito personal, en la medida en que la Constitución reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y tal y como hemos visto que sucede en relación con los partidos políticos, no puede calificarse un comportamiento que no afecte a terceros como más valioso que otro, pues comportaría una vulneración de la neutralidad estatal que se deriva de la libertad ideológica y religiosa.

Ahora bien, esta neutralidad estatal afecta la vida comunitaria y plantea algunos problemas al derecho constitucional, como son, en primer lugar, la cuestión de si existen o no límites a la decisión de la mayoría democrática –pues precisamente en virtud de esa neutralidad estatal el contenido del ordenamiento debe ser determinado según los principios del consenso y de la regla de las mayorías–, y, en segundo lugar, la obediencia a las normas que impongan una conducta contraria a las creencias subjetivas de los ciudadanos, dado que el derecho a la libertad ideológica y religiosa implica el derecho a actuar de acuerdo con los dictados de la conciencia personal formada según las propias convicciones. Proble-

29 Cfr. STC 137/1990, de 19 de julio.

30 Cfr. DE LA QUADRA, T. ‘La cláusula de conciencia, un Godot constitucional’. En el *Libro homenaje al profesor Villar Palasí*. Madrid, Civitas, 1989.

mas estos que se encuentran atravesados por la cuestión de quién y cómo –con qué criterios– fija el mínimo común ético que necesita toda sociedad. A estos asuntos dedicaremos las próximas secciones.

2.3. Pluralismo y neutralidad estatal

Una de las manifestaciones más importantes del reconocimiento del pluralismo como un valor jurídico de rango constitucional es la neutralidad estatal, conectada también con la libertad religiosa e ideológica (art. 16 CE).

Aun cuando un estudio en profundidad de este tema excede del ámbito de estas líneas, por la relación con el objeto de las mismas, si que es oportuno, a nuestro entender, hacer alguna referencia a la cuestión de la neutralidad estatal.

Es bien sabido que los principios de libertad religiosa e ideológica traen causa de la fragmentación religiosa primero y ético-valorativa después, consecuencia de la Reforma protestante, que acabó con la unidad religiosa de los nacientes Estados europeos.

Si bien en un primer momento rigió la doctrina con arreglo a la cual la religión del Príncipe era la religión del pueblo, posteriormente se llegó a un criterio de tolerancia de la disidencia religiosa, y como consecuencia de la misma y con el nacimiento del liberalismo, a la consagración del pluralismo en la vida social.

Esta consagración del pluralismo lleva a la consideración de que el Estado tiene que ser neutro en las cuestiones religiosas e ideológicas, neutralidad que permite la identificación de todos los ciudadanos con el Estado, cualesquiera sean sus convicciones³¹. En este contexto de neutralidad estatal, corresponde al Estado respetar unas esferas de libertad en la vida privada de las personas –en las que cada una puede buscar la felicidad y autorrealización con arreglo a sus concepciones subjetivas³²–, y ordenar la convivencia –más bien coexistencia– con el sometimiento de los ciudadanos a unas mismas leyes iguales para todos en lo político y social³³. Este es el fundamento doctrinal del constitucionalismo moderno, vinculado a la idea de democracia en libertad como Estado de los ciudadanos fundado en leyes de libertad³⁴, de manera que la actividad de los entes

31 Cfr. Roca., M. J. 'La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia'. *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 48, septiembre-diciembre de 1996. Roca cita la siguiente expresión del Tribunal Constitucional federal alemán: "La neutralidad estatal tiene como función 'hacer posible que cualquier ciudadano pueda identificarse con su Estado, sólo así el Estado puede ser hogar de todos los ciudadanos'", pp. 253-254.

32 Es el campo de la autonomía moral kantiana.

33 Este es en síntesis el origen del Estado de Derecho. Cfr. FERNÁNDEZ DE LA CIGÜÑA CANTERO, C.. 'La aparición del Estado de derecho. Su filosofía jurídica y política'. En la obra colectiva *El Estado de derecho en la España de hoy*, que recoge las ponencias de un seminario sobre esta cuestión de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Actas, Madrid, 1996.

34 Cfr. MAIHOFFER, W. 'Principios de una democracia en libertad'. En: *Manual de derecho constitucional*, p. 241 y ss.

públicos, especialmente en el ámbito de la enseñanza, debe estar guiada por esta neutralidad ideológica³⁵.

Esta neutralidad del Estado, reverso de la libertad ideológica y religiosa, es la que hace posibles –en opinión de nuestro Tribunal Constitucional– los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1 CE. Así, para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático. El propio Tribunal Constitucional vincula de tal modo libertad ideológica y pluralismo político (en la STC 20/1990, de 15 de febrero, habla de “indisoluble unidad”) que es desde los presupuestos de la libertad ideológica desde donde se deben interpretar los valores y la propia Constitución³⁶.

En efecto, con arreglo a esta neutralidad estatal, dentro de la vida social conviven las distintas creencias y convicciones (religiosas o ideológicas) presentes en una sociedad “plural y democrática”³⁷.

Por otra parte, y en conexión con el pluralismo político, el Tribunal Constitucional español ha extraído otra consecuencia del principio de neutralidad estatal, especialmente en lo relativo a la autonomía de la conciencia subjetiva y la interdicción de una proyección política y jurídica de los vínculos religioso-metafísicos dentro de la sociedad. Así, por ejemplo, en la sentencia en que otorga el amparo a los diputados de Herri Batasuna que se negaron a jurar o prometer la Constitución, a pesar de imponerlo como obligación el Reglamento del Congreso de los Diputados, el Tribunal³⁸ descarta que haya que entender el juramento o promesa como adición de un vínculo religioso o moral al exclusivamente jurídico de sujeción a la Constitución (que deriva, para todos los ciudadanos y los poderes públicos, del art. 9.1 de la Norma fundamental). Y es que, a juicio del Tribunal, la fidelidad que es exigible en relación con la Constitución se limita a la obligación de obedecer los procedimientos democráticos y las reglas de juego en ella contenidas, dentro del ordinario deber de sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, sin que implique una adhesión interna al orden constitucional³⁹.

35 STC 5/1981, de 13 de febrero. El Tribunal Constitucional dijo expresamente en esta Sentencia que “todas las instituciones públicas, y muy especialmente los centros docentes, han de ser ideológicamente neutrales”.

36 Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, F. *El régimen constitucional español*. Madrid, Dykinson, 1992.

37 STC 177/1996, de 11 de noviembre.

38 STC 119/1990, de 21 de junio.

39 STC 122/1983, de 16 de diciembre. El Tribunal, literalmente, señala que:

“La fidelidad, en esta línea interpretativa, no entraña una prohibición de representar y de perseguir ideales políticos diversos de los encarnados en la Constitución y en el Estatuto, siempre que se respeten aquellas reglas de juego, y no supone, por tanto, una renuncia a las libertades individuales consagradas por la Constitución ni a la libre crítica del ordenamiento jurídico existente, ni de los actos políticos que se realicen, ni a la libre proposición de nuevas leyes, ni a procurar la reforma de la Constitución o el Estatuto, tanto más, conviene subrayarlo, cuanto el contenido de la actual Constitución Española es reformable, aunque el procedimiento para llevar a cabo esa reforma sea mas o menos rígido, según la materia y ámbito a que afecte, como lo es el Estatuto de Galicia”.

Esta neutralidad del Estado respecto de las convicciones religiosas e ideológicas, con las proyecciones que acabamos de comentar, late también en numerosas resoluciones de organismos internacionales. Así, por ejemplo, en su Recomendación Parlamentaria del 2 de febrero de 1993, el Consejo de Europa considera que uno de los principios de la democracia occidental es la primacía del derecho laico. Asimismo, en su sentencia de 31 de julio de 2001, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos une democracia, pluralismo y neutralidad estatal en relación con las diversas concepciones religiosas e ideológicas⁴⁰.

En esta línea, señala dicho Tribunal que “no hay democracia sin pluralismo”, y que este pluralismo no es solo de partidos, sino también de ideas, pues “la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión representa uno de los cimientos de una sociedad democrática en el sentido del Convenio”. A este respecto, añade sobre tal libertad que:

“figura, en su dimensión religiosa, entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es también un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes. Va en ello el pluralismo –duramente conquistado a lo largo de los siglos– consustancial a tal sociedad”.

Esto es, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende el pluralismo como pluralidad de concepciones de la vida, multiplicidad de “imágenes del hombre”, todas las cuales deben quedar amparadas por el Estado de derecho propio de una sociedad democrática, Estado que, en cuanto garante de los derechos y libertades individuales, es “organizador imparcial del ejercicio de las diversas convicciones y religiones en una sociedad democrática”.

Ahora bien, esta neutralidad del Estado –que implica un reconocimiento de la diversidad de concepciones del mundo presentes en una sociedad– no excluye la necesidad de que existan, en la vida social, unos valores compartidos, pues una sociedad, por plural que sea, sigue necesitando una cierta homogeneidad ética. De hecho, el Tribunal Constitucional español⁴¹, aun admitiendo un “legítimo pluralismo en orden a la formación moral”, tiene en cuenta la necesidad de otorgar relevancia jurídica a la moral pública “como elemento ético común de la vida social”, relevancia jurídica que consiste en la posibilidad de que la moral pública limite el ejercicio de algún derecho fundamental, en la medida en que “es necesario un *mínimum* ético para la vida social”.

40 Sentencia en que considera ajustada al Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales la decisión del Tribunal Constitucional turco de disolver el Partido de la Prosperidad, partido islamista que propugnaba para Turquía la adopción de un sistema político multijurídico basado en diferentes creencias y la aplicación de la ley islámica (la *Sharia*) a la comunidad musulmana. Cfr. MARTÍN-RETORTILLO, L. ‘La ilegalización del Partido de la Prosperidad o de cómo se conjuró el riesgo de *yihad*’. En: ABC, 21 de abril de 2002.

41 STC 62/1982, de 15 de octubre, en la que admite la moral pública como límite de los derechos fundamentales.

El problema que se le plantea al Tribunal, y que no es sino manifestación de la aporía de cómo evitar desde los presupuestos del constitucionalismo liberal-democrático que el pluralismo de las sociedades occidentales contemporáneas haga imposible la integración estatal y la misma vida comunitaria, es precisamente encontrar un criterio que permita establecer los límites del “legítimo pluralismo”, pues la atomización moral hace imposible la misma vida comunitaria plural⁴².

A este respecto, a nuestro entender es oportuno reproducir de nuevo la cita de Conrado Hesse relativa a la función de integración de la Constitución, en la cual señala cómo “allí donde, partiendo de la pluralidad de voluntades, ya no es posible formar una voluntad conjunta vinculante quiebra el Estado como unidad política de acción”⁴³.

Esta necesidad de poner algún límite al pluralismo ha sido resaltada por gran parte de la doctrina. Así, por ejemplo, para evitar que el pluralismo afecte negativamente a la vida colectiva, Lucas Verdú⁴⁴ considera que debe ser reconducido a una cierta unidad, para que no sea un elemento disgregador y, por tanto, disvalioso.

Lo mismo consideran Parejo Alfonso⁴⁵, o López Pina⁴⁶, para quienes esa necesaria reconducción a la unidad viene dada por el consenso social fundamental (especialmente en el momento constituyente) sobre cuestiones como la dignidad humana, derechos individuales, Estado social, división de poderes, etc. En este sentido, como asume de la doctrina alemana Roca⁴⁷, “el Estado moderno vive de presupuestos que no puede garantizar él mismo”.

No es este el momento de entrar en la cuestión de los problemas que plantea el consenso como criterio definidor de los presupuestos éticos de la vida común. Pero sí es oportuno resaltar la aporía con que se encuentra el derecho constitucional, precisamente por sus presupuestos negadores de toda metafísica, y a pesar del intento de apertura axiológica que implican cláusulas como la del art. 1.1 CE.

En efecto, aun cuando consideró que la moralidad pública en tanto que elemento ético común de la vida social puede constituir un límite a los derechos fundamentales (y muy especialmente si está en juego la formación de la juventud o la protección de los menores), el Tribunal Constitucional se vio en la obligación de precisar que la moral pública es “susceptible de concreciones diferentes, según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social”.

42 Cfr. PUY MUÑOZ, F. ‘Pluralismo en la Constitución de 1978 y el art. 1.1’, *op. cit.*

43 HESSE, C. ‘Constitución y derecho constitucional’. En: *Manual de derecho constitucional*, p. 3.

44 LUCAS VERDÚ, P. ‘Comentario al art. 1 CE’. En: *Comentarios a las leyes políticas*.

45 PAREJO ALFONSO, L. *Constitución y valores del ordenamiento*.

46 Prólogo a la obra colectiva (editada por el propio López Pina) *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987.

47 ‘La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia’, *op. cit.*, p. 261-262.

Y es que la consagración del pluralismo hace que la cuestión del establecimiento del mínimo ético común necesario para la vida social haya recaído en los tribunales y, en la medida en que se conecta ese mínimo ético con los valores constitucionales, en el Tribunal Constitucional. En la obra anteriormente citada, López Pina –hablando de Estados Unidos– señala lo siguiente:

“El pluralismo ideológico colocó sobre la agenda de la justicia la tarea de proclamar los criterios morales de la sociedad; y así los tribunales reemplazaron a las Iglesias y los partidos –entre sí neutralizados por el reconocimiento cultural y legal del pluralismo– en la tarea de definir los parámetros morales de la cultura”.

Así, en relación con la determinación de este mínimo ético común necesario para la vida social, corresponde al Tribunal Constitucional señalar con carácter vinculante qué ha querido decir el Constituyente, y por esta vía fijar esos parámetros morales sobre los que se asienta el entramado jurídico-político del Estado, pues como señaló en su Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, es tarea del Tribunal “custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos”.

Esta cuestión cobra una especial relevancia en el momento presente, cuando se le plantean nuevos retos al derecho constitucional, como son garantizar que los adelantos de la tecnología genética y de las ciencias en general no vayan en menoscabo de la dignidad de la persona. Así, cuestiones como la licitud de la clonación terapéutica, la experimentación con “embriones sobrantes”, etc., se presentan como problemas que antes o después deberá abordar el derecho constitucional. Igual que tendrá que dar respuestas en relación con aquellos asuntos donde es más notoria la fragmentación moral de nuestras sociedades pluralistas, tales como el aborto, la eutanasia, la equiparación de matrimonio y parejas de hecho, el concepto de familia constitucionalmente garantizado, la adopción por homosexuales... En todos estos temas, al final, quien tiene que decidir es el Tribunal Constitucional, que de esta forma define los parámetros morales de nuestra sociedad.

El problema no es que tenga que decidir el Tribunal Constitucional –alguien tiene que hacerlo en última instancia– sino que, aunque teóricamente tendría que hacerlo, no puede decidir con criterios estrictamente jurídicos, pues la admisión del pluralismo sin límites que se desprende de las sentencias que hemos comentado (ejemplarmente, en la que señala que no hay un modelo constitucional de familia) determina que no quepa hallar un fundamento real (metafísico, cognoscible por la razón, si bien en el ámbito problemático y prudencial propio de la razón práctica) a los valores. Un ejemplo de ello es el de la STC 53/1985 sobre el aborto, criticada por ser una sentencia que argumenta con criterios morales y no jurídicos. Reparo que viene tanto de quienes consideran lícita la despenalización del aborto (a este respecto son significativos los votos particulares⁴⁸) como de quienes son partidarios del derecho a la vida del *nasciturus*⁴⁹.

Antes de seguir con el hilo de la exposición merece la pena que nos detengamos, siquiera un momento, en las críticas que se han hecho a esta STC 53/1985 por parte de quienes consideran al *nasciturus* titular del derecho a la vida, por cuanto nos permite ilustrar nuestra tesis. Así, Fernández Segado pone de manifiesto cómo el Tribunal, después de señalar que el *nasciturus* es un tercero distinto de la madre (pues la vida humana comienza con la gestación), contra los criterios de la lógica no considera que éste sea titular del derecho a la vida (lo que determinaría, por propia coherencia, la emisión de un fallo de inconstitucionalidad de la Ley, como señala en su voto particular el magistrado Francisco Tomás y Valiente). Al no considerar al *nasciturus* titular del derecho fundamental a la vida, y para evitar la completa desprotección del no nacido, el Tribunal recurre a argumentos éticos (el valor superior de la vida humana). En función de esa razón ética sobre el valor de la vida, el Tribunal concluye que el *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido (al igual que el Tribunal Constitucional federal alemán recurrió a la concepción dogmática de los bienes jurídicos en conflicto⁵⁰). Razonamiento que acaba con la esencial distinción jurídica entre “personas” y “cosas”, convirtiendo al propio hombre en un bien. Algo similar, por cierto, a lo que sucede en las leyes sobre técnicas de reproducción asistida y de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos⁵¹. Consecuencia todo ello de la falta de fundamentación metafísica del derecho, por despreciar el fundamento real de los valores superiores del ordenamiento, especialmente de la dignidad de la persona⁵².

La cuestión es que este desplazamiento de la determinación del mínimo ético, común a la labor de interpretación del Juez de la Constitución, plantea el problema de caer en el subjetivismo judicial, precisamente por la razón –antes apuntada– de que no puede decidir con criterios jurídicos. No solo al subjetivismo del Tribunal Constitucional, sino al subjetivismo judicial en sentido estricto, pues

48 Especialmente el del magistrado Francisco Tomás y Valiente, que expresamente señala “nunca he sido un entusiasta de la filosofía de los valores”, para a continuación mostrar los saltos lógicos del razonamiento del Tribunal. En idéntico sentido, los votos particulares de los magistrados Luis Díez Picazo:

“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”

y Francisco Rubio Llorente:

“Con esta decisión la mayoría ... opera como si el Tribunal Constitucional fuese una especie de tercera Cámara con facultades para resolver sobre el contenido ético o la oportunidad política de las normas aprobadas por las Cortes Generales”.

49 Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ SEGADO, F. ‘El derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional’. En: *Revista general de legislación y jurisprudencia* 6/1986. Cfr. también, ALEGRE, Miguel Ángel. ‘Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad’. En: *Revista de derecho político de la Uned*, núm. 53, 2002.

50 RODRÍGUEZ MOURULLO, G. ‘La Sentencia del Tribunal Constitucional español desde las perspectivas constitucional y penal’. En: *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid, Tecnos, 1987, p. 191.

51 Leyes 35/1988, de 22 de noviembre, y 42/1988, de 28 de diciembre, y las sentencias que resuelven los recursos de inconstitucionalidad presentados contra las mismas (SSTC 212/1996, de 19 de diciembre, y 116/1999, de 17 de junio). Cfr. FERNÁNDEZ DE LA CIGONA CANTERO, C. ‘La dignidad de la persona en la legislación genética española’. En: *Verbo*, núm. 323-324, marzo-abril de 1994.

52 Cfr. AYUSO TORRES, M. *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución Española*, p. 130 y ss.

gracias al principio de la interpretación conforme a la Constitución y la obligación que señala al respecto el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), los jueces podrían llegar a interpretar la ley en contra de la propia ley, en la medida en que esa interpretación fuera la “conforme con la Constitución”⁵³.

De nuevo aquí, y para solucionar un tema jurídico, pues afecta a la interpretación constitucional, nos encontramos con la cuestión de cuál es el fundamento del pluralismo y del resto de los valores, pues para evitar este subjetivismo judicial, De la Quadra señala que corresponde al poder legislativo (donde entran en acción los partidos políticos, que “expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política”, según el art. 6 CE), y precisamente mediante el juego del pluralismo político, concretar los preceptos indeterminados (en la medida en que reflejan un consenso mínimo) de la Constitución.

Con esto, y dado que corresponde al legislador democrático concretar ese consenso fundamental, tenemos que enlazar la cuestión de la democracia en nuestro orden constitucional.

3. PLURALISMO Y DIGNIDAD DE LA PERSONA

3.1. Democracia y norma fundamental de la Constitución

La Constitución española, a semejanza de lo que ocurre en la Ley Fundamental de Bonn, pese a consagrar el principio de Estado democrático y reconocer la soberanía popular⁵⁴, esto es, el pueblo como origen del poder, no define claramente qué entiende por democracia. Como han puesto de relieve Hesse y Maihofer en relación con la Ley Fundamental⁵⁵, hay pocos conceptos constitucionales que hayan sido interpretados de forma más diversa que el de democracia, interpretación que en modo alguno puede decirse que carezca de trascendencia.

Así, y con importantes consecuencias prácticas para lo que constituye el objeto de estas líneas, no es lo mismo considerar el principio democrático referido únicamente al método de designación de los titulares de los órganos de cada uno de los poderes del Estado así como a la participación ciudadana en la vida colectiva (intervención en la elaboración de disposiciones administrativas que afecten a sus derechos –art. 105 CE– derecho de acceso a registros y archivos, participa-

53 Cfr. DE LA QUADRA, T. ‘La Constitución como norma suprema y la seguridad jurídica’. En: *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, p. 140.

54 A pesar de que el art. 1.2 CE señala que “La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado”, es pacífico en la doctrina el considerar que se está afirmando el principio de soberanía popular, y no el de soberanía nacional acuñado en el siglo XIX como limitación a la potestad soberana del pueblo. Al respecto, Cfr. GARRORENA, A. *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*. Madrid, Tecnos, 1984.

55 MAIHOFFER, W. ‘Principios de una democracia en libertad’. En: *Manual de derecho constitucional*, p. 219.

ción de organismos sociales por medio del Consejo Económico y Social, etc.), que, como alternativa, considerar la democracia como principio de convivencia a partir de una concepción plural de la sociedad.

En el primer caso, la regla de las mayorías se encuentra limitada por el consenso constituyente fundamental, mientras que en el segundo, ese consenso estaría abierto y necesitado de una constante actualización precisamente por medio de dicha regla de mayorías. En el fondo, de lo que se trata es de ver cuál es la verdadera norma fundamental recogida en la Constitución, el arco de bóveda a partir del cuál explicar el conjunto del edificio jurídico-político constituido en 1978.

Si esta norma fundamental es el art. 10 CE, esto es, la dignidad de la persona y los derechos a ella inherentes, “fundamento del orden político y de la paz social”, la Constitución impondría unos límites materiales –además de formales– al poder, mientras que si consideramos que dicha norma fundamental es la contenida en el art. 1 CE, como sostiene la teoría democrática, la soberanía popular determinaría quién, cómo y, sobre todo, qué se manda⁵⁶. En este segundo caso, esta afirmación de la soberanía popular nos llevaría a considerar la inexistencia de límites materiales a la decisión por mayorías, quedando únicamente los límites formales.

En una primera aproximación a la cuestión planteada, parece que la Constitución opta por la centralidad de la dignidad de la persona, en la medida en que la considera como el fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). Dignidad de la persona que, aun no siendo uno de los valores positivizados en el art. 1.1 CE, tiene el mismo rango constitucional que estos. De hecho, en la medida en que los derechos fundamentales de la persona son inherentes a su dignidad⁵⁷, y el ordenamiento jurídico que nace de la Constitución se considera vinculado a los derechos fundamentales, la dignidad se nos presenta como un principio rector del orden jurídico y como base y fundamento del completo ordenamiento jurídico⁵⁸.

Lógicamente, esta centralidad de la dignidad de la persona no implica desconocer el carácter de la norma de apertura contenida en el art. 1 CE, sino que consiste en reconocer ambas disposiciones (arts. 1 y 10.1 CE) como principios constitucionales que dotan de unidad de sentido al orden jurídico-político de nuestro Estado⁵⁹.

56 Cfr. VIDAL GIL, E. 'Los límites a la decisión por mayorías y la norma fundamental de la Constitución española'. En: *Homenaje a Joaquín Tomás de Villarroya*. Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, Valencia, 2000.

57 BENDA, E. considera que los derechos serían “porciones autónomas derivadas de la dignidad humana”. Cfr. 'Dignidad humana y derechos de la personalidad'. En: *Manual de derecho constitucional*, p. 122.

58 Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La dignidad de la persona*. Madrid, Civitas, 1986.

59 Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, F. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima, Perú, Ediciones Jurídicas, 1994.

En esta labor de dotar de unidad de sentido al orden jurídico-político, la dignidad de la persona, valor supremo en el plano sustantivo y material, sería la síntesis de las relaciones y tensiones entre las cláusulas de Estado de derecho, por un lado, y de Estado social y democrático, por otro.

Esta síntesis, necesaria en la medida en que el orden constitucional es un todo dinámico que no puede ser entendido o interpretado de manera fragmentada, implica una cierta limitación del principio democrático y de la capacidad de configuración de la soberanía popular.

Así, para que la afirmación de este principio de la soberanía popular y de la cláusula de Estado democrático no conlleve la desnaturalización de la cláusula del Estado de derecho, la proclamación como principio constitucional básico de la dignidad de la persona excluye la democracia y la aplicación de la regla de las mayorías de aquellos ámbitos que no le son propios (precisamente, los que son expresión de esta dignidad de la persona)⁶⁰.

De esta manera, en el orden complejo de valores que podemos encontrar en la Constitución, podríamos distinguir entre un valor sustantivo o material, que sería la dignidad de la persona como fundamento del orden dogmático-constitucional (art. 10.1 CE), un valor de naturaleza formal-organizativa, expresado en la fórmula "Estado social y democrático de derecho"(art. 1.1 CE) y los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE, *in fine*), cuya función principal sería dar configuración jurídica a las dos realidades, sustantiva y organizativa⁶¹.

Esta primacía de la dignidad de la persona parte de la constatación de que nuestro orden constitucional, si bien es fruto de un consenso, no se apoya en un relativismo axiológico que deba ser articulado únicamente mediante un sobreevalorado principio democrático en tanto que expresión del pluralismo⁶², sino que en el sistema *material* de valores que consagra la Constitución lo primero es la dignidad de la persona, afirmación de la que cabe extraer incluso la existencia de un deber genérico de respeto de los derechos propios y ajenos y de protección de la persona⁶³.

Esto es, si bien en la acción del Estado-poder prima el elemento democrático, en la proyección en la vida de los ciudadanos del Estado-ordenamiento prima la dignidad de la persona, que de esta forma limita el pluralismo y la regla de las mayorías. Es decir, si la acción del Estado es reflexiva, y está dirigida a la propia organización del poder o a la toma de decisiones políticas, debe primar el elemento democrático (en virtud de la soberanía popular, del principio de participa-

60 Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, F. *El Estado social y democrático de derecho*. Pamplona, Eunsa, 1992.

61 Cfr. PAREJO ALFONSO, L. *Constitución y valores del ordenamiento*, op. cit., p 137 y ss.

62 Cfr. PAREJO, L. *Estado social y Administración Pública. Los presupuestos constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid, Civitas, 1983.

63 Cfr. ALEGRE MARTÍNEZ, M. A. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. Universidad de León, 1996, p. 87.

ción ciudadana y de la aplicación del valor pluralismo). Si, en cambio, esta acción del Estado incide en el ámbito más propio de la persona, el elemento democrático debe ceder ante el elemento garantizador contenido en la cláusula de Estado de derecho como poder limitado⁶⁴.

Esta interpretación parece presente en algunas sentencias del Tribunal Constitucional especialmente importantes.

Así, en la STC 53/1985, de 11 de abril, con ocasión de la despenalización del aborto en tres supuestos, el Tribunal señaló:

“Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.

En este sentido, en relación con la eficacia jurídica de este principio, el Tribunal apreció, en la STC 120/1990, de 27 de junio, que:

“Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un ‘minimum’ invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”.

Asimismo, y por esta centralidad de la dignidad humana, este estatuto jurídico, *mínimum* invulnerable, no puede verse afectado por la cláusula de Estado autónomico, de manera que quedan vedadas las discriminaciones en el disfrute de los derechos fundamentales por razón del territorio en que viva una persona, derechos fundamentales que, en consecuencia, “forman parte del ordenamiento objetivo de una comunidad nacional”⁶⁵.

Ahora bien, junto a esta interpretación cabe otro entendimiento de la relación entre democracia pluralista y dignidad de la persona.

64 Cfr. PAREJO ALFONSO, L. *Constitución y valores del ordenamiento*, op. cit., p. 138.

65 STC 25/1981, de 14 de julio.

De nuevo en esta ocasión, para ilustrar nuestro razonamiento, acudiremos a la comparación de nuestra Norma constitucional con la Ley Fundamental de Bonn, ya que a nuestro juicio hay diferencias importantes en lo que respecta a la consagración de la dignidad de la persona como valor fundamental en ambos ordenamientos.

Esta diferencia se aprecia ya en el mismo Preámbulo de la Ley Fundamental, pues aun cuando dicha ley tiene su origen en un acto del poder constituyente del pueblo alemán, este ejerce dicho acto “consciente de su responsabilidad ante Dios y los hombres”.

Cuando, en el art. 1, se proclame la dignidad de la persona, esta expresión del Preámbulo adquirirá una especial significación, pues implica el reconocimiento de que la dignidad y los derechos a ella inherentes son anteriores a su reconocimiento por el Estado⁶⁶, y por tanto, que no son disponibles ni por el propio poder constituyente.

Además cobra sentido la dicción del propio art. 1 LF, con arreglo al cual

1. La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.
2. El pueblo alemán se identifica con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y la justicia en el mundo.
3. Los derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable”.

Si comparamos la literalidad del artículo, especialmente en su apartado 1º, y la comparamos con la del apartado 1 del art. 10 CE (“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”), además de evidentes semejanzas encontramos significativas diferencias. Así, en nuestro texto constitucional, por un lado, la dignidad deja de ser intangible, o lo que es lo mismo, indisponible para cualquier actuación del poder, aunque sea el constituyente, indisponibilidad que se proyecta, a nuestro entender, en la cláusula de intangibilidad del art. 79.3 LF; y, por otro, y en consecuencia, los derechos pierden el calificativo de inalienables.

Diferencias en los artículos que no traen causa, a nuestro entender, más que de la ausencia de un fundamento metafísico –teísta o no– de la dignidad de la persona⁶⁷, la cual en nuestro ordenamiento constitucional no tiene más fundamen-

66 Cfr. MÜNCH, I. ‘La dignidad del hombre en el derecho constitucional’. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5. 1982, p. 26.

67 En sentido contrario se inclina GARRIDO FALLA en su glosa al art. 10, en los *Comentarios a la Constitución* por él dirigidos. Madrid, Civitas, 1985. Así, literalmente afirma que “nuestra Constitución se adhiere a una metafísica personalista (*naturae rationalis individua substantia*, como definiera Boecio)”.

to que la voluntad de la Nación española, sin referencia alguna a un orden trascendente⁶⁸.

Además, la condensación de los tres apartados del art. 1 LF en un único apartado del art. 10 CE tiene otra consecuencia: la dignidad de la persona queda al nivel del libre desarrollo de la personalidad, libre desarrollo de la personalidad que debe ser entendido en el sentido de la completa autonomía personal en virtud del pluralismo sin límites que contempla la Constitución.

De esta devaluación del valor de la dignidad de la persona se desprende que la norma fundamental de nuestro texto constitucional debe entenderse, en nuestra opinión, como la que deriva del principio democrático y de la proclamación de la soberanía popular, de tal manera que es la aplicación de ese principio democrático el apoyo último de legitimidad de todo el derecho⁶⁹, pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional, dicho principio de legitimidad democrática es la “base de toda nuestra ordenación jurídico política”⁷⁰. Es decir, que en nuestra ordenación jurídico-política el derecho creado por un acto del poder solo recibe su justificación del mencionado principio democrático.

Esta primacía del elemento democrático en nuestro texto constitucional puede desprenderse asimismo, a nuestro juicio, de la STC 108/1986, de 29 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial, donde el Tribunal hace una serie de reflexiones que son importantes en relación con el asunto que venimos tratando.

Así, por ejemplo, en relación con la competencia de las Cortes Generales y la extensión de sus funciones, para los recurrentes, cuando el apartado 2 del art. 66 CE señala que “las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución”, lo que está haciendo el texto constitucional (sobre la base de la división de poderes, por lo que habría que interpretar este art. 66.2 en relación con los artículos 97 y 117 CE) es señalar que las Cortes Generales solo pueden ejercer esas funciones tasadas en el apartado citado más aquellas que estén expresamente atribuidas en la Constitución. Argumento con base en el cual ponían de manifiesto los recurrentes cómo el cambio en la forma de designación de los vocales del Consejo General del Poder Judicial (al disponer la LOPJ de 1985 que los doce vocales que deben designarse entre jueces y magistrados también sean elegidos por las Cortes, frente al sistema de la Ley de 1980) no solo alteraba el equilibrio de poderes y abría la puerta a la politización de la justicia, sino que implicaba una extensión de las Cortes Generales a funciones que no le asignaba la Constitución, convirtiéndose el Legislativo en una suerte de Constituyente.

68 Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L. *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, p. 75.

69 Cfr. GARRORENA MORALES, A. ‘Voz Estado democrático’. En: *Temas básicos de derecho constitucional*, p. 110 y ss.

70 STC 6/1981.

Pues bien, a este respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia que estamos comentando, afirmó que la recta interpretación del último inciso del art. 66.2 de la Norma suprema no es que las Cortes solo puedan tener las funciones expresamente contenidas en la Constitución, sino que ésta les asigna algunas que forzosamente han de cumplir y que la ley no puede atribuir a ningún otro órgano, sin que ello suponga que, por ley, no pueda reconocérseles otras, que no estén específicamente mencionadas en la Constitución, conclusión a la que llega por la naturaleza de las Cortes en un régimen parlamentario como es el español (art. 1.3 CE) y por la relevancia jurídico-constitucional del elemento democrático y representativo que constituyen las Cámaras.

De esta forma, a nuestro entender, lo que está afirmando el Tribunal es precisamente esa primacía de la democracia que implica que, democráticamente, las Cámaras puedan legislar sobre todas las materias que puedan darse en la vida social, así como que gozan de un principio legitimador para intervenir –y no solo ejerciendo la potestad legislativa del Estado, que es lo que señala el art. 66.2 CE– en todos los sectores de la vida de la comunidad nacional. Además, y dado que no hay límite alguno al pluralismo en nuestro texto constitucional, podrán decidir prácticamente cualquier cosa, con los únicos límites formales o competenciales que establece la propia Constitución. Eso sí, en algunos asuntos se necesitará una mayoría cualificada para la regulación (legislación orgánica), que exprese la necesidad de que en temas considerados especialmente importantes por la propia norma fundamental deba acudir a la democracia de consenso.

Queda fuera de estas líneas un estudio de la reserva de Ley Orgánica en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, pero de nuevo hemos de hacer algunas reflexiones sobre dicha reserva al hilo de lo que venimos comentando, sobre todo en relación con esa suerte de “devaluación” de la dignidad de la persona que consideramos presente en la Constitución.

Ya tempranamente dijo el Tribunal Constitucional que las reservas de Ley Orgánica son únicamente aquellas expresamente establecidas por la Constitución en el art. 81 y conexos, y que tales reservas resultan de carácter material y no formal. Precisamente por este carácter material de la reserva de Ley Orgánica, las materias ajenas al derecho fundamental regulado en una ley orgánica no gozan definitivamente de la fuerza pasiva inherente a dicha clase de leyes aunque se incluyan en ellas⁷¹, conclusión a la que llega el Tribunal con objeto de evitar “una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previniendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas”⁷².

71 Cfr. SSTC 5/1981, 224/1993, 123/1994.

72 STC 5/1981.

Pues bien, dentro de estos supuestos tasados y excepcionales en que es necesaria una democracia de consenso, no incluye el Tribunal a la dignidad de la persona⁷³. En nuestra opinión, tiene razón el magistrado Manuel Jiménez de Parga en su voto particular en la STC 116/1999 (al que se adhiere Fernando Garrido Falla), cuando destaca el sinsentido que supone que la Ley Orgánica sea necesaria para desarrollar los derechos fundamentales y no lo que, materialmente, es el tronco del gran árbol (la dignidad de la persona). Pero en todo caso el hecho es que la interpretación que se impone, la realizada por el Tribunal Constitucional, ha confirmado esta menor consideración de la dignidad de la persona en nuestro ordenamiento constitucional.

En relación con la protección de la dignidad de la persona en la Ley Fundamental, considera Maihofer que “en un Estado secular y plural como el nuestro, este carácter deliberadamente abierto del significado de la expresión dignidad humana no cabe convertirlo en definitivamente unívoco”⁷⁴. Y si esto se puede decir de la Ley Fundamental, ¿a qué conclusiones no se podrá llegar en nuestra regulación constitucional?

De esta manera, si no podemos afirmar un significado unívoco para la expresión dignidad humana, por mucho que quede garantizada en el orden constitucional, no parece que sea más que un significante sin un significado preciso, significado que entonces dependerá del momento y la interpretación. Significante sin significado unívoco, o lo que es lo mismo, la vuelta de la supremacía constitucional al orden formal.

Conclusión a la que llega Loewenstein, quien en su *Teoría de la Constitución*⁷⁵ considera que el creciente pluralismo de la sociedad lleva a la erosión implacable y la destrucción final de la libertad y la autodeterminación individual, para llegar, en último término, a la anarquía. Y como la única alternativa al gobierno privado es el gobierno público, esto es, el gobierno por el Estado, será este el encargado de crear el orden. Lo que lleva a este autor a cerrar el libro, precisamente, con un epigrama que dice “Y de nuevo las sombras de Leviatán”.

Cuestión distinta es que la evolución de las sociedades pluralistas, después del Leviatán⁷⁶, haya discurrido por el camino del individualismo sin límites en que cualquier pretensión subjetiva puede ser elevada a derecho. Así, no debe extrañarnos que la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, desprovistos de fundamento metafísico en nuestra sociedad plural, sea sinónimo de completo individualismo, que, con la retórica de la ausencia de daños a terceros,

73 Cfr. SSTC 212/1996, del 19 de diciembre, y 116/1999.

74 MAIHOFFER, W. ‘Principios de una democracia en libertad’. En: *Manual de derecho constitucional*, p. 79. Ahora bien, como señala Pedro Serna, “lo único que puede decirnos un consenso puramente fáctico es que la dignidad humana es ahora valiosa, pero mañana puede no serlo” (Cfr. Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos, p. 147).

75 LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 2ª edición, 1976, pp. 466-468.

76 Cfr. AYUSO TORRES, M. *¿Después del Leviatán? Sobre el Estado y su signo*. Madrid, Dykinson, 2ª edición, 1998.

se proyecta sobre los derechos fundamentales⁷⁷, de tal manera que incluso se pueda sostener que no hay un concepto constitucional de matrimonio⁷⁸, y en consecuencia quepa el matrimonio entre homosexuales, pues aun cuando no es un derecho constitucionalmente garantizado (ATC 222/1994), lo constitucionalmente garantizado no agota lo constitucionalmente admisible, lo cual en virtud del pluralismo sin límites es prácticamente todo. Cualquier pretensión subjetiva, por tanto, es constitucionalmente admisible, y su incorporación como derecho al ordenamiento dependerá, simplemente, de la capacidad de presión que los afectados tengan sobre el legislador.

Esto tiene su proyección en relación con los derechos fundamentales, precisamente por ser estos la expresión jurídica de un sistema de valores. Así, el pluralismo posmoderno hace que la concepción de los derechos esté tan orientada al individuo que ignora las dimensiones de la sociedad civil, lo cual implica una supremacía del individuo aislado sobre cualquier dimensión social que pudiera considerarse, y en estas circunstancias es el propio constitucionalismo el que ha cambiado⁷⁹.

Dentro de esa posibilidad ilimitada del sistema relativista de derechos, destaca la mentalidad para la que toda norma no consentida es una imposición, con la consiguiente eclosión de cláusulas de conciencia (precisamente como cautela a ese regreso del Leviatán de que hablaba Loewenstein). A esta consecuencia de la erosión que para la obediencia al derecho implica la afirmación del pluralismo sin límites dedicaremos la siguiente sección.

3.2. La cuestión de las objeciones de conciencia

Normalmente se señala que una de las consecuencias de la positivación de valores en la Constitución es la de dar una mayor legitimidad al ordenamiento. Así, en la medida en que el ordenamiento reconoce unos valores superiores que debe propugnar (art. 1.1 CE), el se hace especialmente valioso. Esta legitimación axiológica del ordenamiento se proyecta, además, en la cuestión de la obediencia

77 Decimos retórica de la ausencia de daños a terceros porque al no admitirse los daños que la destrucción del ambiente moral pueda causar a esos terceros, toda regulación debe ser admitida. Y es que, dado que nadie está obligado a divorciarse, a abortar, etc., las leyes permisivas de estas conductas no perjudican a nadie... salvo a aquellos que ya no pueden contraer matrimonio indisoluble o vivir protegidos por un ordenamiento que ampara a la persona no nacida.

78 GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. 'Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio'. *REDC* núm. 61, enero-abril de 2001, p. 43 y ss.

79 Cfr. GÓMEZ MONTORO, A. J. 'Comentario al artículo de Daniel Elazar, *Changing Conceptions of Rights in the United States and the West*, *Publius: The Journal of Federalism*', en *REDC* núm. 36, 1992. Resalta Gómez Montoro cómo

"originariamente, las constituciones, aunque podían ser interpretadas con gran flexibilidad, suponían un veto a determinadas acciones (que eran inconstitucionales). Bajo las condiciones de relativismo de la comprensión postmoderna de los derechos, lo máximo que la Constitución puede suponer es un voto. Para el autor, esto elimina el propósito último del constitucionalismo y abre posibilidades ilimitadas para un sistema relativista de derechos y acciones".

al derecho, obediencia que –en el esquema que estamos presentando– no será simplemente por miedo a la sanción (esto es, la coacción como nota esencial de lo jurídico), sino precisamente por el reconocimiento de los valores que las normas tratan de realizar, no solo por ser emanadas de un poder democrático (al considerar que los ciudadanos en el fondo no hacen más que obedecerse a sí mismos), sino por el contenido material valorativo que subyace al ordenamiento constitucional del Estado instituido en 1978.

Pues bien, la consagración constitucional del pluralismo, en los términos que se han puesto de manifiesto, a nuestro entender, afectan también a esta función del orden axiológico constitucional que es fundamentar la obediencia al derecho. En efecto, si debemos entender el pluralismo como legitimidad para adoptar cualquier representación del hombre y del mundo que uno quiera, precisamente por la ausencia de fundamento real del resto de valores (por tanto, también de la dignidad de la persona), y en virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad (entendido también en sentido pluralista como derecho a concebir –y no ser molestado en la realización práctica– la propia vida como uno estime conveniente, a partir de una autodeterminación personal sin límites), quiebra la razón de obediencia a las normas.

Con estos presupuestos, que a nuestro entender son los que se derivan de la configuración constitucional del pluralismo y su proyección en el resto del orden jurídico-político (dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, etc.), al menos tal y como lo ha interpretado el Tribunal Constitucional, se hace imposible encontrar un fundamento distinto de la coacción para la obediencia al derecho. Es más, en la medida en que en virtud de este pluralismo axiológico ningún comportamiento puede ser considerado normal⁸⁰, no queda más criterio que el de la mayoría para definir lo justo y lo injusto, y cualquier norma no compartida por el individuo sería en realidad violencia contra el disidente⁸¹.

Desde estos presupuestos, cobra especial relevancia la objeción de conciencia, para evitar que la imposición de la norma vulnere el derecho al libre desarrollo de la personalidad (unido a la libertad ideológica).

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la objeción de conciencia es una manifestación o especificación de la libertad de conciencia y, dado que esta es una concreción de la libertad ideológica reconocida en el art. 16 de la CE, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español⁸², habiéndolo reconocido el Tribunal en un ámbito diferente del de la oposición a prestar servicio

80 Cfr. GALLEGO, E. *Norma, normativismo y derecho*. Dykinson, Madrid, 1999. En esta obra, Gallego pone de manifiesto la relación entre conducta normal (adecuada a la naturaleza racional del hombre) y norma jurídica.

81 Cfr. CASTELLANO, D. 'El derecho natural, fundamento ético de la política', en *Actas de las II Jornadas Hispánicas de derecho natural*. Córdoba, Publicaciones CajaSur, 2001, p. 159 y ss.

82 STC 15/1982, de 23 de abril.

de armas para colaborar en la defensa nacional. Así, por ejemplo, en la Sentencia 53/1985, dictada con motivo del recurso de inconstitucionalidad promovido contra la despenalización del aborto, el Tribunal señaló:

“Por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”.

En consecuencia, parece que el Tribunal Constitucional reconoce un genérico derecho a la objeción de conciencia, que permitiría incumplir una norma cuando su contenido sea contrario a lo que dicte la conciencia subjetiva del individuo. Doctrina esta que, llevada a sus últimas consecuencias, hace imposible la vida comunitaria, pues al impedir el pluralismo axiológico y la absolutización de la conciencia subjetiva formar una voluntad conjunta de la pluralidad de voluntades existentes en la sociedad, quiebra el Estado como unidad política de acción.

Es cierto que en varias ocasiones ha declarado el Tribunal Constitucional que el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 CE no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, con el riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales⁸³. También ha señalado el Tribunal que el pluralismo opera dentro del marco constitucional y de la debida obediencia a sus normas⁸⁴, así como que si se puede afirmar que el derecho a la objeción de conciencia es un derecho autónomo, no es un derecho fundamental (sentencias 160 y 161 de 1987).

Ahora bien, consideramos con Ayuso⁸⁵ que esto es más bien una postura inconsecuente con los propios postulados ideológicos del constitucionalismo para evitar las consecuencias que para la vida comunitaria tiene la aplicación hasta sus últimas consecuencias del citado derecho a la objeción de conciencia. Inconsecuencia con los postulados ideológicos del constitucionalismo que acreditan, en nuestra opinión, los votos particulares formulados en las sentencias 160 y 161 de 1987⁸⁶.

83 SSTC 101/1983, 160/1987, 127/1988.

84 STC 122/1983, de 16 de diciembre.

85 Cfr. *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución Española*, p. 144.

86 En su voto particular a la STC 160/1987, de 27 de octubre, el magistrado Carlos de la Vega señaló que la libertad de conciencia, supone no solo el derecho a formar libremente la propia conciencia sino también a “obrar de modo conforme a los imperativos de la misma”. De ahí que, como “la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica” –en términos de la misma Sentencia– pueda considerarse ahora yendo más allá, que la objeción de conciencia sea un derecho reconocido en el ordenamiento constitucional, y consiguientemente como derecho fundamental por su intrínseco contenido. Por su parte, en su voto particular a la STC 161/1987, de 27 de octubre, el magistrado Ángel Latorre señaló que “la libertad ideológica es el fundamento de la objeción de conciencia y, en último término, el bien constitucional que en una manifestación concreta protege el citado art. 30.2”.

De hecho, en una reciente Sentencia, el Tribunal Constitucional ha llegado a eximir del cumplimiento de una norma por razones de conciencia⁸⁷.

Y es que de nuevo nos encontramos con una de las aporías del constitucionalismo contemporáneo y la ideología de la democracia pluralista.

A nuestro entender, un ejemplo de esta aporía lo podemos encontrar en el apartado 2 del art. 3 de la Ley de Extranjería⁸⁸, que dispone lo siguiente:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas”.

Decimos aporía porque, precisamente, los textos que cita este precepto consagran el derecho a actuar según la propia conciencia subjetiva, pues uno de los derechos fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos como es el de la libertad ideológica y religiosa implica el poder ajustar el comportamiento propio a lo que se desprenda del claustro íntimo de convicciones que, en ejercicio de la autodeterminación individual, adopta cada sujeto como representación del mundo y la vida. Y la limitación de este *agere licere*, a nuestro entender, no puede venir más que por la afirmación de que el pluralismo se circunscribe al método para designar a los representantes de los ciudadanos y a los titulares del poder público, y que dicho valor está subordinado a otros de contenido material con fundamento real (metafísico), más allá de la neutralidad del Estado. Pero esto, obviamente, no parece ser lo que se desprende de nuestro orden constitucional, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional encontramos, por un lado, el pluralismo como valor principal, que opera como criterio rector de la

87 STC 154/2002, de 18 de julio. Aun cuando en su razonamiento el Tribunal no lo señale expresamente. En el caso de un menor de edad perteneciente a los Testigos de Jehová muerto por no haber recibido transfusiones de sangre. Los padres del menor fueron condenados por haber incumplido los deberes que les impone el ordenamiento en cuanto garantes de su hijo. El TC otorga el amparo por considerar que, dado que no habían mostrado oposición o ánimo de contravenir las decisiones de los poderes públicos o del juez, y la actuación de éstos podría haber evitado la muerte del menor, no podía exigírseles –pese a su condición de garantes– una actuación positiva contraria a sus convicciones. A pesar de este argumento, a nuestro juicio lo que hace el Tribunal es excluir la aplicación de una norma por dictar un comportamiento contrario a la conciencia subjetiva de los recurrentes. No es válido, a nuestro entender, lo que señala el Tribunal al decir que el juez podría haber ordenado la transfusión, y que como los padres no mostraron intención de hacer de imposible cumplimiento una orden en este sentido, se podría haber tutelado la vida del menor de una manera que no implicara limitación del derecho a la libertad ideológica y religiosa de los padres, pues de no haber alegado estos un motivo religioso (que en nuestro ordenamiento es un motivo perteneciente a la conciencia privada subjetiva de cada cual, Cfr: STC 177/1996) si hubieran quedado vinculados por su condición de garantes y su inactividad habría determinado su condena en el delito de omisión que confirmó el Tribunal Supremo.

88 Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

determinación del sentido y contenido del resto de valores (por la tantas veces repetida ausencia de fundamento real –metafísico– de los valores jurídicos), lo que nos devuelve la Constitución a una concepción formal (al menos en los asuntos en que el consenso social es inexistente en nuestras sociedades: aborto, experimentación con embriones, matrimonio y familia, eutanasia, etc.). Por otro, y ante el temor que produce una concepción exclusivamente formal del derecho en que la obediencia a la norma por la coacción lleve al imperio de la razón de Estado sobre la persona, se eleva la conciencia subjetiva a criterio de moralidad y, como consecuencia, de legitimidad del derecho y razón de la obediencia, con el debilitamiento de la pretensión de validez del ordenamiento estatal, conclusión que podemos sacar de la citada STC 154/2002.

Así pues, la aporía que señalamos encuentra difícil solución desde los planteamientos y presupuestos propios del pluralismo, pues precisamente la admisión de ese pluralismo (vinculado a la libertad ideológica y religiosa) determina que no nos encontremos ante una objeción de la conciencia sino ante un pretendido derecho a la objeción de conciencia.

Uno de los mayores estudiosos de la cuestión de la objeción de conciencia en el panorama jurídico español, Navarro Valls, ha puesto esto de manifiesto⁸⁹. Así, destaca cómo “el objetor, a veces, de custodio de la verdad (en sus sentido atemporal y objetivo) pasa a creador de una verdad futura, histórica y subjetiva”, precisamente por la secularización tanto de la propia objeción de conciencia como de las sociedades occidentales y de los fundamentos de su organización jurídico-política⁹⁰, pasando a ser “no tanto una reivindicación del derecho contra la ley cuanto una reivindicación de la praxis contra el derecho”⁹¹.

Con objeto de salvar este inconveniente –pues con el derecho a la objeción de conciencia se elevaría a derecho cualquier pretensión de una conciencia subjetiva– a juicio de Navarro Valls este derecho debe ser reconocido pero dejando al juez capacidad para delimitar, jurisprudencialmente, las condiciones de su ejercicio, por medio de una recuperación de la condición prudencial de la razón jurídica como especie de la razón práctica. En todo caso, y para poner coto al subjetivismo e individualismo a que puede dar lugar un reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia, estima que tienen que tener protección preferente las objeciones de conciencia que tengan un origen religioso antes que las ideológicas, y las que derivan de la conciencia de un grupo social que la subjetivas individuales; razonamiento este que nos parece al menos cuestionable en relación con el principio de la neutralidad estatal, pues, ¿en virtud de qué razón debe primar lo religioso sobre lo ideológico? ¿cómo saber si un determinado “claus-

89 Cfr. NAVARRO VALLS, R. ‘Las objeciones de conciencia’, en el volumen *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández Carvajal*. Universidad de Murcia, 1997.

90 Proceso secularizador que se encuentra en el origen del principio de neutralidad estatal y en el nacimiento del moderno Estado de derecho.

91 NAVARRO VALLS, R. y J. Martínez Torrón, *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, Madrid, Ed. McGraw Hill, 1997, p. 6 y 7.

tro íntimo de creencias” es una manifestación del fenómeno religioso o ideológico, si el criterio es la “autodeterminación personal” (STC 177/1996)? ¿qué argumento –más allá de su indudable efecto práctico limitador de la atomización social– determina que tenga una protección preferente la objeción de conciencia que deriva de la conciencia de un grupo social antes que las subjetivas individuales? Porque si bien es cierto que el argumento práctico tendente a limitar la atomización de la vida social y política tiene bastante consistencia, no es menos cierto, a nuestro juicio, que traslada la cuestión del ámbito de protección de la conciencia (custodia de la verdad) al ámbito del número y la capacidad de hacer valer los argumentos propios en el debate público, esto es, a la fuerza.

De nuevo se nos presenta como insalvable esta aporía, al menos desde los presupuestos del constitucionalismo pluralista.

3.3. Socavación de los cimientos del Estado

La consecuencia lógica de este fenómeno que venimos exponiendo, marcado por la inflación retórica de derechos que no implican responsabilidad alguna, es que se van minando las condiciones sociales sobre las que se asienta el Estado.

Una aproximación completamente individualista a los derechos, cuyo contenido parece no depender de finalidad alguna sino exclusivamente de la estimación subjetiva del titular (presente o futuro; pues como hemos señalado cualquier reivindicación con suficiente fuerza puede ser elevada a derecho), convierte la política en un campo de batalla por definir dichos derechos, por construir el significado de la Constitución material⁹².

Esta ideología de los derechos y del constitucionalismo pluralista está marcada por la ausencia de un aparato conceptual apto para tratar las instituciones a cuyo servicio están los derechos⁹³, así como la relación entre una sociedad respetuosa de los derechos de la persona y las condiciones sociales que permiten el mantenimiento de ese orden de derechos⁹⁴.

Como ha puesto de manifiesto Böckenförde, la democracia y el Estado constitucional reposan sobre presupuestos de naturaleza preconstitucional. Entre estos presupuestos está el acuerdo en torno a algo sobre lo que no cabe votar, el contenido de los derechos fundamentales, lo cual implica no vaciar los significantes de significado, poniendo algún límite al pluralismo.

92 Esta parece ser una consecuencia del derecho constitucional del pluralismo. Cfr. GASTÓN ABELLÁN, M. ‘La concepción del derecho’, en *El derecho dúctil, Anuario de Filosofía del Derecho* XIII, 1996, p. 22 y 23.

93 ‘Una relación entre fines y bienes del hombre, y los derechos fundamentales’, en CIANCIARDO, J. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000, p. 255 y ss.

94 GLENDON, M. A. *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York, Free Press, 1991, p. 75.

Esta limitación del pluralismo conlleva la limitación de la democracia al ejercicio del poder del Estado –a la designación de los titulares de los órganos estatales–. “No tiene que ver con la democracia como una forma de vida, ni tampoco con una democratización de la sociedad”⁹⁵, precisamente porque esta democratización social alteraría los presupuestos sobre los que descansa la propia democracia. El Estado depende de un *ethos* común, que no puede crear, y que los derechos entendidos de forma pluralista e individualista, en nuestra opinión socavan⁹⁶.

Para no destruir los presupuestos sociales que necesita una democracia respetuosa de la dignidad de la persona, el relativismo no debe afectar a la concepción del mundo⁹⁷. Si la expresión dignidad humana la dejamos vacía de contenido, estaríamos minando la base del propio Estado constitucional.

Esto nos llevaría de nuevo a la necesidad de establecer límites al pluralismo. Al no aceptarse un fundamento trascendente al derecho, la doctrina alemana ha recurrido en ocasiones a la “herencia cultura y espiritual incorporada en la Nación”⁹⁸, de manera que en cuestiones límite es posible acudir al cristianismo como factor cultural que alimenta los valores básicos fundadores del Estado constitucional⁹⁹. No parece, por desgracia, que sea esta una opinión extendida en España.

4. CONCLUSIONES

El problema que nos plantea el pluralismo político entendido como lo ha hecho, a nuestro juicio, el Tribunal Constitucional, es que nos lleva a una aporía en el orden dogmático constitucional y en la interpretación del ordenamiento.

En efecto, si el pluralismo es consecuencia de la falta de fundamento real de los valores constitucionales –y, muy especialmente, de la dignidad de la persona, que no puede ser considerada de manera objetiva en una sociedad secularizada y plural–, y por tanto se convierte en un método de naturaleza formal para integrar en la voluntad estatal (expresada en forma de normas jurídicas) las distintas concepciones del hombre y de sus exigencias en la vida social presentes en la sociedad en cada momento, el orden jurídico vuelve al campo del formalismo, a pesar de la enunciada dimensión del orden constitucional como un orden material de valores.

95 BÖCKENFÖRDE, E. W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2000, p. 52.

96 ‘Sobre el Derecho y el Estado’, entrevista realizada al Prof. E. W. Böckenförde por J. J. González Encinar, *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, núm. 7, 1995, p. 20.

97 BÖCKENFÖRDE, E. W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2000, p. 96.

98 *Ibid.* p. 180.

99 HÄBERLE, P. ‘El fundamentalismo como desafío del Estado constitucional: consideraciones desde la ciencia del derecho y de la cultura’, en *Retos actuales del Estado constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1996, pp. 151 y 152.

En esta interpretación de la norma constitucional “liberada” de toda metafísica, lo esencial es la actualización y concreción del consenso fundamental adoptado en el momento constituyente; consenso que –en aquellos campos en que la fragmentación ideológica de la sociedad es mayor– es más sobre los significantes que sobre los significados¹⁰⁰.

Cierto es que, en esta labor de actualización del consenso, el legislador cuenta con un límite: lo señalado en la propia Constitución. Ahora bien, a nuestro entender esta frontera no permite dar una respuesta satisfactoria a la aporía.

El propio pluralismo, valor constitucional superior (ex art. 1.1), determina que esta labor del Tribunal Constitucional, que en definitiva implica que corresponde al Tribunal fijar los parámetros morales básicos de la sociedad, no pueda hacerse por criterios estrictamente jurídicos, al menos en los supuestos límites, como se puede observar en el caso de las sentencias del Tribunal español en el caso del aborto, la esterilización de disminuidos psíquicos, las técnicas de reproducción asistida, etc. En ellas, el Tribunal razona a partir de premisas morales o ideológicas, para las cuales los valores (sobre todo la dignidad de la persona) carecen de consistencia jurídica real.

Es claro que en aquellos asuntos en que el consenso no es cuestionado, como por ejemplo en los principios que se deducen de la cláusula del Estado de derecho, o las garantías procesales del art. 24, la argumentación del Tribunal sí pueda descansar sobre conceptos jurídicos aquilatados por la experiencia y la tradición de nuestro entorno jurídico. Pero esto no impide que, en aquellos asuntos en los que está en juego la imagen del hombre y la afirmación de la dignidad humana frente al poder público o privado, la elevación del pluralismo a valor constitucional superador de la falta de fundamento del resto de valores reconvierta la Constitución en un mero orden formal, bajo cuya pretensión de validez y supremacía late la ilimitación del poder. Una así entendida interpretación del pluralismo, a nuestro juicio, socava los propios cimientos del Estado constitucional. Y es que cuando no es posible ligar el deseo y búsqueda de felicidad a la naturaleza humana, nada es normal, o todo es normal –que eso es lo que esconde la neutralidad ideológica del Estado– y en consecuencia resulta imposible determinar una diferencia real, sustancial y no solo formal entre derecho y abuso.

De esta forma, el derecho tiene que ser definido por el poder democrático, que ante la ausencia de un fundamento real, definirá el derecho, lo justo, según diga en cada momento quien consiga imponerse con el apoyo de la mayoría.

100 Un ejemplo paradigmático es el art. 27 y la regulación constitucional de los derechos educativos. A propósito de las fórmulas de consenso en el texto constitucional, Sánchez Agesta incluye la ambigüedad, esto es, el acuerdo sobre el significante sin atribuir al mismo un significado unívoco. Lo cual afecta –como se verá más adelante– al tema que estamos estudiando. Cfr. SÁNCHEZ AGESTA Luis *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, p. 95 y ss.

Así, la convivencia democrática esconde una guerra de todos contra todos, donde corresponde al propio Estado, en virtud del pluralismo democrático, elevar el conflicto a principio rector de la vida política. Conflicto, competición dentro del respeto a las reglas del juego democrático, en definitiva, construcción del orden social a partir de la fuerza, como puso de manifiesto Peces Barba en el propio debate constitucional¹⁰¹.

Corresponde al poder que crea el derecho y define lo justo, eso sí, *democráticamente*, convertirse en un elemento constitutivo de la moral, por la función pedagógica que toda norma –incluso aquella que se niega a sí misma al señalar que todo comportamiento es normal– por su propia naturaleza tiene. Esta definición de lo moral por parte del poder –con su traducción en la consideración que tiene la persona en nuestro ordenamiento– mina las bases sociales sobre las que se asienta el Estado constitucional, que vive de presupuestos que él no puede crear pero sí, en todo caso, destruir.

Cuestión distinta es que los titulares del poder aspiren realmente a la aplicación de las normas que dictan. Debates públicos como los acaecidos con ocasión del procedimiento para instar la ilegalización de Batasuna en aplicación de la Ley de Partidos, nos permiten cuando menos suponer que hay normas que no nacen para ser aplicadas. “Esta norma –hemos podido leer a algún responsable político en relación con la Ley de Partidos– fue elaborada con la vocación de ser aplicada”. ¿Simple forma de hablar o desliz que expresa una forma de entender el derecho y la política? Una mirada a los anuncios en los periódicos de clínicas autorizadas para la interrupción voluntaria del embarazo (que en nuestro ordenamiento sigue siendo un delito del que se excluye la pena en determinados supuestos), o la situación en el sector de las telecomunicaciones y medios audiovisuales (con auténticas redes nacionales de televisiones locales, pese a lo que dispone la legislación al respecto) nos permite señalar que quizá, y no desvinculada de la pluralista ausencia de fin en la vida social, el ordenamiento jurídico ordene más virtual que realmente¹⁰².

Recordando a Bertrand de Jouvenel, Vallet de Goytisoló¹⁰³ nos ha alertado sobre la ilusión, que desemboca en el absurdo, de pretender una sociedad donde todo sea justo (también la convivencia pacífica que señala el preámbulo constitucional) sin que nadie tenga que serlo. Absurdo que, a nuestro juicio y como hemos

101 El profesor Peces-Barba dijo, a propósito del debate sobre el aborto en relación con el art. 15 CE:

“Desengañense Sus Señorías, todos saben que el problema del Derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, ‘todos’ permite una ley de aborto; y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, ‘la persona’ impide una ley de aborto”.

Cita tomada del libro del propio Peces-Barba *La Constitución española de 1978. Un estudio de derecho y política*, Fernando Torres, Valencia, Editor. 1981, p. 302.

102 GENTILE, F. ‘El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad’. *Prudentia Iuris*. Madrid, Marcial Pons. 2001.

103 VALLET DE GOYTISOLO, J. B. ‘De la virtud de la justicia a lo justo jurídico’. *En torno al derecho natural*. Madrid, Organización Sala Editorial. 1973.

señalado en estas líneas, devuelve la Constitución al plano formal, con la devaluación que implica para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

Es preciso, pues, buscar la solución en otro plano, recuperando la fundamentación metafísica del derecho. Como señala González Pérez¹⁰⁴:

“el hombre únicamente recuperará la seguridad y la confianza cuando vuelva a tener conciencia de que su dignidad es intangible, no porque así lo haya decidido una Asamblea internacional, un Dictador o un Parlamento, sino porque así lo prescribe la Ley eterna”.

Sin esta vuelta a la metafísica, también en el derecho constitucional, no queda más que la desencantada afirmación de Saint-Exupéry:

“¿Qué nos importan las doctrinas políticas que pretenden lograr la plenitud de los hombres si, en primer lugar, no conocemos qué tipo de hombre quieren formar?”

104 GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La dignidad de la persona*. Madrid, Civitas. 1986, pp. 202 y 203.

