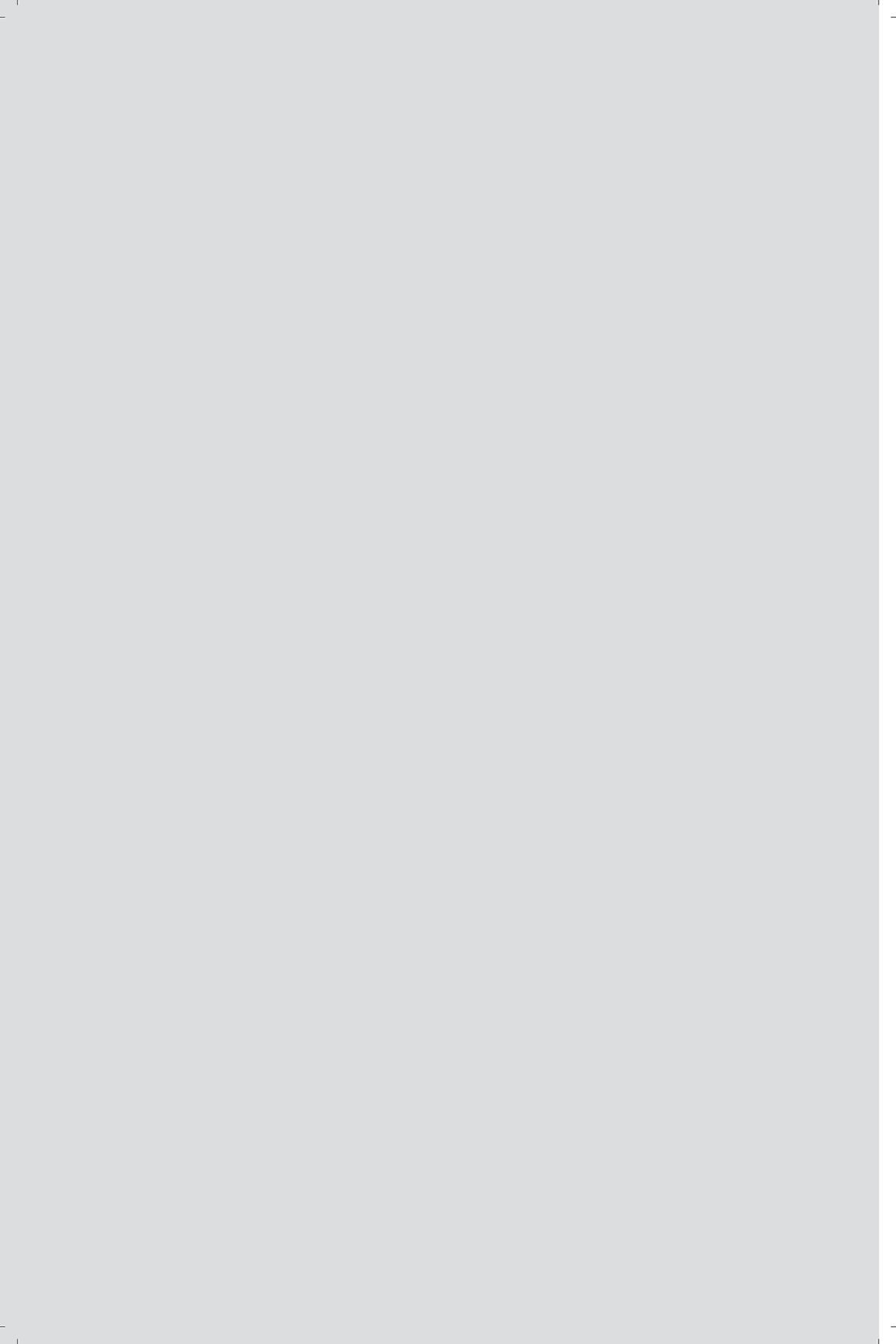


EL TRIUNFO DEL CONSTITUCIONALISMO Y LA CRISIS DE LA NORMATIVIDAD

Juan Luis Requejo Pagés

SUMARIO

- I. El poder de la abstracción
 - II. El vértigo del deber cumplido
 - III. El espejismo de la soledad
- Nota bibliográfica



La normativización del concepto de Constitución supuso la culminación de un proceso de abstracción y objetivización del poder político con el que parecía hacerse finalmente cierto el ideal clásico de la sustitución del gobierno de los hombres por el imperio de las leyes. El inicio de ese proceso coincide con el de las primeras tentativas de racionalización del fenómeno de las relaciones de poder, es decir, con el origen mismo de la teoría política clásica, continuándose desde la Antigüedad hasta el siglo xx en una sucesión de logros conceptuales que han permitido alimentar la esperanza en un orden jurídico capaz de asegurar al individuo un ámbito de libertad suficiente en el contexto de una convivencia organizada mediante el ejercicio racional de la fuerza legítima.

Nunca se ha tratado de un proceso intelectualmente desinteresado, si es que alguno puede serlo, sino de una empresa dirigida siempre a un fin tan material y prosaico como el ejercicio del poder, para cuyo dominio es condición de principio la simplificación de su realidad en los límites de unos conceptos que abstraigan de la heterogeneidad de su sustancia determinadas categorías que permitan aprehenderla en su lógica propia y, en definitiva, manejarla. Por ello de ese proceso han derivado toda suerte de construcciones dogmáticas, entre ellas la que, inspirada en el ideario liberal del movimiento constitucionalista, terminará por formalizarse en el modelo del Estado constitucional democrático. Pero también aquéllas que han hecho de la conceptualización del poder el instrumento para su ejercicio al servicio de fines extraños al ideario de la libertad individual y aun contrarios a sus principios más elementales. El Estado sin adjetivos es el único fruto asegurado del proceso de racionalización del poder iniciado con los antiguos. El ideal al que sirva como instrumento de administración de la fuerza organizada puede calificarlo de muy distintas maneras, siempre accidentales y, por tanto, contingentes. El Estado constitucional es el Estado «adjetivado» al servicio de la libertad y su dogmática sirve sólo a la aspiración de ese objetivo.

La dogmática es siempre una solución interesada elevada a categoría. La conceptualización de la Corona como una realidad diversa de la persona física del rey será una hazaña intelectual urgida por las circunstancias de la Revolución inglesa, como mucho antes la fatalidad de la muerte llevó al genio romano a concebir el instituto de la *hereditas iacens*, abstrayendo de la existencia del hombre individual el concepto de la personalidad como realidad jurídica también predicable de las uniones de individuos y hasta de las cosas y de los muertos, de donde ya era fácil alumbrar el concepto de República y, con el tiempo, los de Imperio, Pueblo y Nación. Ningún concepto nace de la nada, sino como respuesta a una realidad que quiere organizarse al servicio de un fin determinado. El concepto de Constitución no es una excepción a ese principio; y sus distintas variantes —entre ellas, la racional-normativista— no son sino fórmulas de acomodación de la estrategia del movimiento constitucionalista a las circunstancias de cada momento histórico en beneficio del fin que constitutivamente le importa: la libertad individual.

El concepto normativista de Constitución ha sido la respuesta a la concreta circunstancia en la que derivó el proceso de construcción del Estado constitucional como expresión dogmática del ideario constitucionalista una vez alcanzado el objetivo de la fundamentación del Estado sobre las bases de legitimación de la ideología liberal-democrática. Tan pronto el constitucionalismo se hizo efectivamente con el Estado no le fue ya necesario el instrumental conceptual del que antes hubo de valerse para subvertir las bases legitimadoras del Estado absoluto, oponiéndoles un fundamento excluyente y propio. No le fue preciso, en definitiva, el recurso a la historia o a la razón, pues contaba desde entonces a su favor con el argumento de la legalidad, ahora imbuida del contenido y los principios característicos del movimiento constitucional. Así sustanciada la forma jurídica, la lógica jurídica servía necesariamente también al fin de la imposición y garantía del contenido formalizado en las normas del Ordenamiento.

Tal fue la situación en la que se encontraba la Europa de entreguerras del pasado siglo y la que hizo posible la ilusión de un orden de libertad erigido sobre la base de un sistema de normas jurídicas capaces de arbitrar un entramado de procedimientos habilitados para la objetivación de una voluntad normativa a partir de la concurrencia de voluntades particulares llamadas a consentir en la decisión, reversible, de la voluntad mayoritaria. La situación es hoy muy distinta. En buena medida porque la lógica de la

normatividad se ha demostrado irreconciliable con la del Estado nacional. Pero, quizás sobre todo, porque la normatividad misma ha devenido un concepto en crisis.

I. EL PODER DE LA ABSTRACCIÓN

El movimiento constitucionalista comienza con el alumbramiento del Estado hobbesiano y se resume en el empeño por embridar un poder inaccesible a los viejos límites medievales. Se trata de un movimiento inescindible de la modernidad, con cuyo devenir se confunde hasta el extremo de compartir sus crisis y seguramente también la que comporte su final. Dados los términos de la definición hobbesiana del soberano, la pretensión de limitarlo pasaba necesariamente por servirse de la diferencia conceptual arbitrada por Bodino entre la soberanía y su ejercicio, reduciendo la primera a una abstracción que, incapaz de actuar por sí las facultades de las que era compendio, las ejercita mediante sujetos físicos que, no siendo titulares del poder soberano, sino sólo su instrumento, son perfectamente accesibles a límites y condiciones.

Este sutilísimo punto de partida conceptual daría pie a un proceso de teorización de las relaciones de poder que tardaría varios siglos en formalizarse como el modelo del Estado constitucional democrático. Antes hubo de completarse un trabajoso y lento proceso histórico en el que se intentaron sucesivamente diversas fórmulas de organización del poder hasta lograr, después de repetidos y sangrientos fracasos, la única capaz de resolver en términos racionales, y adecuados a los rigores de un sistema, el problema de la libertad del individuo en el interior de un Estado soberano. La crónica de ese proceso es la historia de la búsqueda desesperada de un modelo de convivencia en el que se intentaron todas las suertes, conjugándose los ideales más elevados con los resultados más crueles hasta que la experiencia acabó enseñando que el único camino factible era el teóricamente más sencillo. Bastaba con apurar en todas sus consecuencias la lógica del proceso iniciado con el paso que distinguía entre la titularidad de la soberanía y el apoderamiento para su ejercicio.

Todas las combinaciones intentadas en un principio fracasaron en la medida en que no se advirtió que la solución al problema de la libertad frente al Estado nunca podría venir dada por confiar la soberanía a un sujeto físico, fuera individual o colectivo. La historia demostraría que ningún sujeto de ese orden merecía esa confianza. Ni el Rey, lo que era de esperar a la luz

de la experiencia histórica, ni tampoco un Parlamento soberano, lo que ya supuso, en cambio, una amarga decepción para los primeros valedores del movimiento constitucional, testigos de la conversión de la Asamblea francesa en un aparato del terror. Tampoco se logró mejor resultado con la búsqueda de un equilibrio entre soberanos capaz de someterlos a unas circunstancias que redundaran en el ejercicio limitado de sus facultades. Esta fórmula, en la interpretación de la Constitución inglesa idealizada por Montesquieu, mantenía el presupuesto conceptual que estaba en el origen del fracaso de las tentativas anteriores, pues cifraba la cuestión en términos de potestades soberanas actuadas en el interior del Estado. Así planteado, el problema era irresoluble.

El círculo diabólico en el que se debatía la tensión entre un poder ilimitado imprescindible para la paz civil, por un lado, y la necesidad de someterlo a límites para hacer posible la libertad, por otro, sólo se rompería cuando finalmente acabara encontrándose el sujeto más adecuado para la titularidad de la soberanía. Resultó ser un sujeto inexistente, pero ésa era precisamente su mejor virtud.

El pueblo y la nación se demostrarían los únicos titulares de la soberanía compatibles con la libertad individual. Una vez comprobado que la erección de un sujeto soberano en el Estado implicaba fatalmente la existencia de una voluntad que podía volverse contra la libertad de los súbditos, se terminó por confiar la soberanía a quien no pudiera ejercerla por carecer de la condición necesaria para actuarla en la realidad física. Se recurrió a una idea, una abstracción: el pueblo o la nación como sujetos ideales que, incapaces de hacer uso del poder absoluto que se les confía, quedan instituidos en una instancia de imputación de las voluntades de los sujetos físicos que actúan en la realidad esos poderes, pero sólo ya como instrumentos de aquella voluntad ideal y ajena, nunca como una voluntad propia y autónoma. Por ello son ahora ya efectivamente limitables, por no ser poderes originarios ni investidos de potestades soberanas, y, sobre todo, por no poder arrogarse ninguno de ellos la voluntad ideal del sujeto soberano.

La soberanía, en fin, se convierte en una cualidad del Estado, del Ordenamiento, por más que en términos de legitimación del poder se haya arbitrado la entelequia del pueblo o la nación soberanos y jugado provechosamente con la fácil confusión entre estas abstracciones y la suma de los ciudadanos. En propiedad, sin embargo, el pueblo o la nación soberanos no equivalen a ninguna reunión de individuos físicos; éstos, como súbditos o ciudadanos,

son siempre individuos sometidos al Estado, con los derechos que en él se les reconozca y obligados a los deberes y funciones que el Ordenamiento les asigne. Entre las últimas, por ejemplo, proveer a la designación de los integrantes de determinados órganos del Ordenamiento —por lo común, el poder legislativo—, constituyéndose para ello, a su vez, en un órgano del Estado —el cuerpo electoral—, idealmente confundido con el pueblo o la nación pero ontológicamente tan distinto de esos ideales como puede serlo un hombre frente a la humanidad.

La defensa frente al soberano pasa, en efecto, por su conceptualización como una cualidad del Estado, cifrada en la norma que lo constituye, la Constitución, y frente a la que todos los individuos, físicos y colectivos, están sometidos. La soberanía se residencia así en la sede más adecuada; en realidad, la única que le corresponde en tanto que entidad ideal, predicable sólo, por tanto, de realidades de su mismo tenor. El soberano sólo puede ser una norma jurídica, una categoría del *deber ser*, porque sólo en ese universo de mandatos y prescripciones es posible concebir un poder incontestable.

La teoría política hubo de coincidir al fin, por cauces y medios propios, con la teoría normativa del Estado; el fin de la libertad perseguido por el movimiento constitucionalista sólo era factible asumiendo los postulados del normativismo positivista, para el que la soberanía no es más que la expresión del principio que constituye en un sistema autorreferente y perfecto al conjunto de las normas ordenadoras de la fuerza en un espacio y tiempo determinados. El principio, en definitiva, que fundamenta la existencia del Ordenamiento en la voluntad normativa formalizada en una primera norma positiva que, siendo causa de la existencia de todas las normas integradas en ese Ordenamiento, no depende en su existencia propia de otra norma positiva superior. El fundamento del poder organizado en Estado deviene así inmanente al propio Estado y, abandonando todo referente trascendente, el Ordenamiento se ve abocado a la búsqueda de una legitimación que le asegure la obediencia por sus propios méritos, es decir, una obediencia consentida sobre bases racionales.

El Estado aparece entonces como el único instrumento de pacificación racionalmente factible. El Estado, se entiende, concebido como un instrumento de ordenación de la fuerza a través de procedimientos de producción de una voluntad mayoritaria y reversible, sin más absoluto que la incuestionabilidad del proceso y sus principios. Es decir, el Estado democrático de Derecho, que comporta una idea de Constitución como norma de orde-

nación del proceso de formación de una voluntad colectiva capaz de querer cualquier cosa, salvo la desaparición de su alternativa. El inmanejable fluir de las relaciones de convivencia, esa fatalidad que para los antiguos suponía la certeza de que todo fluye, tiene en el Estado constitucional un remedio de *estabilidad* que garantiza la tolerancia frente al discrepante y permite prescindir de la unanimidad como fundamento de la continuidad de la república. La facción, intolerable por igual para Hobbes y para Madison, deja sitio a la inofensiva minoría.

Un Estado reducido a tal extremo en su sustancia, pura arquitectura de procedimientos desprovista de contenido propio, permite la convivencia entre quienes comulguen con cualquier absoluto, sin requerir de ellos otra cosa que el respeto a la asepsia sustantiva de los procesos normativos. El fundamento del Estado se reduce entonces a un mandato convenido por cuantos han de quedarle sujetos, lo que sólo es posible si el convenio se cifra en el mínimo representado por la instauración de un procedimiento que permita que cualquier voluntad particular se convierta en la voluntad común. La historia ha demostrado que ese compromiso es el único capaz de garantizar la reunión pacífica de individuos racionales y autónomos, sometidos a un orden de mandatos cuyo contenido no es impuesto ni asumido de manera irracional, sino expresión del *deber ser* decidido en cada tiempo por una mayoría en permanente proceso de definición; es decir, por la mayoría potencialmente contenida en la minoría del presente.

El Estado no es ya una instancia de ordenación de la violencia fundamentada en un *deber ser* trascendente e inaccesible a la razón o justificada en la propia eficacia de la fuerza que organiza, sino un orden de convivencia a través de la administración de la fuerza al servicio de expectativas de conducta decididas con el concurso de todos cuantos participan de ese orden. El Estado, en fin, es un instrumento de la razón, pues permite, hasta donde resulta humanamente posible, que las relaciones interindividuales no queden sometidas al arbitrio de la fuerza incontrolada, sino reguladas conforme a pautas de conducta respaldadas en su observancia por la administración de la fuerza monopolizada y organizada a través de procedimientos de adopción de decisiones conforme a la razón que resulta del debate entre individuos racionales y, como consecuencia, libres. El Estado democrático, en definitiva, permite el ideal del sometimiento del hombre libre a su propia voluntad —es decir, a normas consentidas— mediante el establecimiento de un mínimo irrenunciable: la estabilidad del procedimiento de adopción

de tales normas. La democracia realmente posible es, al cabo, la ordenada en el Estado constitucional.

La Constitución se erige en el fundamento del Estado y, por tanto, también en fundamento y límite de los poderes que en él actúan. Como poderes *constituidos*, encuentran en la Constitución su sola razón de ser. La Constitución democrática añade a esa dimensión fundacional —constituyente—, típica de toda Constitución normativa, una variable de extraordinaria importancia funcional para la estabilidad y continuidad del orden constituido: en ella se normativiza, constituyéndolo como un *deber ser* indisponible por los poderes constituidos, el proceso de producción de las restantes normas del Ordenamiento. En la medida en que dicho proceso asegura la prevalencia de la voluntad circunstancialmente mayoritaria y la reversibilidad de las decisiones acordadas en cada momento, el efecto pacificador conseguido resulta extraordinario, toda vez que en el proceso decisorio nunca estarán en juego intereses amenazados por acuerdos irreparables.

Si en la república de la Antigüedad era inadmisibles la disidencia y, por tanto, imposibles la minoría y su defensa, ello era debido a que el proceso político no podía contar con el factor de estabilidad representado por la sustracción de las cuestiones de principio a todo posible debate. Al fluir del debate político, de la transacción entre fuerzas e intereses enfrentados, no cabía oponer, en definitiva, un verdadero Estado; esto es, un momento de *estabilidad* y contención de aquel fluido constante. En esas condiciones, la democracia sólo podría ser aceptable como proceso para la consecución de la unanimidad, lo que explica que las experiencias democráticas se hubieran resumido hasta el siglo XIX en los atormentados y brevísimos episodios de la Atenas de Pericles. La crónica de una quimera que terminó por arruinar a la *polis* e hizo de la democracia un modelo maldito durante centurias. La unanimidad era, naturalmente, imposible, pero, concebida como un ideal obligado —pues los fundamentos trascendentes sobre los que se levantaba la comunidad política no podían dejar de ser queridos por todos—, la mayoría circunstancial podía interpretarse como la voluntad más acorde con las exigencias derivadas de aquellos fundamentos. La minoría era entonces pura facción y, como tal, voluntad equivocada, censurable y, en buena lógica, suprimible.

La Constitución de los Estados Unidos reescribió la suerte de ese modelo hasta convertirlo en el ideal que ha inspirado desde el siglo XVIII a la civilización occidental. Fue precisamente la amenaza de la lógica de

la democracia ateniense, es decir, la del principio de que la mayoría del momento lo puede legítimamente todo, la que propició la fórmula feliz de la Constitución normativa. Una fórmula que, potencialmente enquistada en el texto de 1787, se perfeccionaría en 1803 cuando hubo de recurrirse a la convención sobre ciertos límites mínimos que hicieran posible la ordenación del conflicto suscitado en 1800 con la primera sucesión de mayorías en la experiencia norteamericana. Y esos límites se encontraron en la Constitución, donde, si ya estaban escritos desde 1787, comenzaron a hacerse efectivos cuando el Tribunal Supremo pudo hacer cierta una verdad normativa hasta entonces sólo ideal: que los «poderes del Legislativo están definidos y limitados; y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita...» y —aquí la decisiva novedad— a los Tribunales corresponde hacerla respetar. El conflicto que enfrentaba a *Marbury c. Madison*, una disputa con todos los ingredientes de la política más mezquina, se resolvió en 1803 con un pronunciamiento que, si bien no desterró de inmediato la lógica de la mayoría circunstancial omnipotente, sentó las bases conceptuales sobre las que esa empresa sería después posible, ya entrado el siglo xx.

La idea de que la mayoría del presente podía estar limitada por la voluntad histórica formalizada en una norma positiva resultó verdaderamente revolucionaria. Con todas las contradicciones implicadas en semejante planteamiento y en las que aún hoy, y por siempre, se debate la tensión entre la democracia y el Estado —entre *nomos* y *demos*—, tan irreductible como necesaria para la convivencia entre individuos libres, la fórmula americana pudo conjugar con acierto la estabilidad del poder público con la seguridad y certeza de los derechos individuales. Si ello fue posible se debió, en buena medida, a la circunstancia de operar con una Constitución eminentemente procedimental, reducida a la garantía de la formación ininterrumpida de una voluntad mayoritaria, sujeta sólo a los rigores del proceso, tanto más eficaces cuanto, en ocasiones, los límites procesales se conforman como los enunciados de derechos y libertades; esto es, como la exigencia de que determinadas decisiones sólo puedan acordarse por los cauces de la reforma constitucional. En Francia, por el contrario, el otro polo del movimiento constitucionalista, la conjunción armónica del Estado con la libertad no pudo lograrse en la Constitución escrita, sino en los Códigos, pues aquélla tardaría en convertirse en norma y su papel fundacional era desempeñado por ley como expresión de la voluntad soberana. Y frente a la ley sólo cabía

oponer el límite de una ley cualificada por su objeto, como eran los grandes Códigos. El modelo, en todo caso, respondía en ambas variantes al mismo principio: la contención de la mayoría en los límites de los procedimientos y, por tanto, la condición incontestable de los principios característicos del proceso como cauce para la formalización de una voluntad mayoritaria y reversible.

La variante francesa hubo de ser corregida tan pronto como desapareció uno de los presupuestos que la hicieron posible, a saber, la homogeneidad de la sociedad organizada en el Estado burgués; un factor que proveía al sistema con un grado de estabilidad suficiente para compensar las deficiencias que en ese terreno implicaba la libertad absoluta del legislador. Tan pronto como el legislativo fue también accesible a los partidos de masas la estabilidad hubo de buscarse en una instancia superior e inaccesible a la voluntad mayoritaria. De ahí la «normativización» de la Constitución a imagen del modelo americano.

II. EL VÉRTIGO DEL DEBER CUMPLIDO

La normatividad de la Constitución y su caracterización como una norma procesal son las dos condiciones necesarias para la ordenación jurídica de una sociedad democrática; para la organización racional de la fuerza en una comunidad de individuos libres, que puede resumirse en aquélla en la que el Estado no ejerce más poder que el que pueda admitir un individuo que se reconozca como agente racional y autónomo. Reconocimiento reservado al individuo sometido únicamente al dictado de normas consentidas y formuladas en el curso de un debate abierto a la argumentación basada en razones. Ahora bien, la constitución del marco procesal en el que sea posible ese debate no es suficiente si no se constituyen también las circunstancias que permitan la participación efectiva de individuos educados. Para sustraer el orden de la comunidad al imperio de los absolutos inaccesibles a la discusión racional e impuestos por la voluntad del más fuerte o del más aventajado en el desarrollo de sus cualidades como sujeto inteligente, es preciso apurar al máximo el margen de lo debatible, de manera que lo comprenda todo, salvo el límite infranqueable —pero libremente convenido, advertida su necesidad— representado por las normas y principios que rigen el debate como proceso abierto, permanente y reversible. Pero también es necesario que en el proceso participen todos y lo hagan, además, con suficiente conocimiento de causa.

La satisfacción de esta segunda exigencia es la cuestión pendiente de los últimos ciento veinticinco años, aplicados al empeño de traducir en la realidad material los ideales proclamados con la Revolución Francesa, que se enfrentaron en la primera mitad del siglo XIX a la situación más comprometida que le cabe a cualquier idea: la posibilidad cierta de su realización práctica. La lógica de la libertad, perfectamente aceptable para la burguesía en un contexto en el que su disfrute le quedaba reservado, ponía en serio peligro sus intereses de clase si se apuraba hasta el extremo. La organización del proletariado en partidos revolucionarios de masas y su acceso a las instituciones representativas hizo evidente que la libertad del liberalismo no era la libertad de la democracia. No tanto por una diferencia de concepto cuanto por una cuestión de grado en la definición del círculo de los individuos libres. O, más precisamente, por razón de la naturaleza formal o material de la libertad pretendida; en último término, por una cuestión de igualdad.

Por primera vez en la Historia se hace posible la libertad por igual. La libertad del individuo y no sólo la del ciudadano. La libertad que Atenas y Roma no podían concebir que se predicara de los esclavos y los extranjeros, se reclamó con la Revolución Francesa para un ciudadano que se confundía con el individuo sin acepción de cualidad social o económica, sin más distintivo que el de un nuevo concepto: la nacionalidad. Igualdad, pues, si no para todos, sí para los más, pero sólo formalmente, de manera que la realidad material seguía siendo, en sustancia, la conocida desde la Antigüedad. Las revoluciones desencadenadas por la Gran Guerra quisieron hacer ciertos para todos los ideales que el liberalismo supo retener para la burguesía con el formidable aparato institucional e ideológico de la monarquía constitucional. La ideología liberal que pudo forjarse en la trabajosa composición de intereses entre la burguesía y la reacción dio vida a la impostura de un régimen parlamentario en el que se escenificaba un debate político orientado a la defensa de un interés de clase, nunca al compromiso con intereses propios de las clases desposeídas, sencillamente inexistentes en aquel escenario. El parlamentarismo de Bismarck o, entre nosotros, el de la Restauración de Cánovas era la puesta en planta de unos ideales que, como siempre hasta entonces en la Historia, hacían abstracción de los más a la hora de pretender su realización práctica.

El sufragio universal y la organización de las masas en partidos políticos y movimientos revolucionarios llevaron al Parlamento unos intereses que no se avenían con los compartidos por la burguesía y la monarquía. La lógica

parlamentaria, en ese nuevo contexto de intereses, podía resultar en perjuicio del interés hasta entonces exclusivo y dominante. La misma ideología liberal se convirtió así en el mayor riesgo para la burguesía, cuyos intereses no encontraban propiamente amparo en las categorías y conceptos del liberalismo, sino en la calculada definición del círculo de quienes efectivamente podían disfrutar los derechos que sobre el papel alcanzaban a todos.

El equilibrio de fuerzas trabado en 1815 se ponía radicalmente en cuestión. En 1917-1918 era preciso contar con una nueva fuerza y recomponer con ella un nuevo equilibrio. Liberalismo y democracia dejan de confundirse tan pronto como la idea de libertad, común a ambos, se quiere realizar para unos o para todos. Y en ese proceso de redefinición de fuerzas hubo un instante en el que corrió verdadero peligro la causa de la libertad. Bajo la tremenda conmoción que supuso la Revolución soviética de 1917, la posibilidad real de acceso al poder situó a los partidos de izquierda en una disyuntiva irreconciliable: servirse de los medios del parlamentarismo, en el respeto a la lógica de la democracia liberal, o conquistarlo por la fuerza y para la instauración de una dictadura del proletariado. La reacción por parte de la burguesía también llevaba, en un extremo, a la dictadura fascista. La alternativa liberal y parlamentaria, defendida en Alemania con escasa convicción y en el peor contexto imaginable por los llamados *Vernunftrepublikaner* (republicanos de circunstancias, movidos por la razón a la defensa de una República incapaz de suscitar su entusiasmo), apenas era un testimonio frente al grueso de una burguesía que, horrorizada por la experiencia soviética y advertida de los efectos de la lógica de una ideología de la libertad llevada al extremo de su consecuencia, intentará explicarse la realidad en términos que le permitieran reconstruirla, es decir, de acuerdo con una ideología.

El reequilibrio de fuerzas dibujado a partir de 1918 dio forma, finalmente, al Estado social y democrático, definido por contraste, a lo largo de varias décadas, con la democracia popular comunista. El régimen parlamentario se demostró capaz de articular civilizadamente la composición de un círculo de intereses en el que también se incluían los de las masas. La libertad formal para todos dio paso a la libertad material para el mayor número posible, convirtiéndose la ampliación de ese número en una función del Estado.

La concepción normativa de la Constitución fue determinante para el éxito de esa composición de intereses, pues, reducida a procedimiento, se

prestaba como ninguna al fin de la ordenación de intereses encontrados. Sin embargo, la Constitución normativa no se agota en esa reducción; en realidad, su naturaleza procedimental sólo cobra sentido en tanto que cualidad predicada de la sustancia liberal característica del constitucionalismo. Sustancia que, tras el triunfo del movimiento liberal democrático en el último tercio del XIX, puede imponerse a otras ideologías con el aparato del Estado, es decir, con el recurso a la autorreferencialidad de un Ordenamiento que encuentra en sí mismo el fundamento de su legitimación y el horizonte de su existencia. Una vez que el Estado ha dado forma y cauce a los intereses de la burguesía cifrados en la ideología liberal, el constitucionalismo no tiene ya que remitirse a fundamentos ajenos al Estado. La legitimidad se confunde entonces con la legalidad. El fin de la libertad se realiza en el Estado, esto es, en un Ordenamiento desde cuya primera Norma se explica y organiza, jurídicamente, la realidad social.

Como fenómeno histórico, la Constitución normativa no existe, por tanto, en el vacío. Presupone muchas cosas. La Constitución puede ser norma sin sustancia, puro procedimiento, a condición de que el contenido formalizado a través de sus procedimientos sea una cierta sustancia ideológica: la que el liberalismo siempre ha defendido, localizándola unas veces en la historia, otras en la razón, y otras, en fin, en la Constitución misma como primera norma positiva de un Ordenamiento imbuido ya de sus principios.

La Constitución se hizo norma para el constitucionalismo, en definitiva, cuando el Ordenamiento por ella constituido había dado cabida a los valores de ese movimiento histórico. La defensa de esos valores redundó necesariamente en la defensa de la Constitución que los hacía contenido de la voluntad normativa del Estado. El ideario liberal pudo así cifrar su discurso racionalista (revolucionario) del XVIII en la razón positiva del método jurídico, alcanzando así para sus valores el ideal de lo absoluto, esto es, excluyéndolos de la crítica racional y de la discusión política. Un resultado sólo aparentemente paradójico en su contradicción con el espíritu racionalista típico del constitucionalismo del siglo XVIII si se conviene en que dicho espíritu sólo era un instrumento al servicio del fin de la libertad y que ésta puede encontrar también fundamento al margen de la razón, como lo demuestra en la Historia la pulsión liberadora de los Evangelios y en nuestros días la mística libertaria inspirada en la metafísica de la dignidad.

La juridificación de los valores liberales supuso, en efecto, su «absolutización» en la medida en que pudo recabarse para ellos el mismo fundamento

que el reconocido a la Constitución positiva, que en la concepción radical kelseniana no será ya siquiera la voluntad de una quimera como la del poder constituyente, es decir, una mera abstracción —aunque en todo caso un concepto distinto y anterior al de la Constitución y su Ordenamiento—, sino un fundamento endógeno y, por tanto, innecesario: el solo hecho de existir justifica la existencia de la Constitución, que, siendo causa jurídica de las normas que de ella derivan su validez, no requiere, por definición, de una causa para su existencia propia. Como no la requiere el Estado en el que se conceptualiza el Ordenamiento constituido desde la Constitución. La pregunta por el fundamento de la Constitución es para el normativismo radical una pregunta ociosa. En otros términos, su fundamento es incuestionable, como lo es el dictado de la voluntad divina o una proposición lógica. Aparece entonces como «natural» y, por tanto, indiscutible, lo que en realidad no es necesario, pues a cada concreto sistema de ordenación de la fuerza cabe siempre oponerle otro ordenado a la satisfacción de intereses distintos cifrados en valores también diferentes. Oposición que puede resolverse con la imposición de uno de ellos en términos de eficacia, o con la concertación alcanzada mediante la composición de los intereses atendidos en cada caso, sometidos entonces a la crítica racional y, por tanto, desposeídos de la condición de lo absoluto inherente a los valores.

Las protestas de «pureza» del normativismo positivista alcanzan a la relativización de numerosos intereses «valorizados» en la dogmática del XIX, pero no llegan al punto de hacer lo propio con un interés inexcusable: el de la ordenación del procedimiento de producción de la voluntad del Estado mediante el concurso de sus obligados en términos que aseguren la imposición, reversible, de la voluntad mayoritaria. Un interés sólo en apariencia neutral y «puro» por cuanto las voluntades en liza se mueven en un espectro material muy homogéneo: el de la burguesía liberal. Mientras así fueron las cosas, el constitucionalismo encontró en la Constitución normativa el concepto más adecuado a la satisfacción de sus aspiraciones. Pero esa comunión no tardaría en deshacerse tan pronto como lo hizo el presupuesto de la competencia entre intereses homogéneos.

Más allá de las diferencias evidentes en el seno de la sociedad occidental de la primera mitad del siglo XX, constitutivas de tensiones que habían de derivar en fracturas seguramente irreparables, lo cierto es que por debajo de esa tumultuosa diversidad no dejaba de fluir la corriente profunda de una concepción del mundo sustancialmente compartida en sus principios, por

más que también fuera asumida e interpretada en su desarrollo y en sus consecuencias de maneras tan diversas como contradictorias y hasta excluyentes. Ese fondo compartido, constitutivo de la identidad de Occidente como precipitado en la Historia de la tradición judeocristiana y grecorromana y del que naturalmente procede el propio movimiento constitucionalista, no alcanza ya por sí solo a la provisión de la legitimidad del Estado constitucional del siglo XXI. El fenómeno de la inmigración ha propiciado un principio de diversidad cualitativamente distinto al que hasta el presente ha podido gestionarse razonablemente en la sociedad occidental, pues la diversidad afecta ahora al sustrato cultural común sobre el que durante siglos se han articulado en ella la pluralidad y la diferencia. En esa circunstancia, el propio principio del pluralismo, característico y definitorio de la ideología constitucional, imprime a la lógica de la diversidad un dinamismo tan exacerbado como incompatible, en sus consecuencias disolventes, con la continuidad del Estado como expresión formalizada de un sistema de ordenación de la fuerza al servicio de la convivencia en una comunidad política que, para ser tal, no puede prescindir de un mínimo compartido.

Hoy estamos en otro momento de redefinición de la democracia, comparable al de los comienzos del siglo XX. De un lado, porque la desaparición en 1989 del contramodelo frente al que se ha ido perfilando la democracia liberal pone en riesgo la contención hasta entonces lograda de la lógica del liberalismo, como demuestra la llamada «crisis del Estado del bienestar» o la de la última variante del sistema capitalista. Un modelo en crisis desde el momento en que ya no es necesario el rearme ideológico del liberalismo frente a su alternativa socialista. De otro lado, porque el fenómeno de la inmigración (expresión cualificada, pero no única, de un pluralismo exacerbado) está terminando por llevar la lógica de la libertad de 1789 al último de sus estadios.

En 1918 ya no era bastante la libertad para unos pocos y se reclamó para los más. Se ponía fin al modelo conocido desde la *polis*, dando entrada en la sociedad política a las masas desposeídas. Pero se mantuvo el componente nacional como determinante para la definición del ciudadano. Hoy, sin embargo, quienes con arreglo a ese criterio eran entonces los menos comienzan a ser más; muchos más. Desprovistos de derechos políticos, los inmigrantes representan un círculo de intereses que no tienen acceso al poder legislativo, de manera que nuestro régimen parlamentario corre el riesgo de remedar la impostura de los Parlamentos de la Restauración.

La verdadera dimensión del problema sólo se advierte si se repara en que quizás no sea suficiente con franquear al inmigrante el acceso al Parlamento. Eso sería relativamente sencillo y sin perjuicio de la esencia de la democracia, que, en un Estado moderno, como repite Kelsen, es una democracia parlamentaria. La cuestión es que el presupuesto de la democracia, en el sentido kelseniano, es la disposición al compromiso, lo que exige un mínimo común denominador en los grupos de intereses condenados al entendimiento. La democracia parte de la relatividad de los valores, pero hay un valor obligadamente menos relativo que los demás: aquél que permite, precisamente, que todos los demás puedan realizarse: el valor de la aceptabilidad de todos los valores y, sobre todo, el de la reversibilidad de cuanto haya sido decidido. Kelsen advierte de que un presupuesto material irrenunciable para la democracia es la existencia de un cierto grado de homogeneidad cultural, cuya medida es el criterio que permite calibrar el nivel adecuado de autonomía política para los distintos territorios y comunidades. Sólo así se conjura el riesgo de la dictadura de la mayoría. El fenómeno de la inmigración multiplica geoméricamente esta dimensión del problema, pues supone la integración en la comunidad política de individuos procedentes de culturas y tradiciones en ocasiones incompatibles, sencillamente, con la tradición occidental. Puesta así en riesgo la base misma del compromiso, la estructura del parlamentarismo pierde toda razón de ser. Ése es hoy el problema de la democracia, que si ha de ser fiel a la esencia y al valor que le son propios sólo puede afrontarse, como también defendía Kelsen, por medio de la educación, es decir, por un medio radicalmente antidemocrático.

A lo anterior, que supone una multiplicación de la diversidad en términos cualitativos por causas exógenas, ha de sumarse un proceso paralelo de diversificación y de disolución del mínimo compartido que trae causa de razones puramente endógenas, por lo que tienen de desarrollo consecuente de la lógica del pluralismo como principio estructurador de un modelo de convivencia política que, centrado originariamente en la persona (inconcebible sin la *polis*) y después en el individuo (fugitivo del estado natural), ha terminado, tras el ideal del ciudadano (artífice de la comunidad a la que también se debe), en el consumidor egoísta, ignorante y exigente al que todo le es debido y nada debe (ni siquiera al Estado la seguridad de su existencia, ni al prójimo otra cosa que cuanto convenga al cálculo de sus más inmediatos intereses). El resultado no puede ser sino una exacerbación de la diversidad llevada al paroxismo, es decir, al extremo de extenderse al fundamento del

mínimo necesario para la existencia del Estado constitucional democrático: la ordenación de la fuerza a través de normas decididas por voluntades que, no siendo nunca definitivas, no admiten excusa a su observancia en tanto no sean modificadas en la forma procesalmente establecida. Este mínimo elemental se resume, pues, en la idea de normatividad, inevitablemente en conflicto tanto con las voluntades particulares como con la voluntad mayoritaria aún pendiente de formalizarse como voluntad normativa.

El conflicto, en fin, entre la democracia y el Estado, sólo accesible a la solución del compromiso y que, sin embargo, hoy quiere resolverse en perjuicio de lo normativo, cada vez más intolerable para una concepción tan radical como simplista del ideal democrático que está en el origen de la legitimación que con creciente naturalidad pueden reclamar para sí el fraude y la infracción del Derecho; también, por tanto, de la Constitución. La progresiva voluntad de contemporalización de los Tribunales con los legisladores democráticos —formalizada en expedientes tan incapaces, pese a todo, de disimulo, como son las técnicas de interpretación recreativa de los enunciados legales— es sólo una manifestación más del signo de los tiempos. Seguramente la inmediatez característica de un mundo que no deja de acelerarse esté en el origen del fenómeno de la dejación de sus responsabilidades por parte de un poder público que ha perdido la seguridad de la distancia ofrecida en el pasado por la morosidad de los procesos de relación con los destinatarios de sus mandatos. La democracia directa *sub specie* activismo minoritario y rendida al oráculo secularizado de la encuesta permanente sobre cualquier cosa deja poco espacio para nada que no sea la gestión inmediata del capricho y la ocurrencia.

A esta crisis de la normatividad ha contribuido también decisivamente un cierto exceso en las esperanzas que han llegado a cifrarse en las posibilidades de lo normativo. Así, el aseguramiento de la participación efectiva de todos en el disfrute de los derechos y libertades ha hecho necesaria la implicación activa del poder público en la transformación de las condiciones materiales de la convivencia, con la consecuencia de que el Estado social ha supuesto una cierta degradación del ideal constitucional cifrado en el concepto de los límites jurídicos, apenas reconocibles en la sustancia de sus nuevos contenidos normativos. Además de límite a la acción de los poderes constituidos, la Constitución se hace ella misma programa, contenido obligado, y el respeto a sus previsiones materiales se convierte en exigencia de ejecución efectiva de sus mandatos de ordenación de la realidad. Con ello

la pretensión de obediencia al *demos* constituyente se hace menos tolerable para las generaciones vivas.

Y, en fin, tampoco es ajena a esa crisis la incoherencia en la que el normativismo ha tenido que incurrir en el despliegue de sus consecuencias conceptuales para resultar compatible con el Estado nacional.

III. EL ESPEJISMO DE LA SOLEDAD

La raíz del problema se hunde en la propia concepción del Estado hobbesiano como un sistema de normas fundado *exclusivamente* en la voluntad formalizada en la Constitución, desde la que se explican y reducen a unidad todas las normas a cuyo través se administra la fuerza legítima monopolizada por el poder público, sirviéndose para ello de la categoría de la *validez*. Un Estado concebido en la más perfecta soledad, por cuanto le resulta inconcebible la coexistencia en Derecho con otros sujetos de su misma especie, como no sea en el Derecho libremente acordado para la disciplina de las relaciones entre iguales que sólo se reconocen forzados por la impotencia de someter a los contrarios. Un Derecho, en fin, que apenas se consume en el acuerdo transitorio impuesto por el equilibrio circunstancial de las fuerzas respectivas y que remite inevitablemente al imaginario del estado de naturaleza.

Semejante planteamiento convierte en imposible la convivencia entre los Estados, a los que todo intento de ordenar en Derecho aboca fatalmente a la desaparición como sujetos soberanos. Y es, además, paradójicamente, un planteamiento que ni siquiera se corresponde con la realidad normativa representada por el Estado. Porque en el Estado *more hobbesiano* hay multitud de normas cuya existencia jurídica, su validez, no puede explicarse por reconducción a la Constitución estatal. En ella encuentran todas, desde luego, el fundamento inexcusable para su consideración como normas del Estado, pero sólo algunas tienen ahí también la causa que las constituye en normas de Derecho.

La categoría de la validez como cualidad en la que se cifra la existencia en Derecho de toda proposición que, por haberse elaborado con arreglo al procedimiento de formalización de voluntades establecido por el Ordenamiento, puede reconducirse a la voluntad originaria formalizada en la Constitución y, por tanto, interpretarse como expresión de la voluntad del Estado, tal categoría, decimos, es constitutiva de lo jurídico, como la existencia biológica lo es de los seres vivos. Pero, siendo presupuesto de la realidad

(ideal) propia de las normas, la validez no da cuenta por entero del modo en el que una pluralidad de normas (válidas) puede constituirse en un sistema. La norma en soledad no es otra cosa que una proposición en el vacío; sólo cobra sentido en el marco de un sistema con otras normas. Y esa integración no resulta necesariamente de su validez, sino de su *aplicabilidad*. En el poder de disposición sobre esta cualidad radica la verdadera soberanía.

El Estado solitario, en su variante de Estado constitucional democrático, ha sido capaz de arbitrar un delicado mecanismo de ordenación de la fuerza legítima al servicio de la convivencia entre individuos libres. Pero en la medida en que se descuide la vertiente extraestatal del ejercicio de aquella fuerza, los límites orquestados *ad intra* resultarán completamente inútiles, superados por la voluntad de los titulares del poder del Estado formalizada bajo la veste de normas derivadas de un sistema normativo autónomo en su validez de la Constitución nacional y dotado, incluso frente a la Constitución misma, de un régimen de aplicabilidad preferente consentido por el Estado en el pasado de una vez y, en la práctica, quizás para siempre.

Y ésa es, precisamente, la lógica con la que se desenvuelve el Derecho de la Unión Europea. Una formidable estructura de poder a la que también habrían de oponerse los límites necesarios en beneficio de la libertad y ante la que, sin embargo, hoy se están rindiendo, con el Estado nacional, muchas de las garantías formalizadas en las estructuras estatales. Apurar por elevación los límites del Estado nacional puede redundar en un inesperado movimiento de regreso a las circunstancias históricas en las que el sometimiento pleno del poder al imperio de la ley no era todavía la realidad que sólo llegaría con el Estado constitucional democrático, cuya alternativa no puede ser una sociedad de Estados regida por una voluntad normativa tan incontestable como indiscernible en los procesos de su formación —y, por tanto, ajena a un verdadero control—, sino sólo un verdadero Estado constitucional europeo.

El empeño secular del movimiento constitucionalista, la limitación del poder al servicio de la libertad, tiene hoy su principal reto en la huida de la voluntad de dominio hacia procesos de formalización indisponibles por la Constitución y desde los que regresa al Ordenamiento transformada en una voluntad prácticamente invulnerable. La clave de la defensa ha de comenzar por la causa que explica este fenómeno. Lo que lleva a una teoría de la aplicabilidad como categoría propia del Derecho. Y a un nuevo concepto de Constitución.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

En *La noción del Estado* de Alessandro Passerin d'Entreves (traducción de Antonio Fernández Galiano, reeditada por Ramón Punset, Ariel, Barcelona, 2005), puede encontrarse una de las síntesis más brillantes de los esfuerzos que se han sucedido en la historia de las ideas por rebatir el despiadado argumento de Trasímaco, que en la *República* platónica (I, 336b-354c) reduce el problema del poder a una cuestión de pura fuerza, y por defender la comprometida posición en la que queda Alejandro frente al pirata que no advierte entre el poder del *imperator* y el del vulgar ladrón otra diferencia que la magnitud de sus estragos (San Agustín, *De civitate Dei*, IV, 4).

Entre la inabordable bibliografía sobre la revolución hobbesiana y el proceso histórico y doctrinal de la constitucionalización del Estado moderno destaca por su luminosidad y sencillez la obra de Martin Kriele *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Hamburg, 1975 (*Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, traducción de E. Bulygin, Depalma, Buenos Aires, 1980), que compendia la clave del modelo en la idea de que en el Estado constitucional no puede haber soberano. Las *Lecciones de Derecho Constitucional* de Ignacio de Otto, recogidas ahora en sus *Obras Completas* (Oviedo, 2010), contienen una inteligente exposición de las teorías de la soberanía y su significado en la teoría constitucional. En su *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, puede encontrarse un buen resumen de los avatares de las dos versiones, americana y francesa, del movimiento constitucionalista.

Una espléndida revisión histórica del proceso constituyente norteamericano y su apuesta por un modelo tan desacreditado entonces como la democracia puede verse en Akhil Reed Amar, *America's Constitution. A Biography*, Random House, New York, 2005. Una apuesta que sólo se entiende a la luz de la impronta clásica perceptible en los fundadores, como demuestra David J. Bederman en *The Classical foundations of the American Constitution: prevailing wisdom*, Cambridge University Press, New York, 2008. Acerca de *Marbury contra Madison*, en su dimensión histórica y como ocasión para la construcción de un mito, son ilustrativos los estudios de Bruce Ackerman, *Marbury c. Stuart*, y María Ángeles Ahumada Ruiz, *Marbury c. Madison, doscientos años (y más) después*, publicados en el

número 4 de *Fundamentos (La rebelión de las leyes. Demos y nomos: La agonía de la justicia constitucional)*, Oviedo, 2006.

Las referencias a Hans Kelsen a propósito de la crisis del Estado liberal parlamentario proceden de *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2.^a ed., J. C. B. Mohr, Tubinga, 1929 (*De la esencia y valor de la democracia*, traducción de Juan Luis Requejo Pagés, KRK, Oviedo, 2006). Para las circunstancias históricas, culturales e ideológicas de aquel momento es fundamental el libro de Peter Gay *Weimar Culture: The Outsider as Insider*, Harper and Row, New York, 1968 (*La cultura de Weimar. La inclusión de lo excluido*, traducción de Nora Catelli, Argos Vergara, Barcelona, 1984). Más recientemente, Erich D. Weitz, *Weimar Germany. Promise and Tragedy*, Princeton University Press, 2007 (*La Alemania de Weimar. Presagio y tragedia*, traducción de Gregorio Cantera, Turner, Madrid, 2009).

A la crisis de la normatividad y al desdibujamiento de los perfiles del poder me he referido en la introducción al número 4 de *Fundamentos*, antes citado. Pero sólo remito a las páginas de García-Pelayo sobre la crisis del Derecho Constitucional clásico en su *Derecho Constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1984.