

## CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

Prólogo a la primera edición de 1989 . . . . .	3
I. La democracia como principio legitimador de la Constitución . . . . .	11
1. Constitución, soberanía y democracia . . . . .	11
2. Principio democrático y reforma constitucional . . . . .	17
3. Revisión total de la Constitución y la distinción entre legitimidad y validez . . . . .	21
4. Revisión total y configuración de la nación . . . . .	29
II. La democracia como principio general del ordenamiento . . . . .	36
1. Los principios generales como categoría jurídica . . . . .	36
2. El significado de los principios constitucionales . . . . .	40
3. La eficacia jurídica de los principios generales constitucionalizados . . . . .	44
4. Principios, valores y reglas . . . . .	47
5. La proyección normativa de los valores y los principios y la distinción entre “impredictibilidad” e “indeterminación” . . . . .	52
6. Contenido y eficacia del principio democrático como principio general del ordenamiento . . . . .	56
A. La democracia como principio jurídico . . . . .	56
B. El contenido del principio democrático . . . . .	58
C. La eficacia jurídica del principio democrático . . . . .	63
III. El principio democrático y la reconstrucción teórica del derecho público . . . . .	66
IV. Advertencia final . . . . .	76

## CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

## PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN DE 1989

Voy a comenzar por una confesión, esto es, hablando de mí mismo. Sé que ello puede tener un aire de impudor, en el que, de ninguna manera, quisiera incurrir. Si hablo de mí mismo es porque me parece obligado dar cuenta aquí de las razones o, más exactamente, de los motivos y el proceso que me han conducido a escribir esta pequeña obra. Creo que no debo hurtarlos al lector, aunque sólo fuese para dejar constancia del carácter no coyuntural de este trabajo, es decir, de su íntima ligazón con otros anteriores de los que viene a ser, en verdad, una continuación. Sin embargo, y en rigor, este solo argumento no sería suficiente para la pertinencia de un tipo así de manifestaciones, pues la coherencia o incoherencia de una trayectoria intelectual es a los demás, y no al propio autor, a quienes corresponde apreciar (al menos apreciar por escrito). Si me decido a acometer la tarea de explicar el camino que me ha llevado a la realización de este trabajo es, en definitiva, porque pienso que de esa manera puede entenderse mejor el objeto del trabajo mismo, en la medida en que ese objeto fue prefigurándose, poco a poco, a través de un proceso dominado por la pretensión teórica de unir Constitución y democracia.

Las páginas que siguen son el producto, pues, de una larga y tenaz preocupación por la eficacia jurídica del principio democrático. Preocupación que ya se manifestaba incluso en mi primer trabajo de investigación: la tesis doctoral sobre *La idea del Estado en Manuel Azaña*, y que, desde entonces, vuelve a aparecer en buena parte de mis publicaciones. En aquella tesis, leída en 1973, al examinar el papel esencial que el concepto de soberanía del pueblo desempeñaba en la idea azañista del Estado y al reflexionar sobre la denuncia, constante en Azaña, del compromiso contraído por el liberalismo europeo (y no sólo por el español) con el absolutismo del antiguo régimen mediante el cual se vació de contenido aquel concepto revolucionario de la soberanía del pueblo, yo indicaba que el problema no se planteaba sólo en su vertiente más general, esto

es, en la reivindicación del liberalismo radical frente al liberalismo moderado, o de Rousseau frente a los doctrinarios, sino que se concretaba también (y en Azaña eso me parecía claro, aunque no estuviese explícito) a su dimensión más reducida en el campo del derecho público,<sup>1</sup> que no era otra que la de la pervivencia del principio monárquico en la dogmática jurídica europea y la necesidad de sustituirlo por el principio democrático.

Algunos años después, cuando estudié, y critiqué, el propósito (que por fortuna no prosperaría) de introducir una reserva material reglamentaria en el texto de la Constitución,<sup>2</sup> volví a manifestarme sobre los efectos perturbadores del principio monárquico en el derecho público y sobre la necesidad de establecer, e interpretar, la que iba a ser nuestra Constitución a partir del principio democrático. El problema lo trataría, más extensamente, en el trabajo acerca de “La monarquía parlamentaria”,<sup>3</sup> donde la prevalencia jurídica del principio democrático sobre el principio monárquico será uno de los ejes principales de la interpretación, que allí propugnaba, del artículo 1o.3 de la Constitución. También en algunos de los estudios que he dedicado a la justicia constitucional el principio democrático me suministraba razones para criticar el control previo de los proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas, así como para delimitar la función del Tribunal Constitucional y defender la firme aplicación de la máxima *in dubio pro legislatoris*. En fin, el significado jurídico de la democracia aparecerá como un hilo conductor de la distinción entre Constituciones rígidas y flexibles en mi trabajo “Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional”.<sup>4</sup>

De todos modos, será en los trabajos sobre la teoría constitucional del control donde la preocupación por este problema se manifiesta de manera más intensa. Tanto en “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución” como en “La interpretación de la Constitu-

1 Muchas veces se olvida, con cierta ligereza, la personalidad del Azaña jurista.

2 El título de aquel trabajo fue “La reserva reglamentaria en el proyecto constitucional y su incidencia en las relaciones Parlamento-gobierno”, y se publicó en *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, ed. de M. Ramírez, 1978.

3 Publicado en Predieri y García de Enterría (dirs.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 1980.

4 *Revista de Estudios Políticos*, núm. 50, marzo-abril de 1986.

ción y el carácter objetivado de control jurisdiccional” y en “El control parlamentario como control político”,<sup>5</sup> la idea de que la democracia es el presupuesto de la Constitución auténtica, es decir, de la Constitución normativa y las consecuencias que de ello se derivan para la interpretación y aplicación constitucional y para la comprensión más correcta de la polémica entre la “Constitución como norma abierta” y la “Constitución como sistema material de valores”, aparecen formando el sustrato teórico del que se alimentan la mayor parte de las reflexiones allí expresadas (ya sean sobre la relación entre Constitución y control, sobre las diferencias entre control jurídico y control político, sobre los límites del control jurisdiccional o sobre el significado actual del control parlamentario).

En estos últimos trabajos ya me pronunciaba acerca de la necesidad de reconstruir la teoría de la Constitución a través del principio democrático, único modo, a mi juicio, de sustentar un derecho constitucional suficientemente explicativo y al mismo tiempo crítico.<sup>6</sup> Pieza fundamental, pues, de esa teoría habría de ser la concepción de la democracia como categoría jurídica (a través de su consideración como “principio”) y no como noción sólo y exclusivamente política. Precisamente porque el principio democrático me parece “capital” desde el punto de vista jurídico-constitucional no coincido con aquellos que se manifiestan contrarios a “fundir el concepto de Constitución con la libertad, los derechos individuales, la democracia y otras ideas capitales políticamente, qué duda cabe, pero por completo inoperantes para elaborar una dogmática jurídico constitucional”.<sup>7</sup> Y no coincido (pese a compartir el objetivo de hacer derecho constitucional desde el derecho mismo, como es obligado, y por lo demás enteramente obvio), porque a mi juicio, de una parte, sin la democracia no se entiende el concepto “jurídico” de Constitución y, de otra, la positivación de la democracia como principio constitucional produce unas consecuencias “jurídicas” de extraordinaria magnitud. Y

5 Publicados, respectivamente, en los números 19 (enero-febrero de 1987) y 18 (mayo-agosto de 1986) de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, y en el 23 (verano-otoño de 1986) de la *Revista de Derecho Político*.

6 Especialmente en “El control como elemento...”, pp. 17, 38 y 39 y en “La interpretación de la Constitución...”, pp. 127 y 128.

7 Otto, I. de, “Comentario al libro ‘La Constitución española de 1978. Estudio sistemático’”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, enero-abril de 1981, p. 337.

ambas cosas no pueden ser desconocidas por la dogmática jurídico-constitucional; más aún, sobre ellas justamente ha de edificarse la parte nuclear de esa dogmática.

En la “Introducción” al *Derecho constitucional comparado* de M. García-Pelayo,<sup>8</sup> yo decía que:

...las grandes concepciones básicas sobre el Estado y la Constitución no han experimentado transformaciones sustanciales en las últimas décadas. Ha habido, sí, brillantes trabajos sectoriales, notables exégesis de textos constitucionales en vigor o excelentes manuales (bastaría con citar los nombres de Maunz, Hesse, Böckenförde, Mortati, Crisafulli o Pizzorusso, en un muestreo que abarca varias generaciones) pero no construcciones teóricas generales capaces de sustituir a las que formularon Kelsen, Heller, Schmitt, Hauriou, Santi Romano o Carré, de cuyas doctrinas aún vivimos intelectualmente, incluso para criticarlas. Desde entonces ha avanzado mucho el derecho constitucional, sin duda alguna, pero muy poco la teoría de la Constitución.

Aquella breve “Introducción” no era el lugar apropiado, por supuesto, para dar las razones en que apoyaba unas afirmaciones de ese género. Lo hago ahora. A mi entender, la teoría de la Constitución en la Europa Occidental sigue siendo tributaria, en gran medida, del principio monárquico. Aún no se ha desprendido, del todo, de aquella magna construcción teórica urdida por la dogmática alemana del derecho público en el siglo XIX. La soberanía del príncipe, y por derivación inmediata la soberanía del Estado, pero no la soberanía del pueblo, fue la piedra angular de esa ingente elaboración jurídica, cuyas categorías principales arraigaron con tal fuerza que pervivieron, incluso, en la obra de quienes, ya en el siglo XX, se presentaban como abiertamente críticos y no como continuadores de aquellas doctrinas.

Es cierto que la técnica jurídica ha avanzado considerablemente gracias, en buena parte, a la teoría clásica del Estado y del derecho, pero la técnica no ha conseguido zafarse de la perspectiva desde la que fue elaborada, es decir, de las ideas pretéritas a cuyo servicio nació. De ese modo, el derecho constitucional europeo padece una especie de dislocación conceptual, en el sentido de que gran parte de sus categorías básicas (las nociones mismas de soberanía, de legislación, de órganos o de

8 Reedición de 1984.

derechos individuales, por poner sólo algunos ejemplos) guardan más coherencia con el principio monárquico alrededor del cual se construyeron, que con el principio democrático al que hoy deben servir. Se hace preciso, pues, recrear la teoría constitucional de nuestro tiempo para hacerla acorde con un concepto de Constitución radicalmente distinto del que imperó en la Europa del siglo XIX, al objeto de que el derecho constitucional se fundamente en la realidad del presente y no en la del pasado. Y esa realidad de ahora (realidad jurídica, se entiende) en el mundo, tónica aunque no exactamente, llamado occidental, es la de la Constitución democrática.

El principio democrático debe jugar, en consecuencia, en el derecho público de nuestros días, un papel equivalente a aquel que desempeñó el principio monárquico en el derecho público del siglo XIX. Para ello es preciso vencer la inercia de viejas categorías, no con ánimo meramente iconoclasta (pues el derecho no deja de ser un saber acumulativo), sino con el propósito de establecer un cambio de “perspectiva”, lo que significa abordar el problema en su misma raíz, esto es, extraer las consecuencias jurídicas pertinentes de la atribución al pueblo de la soberanía. De aquí que, en el fondo, la teoría constitucional de nuestro tiempo no pueda ser más que la teoría jurídica de la democracia.

Pues bien, ese fue el camino que me llevó a elaborar este trabajo, y esa era la disposición intelectual con que a él me enfrentaba. Ni qué decir tiene que no estaba en mi ánimo, porque excede de mis posibilidades, hacer aquí esa teoría de la que tanta necesidad tenemos y cuya elaboración será, indudablemente, una tarea colectiva; sus primeros pasos ya se están dando en otros países, y creo que también en el nuestro. Mi objetivo era mucho más modesto: se reducía a estudiar el significado (jurídico, claro está) del principio democrático en nuestra Constitución. Con ello pretendía, por un lado, contestar a algunas preguntas que yo mismo me he venido haciendo desde hace años y, por otro, contribuir, aunque sea en muy escasa medida, a ese común esfuerzo de reflexión que es hoy la honrosa tarea del derecho constitucional español. Si no he conseguido lo segundo, me daré por contento si al menos he logrado parte de lo primero.

Puesto a la tarea de escribir este prólogo, y también al riesgo de que se extienda en demasía, me parece que debo decir algo sobre dos de los principales problemas que el contenido del trabajo me planteaba. El pri-

mero residía en la amplitud desmesurada de su objeto: el principio democrático. Un examen mínimamente detallado (y ni mucho menos exhaustivo) de ese objeto obligaría a tratar a la democracia como principio de legitimación del poder y del derecho, como método y principio de organización, como principio explicativo de los derechos fundamentales, como principio general, no ya de legitimación, sino de aplicación del ordenamiento... Soberanía popular, democracia directa y democracia representativa, democracia y orden de valores, participación, sufragio, división de poderes, modo de composición de los órganos públicos, mayoría y minoría, limitación y control... En fin, para qué voy a seguir, la lista se convertiría en un repertorio de los grandes temas de la teoría de la Constitución y, en concreto, de nuestro derecho constitucional. Y ello es así porque el principio democrático se proyecta en la totalidad de nuestro orden estatal por ser precisamente el punto nuclear que lo articula, que le da forma, es decir, que define la forma del Estado.

Parece obvio, pues, que debía limitar mi indagación sólo a algunas de esas múltiples cuestiones. Es cierto que mi propia condición profesional ejercía ya una cierta limitación: como jurista, no sería de la teoría política de la democracia sino de la teoría constitucional de la democracia (teorías relacionadas, pero distinguibles) de la que yo debía ocuparme. Pese a tal delimitación, el campo a examinar seguía siendo inmenso y, por ello, di a este problema de la amplitud del objeto una más drástica solución: ceñiría mi trabajo a sólo dos cuestiones, que son la democracia como principio legitimador *de* la Constitución, es decir, la soberanía del pueblo como categoría jurídica, y la democracia como principio general del ordenamiento.

El segundo problema al que hace un momento me refería no era de menor envergadura que el anterior, y también estaba relacionado con la amplitud, ahora no ya del objeto, sino de la producción doctrinal sobre el mismo. Acerca de la cuestión de que me proponía tratar se ha escrito con extraordinaria profusión, y en muchos casos con admirable inteligencia. Es muy difícil, en tales condiciones, decir algo nuevo. Había que utilizar aquí, pues, y a grandes dosis, el rigor y la modestia, porque, como ha dicho Sartori, a propósito de esta misma materia, en su excelente libro *Democrazia e definizioni*,<sup>9</sup>

9 Sartori, *Democrazia e definizioni*, 1957, p. 317.

...no es fácil ser original. Casi siempre volvemos a descubrir, sin saberlo, lo ya descubierto, y aquello que nos parece nuevo es simplemente cualquier cosa que ya se había olvidado. Muchos son originales por indocta ignorancia. Otros buscan la originalidad en el extremismo, que es lo menos original, pues vivir de las rentas de exagerar las ideas ajenas es llevar una vida mental parasitaria.

Porque estoy bastante de acuerdo con Sartori, sabía que en este trabajo iba a ser muy poco original, pero ello no me impediría, claro está, expresar mi opinión sobre las cuestiones que se susciten. Yo no entiendo un trabajo científico (incluso en una “ciencia” tan peculiar como la del derecho), y ello no habría ni siquiera que decirlo, como una mera exposición descriptiva, sino como una reflexión comprometida, en la que el autor no hurte a los lectores su propio pensamiento, aunque sólo sea para mostrar su coincidencia o discrepancia con lo que otros ya han pensado antes que él.

Algunos de los problemas tratados en la primera parte de este trabajo ya los expuse en la conferencia que pronuncié en las Jornadas de Estudios organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, en mayo de 1987. Otras cuestiones abordadas en la segunda parte del trabajo fueron desarrolladas en el seminario que impartí en el Centro de Estudios Constitucionales en la primavera de 1988, y un resumen de ello se publica en el número 24 de la *Revista Española de Derecho Constitucional*.

## I. LA DEMOCRACIA COMO PRINCIPIO LEGITIMADOR DE LA CONSTITUCIÓN

### 1. *Constitución, soberanía y democracia*

Al hablar de democracia como principio legitimador de la Constitución me refiero, claro está, a nuestra propia Constitución, y no a la Constitución como categoría general. De todos modos, quiero dejar sumamente explícita mi postura acerca de esto último: opino que sólo es Constitución auténtica, es decir, Constitución normativa, la Constitución democrática, ya que únicamente ella permite limitar efectivamente, esto es, jurídicamente, la acción del poder. Como lo he tratado con cierto detenimiento en otros lugares, no debo extenderme aquí en las razones teóricas que conducen a esta afirmación; me remito, pues, a lo que sobre ello he expuesto en algunos de mis trabajos.<sup>1</sup> Por lo demás, esa tesis (que es la común en el mundo anglosajón) tiene hoy muy buenos valedores también en el derecho constitucional europeo. Y así, por citar sólo un nombre ilustre en la doctrina alemana, Klaus Stern concibe la Constitución como “la expresión libre de la autodeterminación de la nación”.<sup>2</sup> Entre nosotros, y citaré sólo otro nombre, la posición de Francisco Rubio Llorente es terminante:

Por Constitución entendemos (dice Rubio)... y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están regula-

1 Especialmente en “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, enero-febrero de 1987, y “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 50, marzo-abril de 1986, y en “Constitución y Estado de derecho”, en Linz, J. y García de Enterría, E. (dirs.), *España: un presente para el futuro*, 1984, vol. II.

2 Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1977, t. I, p. 58.

das de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es, utilizando una fase que Jellinek aplica, con alguna inconsecuencia, a las Constituciones napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional.<sup>3</sup>

En el fondo, el problema teórico se engarza con otro más general aún, agudamente planteado por Carlos Marx cuando, en su *Crítica a la filosofía del derecho del Estado de Hegel*, afirmaba que “todas las formas de Estado tienen su verdad en la democracia, hasta el punto de que cuando no son una democracia no son verdaderas”.<sup>4</sup> Y ello porque entonces el Estado no sería la forma jurídico-política *adoptada por* una comunidad, sino la *impuesta a* ella. El Estado no sería del pueblo (forma auténtica), sino el pueblo del Estado (forma falsa, por contradictoria).

Pero, en fin, dejo de lado ese planteamiento general y me limito a hacer constar mi postura ante el mismo: la democracia es el principio legitimador de la Constitución, entendida ésta no sólo como forma política histórica (o como verdadera o no falsa forma de Estado) sino, sobre todo, como forma *jurídica* específica, de tal manera que sólo a través de ese principio legitimador la Constitución adquiere su singular condición normativa, ya que es la democracia la que presta a la Constitución una determinada cualidad jurídica, en la que validez y legitimidad resultan enlazadas.

Pues bien, pasemos ya a nuestra Constitución. Y en ella no voy a ocuparme de la democracia como principio legitimador externo (doy por admitido, y no me ofrece dudas, que nuestra Constitución fue *emanada* a través de un procedimiento democrático), sino que trataré de la democracia como principio de legitimación interna, esto es, de lo que la Constitución dice acerca de su propia legitimidad. La simple lectura de nuestra Constitución nos manifiesta, de inmediato, que esa legitimidad es la democrática, no sólo porque se proclame, en el artículo 1o., apartado 2, la soberanía del pueblo, sino también porque se organiza el poder en coherencia con esa atribución. De ahí que no puedan disociarse,

3 Rubio Llorente, F., “La Constitución como fuente del derecho”, *La Constitución española y las fuentes del derecho*, 1979, vol. I, p. 61.

4 Marx, Carlos, *Crítica a la filosofía del derecho del Estado de Hegel*, México, 1968, p. 42.

a efectos de la legitimidad, las declaraciones contenidas en los apartados 2 y 1 del artículo 1o., y ni siquiera bastaría con ambas declaraciones por sí solas, sin ponerlas en conexión con el resto de los preceptos constitucionales que las hacen efectivas, es decir, que garantizan a todos los ciudadanos sus derechos de libertad y participación. Ello, por lo demás, es casi una obviedad: sólo un pueblo libre puede ser soberano.

Sin embargo, esa simple lectura nos proporcionaría una descripción: la Constitución hace descansar en el principio democrático su propia legitimación; pero no nos revelaría tan inmediatamente el significado jurídico de esa legitimación, esto es, las condiciones y el modo en que tal principio opera. Para alcanzar ese significado hace falta, como es claro, no la descripción, sino la exégesis. A efectos puramente analíticos (y por ceñirme a los propios límites, ya enunciados, de este trabajo) voy a detenerme sólo en el examen del poder constituyente, aunque soy consciente (ya lo dije antes) de que la legitimación democrática de la Constitución no se circunscribe únicamente a esa cuestión pese a ser, desde luego, la cuestión principal.

El apartado 2 del artículo 1o. de nuestra Constitución proclama que “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. Al margen de disquisiciones acerca de la dicción literal del precepto, en el que aparecen (de manera similar a como ocurre en el artículo 3o. de la vigente Constitución francesa) los términos “nación” y “pueblos” dotados de una cierta diferenciación (yo mismo he tratado el asunto en mi trabajo sobre la monarquía parlamentaria), lo cierto es que la interpretación jurídica que ha de darse parece clara: la soberanía reside en el pueblo y, por lo tanto, a él pertenece el poder constituyente.

Ahora bien, cuando nos preguntamos qué es la soberanía, nos enfrentamos, como se sabe, a un problema de muy difícil solución. La definición canónica dada por Bodino es suficientemente conocida: la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una República. Sin embargo, la recepción pura y simple de esa definición en el Estado constitucional, con el único cambio del titular de ese poder (soberano ya no será el príncipe, sino la nación), proporciona las primeras dificultades teóricas, similares a las que se derivan de otra célebre traslación: la de la representación absortiva del monarca atribuida, sin cambio de su carácter, al Parlamento. Es evidente que el traspaso de la titularidad de la soberanía,

de una entidad individual (el monarca) a una entidad colectiva (la nación), obligaba a concebir a esa colectividad como un cuerpo unitario, capaz de expresar una voluntad, es decir, de ejercer su poder. Ello supondría no sólo que a la colectividad soberana le acompaña una regla de la que no puede desligarse (la regla de la mayoría), sino, sobre todo, que esa colectividad se encuentra organizada.

No voy a extenderme sobre las varias contradicciones que aquí se encierran, sobre la distinción entre presupuesto lógico y presupuesto histórico que traspasa, desde entonces, a la mayor parte de la teoría de la Constitución, o sobre los intentos de salvar aquellas contradicciones que se manifiestan desde la obra de Rousseau hasta los esfuerzos contemporáneos de Rawls, pasando por la brillante construcción de Kelsen. Me interesa subrayar, en cambio, otro gran escollo, inevitablemente unido al anterior, y que no se deriva tanto de la titularidad democrática de la soberanía como de un mismo carácter absoluto, o, lo que es igual, ilimitado, es decir, no sometido al derecho.

Un poder así es, por definición, un poder inaprehensible por el derecho, situado no dentro, sino fuera de él. La distinción entre poder constituyente y poder constituido es una distinción jurídica precisamente porque el segundo es un poder limitado. El poder constituyente, considerado en sí mismo, es decir, como poder sin límites, no puede jurídicamente caracterizarse. Y ello es así porque el derecho no opera con términos absolutos; el derecho es el mundo de la limitación y también de la relativización. Introducir lo absoluto en el derecho lleva, simplemente, a desvirtuarlo, convirtiendo al derecho o en una teología o en una metafísica. La primera, la teología “jurídica”, ya sabemos a dónde conduce: a la exaltación del nuevo príncipe soberano, en forma de caudillo o de partido único. La obra de Carl Schmitt nos facilita, en este punto, un buen motivo para la reflexión. La segunda, metafísica “jurídica”, no puede conducir, teóricamente, salvo que se la falsee, a la monocracia, pero termina, en su empeño por la pura abstracción, haciendo del soberano un concepto enteramente vacío, vacío no sólo de contenido, sino vacío también de sentido, que es aún peor, ya que supone eliminar del derecho la idea de legitimidad. Ahí radica, a mi juicio, el punto más criticable de la espléndida obra de Kelsen.

El Estado constitucional es, por principio, y no hace falta subrayarlo, Estado de derecho, y, en consecuencia, la democracia constitucional im-

plica la juridificación de la democracia, y por ello la necesidad de concebir jurídicamente (y eso significa limitadamente) a la propia soberanía. La fórmula se encuentra, con suma nitidez, en el artículo 1o., apartado 2, de la Constitución italiana: “La soberanía pertenece al pueblo, que la *ejercita* en las formas y dentro de los límites de la Constitución”. La soberanía adquiere así —dirá Mortati, comentando este precepto—<sup>5</sup> un carácter jurídico y no meramente factual. Ahora bien, ello no significa por sí mismo que la Constitución sea la fuente de la soberanía y, por tanto, que sea la Constitución, verdaderamente, la soberana, como opina Mortati. Radicar la soberanía en la Constitución es resucitar ahora a los viejos doctrinarios, que ya en el siglo XIX intentaron suplantar, bajo el concepto de soberanía de la ley, el principio de la soberanía del pueblo. Diluir en la norma (la Constitución) o en el Estado (el Estado constitucional) la soberanía, supone, simplemente, falsear su titularidad democrática. De ahí que Heller<sup>6</sup> dijese, con acierto, que “el concepto alemán de la soberanía del Estado fue una tergiversación del verdadero problema, que no es otro que el antiguo debate entre los partidarios de la soberanía del pueblo y los defensores de la soberanía del príncipe”.

Constitucionalizar la soberanía tampoco significa exactamente la desaparición del soberano, como parece afirmar Martin Kriele<sup>7</sup> cuando sostiene que no hay soberano en el Estado constitucional. Al contrario, el Estado constitucional se sustenta, precisamente, en la proclamación normativa de que hay un soberano y de que ese soberano es el pueblo. Soberano que se autolimita *a través* de la Constitución. Autolimitación que no repugna a la teoría, es decir, que no encierra una contradicción insalvable siempre que, claro está, no desvirtuemos el carácter jurídico de esa teoría; esto es, siempre que no separemos Estado democrático y Estado de derecho. La autenticidad de la Constitución radica, precisamente, en la asociación y no en la separación de ambas categorías; más aún, sin tal asociación no habría, en realidad, derecho “constitucional” sino mero derecho “estatal”.

Esta es la postura, por lo demás, de la mejor doctrina. Por ello, Bäumlin subrayará el mutuo condicionamiento entre democracia y Esta-

5 Branca (dir.), *Comentario a la Constitución italiana*, vol. I, pp. 7 y 22.

6 *La soberanía*, México, 1965, p. 159.

7 *Einführung in die Staatslehre*, 1975, pp. 140 y ss.

do de derecho,<sup>8</sup> y Kägi afirmará que “la síntesis entre el Estado de derecho y la democracia constituye la gran tarea de nuestro tiempo”.<sup>9</sup> En coherencia con ello, el principio democrático obtiene una inexcusable significación normativa, asunto del que se ha ocupado, con bastante rigor, Denninger.<sup>10</sup> Hesse, por su parte, dirá que el principio democrático que se expresa en la soberanía del pueblo no es una categoría abstracta ni mucho menos teórica; es una respuesta constitucional, normativa, al problema de la legitimación del poder en los planos material y formal.<sup>11</sup> Para Hesse, pues, la no contradicción entre Estado democrático y Estado de derecho significa que la soberanía habrá de ejercerse jurídicamente.

Y es que el poder soberano en términos absolutos, que no actúa a través del derecho, es una noción a-jurídica, un concepto político de imposible normativización y sólo concebible como pura idea (que se sustenta en sí misma, sin ninguna conexión real) o como mera cuestión de hecho: el ejercicio de la revolución. Revolución que para la creación del nuevo orden se sirve normalmente de reglas anteriores o de reglas provisionales que ella misma crea, ya que el poder actuando sin regla es sólo un acto de desnuda fuerza. Abandonando, por intelectualmente nociva, cualquier explicación idealista (y deificadora) de la soberanía, sólo cabe entenderla, como concepto político, a través de una explicación sociológica. De ahí que la soberanía popular, como cuestión de hecho, haya que hacerla descansar, me parece, en la noción de consenso, de consenso político.

Ahora bien, la grandeza histórica de la Constitución, como categoría, reside justamente en su pretensión de garantizar jurídicamente ese hecho de la soberanía popular, ese poder del pueblo para autodeterminarse o, lo que es igual, en pretender regular jurídicamente los cambios de consenso. Convertir, pues, ese hecho en derecho supone regularlo, normativizarlo, asegurar su modo de expresión con el objeto de que la voluntad popular no sea suplantada. La normativización de la soberanía popular no significa tanto su limitación como su garantía y, en ese sentido, la

8 Bäumlin, *Die rechtsstaatsliche Demokratie. Eine Untersuchung der gegenseitigen Beziehungen von Demokratie und Rechtsstaat*, 1954, pp. 86 y 87.

9 Kägi, “Rechtsstaat und Demokratie. Antinomie und Synthese”, *Der bürgerliche Rechtsstaat*, 1978, vol. I, p. 150.

10 *Staatsrecht*, 1973, vol. I, p. 64.

11 Hesse, *Gründzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 11a. ed., p. 54.

autolimitación del soberano, constitucionalizándose, no repugna a su propia condición de soberano. Por ello, la Constitución supone la positividad, es decir, el aseguramiento, tanto del derecho a la revolución del pueblo como del derecho de resistencia de los ciudadanos, extremo este último al que dedicó, hace ya años, un estudio ejemplar F. Rubio Llorente.<sup>12</sup>

Dicho esto, hay que añadir que la única autolimitación del poder constituyente que resulta compatible con la conservación de su carácter de soberano es la autolimitación procedimental, y no la autolimitación material. Es decir, la juridificación de la soberanía popular<sup>13</sup> comporta, inexcusablemente, el establecimiento de unas reglas sobre la formación de la voluntad soberana, pero no sobre el contenido de esa voluntad, porque el soberano constitucionalizado ha de tener la facultad de cambiar, radicalmente, en cualquier momento, de Constitución, o, dicho en otras palabras, el pueblo tiene que conservar la libertad de decidir, jurídicamente, su propio destino. Como queda patente, y así lo ha entendido muy bien entre nosotros P. de Vega,<sup>14</sup> el problema se conecta, de modo inmediato, con el poder de reforma de la Constitución, y es justamente ahí donde ha de tratarse.

## 2. Principio democrático y reforma constitucional

Nuestra Constitución, como es sabido, no contiene cláusulas de intangibilidad. No existen, en nuestro ordenamiento, límites materiales frente a la reforma, permitiéndose, en el artículo 168, la revisión total de la Constitución. Y no es sólo que se carezca de límites materiales expresos: es que debe concluirse que tampoco hay límites materiales implícitos por derivación o congruencia. La proclamación de los derechos de la

<sup>12</sup> “La doctrina del derecho de resistencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución”, *Libro-homenaje a Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, 1975.

<sup>13</sup> En contra de que la soberanía popular pueda “comprenderse” jurídicamente se manifiesta I. de Otto en su obra *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 1987, pp. 53-56. Al margen de alguna discrepancia, como ésta, quiero dejar constancia aquí de mi profunda admiración ante esa obra tan ejemplarmente rigurosa.

<sup>14</sup> En un libro bastante notable: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 1985. Como se verá inmediatamente, no coincido del todo con algunas de las tesis que en él se sustentan, sin perjuicio de que considere ese libro como uno de los más importantes y completos trabajos (otro es el de J. Pérez Royo, que más adelante se citará) producidos en España sobre el tema de la reforma constitucional.

persona como “inviolables”, contenida en el artículo 10.1 de la Constitución, ha de entenderse como una garantía de indisponibilidad frente a los poderes constituidos (especialmente frente al legislador) e incluso frente al poder de reforma regulado por el artículo 167, pero no como una cláusula que opere frente al procedimiento de reforma del artículo 168. Esos derechos son el fundamento del orden político que el constituyente ha establecido, pero no el de cualquier otro orden político que en el futuro pudiera establecer.

Sin embargo, esta tesis sólo se sostiene en la medida en que el soberano participa definitivamente (como instancia última e inapelable) en ese poder de revisión total de la Constitución. De lo contrario, es evidente que una Constitución democrática habrá de contener límites materiales frente un poder de reforma en el que el pueblo no participe. Más aún, lo que resulta criticable, por incongruente, sería la propia existencia de una situación normativa de ese género, es decir, de una Constitución democrática cuya reforma esté sustraída a la voluntad popular. Ello supondría condenar al soberano (que en cuanto lo es tiene que poseer la capacidad de autodeterminarse) a actuar fuera del derecho cuando quiera ejercer su soberanía. En resumen, sólo cuando se juridifica el poder constituyente se cumple la pretensión que da sentido al Estado constitucional, que no es otra que enlazar, y no disociar, democracia y Estado de derecho.

De ahí, en mi opinión, lejos de ser límites materiales a la reforma una exigencia del principio democrático en la Constitución, me parece, por el contrario, que la existencia de tales límites (cuyo ejemplo más conocido, y más extenso, está en la actual Constitución de la República Federal Alemana) lo que supone es una verdadera restricción de tal principio, puesto que se obliga al pueblo, que debe “tener siempre el derecho a revisar, reformar, y cambiar su Constitución” (como reconocía un texto histórico bien conocido),<sup>15</sup> a ejercer ese derecho fuera del derecho, sin procedimiento ni garantías al no haberse mudado en soberanía jurídica su soberanía política. Los límites materiales significan, o que el derecho impone a las generaciones futuras la obligación de quedar sometidas a la

15 Artículo 28 de la Constitución francesa de 1793. Precisamente Schmitt (*Teoría de la Constitución*, 1934, p. 106) reconoce que este texto “no sólo contiene el derecho a las revisiones constitucionales, sino también a las supresiones”. Dicho eso, Schmitt defiende una idea del poder constituyente que no comparto, en modo alguno.

voluntad de las generaciones del presente, con lo cual el Estado constitucional no sería del todo Estado democrático, o que la democracia impone a esas generaciones del futuro la triste obligación de expresar su voluntad al margen de la norma, con lo cual el Estado democrático perdería su completa condición de Estado de derecho, es decir, de Estado constitucional. En realidad, las cláusulas de intangibilidad se corresponden más con la idea liberal (moderada) de Constitución, que con la idea democrática de Constitución. C. de Cabo lo ha expuesto con sagacidad al decir que la concepción burguesa de Constitución no consiste en atribuir a ésta sólo la función de freno y control del poder, sino también la de “freno y control del cambio social”, y que esta última función se expresa, sobre todo, a través de “las cláusulas de intangibilidad (manifestación última de la oposición al cambio)”.<sup>16</sup> Frente a la concepción puramente liberal, la concepción democrática de Constitución exige, a mi juicio, que ésta sea enteramente revisable.<sup>17</sup>

Por todo ello, me parece sumamente correcta la solución adoptada en nuestra Constitución, en cuanto que es la más congruente con el carácter de una Constitución democrática: permitir al pueblo, sin más trabas que las procesales, disponer libremente, sin límite material alguno, de su propia Constitución. Positivar al poder constituido fue considerado por muchos (y por algunos aún lo sigue siendo) como una utopía, y hoy podemos observar que es una venturosa realidad (aunque imperfecta como toda realidad humana), una realidad favorecedora de la libre y civilizada convivencia. Positivar el poder constituyente también puede ser considerado como una utopía aún mayor, como una vana “ilusión de los juristas”, pero intentar realizar esa utopía es, justamente, intentar dotar de estabilidad a la democracia, en cuanto que así el derecho deja permanentemente abiertas las vías para que el pueblo, pacíficamente, es decir,

16 Cabo, C. de, *Sobre la función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones*, 1978, pp. 9 y 11.

17 De manera próxima a la que expresé más atrás en el Prólogo a este trabajo, C. de Cabo (*ibidem*, p. 28) decía: “Se puede afirmar que la Constitución, el sistema constitucional, se ha mantenido anclado, en cuanto a su función y posibilidades, prácticamente en su lugar de origen. Y éste sería precisamente el punto de partida de la nueva actitud: promover su transformación. Hacer de la teoría y práctica constitucional burguesa una teoría y práctica constitucional democráticas”. En esa línea propondría, pues, como uno de los objetivos para la transformación, “la desaparición de los límites a la reforma constitucional” (p. 30).

jurídicamente, adopte en cada momento histórico el orden político que desee.

Me resulta muy difícil aceptar, desde la teoría constitucional democrática, la tesis contraria, esto es, la que sostiene que es imposible juridificar al soberano y, por lo mismo, incongruente cualquier sistema de revisión total. Arrojar al soberano fuera de los confines del derecho es retroceder al Estado hobbesiano, a la voluntad sin reglas, a la pura fuerza. Cuando se opone derecho a democracia, en lo que suele incurrirse es, aun de manera inconsciente, en la falacia que se esconde bajo la idea absoluta de la democracia como identidad, falacia que no es otra que la de un decisionismo, siempre autoritario, de estirpe schmittiana. Y digo de estirpe schmittiana y no rousseauiana porque las consecuencias autoritarias que puedan derivarse de la teoría de Rousseau sólo cabe explicarlas como el fracaso de esa teoría, pero no como su pretensión.

No es este el lugar para extenderme en la cuestión, verdaderamente crucial, de los vicios teóricos que concurren en la consideración de la democracia de identidad como única democracia auténtica. Me limitaré a decir que coinciden plenamente con la magnífica exposición que sobre ello realiza Böckenförde en un notable trabajo sobre la democracia y la representación.<sup>18</sup>

Volvamos otra vez a la reforma. Ya he dicho antes que no sólo me parece correcto que nuestra Constitución permita su revisión total, sino incluso que esa es la solución más coherente que una Constitución democrática debe dar al problema de su reforma. ¿Significa ello caer en el nihilismo valorativo?, ¿en la concepción puramente procedimental de la democracia?, ¿desconocer que, como ha dicho muy bien Tribe,<sup>19</sup> el derecho no puede dejar de relacionarse con gobierno representativo, regla de la mayoría, *status* de la minoría y derechos individuales, y que no hacerlo, cerrar los ojos ante esa relación, es o una forma de cinismo o de nihilismo jurídico? ¿Supone, pues, la defensa de la pertinencia de la revisión total alinearse firmemente con la concepción de la Constitución como norma enteramente abierta (Häberle, Ely) y separarse de la tesis, que yo mismo he defendido en mi trabajo sobre el control a que ya aludí más atrás, de que la democracia *en* la Constitución no puede desligarse

18 Böckenförde, *Demokratie und Repräsentation. Zur kritik der heutigen Demokratie-discussion*, 1983.

19 En su admirable libro *Constitutional Choices*, 1986, p. 3.

de la libertad y la igualdad como cláusulas materiales, ya que sólo cuando se las concibe así se permite que la apertura constitucional esté garantizada?

A esas preguntas debo responder negativamente. Entender que por defender la pertinencia teórica de la revisión total se acepta lisa y llanamente una concepción puramente formal o procedimental de la democracia me parece que sería incurrir en una grave simplificación; o en una cierta confusión. Porque una cosa es la idea de democracia que la Constitución tiene para su *realización* y otra cosa es la idea de democracia que la Constitución tiene para su *transformación*. O, dicho en términos jurídicos, sería confundir legitimidad y validez, lo que nunca debe hacerse en la teoría constitucional. Intentaré explicarlo.

### 3. *Revisión total de la Constitución y la distinción entre legitimidad y validez*

La Constitución expresa una determinada idea de democracia, en la cual no hay sólo forma, sino también contenido. Es decir, concibe a la democracia como un orden que descansa en determinados valores. “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, se dice en el artículo 1o. de la Constitución. “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social”, expresa el artículo 10. El Tribunal Constitucional confirmará esa concepción valorativa en reiteradas sentencias, y así dirá que “la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental”,<sup>20</sup> que “los derechos fundamentales responden a un sistema de valores... que... han de informar todo nuestro ordenamiento”,<sup>21</sup> o que

las libertades del artículo 20... no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisoluble-

20 Sentencia 21/1981.

21 *Idem*.

mente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito de funcionamiento del Estado democrático.<sup>22</sup>

Nuestra Constitución no es ideológicamente neutral en cuanto a su *realización*. Y no se trata sólo de que organice democráticamente al Estado o, lo que es igual, de que imponga procedimientos democráticos para la composición de los órganos públicos y para la expresión de voluntad de los mismos, sino de que, además, no deja en absoluta libertad a la mayoría para expresar la voluntad del Estado, puesto que establece determinadas normas materiales que se imponen, incluso, a la propia mayoría. En esa dimensión material y no sólo procesal de la democracia reside, justamente, el núcleo principal de la legitimidad *de* la Constitución. La democracia es el principio legitimador de nuestra Constitución no sólo porque esa Constitución emane democráticamente, sino, sobre todo, porque el Estado que organiza es un Estado que asegura la democracia, es decir, un Estado en que la atribución de la soberanía al pueblo no sólo está declarada, sino garantizada a través de determinadas cláusulas constitucionales que permiten a ese pueblo seguir siendo soberano, permanecer como un pueblo de hombres libres e iguales en su libertad. La libertad y la igualdad suponen, en verdad, los auténticos fines, los dos valores materiales cuya realización nuestra Constitución propugna. Yo no estoy de acuerdo con Leibholz cuando afirma que se trata de valores inconciliables, que “la libertad genera fatalmente desigualdad, y la igualdad no puede por menos que desplazar la libertad. Cuanto más libres son los hombres (sigue diciendo Leibholz) tanta mayor desigualdad les separa. Y cuando más se igualan, tanto más se alejan de la libertad sus vidas”.<sup>23</sup> Creo, por el contrario, con Martin Kriele, que “La democratización del Estado constitucional significa que el principio de libertad queda completado con el de igualdad”,<sup>24</sup> ya que la libertad sin igualdad es sólo la libertad de unos pocos, y la igualdad sin libertad es simplemente la libertad de ningunos (excepto quizá la de los propios dirigentes de la organización). De ahí que la democracia requiera la confluencia de ambos valores, en una asociación tensa, dialéctica si se quiere, pero en una asociación necesaria, que es precisamente la que establece nuestro texto

22 Sentencias 12/1981 y 104/1986.

23 *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, 1981, p. 37.

24 Kriele, Martin, *Einführung in die Staatslehre*, cit., nota 7, p. 229.

constitucional expresando, normativamente, el núcleo o punto nodal de su propia legitimidad.

Porque la legitimidad *de* la Constitución es una legitimidad interna (y por ello jurídica) y no puramente externa, la legitimidad de la Constitución se desprende de la Constitución misma.<sup>25</sup> Una Constitución emana democráticamente pero que no establezca un Estado democrático puede tener en el principio democrático su validez, pero nunca su legitimidad. Es decir, no sería, exactamente, una Constitución democrática. De ahí que no sea posible entender jurídicamente la Constitución atendiendo sólo a su validez (explicación que conduce o a la norma hipotética fundamental de Kelsen, que es un presupuesto lógico, o a la norma de reconocimiento de Hart, que es, en el fondo, una mezcla de presupuesto lógico y presupuesto sociológico), sino atendiendo, principalmente, a su propia legitimidad.

La democracia, *en* la Constitución, no es un método, y sólo un método, como opinaba Kelsen, que a continuación decía: “Es una manifiesta corrupción de la terminología aplicar el vocablo ‘democracia’, que tanto ideológica como prácticamente significa un determinado método para la creación del orden social, al contenido de este mismo orden, que es cosa completamente independiente”.<sup>26</sup> Sin embargo, el propio Kelsen, contradiciendo esa rotunda afirmación, reconocería que en la democracia como principio de autodeterminación se tenían que agregar la libertad y la igualdad,<sup>27</sup> que la democracia significa, junto al principio de la mayoría, el reconocimiento de derechos a la minoría,<sup>28</sup> que la democracia no existe sin la discusión y sin la libertad de expresión,<sup>29</sup> sin la transacción, es decir, y cita literalmente a Nicolás de Cusa, sin la *concordantia oppositorum*.<sup>30</sup>

Me parece claro que en la democracia constitucional no pueden separarse creación del orden y contenido de ese orden, y esa imposibilidad es la que obliga a incurrir en contradicción, no sólo a Kelsen, sino tam-

25 La legitimidad, desde el punto de vista jurídico-constitucional, no es otra cosa (me parece) que la “congruencia” entre fines y medios expresados por la Constitución o, en otras palabras, la “congruencia” constitucional entre principios (y normas) materiales y principios (y normas) estructurales.

26 Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, 1977, p. 127.

27 *Ibidem*, p. 138.

28 *Ibidem*, pp. 157 y 341.

29 *Ibidem*, pp. 141 y 342.

30 *Ibidem*, p. 154.

bién a los actuales defensores de la Constitución democrática como puro sistema de valores adjetivos. En el fondo, bajo el nihilismo constitucional, bajo la neutralidad valorativa, lo que se esconde no es exactamente un pragmatismo (aunque esa sea la pretensión de sus defensores), sino un claro voluntarismo. Los nihilistas, ha dicho John Stick en un agudo artículo en la *Harvard Law Review*,<sup>31</sup> no son pragmáticos, son en verdad unos románticos cartesianos.

Ahora bien, una cosa es el principio democrático como principio legitimador de la Constitución, es decir, como principio de congruencia entre la soberanía del pueblo y el Estado democrático que el pueblo, a través de la Constitución, establece, y otra cosa, bien distinta, es el principio democrático como principio de validez del constituyente mismo, es decir, como modo de expresión no de la voluntad del Estado, sino de la voluntad del propio soberano. En este plano, la juridificación congruente con la noción misma de soberanía no puede ser, como es obvio, una juridificación material, sino sólo y exclusivamente formal. El soberano ha constituido un orden, y lo ha concretado materialmente, pero el soberano ha de quedar libre para cambiarlo y establecer uno enteramente nuevo si en el futuro cambia su voluntad. Y aquí tropezamos inmediatamente con toda suerte de problemas generados por la viciosa utilización de términos absolutos, por el traslado, incorrecto, de razonamientos procedentes de la teología, o de la lógica abstracta, a la realidad política y jurídica.

Así se dirá: de la misma manera que la omnipotencia divina no puede alcanzar a destruirse a sí misma, la omnipotencia del soberano impide que el soberano, por su propia voluntad, deje de ser soberano (éste es un buen ejemplo de teologización). Otra explicación, similar, es la siguiente: siendo el derecho expresión de la voluntad general, ésta no puede establecer que el derecho deje de ser expresión de la voluntad general (estamos ante un caso paradigmático de razonamiento circular). La democracia, se dirá, con el mismo argumento, no puede destruirse a sí misma..., cuando resulta que sabemos que esa “verdad” lógica no se corresponde, desgraciadamente, con la “verdad” histórica.

En fin, veamos, uno a uno, los problemas que se esconden bajo esta ingente batería de apotegmas. El primero me parece que es el del some-

31 “Can Nihilism be Pragmatic?”, *Harvard Law Review*, vol. 100, núm. 2, diciembre de 1986, p. 383.

timiento del poder constituyente a las reglas que él mismo crea para cambiar la Constitución. Ya dije, más atrás, y no voy ahora a repetir los argumentos que entonces expuse, que el artículo 168 de nuestra Constitución supone, en rigor, la juridificación del poder constituyente, y que esa juridificación me parece congruente (y no, por tanto, contradictoria) con la significación del Estado constitucional democrático, es decir, con la unión entre Estado democrático y Estado de derecho. El soberano, en este tipo de Estado, no puede ser comprendido a través de la pura traslación de los caracteres que se predicaban del soberano en el Estado absoluto, so pena, como dijo Kāgi, de cometer la suma incorrección de trasponer a la voluntad democrática los rasgos del poder absoluto hobbesiano.<sup>32</sup> La omnipotencia del soberano, en la democracia constitucional, no es una omnipotencia continuada, por utilizar palabras de Hart,<sup>33</sup> sino autocomprensiva, capaz de autolimitación procedimental, capaz de definir y redefinir las formas de emanación de su voluntad.

El segundo problema, enlazado con el anterior, ya lo acabo de anunciar: el poder de revisión total de la Constitución, ¿puede revisar, incluso, la cláusula de reforma? En mi opinión, y frente a la construcción lógica defendida por Ross<sup>34</sup> acerca de que las cláusulas de reforma son en sí mismas irreformables porque una norma no puede aplicarse a su propia reforma (o una proposición no puede aplicarse a sí misma), creo que en nuestra Constitución sí cabe que a través del procedimiento de reforma del artículo 168 se modifique ese mismo procedimiento de reforma. La construcción teórica de Ross se sostiene en la medida en que se considere al poder de reforma como un poder “constituido”, esto es, sometido a unas *condiciones* que no puede cambiar. En cambio, si el poder de revisión total no es más que el poder constituyente juridificado, me parece claro que estamos ante un caso de omnipotencia autocomprensiva, como opina Hart, y ese poder, que fue capaz de definir su procedimiento, puede también redefinirlo. Es decir, por el procedimiento de reforma del artículo 168 es posible cambiar toda la Constitución, incluido el propio artículo 168. Este artículo protege el núcleo fundamental de la Constitución (donde se encuentra la legitimidad constitucional)

32 Kāgi, “Rechtsstaat und Demokratie...”, *op. cit.*, nota 9, pp. 80 y ss.

33 *El concepto de derecho*, México, 1980, pp. 186 y 187.

34 *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1977, pp. 79 y ss. También entre nosotros Otto, I. de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, *cit.*, nota 13, pp. 63-68; *id.*, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, 1985, pp. 29-36.

y la protección alcanza (como no podía ser de otra manera) al propio precepto que lo define.

El tercer y último problema que en esta cuestión quiero suscitar es el de la hipótesis definitiva: ¿puede el pueblo soberano, cambiando totalmente la Constitución, dejar de ser soberano?, ¿puede, a través del procedimiento del artículo 168, convertirse nuestra democracia en una dictadura? La respuesta que un razonamiento preñado de teología o metafísica da a esas preguntas ya he dicho que es negativa. Dicey, en cambio, ya afirmaba, más pegado a la realidad, que el Parlamento inglés puede autodestruirse.<sup>35</sup> Y Heller llamaba la atención sobre el error de confundir dos conceptos distintos: validez lógica general y validez jurídica particular.<sup>36</sup> Efectivamente, si desde el punto de vista de la lógica general la omnipotencia no puede destruirse a sí misma, desde el punto de vista jurídico la democracia puede destruirse a sí misma por procedimientos democráticos. Hipótesis, por supuesto, no deseable, pero cuya sola posibilidad, es decir, la inexistencia de su proscripción jurídica, es lo que permite precisamente que el poder del pueblo, constitucionalizándose, siga siendo un poder soberano.

Nuestra Constitución establece un orden de valores basado en el consenso, en un consenso extraordinariamente amplio, y que, por ello, se sustrae no sólo al legislador, sino incluso al procedimiento (más rígido que el legislativo) de reforma parcial de la Constitución por la vía del artículo 167, pero no considera a ese orden inmanente, sino contingente y, por lo mismo, relativo. Es decir, no cierra el paso a que, si ese consenso tan amplio desaparece y es sustituido por otro que, con la misma amplitud, defienda distintos valores, se pueda, mediante el derecho y no la fuerza, establecer un nuevo orden en coherencia con la nueva situación. Ahí radica, precisamente, la grandeza de nuestra Constitución: en que ella misma facilita los medios jurídicos para su radical mutación. Y ahí radica también la grandeza de nuestra democracia: en que permite a sus propios enemigos destruirla, pero, es así, por procedimientos democráticos. Desde el punto de vista jurídico, para nuestra Constitución, y en ello estoy enteramente de acuerdo con I. de Otto,<sup>37</sup> no existen enemi-

35 Dicey, *The Law of the Constitution*, 10a. ed., p. 68.

36 Heller, *La soberanía*, cit., nota 6, p. 191.

37 *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, cit., nota 34, pp. 29-45.

gos, sino discrepantes. Hay libertad para los enemigos de la libertad y democracia para los enemigos de la democracia.

No voy a entrar en el detalle de si el procedimiento del artículo 168 es tan rígido que convierte a la posibilidad de su utilización en algo irrealizable. Quizá puedan criticarse algunos extremos de esa concreta regulación,<sup>38</sup> pero no queda más remedio que admitir que el orden de valores (es decir, la legitimidad *de* la Constitución) producto del consenso no ha de quedar en las manos de simples y cambiantes mayorías. Lo que importa es que la Constitución no constitucionaliza fines ni condena ideologías, no establece, pues, una “democracia militante”, sino, exactamente, una democracia pluralista, y por ello, como ha resaltado muy bien J. Jiménez Campo, no excluye “de la legalidad a los grupos animados por una idea de derecho —o por un modelo de sociedad— distintos, o aun contradictorios, con los que incorpora la misma norma fundamental”.<sup>39</sup>

Una Constitución enteramente abierta a su transformación es, por lo demás, el único modo racional de fundamentar la obediencia al derecho, el acatamiento de la Constitución. El Tribunal Constitucional así lo ha entendido, con toda corrección: el acatamiento a la Constitución (ha dicho el Tribunal) “no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido”; por el contrario, “también se respeta a la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación por el cauce establecido en los artículos 166 y siguientes de la norma fundamental”; lo único que la Constitución exige (seguirá diciendo el Tribunal) es que “si se pretendiera modificarla” se haga “de acuerdo con los cauces establecidos en la misma”.<sup>40</sup> Doctrina que el propio Tribunal ha reiterado con más claridad aún si cabe: la obediencia a la Constitución, dirá, “puede 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*”; de ahí

38 Como hace con razón J. Pérez Royo, denunciando además, correctamente, la excesiva dificultad de la “revisión” total, en su libro *Reforma de la Constitución*, 1978, pp. 207-214. Sobre la extrema rigidez de nuestra reforma constitucional también puede verse, además del libro de P. de Vega, ya citado (pp. 146 y ss.); Jiménez Campo, J., “Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980.

39 Jiménez Campo, J., “La intervención estatal del pluralismo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, p. 173.

40 Sentencia 101/1983.

que no está prohibido “representar” y “perseguir ideales políticos” distintos “a los encarnados en la Constitución... siempre que se respeten aquellas reglas del juego”; así ha de entenderse, pues, el deber de acatamiento a la Constitución que su artículo 9o.1 establece, toda vez, recordará el Tribunal, “que el contenido de la actual Constitución es reformable”.<sup>41</sup>

Pues bien, volviendo a la cuestión que hace poco abandonamos, ¿significa esto el triunfo de la neutralidad valorativa?, ¿la confirmación de que la democracia es método y sólo método? Para responder ha de acudirse, como ya se apuntó, a la diferencia entre validez y legitimidad. La utilización de las reglas de la propia Constitución para cambiarla dotaría al nuevo orden de validez, pero no necesariamente de legitimidad. El soberano se autolimita procedimentalmente sólo para que su voluntad, cuando se exprese a través del procedimiento, sea una voluntad jurídicamente válida. La legitimidad del orden que produzca dependerá, por el contrario, del contenido de ese mismo orden. Si a través del artículo 168 se transformase la democracia en dictadura, ese nuevo orden sería democráticamente válido, pero no democráticamente legítimo. Esto es, esa nueva Constitución que emanó democráticamente ya no será una Constitución democrática en cuanto que el principio democrático, en que se fundó su emanación, no es ya el que legitima su “realización”, el que ha de orientar y presidir la vida constitucional. Y, esa nueva ordenación, por no ser democrática en su contenido, no será, en realidad, Constitución, sino mera ley fundamental.

En tales condiciones, esa nueva ley fundamental podrá poseer, quizás, una legitimidad sociológica, pero no, desde luego, una legitimidad jurídica democrática en cuanto que el pueblo no tendrá asegurada por el derecho su propia condición de soberano. La inexistencia de legitimidad jurídica democrática, la no positivación del derecho a la revolución y del derecho de resistencia, esto es, la carencia de verdadera Constitución, haría revivir la pura dimensión política de la legitimidad: la del poder popular que sólo puede manifestarse por la fuerza, sin reglas, porque él mismo, por medio del derecho, se ha cerrado las puertas para poder cambiar su voluntad de forma civilizada, ha impedido a otras generaciones que cambien el derecho a través del propio derecho.

41 Sentencia 122/1983.

Pero los tintes tenebrosos que de esa hipotética (y creo que muy improbable) realidad se desprenden no deben conducir a abjurar del principio de que la Constitución permita, jurídicamente, su propia destrucción. Y no sólo por la evidencia histórica de que los enemigos de la democracia han solido casi siempre tomarla al asalto y no desde su interior y a través del cumplimiento de sus reglas, sino, sobre todo, porque la democracia consiste en que al pueblo y sólo al pueblo le corresponde decidir libremente su propio destino, y el Estado democrático de derecho no tiene más pretensión que la de garantizar jurídicamente, esto es, válidamente, esa libertad.

Ahora bien, esa válida expresión de la voluntad del pueblo sólo será posible si el pueblo es libre, esto es, si se organiza en Estado constitucional democrático. *De esta suerte, en la Constitución la legitimidad aparece, inexcusablemente, como el requisito de la validez.* De ahí la conveniencia de que el principio democrático, como principio legitimador de la Constitución (como principio material en una Constitución que propugna sobre todo la libertad y la igualdad) se realice, adquiera toda su vigencia en la vida del ordenamiento y de las instituciones, al objeto de que el principio democrático, como principio de validez del soberano, permanezca jurídicamente vivo, de tal manera que la Constitución, aunque se cambie, siga siendo Constitución. La profundización de la democracia es, me parece, el único camino para que se aleje toda posibilidad de que la validez pueda algún día destruir a la legitimidad. De todos modos, el derecho es sólo un modesto y técnico instrumento para ello. La educación democrática, la consolidación de la cultura cívica, la ejemplaridad de las fuerzas políticas, el progreso social y económico, son, indiscutiblemente, factores mucho más eficaces que el derecho para que se afiance la legitimación. Al derecho sólo le cumple realizar el humilde (y honroso) papel de facilitar la libertad a una sociedad que quiera ser libre.

#### 4. *Revisión total y configuración de la nación*

Al derecho también sólo le cabe facilitar las vías para que el pueblo perdure como unidad mientras quiera permanecer unido. Lo que nos lleva a enfrentarnos a otro problema que, de ninguna manera, debía rehuirse. Ya no se trata de responder a la pregunta de si puede el pueblo, a través de la revisión total de la Constitución, dejar de ser soberano, sino

a esta otra: ¿puede el pueblo español, a través de esa revisión total, autodestruirse como pueblo?

Desde la teoría, y a diferencia de lo que ocurre con el supuesto anterior ya examinado, el problema que ahora se plantea no conduce, inevitablemente, a una oposición entre validez y legitimidad, ya que ésta no ha de alterarse, de modo necesario, con el cambio de configuración nacional. Y ello es así (insisto que desde el punto de vista teórico) porque, si bien la Constitución “no puede ser” (legítima) sin la democracia, la Constitución (en cambio) “sí puede ser” (legítima) con un pueblo más grande o más pequeño. Para la teoría constitucional democrática (que es, a mi juicio, y no me importa repetirlo, la única teoría constitucional “jurídicamente” sostenible), la “configuración” del pueblo (sus límites “externos” como grupo humano diferenciado de otros pueblos) y su misma dimensión territorial son cuestiones de hecho que el derecho regula, pero de la que no se extrae su justificación (o, en otras palabras, su legitimidad). En cambio, para esa teoría es decisiva la “composición” del pueblo (sus límites “internos” dentro de una comunidad humana singular), así como la relación entre pueblo y poder. La norma constitucional sólo es legítima si (cualquiera que sea la “dimensión” del pueblo) no se excluyen de ese pueblo clases u órdenes de personas, es decir, si coinciden pueblo y nación (conjunto de “ciudadanos”) y esa nación ostenta el poder soberano.

Una vez planteado así el problema, su solución no puede consistir en reconocer que, en teoría, nada se opone a que, tras la división de un pueblo, las nuevas entidades nacionales en que se hubiese partido puedan tener Constituciones tan democráticas como la anterior que a todos, como un solo pueblo, los reunía. O, simplificando la hipótesis, nada se opone a que un pueblo, del que se ha desgajado una parte, pueda continuar teniendo una Constitución tan democrática como la que tenía antes de la segregación. Y esa no es solución, porque lo que debe dilucidarse no es exactamente el “carácter” de la nueva Constitución sino su engarce con la anterior, es decir, si la nueva Constitución supone una “ruptura” con la anterior o una continuidad, lo que en términos jurídicos significa resolver si ha habido infracción o no de las normas sobre la revisión constitucional. Si la nueva Constitución obtiene su *validez* de la anterior habrá habido revisión, pero no ruptura; por el contrario, si se ha cortado la cadena de la validez, lo que se ha producido no es una revisión sino una

auténtica ruptura constitucional (un acto revolucionario, es decir, contrario al derecho).

La cuestión debe residenciarse, pues, no en la nueva, sino en la antigua Constitución (de donde podría extraerse la validez). Y como la hipótesis que se plantea es, como tal hipótesis, una mera ideación de futuro, el problema donde debe intentar resolverse es en la Constitución del presente. ¿Permite ésta la segregación de parte del pueblo español?<sup>42</sup>

Una vía para intentar dar respuesta a esa pregunta podría articularse a través de la vieja distinción entre *pactum associationis* y *pactum subjectionis*, o de moderna y análoga entre *nationbuilding* y *state-building*. La revisión constitucional podría modificar el contenido del segundo pacto, pero no del primero, ya que éste es previo a la Constitución misma, es decir, es el pacto de donde obtiene precisamente la Constitución su propia validez. Los términos literales del artículo 2o. de nuestra Constitución parecerían avalar esa solución: “la Constitución se *fundamenta* en la indisoluble unidad de la Nación española...”. De donde resultaría que tal “unidad” se presenta como constitucionalmente indispensable.

Sin embargo, un razonamiento así parece sumamente discutible. En primer lugar porque la doctrina del doble pacto sólo permite explicar alguna de las dimensiones de la legitimidad política de la Constitución (que es lo que pretendía el iusnaturalismo pactista), pero no la legitimidad jurídica de la norma constitucional, sólo comprensible a partir de la propia norma y no desde fuera de ella. En segundo lugar, porque la doctrina del doble pacto no ofrece una explicación de la “validez”, que ha de asentarse en el derecho positivo y no en el derecho natural. En realidad, se trata del mismo defecto en que incurre otra famosa hipótesis: la de la norma presupuesta fundamental de Kelsen. En un caso tenemos una hipótesis axiológica (aunque a veces, burdamente, se la califique de “histórica”), y en otro una hipótesis lógica. Pero ocurre que la “validez” no puede descansar (salvo que se desvirtúe su significado “jurídico”) en la axiología o en la lógica, sino sólo en la *forma iuris*. Esa debilidad conceptual de la teoría del doble pacto la captaron muy bien tanto Hobbes como Rousseau. La Constitución sólo puede fundar su validez en su propia e interna legitimidad. En tercer lugar, considerar in-

42 Me parece más correcto plantearlo como segregación del pueblo que como segregación del territorio, puesto que son los ciudadanos, y no las tierras, los verdaderos sujetos del poder.

disponible la cláusula inicial del artículo 2o. de la Constitución porque ésta, en esa cláusula, “se fundamenta”, es dejar fuera de la Constitución una parte de la Constitución misma. Por último, reconocer en la “indisoluble unidad de la Nación española” una cláusula de intangibilidad choca con la prescripción contenida en el artículo 168, que permite la revisión “total” de la Constitución.

Ahora bien, estos argumentos, que ponen en entredicho la corrección de la vía aludida para resolver el problema, no sirven, en cambio, para ofrecer, por sí mismos, una verdadera solución, porque aun despejando el camino para encontrarla no se adentran en la cuestión principal: la Constitución permite su revisión total, pero podría entenderse que siempre que siga siendo la Constitución “española” (esto es, el mismo objeto, aunque con muy diferentes contenidos), de tal manera que la ausencia de límites sea predicable sólo en la medida en que la Constitución, aunque cambie, conserve al menos su mínima y “determinante” identidad externa (la que la diferencia de las Constituciones de *otras* naciones). Si la Constitución deja de ser la Constitución de España pudiera muy bien argumentarse que el problema ha salido del marco de la “revisión” o, en otras palabras, que la nueva Constitución no puede extraer su validez de una norma dictada para que dure un objeto que ya ha desaparecido.

Pero, como ocurre que lo que “es” España como nación, o, si se quiere, la dimensión del pueblo español (y de su territorio), sólo resulta discernible en cada momento histórico, hay que entender que la Constitución que no “describe”, expresamente, la conformación del pueblo español, como tampoco “describe” su territorio,<sup>43</sup> normatiza a la nación española (y proclama su insoluble unidad) haciéndola coincidir con las dimensiones reales que ésta tiene en el momento en que la Constitución se promulga.

El carácter radicalmente histórico de la conformación del pueblo (como supuesto de hecho) podría conducir entonces, quizá, a explorar otra vía distinta para resolver el problema que nos ocupa. Esa vía sería la de considerar que sólo la “composición” del pueblo es una cuestión aprehensible por el derecho, pero no su “configuración”, que sería siempre una cuestión de hecho, política, pero no jurídicamente relevan-

43 Desde el punto de vista de la soberanía *ad intra* el territorio es del pueblo y no del Estado; sólo desde el punto de vista “externo” de esa soberanía, es decir, desde las relaciones interestatales, o internacionales, puede hablarse del territorio “del Estado”.

te. Es cierto que “el pueblo es una estructura histórica”, como muy bien diría Heller,<sup>44</sup> despojando no obstante a esa idea de la fuerte carga totalizadora hegeliana. Y es cierto también que el derecho no puede juridificarlo todo. En ese sentido, las penetrantes páginas que Heller dedica a la relación entre normatividad jurídica y lo que él llama “normatividad sociológica” permitirían, quizá, abordar el problema que nos ocupa desde su consideración como problema político que el derecho no puede resolver sino sólo encauzar. “La Constitución jurídica (decía Heller) representa el plan normativo de esa cooperación continuada” (cooperación social que *mantiene* unida a una comunidad humana).<sup>45</sup> La “configuración” de la nación sería, pues, un dato de hecho del que el derecho parte y cuya pervivencia o alteración no pueden “regularse” jurídicamente; es decir, la Constitución es un plan normativo que da por supuesto que esa unidad del pueblo seguirá conservándose, pero que no puede prever jurídicamente las formas o incluso las consecuencias de la desmembración. El derecho sólo puede ayudar —sería la conclusión— a que la nación siga siendo nación si ella lo quiere. La dimensión del pueblo es un dato de hecho del que la Constitución parte, y las modificaciones de esa dimensión otro dato de hecho que al derecho, simplemente, se impone.

Ahora bien, aceptar esta vía supone renunciar a lo que me parece el mayor logro del constitucionalismo: su intento de juridificar la democracia, es decir, de pacificar (y eso es regular) los modos de expresión de la voluntad popular e incluso los cambios que esa misma voluntad experimente. Un pueblo de hombres libres significa que esos hombres han de ser incluso libres para estar unidos o dejar de estarlo. Y un pueblo de hombres libres regidos por el derecho significa también que el derecho debe permitir (tener previsto) el ejercicio de esa libertad. Por ello no cabe, a mi juicio, que el jurista pretenda encontrar la solución a este problema por la simple vía de ignorarlo, esto es, de concluir que éste no es un problema jurídico, sino sólo y exclusivamente político.

El camino, me parece, ha de ser muy otro: indagar el significado jurídico de la constitucionalización de la nación. Que España es una nación no se deriva, como es obvio, de la Constitución misma, sino de una determinada realidad social. La Constitución únicamente *reconoce* ese

44 *Teoría del Estado*, México, 1971, p. 178.

45 *Ibidem*, p. 283.

hecho, esto es, lo positiviza jurídicamente y ello supone que no se positiviza sólo el *pactum subjectionis* (la soberanía popular), sino también el *pactum associationis* (la unidad de la nación), de tal manera que al *positivarse* ambos extremos se deja en manos de la nación, como facultad ejercitable (ejercitable regladamente, jurídicamente) la de poder modificar, no ya por vías de hecho, sino a través del derecho (esa es la consecuencia importante y civilizadora de la positivación), cualquiera de los dos pactos o, si se quiere, cualquiera de las dos dimensiones de ese único y comprensivo (de la forma social y política del pueblo) pacto constitucional.

Enfocado así el problema, la dicción literal del artículo 2o. de la Constitución (“La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española...”) lo que viene a expresar es lo que el poder constituyente quiere (y ese querer, aunque encerrase contradicciones en sí mismo, es un querer claramente formulado como querer producto del acuerdo entre esas contradicciones, esto es, como querer consensuado) en el momento de elaborar la Constitución,<sup>46</sup> y por ello no supone un obstáculo jurídico a lo que ese poder (a través del procedimiento de revisión total de la Constitución) pueda querer en el futuro. Mediante el procedimiento del artículo 168 (ya dije que ese artículo viene a juridificar el poder constituyente) el soberano puede cambiar su configuración, es decir, el pueblo puede modificar sus propias dimensiones. El derecho de autodeterminación es consubstancial al soberano, y por ello mismo el derecho ha de permitir su ejercicio. La Constitución, al atribuir al pueblo español la soberanía, le atribuye, pues, ese derecho, pero lo atribuye al *pueblo español en su conjunto*; sólo él, que es el único titular posible del mismo, puede decidir sobre los cambios en su configuración como pueblo. Como ya dije más atrás, nuestro ordenamiento constitucional no proscribía ninguna ideología (ya sean contrarias a la forma política o a la forma social de la nación) y ello significa que no proscribía las ideologías separatistas, que únicamente están obligadas a hacer valer sus objetivos por las vías que la misma Constitución proporciona. Ni tendría sentido, entonces, considerar lícitas pretensiones cuya consecución sería,

46 J. Solé Tura ha explicado acertadamente la peculiar redacción de este precepto en su libro *Nacionalidades y nacionalismo en España. Autonomía, federalismo y autodeterminación*, 1985, p. 100: “Tampoco esta redacción es, desde luego, un modelo de corrección estilística. Pero el artículo 2o., dentro de su complejidad conceptual, es una verdadera síntesis de todas las contradicciones existentes en el periodo constituyente”.

sin embargo, ilícita, ni tendría sentido tampoco lo contrario: considerar ilícitas pretensiones cuya consecución sería, sin embargo, lícita. Nuestra Constitución permite la ideología separatista porque también permite, a través del artículo 168, el hecho mismo de la separación.

Ahora bien, como se dijo, no hay derecho a la autodeterminación de minorías, sino del pueblo español en su conjunto. Su ejercicio no está conferido a parte de ese pueblo, sino a todo el pueblo, que es el único soberano. En resumidas cuentas, lo que nuestro ordenamiento exige es la aceptación por todo el pueblo de la separación de parte de ese pueblo.

Dicho esto, queda aún otro problema, conexo, por plantear y resolver. ¿Puede, mediante una revisión total de la Constitución, introducirse el derecho de autodeterminación atribuido a fracciones del pueblo y no, como ahora, a su totalidad? La respuesta a la pregunta me parece que ha de ser enteramente negativa, y ello porque entonces, simplemente, no habría ni Estado ni Constitución. La Constitución puede “ser”, dije antes, en un pueblo más grande o más pequeño. Pero la Constitución no puede ser sin pueblo sometido al derecho. La autodeterminación de una minoría es tan inconciliable con la existencia de un ordenamiento jurídico como la autodeterminación individual. El derecho de las minorías, como el derecho de los ciudadanos, es a expresar libremente sus propósitos, a tratar de propagar sus ideales hasta obtener un cambio normativo concorde con ellas, cambio que habrá de ser adoptado por la mayoría. Lo que no puede permitir el derecho es que la minoría (o el ciudadano) imponga su voluntad a la mayoría. Ni hay Estado ni Constitución ni ordenamiento si hay derecho de secesión; simplemente son entidades inconciliables.<sup>47</sup> El derecho de secesión (o el individual de tener libertad para apartarse del derecho) significaría tanto, decía Kelsen,<sup>48</sup> como establecer los deberes jurídicos sólo a condición de que los miembros de la comunidad quieran aceptarlos en cada caso concreto. El derecho (según diciendo Kelsen) se desborda si acepta la fórmula “debes si quieres”.

47 Decir esto no significa desconocer los problemas “políticos” que para la “práctica” del poder constituyente positivado se derivan de la existencia de minorías “estructurales”, sino sólo constatar que el derecho no puede ofrecer solución a esos problemas so pena de dejar de ser derecho. No hay *ahí* posible solución “jurídica”, sino sólo “política”.

48 *Teoría general del Estado*, México, 1979, p. 295.

## II. LA DEMOCRACIA COMO PRINCIPIO GENERAL DEL ORDENAMIENTO

### 1. *Los principios generales como categoría jurídica*

La admisión de los principios generales como fuente del derecho es algo comúnmente aceptado, como muy bien se sabe, por la cultura jurídica de nuestro tiempo. Y no se trata, ni mucho menos, de un fenómeno enteramente nuevo, pues el derecho romano, en su época de mayor esplendor, ya se caracterizó por un fuerte ingrediente principalista,<sup>49</sup> y ese legado perduró, desde entonces, en la vida del derecho occidental. Sin embargo, lo que venía constituyendo una realidad (más espontánea a veces que deliberada): que el derecho se expresaba no sólo a través de normas (escritas o consuetudinarias), sino también de principios, adquiere la condición de teoría cuando el saber jurídico, en ese formidable esfuerzo de reflexión sobre sí mismo que inicia en el siglo XIX, pretende convertirse en una nueva ciencia: la ciencia del derecho. La explicación que esa Ciencia facilita acerca de los “principios” se articulará, a partir de Savigny, mediante la noción del “instituto jurídico”.<sup>50</sup> Y, así, las doctrinas de la interpretación “objetiva” (con la asunción, inevitable, del “finalismo”), las teorías sociológicas del derecho, e incluso los defensores de la fenomenología jurídica, ya en el siglo XX, aceptan la existencia de principios jurídicos al margen de las normas, aunque los fundamenten de distintos modos (ya sea en relación con los “conceptos”, con el “interés”, con las “fuerzas propulsoras sociales”, o con los “valores”).

Al margen de las diferencias de razonamiento,<sup>51</sup> la admisión de los “principios jurídicos” será, pues, un lugar común en la ciencia del derecho, incluidos los diversos sectores del positivismo jurídico con la sola

49 Véase, por todos, Kunkel, W., *Römische Rechtsgeschichte*; ed. española: *Historia del derecho romano*, trad. de J. Miquel, Barcelona, pp. 105-134.

50 Noción que, significativamente, emplea Savigny para defender la existencia de “principios” que dan sentido a un “instituto jurídico”, en su obra cumbre de 1840, *Sistema del derecho romano actual*.

51 Sobre lo que no es necesario extenderse aquí. Me remito a lo que he apuntado, acerca de ello, en “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 18, mayo-agosto de 1986, específicamente las pp. 112-118.

excepción del normativismo kelseniano. La “jurisprudencia de conceptos”, la “jurisprudencia de intereses”, la “jurisprudencia sociológica”, la “jurisprudencia valorativa”, a lo largo del siglo XIX y el primer tercio del XX, y por vías más elaboradas que las del simple “iusnaturalismo” (al que no puede atribuirse la menor paternidad teórica del principialismo jurídico, salvo que ese principialismo se degrade), aceptan que los “principios” forman parte del derecho. Más aún, en todas esas teorías se relacionan, aunque con diferente grado de intensidad, los principios jurídicos con los institutos jurídicos, como ya lo hiciera, desde el primer momento, Savigny.

Ahora bien, precisamente porque en la relación ya aludida se cimenta la construcción teórica más completa acerca del principialismo, y aunque los principios jurídicos sean admitidos por las doctrinas que acaban de citarse, la mejor explicación no ya de éstos, sino de los “principios generales del derecho”, ha de atribuirse a las teorías que tomaron como presupuesto central de referencia el concepto de institución, esto es, al “institucionalismo” (M. Hauriou) y al “ordenamentalismo” (S. Romano). Ellas significan, a mi juicio, el paso más completo de los “principios” a los “principios generales”. No se trata ya sólo de que el derecho esté expresado en principios además de en normas positivadas, sino de que el derecho es “principialista”, es decir, está orientado por unos principios que le dan sentido (principios generales). No hay “ordenamiento” (categoría que será fundamental para el principialismo) sin unos principios generales, o, dicho de otro modo, justamente porque todo derecho contiene unos principios generales que lo identifican, todo derecho es un “ordenamiento jurídico”.

La postura, en contra, del normativismo kelseniano es bien conocida: el derecho es un sistema normativo, un conjunto de normas completo, sin lagunas, que se basta a sí mismo, de tal manera que no hay más principios que los positivados en las propias normas, esto es, no hay derecho fuera de la norma positiva. Admitir lo contrario, se dirá, sería abjurar de la concepción científica del derecho y caer en un subjetivismo sin rigor, es decir, sería diluir el derecho en la moral o en la sociología. Pero ocurre que la realidad del derecho no se corresponde exactamente con esa concepción normativista, asentada, en el fondo, en un voluntarismo de la lógica o, como se ha dicho sagazmente, en un “romanticismo cartesiano”. De ahí que parezca muy difícil negar que el derecho es

algo más que las normas, y ese algo más son los principios tanto parciales (o sectoriales) como generales. Que esto es así no requiere que yo ahora lo pruebe aquí, pues se encuentra claramente admitido por la doctrina (española y extranjera), y me basta remitirme, por ejemplo, a la obra admirable de E. García de Enterría.<sup>52</sup>

Nuestro propio derecho lo reconocerá, por lo demás, expresamente, no sólo porque en él se introdujo, positivándose, la noción misma de “ordenamiento” (Preámbulo y artículo 83.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956; artículo 115 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958; artículo 1o.1 del Código Civil tras su reforma de 1974; artículos 1o.1 y 9o.1 de la Constitución), sino porque también se establece, en coherencia con ello, que el “derecho” es algo más que la ley (artículo 103.1 de la Constitución, de manera idéntica a los términos que utiliza el artículo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn) y, en consecuencia, que los “principios generales del derecho” son fuente del ordenamiento jurídico (artículo 1o.1 del Código Civil). El apartado 4 del artículo 1o. del Código Civil, al concretar lo dispuesto en el apartado 1 de dicho artículo, expresará la doble condición que éstos poseen, de fuente de primer grado (fuente de aplicación inmediata, aunque subsidiaria) y de fuente de segundo grado (fuente interpretativa): “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

Dicho lo anterior, que no viene más que a ser la confirmación por la teoría y por el propio derecho escrito de una realidad innegable, muy bien expresada por Esser en su obra decisiva sobre esta cuestión,<sup>53</sup> el problema que plantean los principios generales no es el de su admisión (ya resuelto), sino el de su “conformación”. La apelación a que esa conformación sea consecuencia de una construcción doctrinal o jurisprudencial fiel al método jurídico, de tal manera que los principios generales,

<sup>52</sup> *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, publicada primero en 1963 y después, con importantes adiciones, en 1984.

<sup>53</sup> Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956. Hay trad. española, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, 1961. Constatar la insuficiencia de la norma escrita y de los principios positivados en ella para la resolución de los problemas jurídicos es el norte de esa obra, así como la necesidad de apelar a los principios generales no positivados, pero que deben obtenerse por medios “jurídicos” y no “políticos” o “morales”.

aunque no estén en la norma positiva, disfruten de objetividad jurídica (ese es, por lo demás, el empeño “apasionado” que recorre el admirable trabajo de E. García de Enterría que antes se citó), no resuelve enteramente el problema, es decir, no conjura los riesgos de subjetivismos certeramente señalados por Kelsen, riesgos, por los demás, bastante reales.

Así se ha escrito:

La excesiva libertad, el apresurado diletantismo, el uso immoderado de las nuevas perspectivas abiertas a la ciencia y a la aplicación del derecho por la jurisprudencia principal, y quizá una gratuita sensación de “libre recherche” y de desdén de las leyes, ha motivado en todos los países una saludable reacción que en nombre del principio de respeto a la ley, a la seguridad y a la certeza del derecho, ha recordado la absoluta necesidad de una “sobriedad jurídica” y de una atención concreta a los rasgos técnicos de los problemas y soluciones jurídicas, sin la pretensión retórica e irresponsable de dominarlos “desde arriba”.<sup>54</sup>

El mismo autor de este párrafo (E. García de Enterría), después de aceptar que “la oportunidad de estas posiciones críticas ha estado perfectamente justificada ante el intento inadmisibles de disolver la objetividad del derecho y sus estructuras técnicas en un sistema abierto, retórico e irresponsable de simples juicios éticos o políticos”,<sup>55</sup> dirá:

Pero la objeción no tiene otro alcance y debe ser reducida a eso. Sería ilógico pretender apoyarse en esta indudable y evidente razón para llegar a la sinrazón de una rehabilitación completa de los dogmas positivistas, dogmas que... fueron abandonados antes por su falta de funcionamiento efectivo que por virtud de posiciones de principio.<sup>56</sup>

Que el derecho, hoy, es principialista no ofrece dudas y es cuestión aceptada por la mejor doctrina europea continental y anglosajona (de ésta, la más cabal expresión del principialismo la constituye, a mi juicio, la obra de R. Dworkin, especialmente la contenida en sus libros *Taking*

<sup>54</sup> García de Enterría, E., *Reflexiones sobre la ley...*, cit., nota 52, pp. 47 y 48. Quien continúa después diciendo que “se ha hablado de un apresuramiento en extender la partida de defunción del positivismo, y, recordando la expresión histórica famosa, se ha gritado: ‘el positivismo ha muerto; viva el positivismo’” (p. 48).

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 51 y 52.

*Rights Seriously* y *Law's Empire*).<sup>57</sup> Sin embargo, la mera apelación al método jurídico, como medio de evitar la subjetivización que siempre se esconde en una realidad jurídica en la que el derecho excede ciertamente de la norma escrita, no es suficiente para garantizar la certeza del mismo derecho, como muy bien plantea F. Müller cuando reclama entonces, con cierta ironía, “el derecho fundamental a la igualdad del método”.<sup>58</sup> Este problema, como ocurre siempre con todos los de fuentes e interpretación, se eleva, inexorablemente, al campo constitucional. Es decir, los problemas de los principios generales han de ser planteados, en rigor, como problemas constitucionales, o, dicho de otro modo, es en la discusión sobre los principios constitucionales donde pueden encontrarse respuestas a los “puntos oscuros” que se manifiestan en toda discusión sobre los principios generales.

## 2. *El significado de los principios constitucionales*

Superada en Europa la idea de la Constitución como mera norma política y de los principios constitucionales como exclusivamente programáticos,<sup>59</sup> y admitido que la Constitución es derecho y, en consecuencia, que sus principios son jurídicos, la cuestión sobre el significado de éstos puede plantearse en un doble nivel.

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

57 Sobre las corrientes doctrinales que apoyan el principialismo, y sobre el mismo problema en sí, me remito a lo que digo en “La interpretación de la Constitución...”, *op. cit.*, nota 51, específicamente las pp. 116-131.

58 Müller, *Juristischce Methodick und politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie*, 1976, t. II, p. 66.

59 “Programáticos” en el sentido menos riguroso del término, es decir, sin eficacia jurídica alguna.

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

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

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

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

Los efectos que ello tiene para el concepto de Constitución y para el entendimiento de la interpretación constitucional son, también, bastante conocidos.<sup>60</sup> Me interesa resaltar, sin embargo, un efecto menos subrayado generalmente por la doctrina. Me refiero al efecto, creo que benéfico, para la certeza del derecho. Dada la importancia, crucial, que en el ordenamiento tienen los principios constitucionales, su positivación en el texto constitucional reduce ciertamente los riesgos del subjetivismo en su conformación, poniendo coto a un excesivo activismo judicial o doctrinal. L. Prieto Sanchís (y refiriéndose tanto a los valores como a los principios “constitucionalizados”) lo expresa muy bien:

Nuestra Ley Fundamental es una Constitución de principios y valores, abundante en cláusulas genéricas o inconcretas... No creo que estas características propicien necesariamente la aparición de un activismo judicial, sino que, al contrario, suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento y que, de no existir, tendrían —entonces sí— que ser creados por los órganos de aplicación del derecho..<sup>61</sup>

Los valores superiores y los principios constitucionales desempeñan una función esencial como criterios orientadores de la decisión de los jueces... La obligada observancia de los valores superiores no propicia el libre decisionismo, sino que fortalece el papel de la Constitución.<sup>62</sup>

60 Véase Rubio Llorente, F., “Prólogo”, en Alonso García, E., *La interpretación de la Constitución*, 1984, y “La Constitución como fuente del derecho”, *op. cit.*, nota 3; Nieto, A., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. I, 1983; así como mis trabajos “La interpretación de la Constitución...”, *op. cit.*, nota 51, y “El control como elemento...”, *op. cit.*, nota 1. También Crisafulli, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, 1952.

61 “Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional”, *Revista Poder Judicial*, núm. 11, 1984, p. 83.

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

Es cierto que la conformación jurisprudencial de los principios generales no es, en rigor, una actividad de libre creación y que mediante ella, como expresa R. Dworkin en frase feliz, el derecho se “descubre, pero no se inventa”,<sup>63</sup> mas también lo es que la necesidad y la capacidad de “descubrimiento” doctrinal se reduce si el derecho escrito deja menos territorios incógnitos. Ello no significa la erradicación (completamente imposible) de la labor integradora, recreadora, que desempeña la doctrina y la jurisprudencia, sino sólo la conveniencia de acrecentar su objetivación normativa, disminuyendo el campo de la discrecionalidad. De ese modo, la Constitución democrática, al positivar los principios generales (y un buen ejemplo de esa positivación es nuestro propio texto constitucional), no cumple sólo su función de limitar el poder del Estado, sino también de limitar el poder... de los juristas.

Pese a esa (y creo que muy feliz) limitación, ni el texto constitucional puede agotar el repertorio de los principios generales (aunque recoja, y ello será sumamente indicativo, los más relevantes) ni aquellos que enuncia puede dejar de expresarlos del modo genérico propio de esos principios, y que los hace siempre necesitados de concreción jurisprudencial a la hora de su aplicación. En el “descubrimiento” de los principios constitucionales no positivados y en la concreción de éstos y de los recogidos en el texto de la norma desempeña un papel decisivo el Tribunal Constitucional. El carácter vinculante de su doctrina para la jurisdicción ordinaria (artículos 1o. y 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal y 5o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial) evita en gran medida<sup>64</sup> no sólo la “dispersión” jurisprudencial en la conformación de los principios constitucionales (que, a su vez, son los generales-fundamentales del ordenamiento), sino también los riesgos de encomendar esa conformación a órganos no adecuadamente preparados para ello. El artículo 5o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial resuelve ese asunto de manera bastante satisfactoria:

63 Dworkin, *Law's Empire*, 1986, p. 5.

64 Pero no absolutamente, pues la dualidad de órdenes jurisdiccionales que ejercitan la justicia constitucional impide que pueda darse una completa unificación de la “doctrina constitucional” (al contrario de lo que antes ocurría con la “doctrina legal”). De ese problema me ocupo en el “Comentario general al título IX de la Constitución”, en Alzaga, O. (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, 1988, t. XII.

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Lo que a primera vista pudiera parecer una defectuosa redacción (distinguir principios y preceptos, cuando resulta que los principios “constitucionalizados” son preceptos de la Constitución) se manifiesta, por el contrario, si se ahonda en su sentido, como un acierto, pues la expresión “preceptos y principios” no debe entenderse como “normas y principios”, sino como la confirmación de que hay otros principios constitucionales aparte de los positivados en los preceptos de la Constitución (preceptos que, como es obvio, lo mismo contienen normas que principios).

### 3. *La eficacia jurídica de los principios generales constitucionalizados*

La “constitucionalización” de los principios generales “más fundamentales” lleva a la consecuencia de que cualesquiera otros principios no positivados hayan de conformarse en congruencia con aquéllos; es decir, hayan de estar inspirados en los principios expresados en el texto de la Constitución. Una Constitución “principalista”, como la nuestra, tiene una gran capacidad de evolucionar o adaptarse a nuevas circunstancias, de convertirse en una *living Constitution* sin requerir, por ello, en muchos casos, de la reforma constitucional explícita. Pero también esos principios “constitucionalizados” son, a su vez, un límite frente a la excesiva adaptación o, en otras palabras, frente a mutaciones desvirtuadoras de la normatividad constitucional. L. Prieto Sanchís (refiriéndose exclusivamente a los valores, pero la reflexión es válida también para los principios) dice al efecto:

La interpretación puede acoger un significado evolutivo de los textos que responda a las nuevas exigencias, pero siempre que resulte acorde con el horizonte de valores que la propia Constitución propugna; cuando no sucede así, es señal de que las nuevas exigencias no caben en el marco constitucional [y habría que acudirle, añadido yo, a su reforma]. En ese sentido, la incorporación de los valores a la Constitución puede evitar

arriesgados ejercicios de búsqueda de valores supuestamente implícitos, de Constituciones materiales no escritas, etcétera, a través de las cuales pueden penetrar auténticas mutaciones constitucionales.<sup>65</sup>

Sin adentrarnos todavía en la distinción entre principios y valores, cuestión que se tratará después, interesa subrayar que la doctrina del Tribunal Constitucional, desde el primer momento, reconoció el carácter “principalista” de la Constitución<sup>66</sup> y, por consiguiente, la necesidad de su interpretación finalista,<sup>67</sup> así como que los principios constitucionalizados no sólo tienen eficacia interpretativa, sino también directa. Esto último aparece, con nitidez, en la sentencia 4/1981, del 2 de febrero de 1981 (F. J. 1):

Los principios generales del derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico —como afirma el artículo 1o.4 del título preliminar del Código Civil—, que debe ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo.<sup>68</sup>

Sin embargo, en esta sentencia se manifiesta una cierta indeterminación (con la alusión expresa al artículo 1o.4 del Código Civil) sobre el lugar que ocupan los principios constitucionalizados en las fuentes del

65 Prieto Sanchís, L., “Los valores superiores...”, *op. cit.*, nota 61, p. 88.

66 Sentencias del 2 de febrero de 1981, 8 de junio de 1981, 31 de marzo de 1982 y 5 de mayo de 1982, entre otras.

67 Sentencia del 8 de junio de 1981.

68 La fuerza derogatoria (o anulatoria si se trata de leyes posteriores) de los principios (y no sólo de las reglas) contenidos en la Constitución me ha parecido siempre una cuestión clara. Así lo manifesté ya en 1980, en la ponencia presentada a las Jornadas de Estudios organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, “Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia”, *El Tribunal Constitucional*, 1981, vol. I, especialmente p. 560. No estoy de acuerdo, pues, en que (por la “generalidad” del principio) la contraposición entre el principio constitucional y la ley anterior obligue a un “juicio” de inconstitucionalidad (sobrevvenida) y no de derogación. Se trata de un “juicio” sobre la vigencia y no sobre la validez, y, por lo demás, admitida sin reparos la fuerza derogatoria de los principios “legalizados”, no se entiende cómo puede negársela a los principios “constitucionalizados”.

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

Los principios constitucionalizados ocupan, en las fuentes del derecho, el lugar de la Constitución, simplemente porque son Constitución. El problema, donde se plantea correctamente, no es, pues, en relación con los diversos niveles de las fuentes (su nivel es claro: el del artículo 1o.1 del Código Civil), sino en relación con la distinta *eficacia* jurídica de los preceptos contenidos en una misma fuente (el texto constitucional). Esta precisión resulta necesaria para la adecuada comprensión del asunto, ya que a veces se trasladan, indiscriminadamente, para explicar la eficacia jurídica de nuestros principios constitucionales, concepciones sobre los principios jurídicos (la de Dworkin, por ejemplo), que parten, precisamente, de una situación diferente a la nuestra, como es la de los principios generalmente no positivados en la norma.

En nuestro ordenamiento hemos de partir, en consecuencia, de que existen en el texto constitucional valores, principios y reglas, y de que todos ellos disfrutan de la condición normativa propia de la Constitución, esto es, se encuentran normativizados. Es cierto que los principios gene-

rales son jurídicos aunque la norma no los exprese, pero no es menos cierto que cuando ello ocurre (cuando se normativizan) adquieren una condición sustancialmente distinta a la que tienen los principios generales no positivados.<sup>69</sup> Ahora bien, para singularizar la eficacia jurídica de los principios constitucionalizados es preciso diferenciarlos de los valores y de las reglas.

#### 4. Principios, valores y reglas

La distinción entre valores y principios, por un lado, y reglas, por otro, es cuestión relativamente pacífica. Los principios enuncian cláusulas “generales”, y las reglas contienen disposiciones específicas en las que se tipifican supuestos de hecho, con sus correspondientes consecuencias jurídicas.<sup>70</sup> Menos pacífica, sin embargo, es la diferencia entre valores y principios.

R. Dworkin distingue, como se sabe, “fines”, “principios”, y “reglas”.<sup>71</sup> Por lo que se refiere a las “reglas”, su idea coincide con la común en la doctrina, a la que antes me he referido. En cambio, por “fines” entiende no sólo valores, sino también, en general, mandatos a los poderes públicos (*policies*), con el inconveniente, a mi juicio, de que pueden trabarse los valores con reglas de atribución competencial. Por ello creo más conveniente utilizar los términos “valores” y “principios”, en lugar de “fines” y “principios”. Los valores son “fines”, por supuesto, pero no toda cláusula que enuncia fines (que establece progra-

69 Utilizo aquí el término “norma” en su significado común de texto escrito, es decir, de disposición normativa escrita, y no en el más correcto de “regla” de derecho (que ni siquiera es “puesta”, sino obtenida a través de la interpretación). De ahí que prefiera acudir a la distinción “principios” y “reglas”, en lugar de a la más utilizada “principios” y “normas”.

70 Es cierto que la distinción no está huérfana de problemas a la hora de su verificación en la práctica. Así podemos encontrarnos con preceptos jurídicos que, a la vez, contengan un enunciado de valor, la formulación de un principio y la determinación de una regla, por ejemplo, el artículo 9o.2 de la Constitución (donde se reiteran los valores de la libertad e igualdad, se expresa el principio de la participación y se faculta a los poderes públicos —regla de habilitación— para actuar “promoviendo”, “removiendo” y “facilitando”), en el que no resulta nada sencillo distinguir fines, principios y reglas. Lo que importa es que la diferenciación teórica puede permitir (aunque sea una labor ardua) la distinción.

71 Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, 1978, pp. 22 y ss. Hay trad. española, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984.

mas) es por sí sola una cláusula de valor, sino, muchas veces, una cláusula *al servicio* de un valor. En cuanto a los “principios”, Dworkin los concibe como estándares o cláusulas genéricas que enuncian “modos de ser del derecho”, es decir, que reflejan la dimensión jurídica de la moralidad.<sup>72</sup> A diferencia de las reglas, que se aplican o no se aplican a un caso, los principios ofrecen argumentos para decidir, pero no obligan, por sí mismos, a la adopción de una única decisión. Los principios, a su vez, se enlazan unos con otros, de suerte que un mismo principio más genérico puede irse concretando en otros específicos o derivados.

Entre nosotros, Pérez Luño acoge la distinción tripartita de valores, principios y normas, diferenciados por su menor o mayor concreción, de tal manera que los principios serían normas de segundo grado respecto de las propias normas, y los valores, a su vez, serían normas de segundo grado respecto de los principios y de tercer grado respecto de las normas. Él lo explica de la siguiente manera:

Los valores no contienen especificaciones respecto a los supuestos en que deben ser aplicados, ni sobre las consecuencias jurídicas que deben seguirse de su aplicación; constituyen ideas directivas generales que... fundamentan, orientan y limitan críticamente la interpretación y aplicación de toda las restantes normas del ordenamiento jurídico. Los valores forman, por tanto, el *contexto histórico-espiritual* de la interpretación... Los principios, por su parte, entrañan un grado mayor de concreción y especificación que los valores respecto a las situaciones a que pueden ser aplicados y a las consecuencias jurídicas de su aplicación, pero sin ser todavía normas... De otro lado, los principios... reciben su peculiar orientación de sentido de aquellos valores que especifican o concretan. Los valores funcionan, en suma, como metanormas respecto a los principios y como normas de tercer grado respecto a las reglas o disposiciones específicas... De igual modo que los valores tienden a concretarse en principios que explicitan su contenido, los principios, a su vez, se incorporan en disposiciones específicas o casuísticas en las que los supuestos de aplicación y las consecuencias jurídicas se hallan tipificadas en términos de mayor precisión.<sup>73</sup>

72 Es en los principios donde más se refleja la relación, defendida por Dworkin, entre el derecho y la filosofía moral.

73 Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 1984, pp. 291 y 292.

L. Prieto Sanchís, refiriéndose sólo a los valores (y no a los principios) constitucionalizados, dirá:

Creo que, en el marco de la argumentación jurisdiccional, los valores superiores no ofrecen por sí solos cobertura suficiente para fundamentar una decisión... Lo que no significa, desde luego, que los valores superiores... carezcan de un alcance normativo... Y ese alcance se manifiesta fundamentalmente, a mi juicio, en el proceso de interpretación jurídica, de modo particular en la interpretación de la propia Constitución. En este sentido, creo que los valores superiores se pueden incluir dentro de la categoría de las normas de segundo grado o normas para la identificación e interpretación de las disposiciones de un sistema; se trata concretamente de normas sobre la interpretación, que tienen por objeto *ayudar a distinguir, de entre los diversos significados posibles de una norma, el significado mejor expresado por la norma que se puede considerar perteneciente al sistema.*<sup>74</sup>

En cuanto a la distinción entre valores y principios, Prieto Sanchís opinará que se cifra en el “diferente grado de concreción”.<sup>75</sup>

He preferido transcribir con alguna extensión las posturas doctrinales más significativas<sup>76</sup> acerca de la distinción entre valores y principios para mostrar con mayor claridad lo que, a mi juicio, es patente: la doctrina no nos facilita criterios suficientes sobre esa distinción. García de Enterría parece incluso huir de la distinción incluyendo en la misma categoría de “principios constitucionales” los valores y los principios.<sup>77</sup> Veamos ahora cuál es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sin duda alguna, para él, los valores constitucionales poseen eficacia interpretativa: más aún, la Constitución y el resto del ordenamiento han de

74 Prieto Sanchís, L., “Los valores superiores...”, *op. cit.*, nota 61, p. 86. La última frase subrayada es la cita textual que el autor toma de N. Bobbio, “Normas primarias y normas secundarias” (1968), *Contribución a la teoría del derecho*, 1980, p. 325. G. Peces-Barba, en su libro *Los valores superiores*, 1985, discrepará de esta postura (que otorga a los valores eficacia sólo interpretativa) y sostendrá que también poseen eficacia directa, aunque en su modo de argumentar me parece que se funden valores y principios.

75 Prieto Sanchís, L., *op. cit.*, nota anterior, p. 86.

76 Además de la de García de Enterría, las de Pérez Luño y Prieto Sanchís me lo parecen en España, y Dworkin constituye, a mi juicio, uno de los mejores ejemplos extranjeros.

77 García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1981, pp. 97-103.

ser interpretados de conformidad con esos valores superiores (propugnados en el artículo 1o.1: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político).<sup>78</sup> No obstante, también se da en esa jurisprudencia una cierta confusión entre valores y principios: el legislador ha de respetar “los principios de libertad, igualdad y pluralismo, como valores fundamentales del Estado”.<sup>79</sup> En realidad, lo que no existe es una expresa manifestación del Tribunal acerca de que haya una diferente eficacia de unos y otros. Sin embargo, de manera implícita sí que parece ofrecer algunos datos que permiten obtener esa diferencia.

En efecto, el Tribunal, como ya se dijo, considera que los valores positivados operan como normas de segundo grado, esto es, desplegando efectos meramente interpretativos. Sólo en un caso esa postura parece quebrar, admitiéndose el efecto directo de un valor ni siquiera positivado como tal, y fue en la sentencia 53/1985 (sobre el aborto). La mejor crítica a esa tesis se encuentra en algunos de los votos particulares emitidos en la misma sentencia. Así, en el voto particular del magistrado Tomás y Valiente, se dice:

No encuentro fundamento jurídico-constitucional, único pertinente, para afirmar, como se hace, que la vida humana “es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” (F. J. 3) o “un valor fundamental” (F. J. 5) o “un valor central” (F. J. 9). Que el concepto de persona es el soporte y el *prius* lógico de todo derecho me parece evidente y yo así lo sostengo. Pero esta afirmación no autoriza peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas por lo demás al texto de la Constitución, donde, por cierto, en su artículo 1o.1 se dice que son valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Esos y sólo esos.

El magistrado Díez-Picazo manifestó, en su voto particular, lo siguiente:

Según mi modesto criterio, la inconstitucionalidad como contradicción de una ley con un mandato de la Constitución debe resultar inmediatamente de un contraste entre los dos textos. Puede admitirse que subsiga a una regla constructiva intermedia que le intérprete establezca. Me parece, en

78 Sentencias ya citadas en la nota 18.

79 Sentencia del 31 de marzo de 1983 (F. J. 6).

cambio, muy difícil una extensión ilimitada o demasiado remota de las reglas constructivas derivadas de la Constitución para afirmar la inconstitucionalidad por la contradicción de la ley enjuiciada con la última de las deducciones constructivas. La cosa es todavía más arriesgada cuando en lo que llamo “deducciones constructivas” hay larvados o manifiestos juicios de valor, porque se puede tener la impresión de que se segrega una segunda línea constitucional, que es muy difícil que opere como un límite del Poder Legislativo, en quien encarna la representación de la soberanía popular.

El voto particular del magistrado Rubio Llorente aún es más explícito acerca de este punto (de la eficacia jurídica de los valores constitucionales), y refiriéndose al argumento central de la sentencia para declarar la inconstitucionalidad de la ley, que es la consideración de la vida humana como “un valor superior del ordenamiento jurídico”, dijo:

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

## 5. *La proyección normativa de los valores y los principios y la distinción entre “impredictibilidad” e “indeterminación”*

Me ha parecido conveniente transcribir, con alguna extensión, el contenido de estos votos particulares porque en ellos se enuncian las bases adecuadas para enfrentarse con el problema del significado de los valores constitucionales, e incluso se apuntan los rasgos que, a mi juicio, perfilan de manera más correcta ese significado.<sup>80</sup> Debe partirse, pues, de la distinción entre valores positivados y no positivados, así como de la diferencia entre eficacia interpretativa y proyección normativa. En el mundo del derecho, los riesgos que comporta la jurisprudencia de valores exigen su cuidadosa utilización, pero no proscripción, por la sencilla razón de que la interpretación valorativa se impone como algo, por evidente, también inexorable.<sup>81</sup> Nuestro propio Código Civil, al determinar, en su artículo 3o.1, que la interpretación jurídica ha de atender, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de la norma, proclama la necesidad de que el intérprete haya de tener presente el valor o los valores que la inspiran. Ese es el lugar de los valores: el de la interpretación de una norma, a la que siempre se anudan. Cuando el valor se encuentra positivado en la Constitución, la consecuencia de esa positivación es doble: en primer lugar, se impone al intérprete (que no puede desconocerlo ni sustituirlo por otro no positivado) y, en segundo lugar, se encuentra dotado de la condición fundamental de la fuente en que se inserta, de tal modo que sólo son admisibles en la interpretación jurídica los valores no positivados en congruencia, pero no en oposición, con él. Ocurre igual que con los principios.

Sin embargo, y a diferencia de los principios, los valores (positivados o no) sólo tienen eficacia interpretativa. Y esa eficacia opera de modo

<sup>80</sup> Otra prueba más, dicho sea de paso, de los beneficios que aporta la publicación de las “opiniones disidentes”.

<sup>81</sup> Me remito a mi trabajo, citado, “La interpretación de la Constitución...”, *op. cit.*, nota 51, especialmente pp. 116-131. Por lo demás, y entre una ingente bibliografía que muestra la “evidencia” del fenómeno, basta citar la colección de trabajos publicados en Pizzorusso, A. y Varano, V. (dirs.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, 1985. Esa influencia es hoy clara incluso en un sistema jurídico, tan celoso de su “legalismo”, como el francés (véase en dicha obra la contribución de Vita, A. de, “I valori costituzionali come valori giuridici superiori nel sistema francese”, t. II, pp. 1161-1230). Véase, también, Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, 1987, en especial las pp. 82-107.

distinto según que el intérprete sea el legislador (intérprete político de la Constitución) o el juez (intérprete jurídico). Sólo el primero, el legislador, puede, al interpretar la Constitución emanando la ley, “proyectar” (o convertir) el valor en una norma, es decir, crear una norma como proyección de un valor; el juez, por el contrario, no puede efectuar esa misma operación (porque no puede suplantar al legislador en nuestro sistema de derecho), sino únicamente anudar el valor a una norma (para interpretar-la) que le viene dada y que él no puede crear.

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

De ahí que el juez, en los supuestos en que se ve obligado (que siempre serán “casos difíciles” porque rara es, en los ordenamientos del presente, la ausencia de regla de derecho) a extraer del principio la regla para el caso, no esté exactamente suplantando al legislador, sino cumpliendo las prescripciones que ese legislador (constituyente u ordinario) dictó; esto es, aplicando el “derecho condensado”, que, en forma de principios, se contiene en la propia disposición normativa. La aguda distinción que efectúa J. Stick<sup>82</sup> entre lo “impredictible” (que se corresponde con la libre opción jurídica)<sup>83</sup> y lo “indeterminado” (que se corresponde

82 “Can Nihilism be Pragmatic?”, *op. cit.*, nota 31, pp. 332 y ss., especialmente pp. 352-360.

83 He preferido traducir muy literalmente y emplear el término “impredictible” en lugar de “impredecible”. Este último es quizá más correcto en nuestro idioma, pero me parece menos “significativo” para el empleo que aquí le doy.

con la discrecionalidad jurídica) para combatir la tesis, siempre recurrente, de que el derecho es infinitamente manipulable, creo que puede servir muy bien para distinguir la diferente posición que en derecho tienen los valores y los principios. Los valores son enunciados que podríamos situar en el campo de la impredecibilidad, en cuanto que su proyección normativa se rige por criterios subjetivos (amplio margen, pues, de libertad) que la oportunidad política suministra. Los principios son enunciados que pertenecerían al campo de la indeterminación, en cuanto que su proyección normativa se rige por criterios objetivos que el propio derecho proporciona.

Entiéndase bien que hablamos de impredecibilidad e indeterminación en cuanto a la capacidad de generación de reglas de derecho, no en lo que se refiere al significado del propio enunciado en sí. Es decir, el valor libertad o el valor igualdad, proclamados, además, por el propio texto constitucional, no son enunciados vacíos que permitan al legislador un número infinito de posibilidades a la hora de transmutarlos en reglas. Los valores, como todos los enunciados constitucionales, imponen límites al legislador. Lo que ocurre es que el margen de libertad que el legislador tiene, sin ser ilimitado, es bastante amplio en lo que toca a la “realización” normativa del valor, y ello no sólo porque sea lo propio de una Constitución que garantiza el pluralismo democrático, sino porque así se desprende del carácter del propio enunciado valorativo: un fin, jurídicamente declarado, por supuesto, pero un fin que no contiene en su enunciación jurídica más elementos de juridicidad que su sola declaración. Posee, pues, forma jurídica externa (su condición de enunciado constitucional), pero carece de estructura jurídica interna (ser, en sí mismo, un concepto jurídico o albergar en su seno elementos jurídicamente significativos). Precisamente por ello su transmutación en reglas supone el ejercicio de una variedad de opciones de política legislativa (que le debe estar vedado al órgano jurisdiccional). En resumidas cuentas, en un Estado democrático esa labor han de desempeñarla en exclusiva los representantes del pueblo (el Parlamento) y no los jueces, que poseen legitimidad para “concretar” el derecho, pero no para crearlo.

Supuesto bien distinto es el de los “principios”, cuya “indeterminación” (como antes se dijo de la impredecibilidad en los valores) no reside en su mismo enunciado, claro está, pues el principio constitucionalizado no está indeterminado (cuestión muy otra es, como se sabe, que

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

En resumidas cuentas, a la hora del afloramiento de las reglas no es lo mismo, pues, “desarrollar” principios que “realizar” valores. En la proyección normativa de los principios puede decirse (como apuntó muy bien Dworkin en frase que más atrás ya se citó) que el derecho “descubre” pero no “inventa”. Descubrimiento y no invención porque la regla de derecho se encuentra “indeterminada”, pero “predicha” en la formulación del principio. Y esa regla se obtiene, pues, a través de los instrumentos que el propio derecho proporciona, es decir, de las categorías jurídicas encapsuladas o sintetizadas en el principio mismo. Es en la teoría del derecho donde encontramos, de ese modo, el último asidero de la

objetividad de esta operación, o, si se quiere, el aseguramiento de que la “discrecionalidad jurídica” no se mude en “discrecionalidad política”. Teoría del derecho cuya validez universal puede ser discutible si se acepta, con Larenz, que se trata de un sistema de conceptos “concreto-generales” (utilizando una conocida categoría hegeliana) y no generales abstractos. Pero, al margen de ello, lo que sí me parece indiscutible es que, cuando ese derecho es la Constitución, la teoría sobre el mismo sólo puede serlo “general-particularizada”, es decir, como teoría general de una específica forma jurídica (la de la Constitución democrática) “porque justamente es dentro de esa especificidad donde cabe el uso ‘comprensivo’ de los términos comunes, es decir, el empleo válido de categorías generales”.<sup>84</sup>

## 6. *Contenido y eficacia del principio democrático como principio general del ordenamiento*

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

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

<sup>84</sup> Así lo expreso en “El control como elemento...”, *op. cit.*, nota 1, p. 17. Sobre el papel de la teoría de la Constitución en la interpretación constitucional, me remito a mi otro trabajo, “La interpretación de la Constitución...”, *op. cit.*, nota 51, especialmente pp. 123-130.

como cuerpo de derecho. Es decir, serían términos jurídicamente relevantes.<sup>85</sup>

De todos modos, ese no es, sin embargo, nuestro caso, pues la Constitución recoge expresamente el término “democracia” a la hora de definir la forma de Estado: “España se constituye en un Estado social y *democrático* de Derecho...” (artículo 1o.1). Se trata, pues, de un enunciado constitucionalmente formalizado, lo que significa que no sólo tiene relevancia para el derecho (por lo que antes se dijo), sino que “es” derecho positivo, como lo es todo precepto constitucional. El problema reside entonces en dilucidar no ya la condición (que me parece mejor expresión que “la naturaleza”) jurídica del término, sino su carácter, esto es, el tipo de prescripción en que consiste el enunciado “España se constituye en un Estado... democrático”.

Las disposiciones constitucionales se presentan como prescripciones de valores, principios o reglas. A mi juicio,<sup>86</sup> los valores, en sentido estricto, no pueden ser más que materiales (fines en sí mismos y no medios para otro fin); de ahí que de los cuatro valores superiores que la Constitución, en su artículo 1o., proclama sólo sean auténticos valores la libertad y la igualdad; la justicia, más que un valor, es una condición del Estado de derecho, y el pluralismo es sólo una situación que se hace posible por la realización de aquellos dos valores, además de una muy concreta caracterización de la democracia. Realmente, justicia y pluralismo pertenecen, pues, más al campo de los principios que de los valores.<sup>87</sup>

Las reglas (completas o incompletas), ya sean materiales o estructurales, poseen una conformación típica y bien conocida<sup>88</sup> que impide consi-

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

86 La idea está más desarrollada en “El control como elemento...”, *op. cit.*, nota 1, especialmente pp. 49-52.

87 De todos modos, y dada la dicción del propio artículo 1o.1 de la Constitución, si se admite que el “pluralismo” es un valor habrá que entenderlo como valor “procedimental” y no como valor “material”. Acerca de la relación entre principios y valores en el artículo 1o.1 de la Constitución, véase Parejo Alfonso, L., *Estado social y administración pública*, 1983, pp. 41-73.

88 No viene al caso extenderse sobre la configuración de los enunciados de reglas; sólo quizá señalar que en las reglas incompletamente enunciadas no se rompe por entero la cadena “supuesto de hecho y consecuencia jurídica” por razón de la delegación o del reenvío necesario para la configuración final de ambos extremos.

derar como tal regla el enunciado “España se constituye en un Estado democrático”. Me parece que ese enunciado encierra, pues, no un valor o una regla, sino exactamente un principio. Un principio que no se “propugna” (como los valores) para que el ordenamiento lo realice (como fin), sino que “es” del ordenamiento, que lo cualifica, esto es, que caracteriza al Estado constitucional y, por lo mismo, a la totalidad de su derecho.

Las consecuencias jurídicas que se derivan de considerar a la democracia como principio general de la Constitución (y, por ello, general-fundamental del ordenamiento) son de extraordinaria relevancia. Sin embargo, antes de entrar en esa cuestión ha de intentarse despejar otra: la del contenido del propio principio democrático como principio general.

### B. *El contenido del principio democrático*

Los principios jurídicos, al igual que las reglas, pueden clasificarse en materiales y estructurales, y estos últimos, a su vez, en procedimentales y organizativos. Así, por ejemplo, principio material es el de la responsabilidad de los poderes públicos, y principios estructurales los de jerarquía normativa (organizativo) y publicidad de las normas (procedimental). Ahora bien, característica muy singular del principio democrático (derivada de su carácter medular o nuclear, es decir, definitorio de la forma del Estado) es que contenga en sí mismo la doble capacidad de operar como principio material y como principio estructural, o, mejor dicho, que posea ambas dimensiones. De tal manera que esa doble capacidad es la que mejor define su carácter de principio vertebral de la Constitución (lo que no ocurriría exactamente si fuese sólo un principio de dimensión material o un principio de dimensión estructural). Como puede notarse, esta postura (que sustento) está conectada con la idea de la complementariedad (y no exclusión mutua) de la democracia sustantiva y la democracia procedimental.<sup>89</sup>

Al mismo tiempo, y también por el propio carácter central o nuclear de la democracia como principio constitucional, su mero enunciado sólo es capaz de albergar un contenido excesivamente general, incapaz, por

<sup>89</sup> Sobre esa cuestión y sobre la polémica entre la Constitución como norma abierta y la Constitución como sistema material de valores, me remito a lo que digo en “El control como elemento...”, *op. cit.*, nota 1, especialmente pp. 37-46.

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

Para ese cometido creo que puede ser útil la siempre fértil distinción de Heller entre poder *sobre*, *de* y *en* la organización. El principio democrático en su significación más general, a la que antes se aludía, posee un contenido dotado de un alto grado (inevitable) de abstracción: la titularidad popular del poder. Ese contenido se concreta en los distintos niveles en que el poder se ejercita. Y así tendríamos, en primer lugar, que examinar el principio democrático como principio *sobre* la Constitución. En ese nivel la democracia, simplemente, no puede operar como principio jurídico. No hay derecho fuera del derecho. La democracia al margen del ordenamiento puede ser principio político, nunca principio jurídico. La pretensión de la Constitución es, precisamente, la de juridificar la democracia, la de unir democracia y Estado de derecho. Sobre todo ello ya se trató con extensión en el capítulo anterior de este trabajo. Sólo queda repetir que nuestra Constitución no es disponible, jurídicamente, más que a través de los procedimientos en ella previstos para su revisión. El principio democrático, fuera de la Constitución, no tiene forma ni contenido jurídicos, es decir, no cabe oponer, en buena teoría constitucional, democracia a derecho.<sup>90</sup>

90 Que no hay derechos sobre la Constitución significa no sólo oponerse a construcciones teóricas como las de Mortati (Constitución en sentido material) o de Schmitt (poder constituyente con capacidad de operar al margen de la Constitución misma en casos de excepción, lo que supone la asunción pura y simple del principio monárquico), sino también a cualquier intento de hacer valer el “derecho natural” por encima de la Constitución (como fue el caso, parece que hoy ya superado, de la sentencia del 18 de diciembre de 1953 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, postura muy correctamente criticada por Hesse en Benda-Maihofer-Vogel, “Das Grundgesetz in der Entwicklung; Aufgabe un Funktion”, *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1983, p. 16; o de la co-

La democracia como principio jurídico *de* la Constitución lo que significa es la juridificación del poder constituyente, de la soberanía, o, lo que es igual, la atribución jurídica al pueblo de la capacidad de disponer de la Constitución misma, sin límite material alguno (artículos 1o., 2o. y 168 de la Constitución). Aquí el principio democrático tiene, por supuesto, contenido jurídico, pero no material, sino sólo y exclusivamente procedimental. Opera, pues, como fuente de validez, pero no de legitimidad. Sobre esta cuestión ya se trató también anteriormente, y a lo dicho allí me remito.

Es en la democracia como principio jurídico *en* la Constitución donde tal principio despliega todas sus dimensiones (o, si se quiere, su doble contenido material y estructural). El contenido del principio democrático aparece configurado aquí por la Constitución misma, es decir, por la idea de democracia que la Constitución proclama para su propia realización. El principio democrático no es ya el mero principio de validez de la Constitución, sino el principio de su legitimidad, y ello significa, por un lado, el soporte de la propia validez constitucional (que es allí y no en la norma hipotética fundamental kelseniana donde hay que buscarlo) y, por otro, el núcleo de comprensión de todo el texto constitucional y la directriz del ordenamiento en su conjunto. No es en el artículo 1o.2 de la Constitución donde se encuentra formulado este principio, sino, exactamente, en el artículo 1o.1, dicho con otras palabras, es el artículo 1o.1 el que dota de un determinado contenido al principio democrático *en* la Constitución.

No es objeto de este trabajo analizar el despliegue normativo que tal principio en la misma Constitución alcanza, es decir, su concreción en las propias reglas constitucionales, en las que se proyecta tanto la dimensión material del principio (derechos fundamentales) como su dimensión estructural, ya sea organizativa o procedimental (división de poderes, composición y elección de órganos representativos, etcétera.) Pretendo, como ya anticipé en el inicio de este trabajo, estudiar el “principio” y no las “reglas” de la democracia en la Constitución. El estudio de éstas desbordaría inevitablemente el objetivo preciso de la indagación

rriente jurisprudencial, hoy también parece que superada, del Tribunal Supremo norteamericano en una determinada época; véase Corwin, “The ‘Higher Law’ Background of American Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, 1928-1929).

que aquí se intenta realizar. Sin embargo, aunque sea como un *excursus*, quiero dejar patente mi opinión de que la opción de la norma constitucional en favor de la democracia representativa, como proyección del principio democrático, no desvirtúa a este principio, sino que lo confirma. Ya en el apartado anterior adelanté mi criterio acerca de las debilidades teóricas que pueden esconderse bajo la idea de la democracia como identidad. Y ello no sólo porque la democracia como identidad parta de un auténtico sofisma (el de la unidad de la voluntad popular como un supuesto del que el derecho parte, no como el resultado de la composición plural que por el derecho se obtiene) o porque su desenvolvimiento se deslice inevitablemente por la vía de la “adhesión” e incluso de la “aclamación”, que era, para Schmitt, la “mejor” y más “auténtica” expresión de esa democracia,<sup>91</sup> sino, sobre todo, porque la propia realidad desmiente el supuesto “plusvalor” de la democracia directa como la democracia *en* la Constitución, es decir, como modo de organización del Estado. La tópica contraposición entre la democracia directa (como democracia auténtica) y la democracia representativa (como defectuosa democracia) no puede salvarse acudiendo al también tópico expediente de razonar que una cosa es el ideal, la teoría, y otra la práctica, y que la mala o defectuosa realización práctica no puede refutar la teoría. Como ha expuesto muy bien Böckenförde,<sup>92</sup> no cabe lícitamente separar de esa manera la teoría de la práctica, pues una teoría que no asuma y no reelabore conceptualmente la observación y la experiencia de la realidad y de los procesos de “realización”, sino que, por el contrario, se limite a construir afirmaciones inatacables y no experimentadas sobre la base de premisas generalísimas, es simplemente una mala teoría. Una teoría de la democracia en la que concepto y realidad no se separen lleva a la conclusión (y ahí es tajante Böckenförde) de que no puede hablarse de una primacía o de un “plusvalor democrático” de la democracia directa frente a la representativa indirecta, sino, por el contrario, de que esta última, esto es, la representativa, constituye la forma propia de la democracia, sobre todo, a mi juicio, de la democracia como modo de ejercicio del poder “constituido”.<sup>93</sup>

91 Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., nota 15, p. 282.

92 *Demokratie und Repräsentation...*, cit., nota 18.

93 Que hoy la democracia representativa sea, sobre todo, una democracia de partidos no invalida cuanto acaba de decirse; significa sólo que la democracia representativa del presente es distinta a la del pasado, con las consiguientes transformaciones en el

Volviendo nuevamente al examen de la democracia como principio jurídico, y no como el conjunto de reglas de derecho en que ese principio se proyecta, decía antes que en el principio democrático *en* la Constitución se contienen tanto la dimensión material como la organizativa y procedimental. Tales dimensiones van unidas cuando el principio opera como principio global o general de la Constitución y del resto del ordenamiento, nivel en el que no cabe superar medios y fines, es decir, democracia instrumental y democracia sustantiva, precisamente porque ahí la democracia constituye el principio de legitimación del Estado y del derecho. La dimensión material de la democracia incluye, inexorablemente, los dos valores materiales que la Constitución proclama (libertad e igualdad) sin cuya realización (siempre inacabada y siempre en tensión, pero que siempre también ha de ser “pretendida”) no alcanzan efectividad las garantías procedimentales u organizativas, o, si se quiere, la dimensión estructural de la democracia.<sup>94</sup> Es también, en su consideración como principio global, donde tampoco cabe dissociar los términos Estado social, democrático y de derecho, fórmula definitoria<sup>95</sup> compuesta por elementos interrelacionados y que exige, pues, una interpretación sistemática o integradora.<sup>96</sup> Del mismo modo, la dimensión estructural del principio democrático incluye al pluralismo, que no es exactamente valor material, sino procedimental o, más exactamente, principio de un orden (en el que se realicen la igualdad y la libertad) que el derecho debe respetar; esto es, situación que deriva de la democracia en sentido material y que ha de garantizarse por la democracia en sentido estructural. Lo que nuestra Constitución llama “valor” justicia, cuyo contenido

fenómeno de la representación política; esos cambios no producen, por comparación, una mayor “valoración” para la democracia directa. Véanse García-Pelayo, M., *El Estado de partidos*, 1986, pp. 73-133, y Rubio Llorente, F., “El Parlamento y la representación política”, *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, 1985, vol. I, pp. 145-170.

94 Me parece que en ese entendimiento es donde cabría encontrar algún sentido teórico al término algo inconcreto de “sociedad democrática avanzada” que se utiliza en el preámbulo de la Constitución.

95 Véase Solozábal, J. J., “Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985.

96 Véase Jiménez Campo, J., “Estado social y democrático de derecho”, *Diccionario de sistema político español*, 1984, pp. 274-282. Y, sobre todo, Garrorena Morales, A., *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, 1980, especialmente pp. 149-168.

(como valor) es muy difícil de determinar, más que con la democracia parece enlazar con el concepto de Estado de derecho.

En la consideración integrada del apartado 1 del artículo 1o. de la Constitución, en la que el principio democrático encierra las diversas facetas, o dimensiones que lo caracterizan, reside, pues, el contenido de la democracia como principio legitimador de la Constitución y, por ello, como principio general del ordenamiento todo. Operando de esa manera global, como principio de legitimación, lo hace con su total contenido, es decir, sin que puedan disociarse sus dimensiones material y estructural, cuestión que ya se trató anteriormente, y que no hace falta ahora repetir.

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

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

#### a. Como principio general-global

Posee, por supuesto, eficacia interpretativa. Sobre ello no hay duda. Ahora bien, su proyección normativa corresponde al legislador y no al juez, dada la dimensión material (inclusión de los *valores* libertad e

igualdad) que comporta. El juez no puede extraer del principio democrático (operado, insistimos, como principio general-global, o como principio legitimador de todo el ordenamiento), inmediatamente, la regla para el caso (en ausencia de reglas, se entiende) por la razón de que no puede proyectar normativamente los valores materiales. Y el Tribunal Constitucional tampoco puede hacerlo, es decir, crear la regla en ausencia de ella o crear la regla para declarar la inconstitucionalidad de la regla creada por el legislador.

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

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

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

Esa es la doctrina que justamente se encierra en la sentencia 32/1985 del Tribunal Constitucional.<sup>97</sup> En ella se reconoce (F. J. 2) “que no hay

<sup>97</sup> Resolviendo un recurso de amparo interpuesto por diversos concejales del Ayuntamiento de La Guardia (Pontevedra) contra el Acuerdo del Pleno de ese Ayuntamiento que excluía a los concejales de la oposición en la composición de las comisiones informativas.

ningún precepto constitucional que expresamente establezca cuál haya de ser la composición de las comisiones informativas municipales, materia que tampoco ha sido regulada por el legislador preconstitucional”; y se afirma (F. J. 2):

...que la inclusión del pluralismo político como valor jurídico fundamental (artículo 1o.1, CE) y la consagración constitucional de los partidos políticos... dotan de relevancia jurídica (y no sólo política) a la adscripción política de los representantes y que, en consecuencia, esa adscripción no puede ser ignorada, ni por las normas infraconstitucionales que regulen la estructura interna del órgano en que tales representantes se integran, ni por el órgano mismo, en las decisiones que adopte en ejercicio de la facultad de organización que es consecuencia de su autonomía. Esas decisiones que son, por definición, decisiones de la mayoría, no pueden ignorar lo que en este momento, sin mayor precisión, podemos llamar derechos de las minorías. Siendo ello así, la composición no proporcional de las Comisiones informativas resulta constitucionalmente inaceptable.

La regla que se extrae del principio del pluralismo democrático (de ahí deriva, más que del sólo reconocimiento constitucional de los partidos) es clara: las comisiones informativas “deben reproducir, en cuanto sea posible, la estructura política [del Pleno]” (F. J. 2).

c. En el ámbito de las organizaciones no públicas

La Constitución dota de relevancia, pero no de naturaleza, pública a determinadas organizaciones en razón del papel fundamental político o social que desempeñan (partidos, sindicatos, colegios y organizaciones profesionales), y por ello impone que “su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos” (artículos 6o., 7o., 36 y 52). Me parece claro que para el derecho de tales organizaciones rige el principio democrático en su dimensión estructural, pero no en su dimensión material. Y no sólo por la dicción literal de los preceptos ya aludidos y porque la Constitución no proscribe ideologías (no ilegaliza fines contrarios a los proclamados por la Constitución y auspiciados por individuos o por grupos),<sup>98</sup> sino también porque la dimensión material (los valores a

<sup>98</sup> Comparto la opinión de I. de Otto (*Defensa de la Constitución...*, *cit.*, nota 37, pp. 29-45), y J. Jiménez Campo (“La intervención estatal del pluralismo”, *op. cit.*, nota 39, p. 173).

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

K. Doehring llega a afirmar que “la democratización en el ámbito de la configuración social, impuesta por el Estado, transporta de modo inaceptable a la esfera de la libertad del ciudadano un modelo que es inexcusable en la configuración de la voluntad política dentro de ese Estado”.<sup>99</sup> Esta afirmación puede compartirse, pero sólo en la medida en que se entienda referida a la dimensión material de la democracia, ya que parece correcto, en cambio, que el derecho pueda imponer una organización y unos procedimientos democráticos a ciertas entidades no públicas, pero dotadas de un alto grado de relevancia para el orden social o político.

### III. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y LA RECONSTRUCCIÓN TEÓRICA DEL DERECHO PÚBLICO

Sobre el principio democrático existe una bibliografía de considerable valor,<sup>100</sup> donde se examina no sólo la eficacia jurídica de ese principio, sino también su relevancia teórica para la comprensión de determinadas categorías de la ciencia del derecho (muy particularmente, como es claro, del derecho público).<sup>101</sup> Sin embargo, me parece que aún no se ha

<sup>99</sup> Doehring, K., *Sozialstaat, Rechtsstaat und Freiheitlich-Demokratische Grundordnung*, 1978, se cita de la traducción española “Estado social, Estado de derecho y orden democrático”, en varios autores, *El Estado social*, 1986, p. 153.

<sup>100</sup> Para una referencia a los títulos selectos, basta con citar los que Hesse reproduce en la nota 1 de la p. 50 de su *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14a. ed., títulos en los que ha de incluirse el propio y admirable capítulo que a la democracia se dedica en ese mismo libro (pp. 50-72).

<sup>101</sup> En este último sentido hay que destacar, por ejemplo, el importante papel que el principio democrático desempeña, para la caracterización de las fuentes del derecho, en la obra de Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, 1984, especialmente en las primeras 86 páginas.

reparado suficientemente en la magnitud del giro teórico que impone la consideración del principio democrático como eje central del Estado constitucional de nuestro tiempo. No es este trabajo, por supuesto, el lugar para acometer una tarea de ese tipo, que además excedería, muy probablemente, las fuerzas de su autor. Me limitaré, pues, a señalar brevemente algunas de las consecuencias teóricas que, para ciertas categorías o instituciones del derecho público (que elijo sólo a título de muestra) se derivan de la condición nuclear del principio democrático.

En primer lugar, para el mismo *concepto de Constitución*, ya que el principio democrático facilita la base más sólida en la que cimentar su condición jurídica y su peculiar significado en el sistema de las fuentes del derecho. La distinción entre la validez y la legitimidad democrática de la Constitución permite “comprender” jurídicamente la categoría, central, de la soberanía popular, así como las relaciones entre poder constituyente y poder de revisión constitucional. Sobre ello ya me extendí en apartados anteriores de este trabajo. También el principio democrático obliga a considerar el control como punto de conexión entre las garantías materiales y procesales de la democracia que la Constitución establece y, en consecuencia, entender que “el control” es “elemento inseparable del concepto de Constitución”.<sup>102</sup> En fin, el principio democrático es el único capaz de hacer “valer” la existencia de una teoría general de la Constitución, en el sentido de general-particularizada (única teoría dotada de categorías jurídicamente “válidas”); esto es, en el sentido de teoría de la Constitución democrática, asunto al que ya he aludido alguna vez en las páginas que preceden. En resumidas cuentas, la “positivación” de la democracia supone la vía correcta para revisar la teoría constitucional del positivismo jurídico desde la misma positividad, esto es, sin salirse de los propios instrumentos que el derecho proporciona. Por este camino (por el mismo y viejo camino hegeliano en el que el fruto refuta a la flor) es factible, en fin, colocar el principio democrático en el lugar en que la teoría clásica del derecho público colocó al principio monárquico, desplazamiento que todavía, por la inercia de las categorías tradicionales, no se ha llevado a cabo enteramente.

También *el significado y atribuciones del Tribunal Constitucional* deben examinarse a la luz del principio democrático, lo que impide, por

102 Ese es el título precisamente del trabajo que dediqué a estudiar ese problema, “El control como elemento...”, *op. cit.*, nota 1

ejemplo, a mi juicio, considerar al Tribunal como “comisionado del poder constituyente”, categoría en sí misma poco compatible con las exigencias del Estado democrático en cuanto que ser comisionado del poder constituyente significa poder actuar “como el poder constituyente”, “en su propio nombre”, para seguir realizando la labor constituyente, es decir, completando la que aquel poder dejó inacabada. No hay, creo, en la Constitución democrática, “comisionados del poder constituyente”; ni siquiera lo es el legislador. Lo que hay son órganos constitucionales que poseen las atribuciones que la Constitución les otorga. Es cierto que a veces se emplea el término “comisionado del poder constituyente” en sentido más restringido; así, García de Enterría, cuando expresa que el Tribunal es “un verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos”.<sup>103</sup> Sin embargo, aun así, reducido muy correctamente su papel de “comisionado” a preservar la Constitución, no me parece conveniente la utilización del término; en primer lugar, porque ese papel ya no sería el de un genuino comisionado, en segundo lugar, porque el Tribunal es también poder constituido (como los demás) que tiene un “cometido”, por supuesto, pero que, como órgano constitucional, no actúa “por comisión”, y en tercer y último lugar porque el término se presta a una exorbitancia de funciones del Tribunal que no es conveniente ni correcta. Nuevamente tropezamos con la vieja teoría del principio monárquico: el “fondo de poder” se predicaba entonces del monarca y ahora del Tribunal. El principio democrático obliga a considerar al órgano representativo del pueblo; esto es, al legislador, como único poder constituido capaz de “realizar” normativamente la Constitución; es decir, con atribuciones para completar mediante normas jurídicas las partes que el constituyente dejó inacabadas, para rellenar, mediante la ley, las lagunas que en la Constitución existan; para optar, en suma, de acuerdo con las ideas que en cada momento obtengan el apoyo mayoritario del pueblo, por las políticas legislativas que el constituyente dejó perfectamente abiertas (apertura sin la cual el pluralismo carecería de sentido).

El riesgo de la exorbitancia me parece bastante real, y por ello también muy necesario insistir en la corrección y prevención contra ese

103 García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., nota 77, p. 198.

riesgo que el principio democrático proporciona. Riesgo que a veces fomenta la propia inactividad del legislador,<sup>104</sup> pero que a veces también se desprende de un cierto “activismo” del Tribunal. Así, por ejemplo, es de notar la transformación que, a mi juicio, se ha operado en la jurisprudencia constitucional acerca del papel del legislador en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. En las sentencias 5, 6 y 11 de 1981 (entre otras) se reconocía “la amplísima libertad que la Constitución deja en este punto al legislador... limitado sólo por la necesidad de respetar el contenido esencial del derecho”; se decía que “en uso de esa libertad, el legislador...”; o que

...corresponde... al legislador... que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones del ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pasen más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del artículo 53 (contenido esencial).

Aquí se manifestaba, a mi juicio, una buena doctrina, que, muy respetuosa con las prescripciones constitucionales, también respetaba la posición que nuestra Constitución democrática pluralista otorga al legislador.

Sin embargo, esa doctrina sufrió alguna transformación en las sentencias 53/1985 (sobre la Ley del Aborto) y 26/1987 (sobre la Ley de Reforma Universitaria), en las que el Tribunal, en mi opinión, sustituye indebidamente al legislador y aquella “amplísima libertad” (“delimitada” por la Constitución) que antes se le reconocía queda sustancialmente reducida por el arbitrio del Tribunal. Ya me referí anteriormente a la crítica contenida en algunos de los votos particulares de la primera de las dos sentencias, en los que se señalaba la extralimitación de funciones de la jurisdicción constitucional que esa doctrina comporta. Crítica (con la que estoy de acuerdo) nuevamente reiterada en el voto particular a la segunda de las sentencias formulado por el magistrado Rubio Llorente (y al que se adhiere el magistrado Díaz Eimil): “Mi discordancia frente a la mayoría nace de un entendimiento estricto de mi función como Magis-

104 Que me parece el caso de la excesiva carga “configuradora” de la forma territorial del Estado que se hace descansar sobre las espaldas del Tribunal, a lo que me he referido en mi trabajo “¿Estado jurisdiccional autónomico?”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 16, 1986.

trado de este Tribunal, que ha de juzgar sobre la compatibilidad de la ley con la Constitución, sin sustituir por el propio el criterio del legislador en cuanto a la bondad u oportunidad de las medidas adoptadas”. Para evitar un excesivo activismo judicial muy poco compatible con el principio democrático es de esperar que reaparezca en la jurisprudencia constitucional sobre esta materia (derechos fundamentales) la saludable concepción anterior.

Otro ejemplo de los riesgos que se encierran en la noción de “comisionado del poder constituyente” puede detectarse, a mi juicio, en la afirmación hecha por el tribunal de que solamente él (y no el legislador) está facultado para efectuar interpretaciones “generales” de la Constitución. Esa fue, como se sabe, una de las decisiones contenidas en la sentencia 76/1983 (sobre la LOAPA), justamente criticada, en este punto, por P. Cruz Villalón<sup>105</sup> con razones que esencialmente comparto. El Tribunal Constitucional no es el único, sino el supremo intérprete jurídico de la Constitución. Su único (aquí sí) intérprete político es el legislador, y a esa interpretación puede imponerse la del Tribunal, porque aquélla sea jurídicamente incorrecta, no porque sea materialmente amplia. El legislador no es poder constituyente, pero el Tribunal tampoco. La diferencia estriba en que precisamente es el legislador (y no el Tribunal) el poder constituido llamado a proyectar (que no es exactamente desarrollar) legislativamente la Constitución. Si cada vez que emana una ley el legislador interpreta la Constitución, el artificio de que lo que le está permitido de modo particular le está vedado, en cambio, de modo general, resulta bastante inconsistente, máxime cuando esa decisión general del legislador presente no puede imponerse al legislador futuro y cuando resulta que la interpretación general (como las particulares) del legislador está sometida al control del Tribunal como supremo intérprete. En el fondo, otra vez se agazapa el principio monárquico: un poder constituyente “latente”, entre el poder constituyente formalizado y los poderes constituidos. O con expresión más gráfica: arriba el poder constituyente, abajo los poderes constituidos y en medio (como “comisionado” o “representante en la tierra” —esto es, en el ordenamiento— del poder constituyente) el Tribunal Constitucional. La mejor defensa del Tribunal Constitucional (como institución “crucial” del Estado de derecho, que

<sup>105</sup> “¿Reserva de Constitución?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983.

es una idea con la que estoy enteramente de acuerdo, y a la que creo haber dedicado buena parte de mi actividad intelectual) reside en sostener que su función es la de garante de la Constitución como norma y no la de albacea del poder constituyente como voluntad.

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

Es el principio democrático, con el contenido que más atrás se ha examinado, asimismo, una pieza clave para reexaminar el *concepto de ley*, el que explica que la ley no es desarrollo de la Constitución (como el reglamento sí lo es de la ley) y el que conduce a entender que la ley, si bien ya no es fuente primaria (que lo es la Constitución), sigue siendo, no obstante, la fuente “primordial” del ordenamiento,<sup>106</sup> esto es, la norma de derecho que, bajo la Constitución, se ocupa de configurar general e inmediatamente las relaciones jurídicas en el seno de una sociedad. Esto no significa “relegar” a la Constitución, pero sí “revalorizar” la ley como derecho de emanación democrática. Y, en ese sentido, el viejo concepto de *reserva de ley*, elaborado a partir del principio monárquico, precisa de una nueva fundamentación. La reserva de ley en sentido estricto, esto es, de ley del Parlamento (frente a las disposiciones del gobierno con fuerza de ley, no sólo frente al reglamento), no puede entenderse hoy como un medio de asegurar al único poder representativo (el Parlamento) la normación de determinadas materias para hacerlas inunes a la acción normadora del monarca (poder no representativo). Aquella construcción se basaba, pues, en la contraposición entre democracia (Parlamento) y autocracia (monarca), o, si se quiere, en la bipola-

106 Para una buena defensa “constitucional” de la ley, véase Díez-Picazo, L., “Constitución. Ley. Juez”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985.

riedad principio democrático-principio monárquico. Hoy, como se decía, no puede ser ésta la sustentación teórica de la reserva, pues ni el monarca tiene poder normador ni el gobierno, titular actual del Ejecutivo, es de naturaleza autocrática, sino también representativa, ya sea directa en los regímenes presidencialistas o indirectamente en los parlamentarios.<sup>107</sup> En nuestro Estado constitucional es cierto que los representantes directos de la voluntad popular son los parlamentarios y no el gobierno, pero no cabe negar que éste también emana de la voluntad popular.

En esos términos, la reserva de ley tendría un débil fundamento si sólo se sostuviese en la contraposición entre órgano de representación popular directa (Cortes) y órgano de representación popular indirecta (gobierno). Entendida la democracia como democracia pluralista, el Parlamento como órgano de representación de *todo* el pueblo y el gobierno sólo como órgano de representación de la mayoría, la reserva a la ley de determinadas materias no significa sólo la reserva al órgano más (directamente) democrático, sino también al órgano que por contener la representación de la pluralidad de opciones políticas permite que todas ellas (y no sólo la opción mayoritaria) participen en la elaboración de la norma. Esto es, significa, sobre todo, la reserva a un determinado tipo de procedimiento de emanación normativa (el procedimiento legislativo parlamentario), dotado de las características de contraste, publicidad y libre deliberación que le son propias y que lo diferencian sustancialmente del procedimiento de elaboración normativa gubernamental.

La decisión final configuradora de la ley es claro que queda en manos de la mayoría parlamentaria, pero ello no priva de valor al hecho de que se garantiza a la minoría su derecho al debate, garantía jurídicamente relevante, hasta tal punto que es precisamente en el principio del pluralismo democrático donde me parece que debe anclarse hoy la teoría de los vicios sustanciales en el procedimiento legislativo. Ocurre aquí algo muy próximo a lo que sucede en la teoría del *control parlamentario*, ca-

107 Lo que hoy se aprecia es en realidad un acercamiento entre la forma presidencial y la forma parlamentaria de gobierno en los Estados de democracia constitucional. Subsisten, por supuesto, diferencias estructurales claras, pero, desde el punto de vista de la “representación”, la proximidad me parece evidente. No es este el lugar para extenderse sobre la cuestión, a la que ya he aludido también en “El control parlamentario como control político”, *Revista de Derecho Político*, núm. 23, verano-otoño de 1986, p. 34. Me remito a lo que expone (en la misma línea de interpretación) F. Rubio Llorente en “El control parlamentario”, *Revista Parlamentaria de Habla Hispana*, núm. 1, 1985, especialmente pp. 94-99.

tegoría que precisa, para su correcto entendimiento, de conexión inmediata con el principio de la democracia pluralista para evitar nociones distorsionadas del control o equiparaciones no enteramente exactas entre control y remoción o entre control y mera comprobación. Esa conexión es, por lo demás, la que proporciona los instrumentos teóricos para distinguir el control “en” el Parlamento del control “por” el Parlamento.<sup>108</sup>

En fin, y por examinar un último ejemplo,<sup>109</sup> otra figura necesitada de reconstrucción teórica a la luz del principio democrático es la del *referéndum consultivo*. La primera precisión que habría de hacerse es que “consultivo” no se contrapone necesariamente a “vinculante”, sino a “ratificador” o “sancionador”. En una Constitución que atribuye al pueblo la soberanía, el resultado del referéndum nacional siempre es vinculante para el poder (dicho con más precisión, para los órganos del Estado), aunque ese referéndum sea consultivo. Ocurre simplemente que es necesario establecer ciertas distinciones acerca de los tipos de referéndum previstos en la Constitución. Dejando al margen los de tipo regional (o autonómico) e incluso municipal (previstos no en la Constitución, pero sí en la legislación reguladora del régimen local), y fijándonos sólo en los de ámbito nacional, es decir, en los que tienen por sujeto al único soberano —el pueblo español en su conjunto—, la diferencia sustancial entre el referéndum para la reforma de la Constitución (artículos 167 y 168) y el referéndum previsto en el artículo 92, reside en que el primero es de ratificación o sanción y el segundo consultivo; ello es claro y pacífico, por lo demás. Ahora bien, lo que ya no es tan pacífico (pero creo que sí clara) es la diversidad de consecuencias que en una Constitución democrática para uno y otro tipo de referéndum se derivan.

En el referéndum para la reforma constitucional el pueblo *sustituye* al poder “decisorio” del Estado o, más exactamente, al poder decisorio del órgano del Estado que posee, por excelencia, la capacidad normadora: el Parlamento, así como al órgano del Estado que posee en nuestro ordena-

108 De ello me ocupé con algún detalle en el trabajo citado en la nota anterior.

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

miento la facultad sancionadora de la norma: el jefe del Estado. Ello no significa, como es sabido, el desplazamiento en todo el proceso, sino sólo en su fase final. El pueblo sustituye a las Cortes Generales y al monarca en el acto de decisión “definitiva” sobre la norma.<sup>110</sup> De ahí (aparte de otras razones que giran sobre la diferencia *sustancial* entre Constitución y ley) que las reformas de la Constitución (que ratifica o sanciona el pueblo en referéndum y no el rey) no sean “leyes de reforma”,<sup>111</sup> sino exactamente “reformas de la Constitución”, es decir, normas constitucionales (Constitución misma desde que son promulgadas) y no normas legales. De todos modos, existe, a su vez, una diferencia esencial entre el referéndum previsto en el artículo 168 y el previsto en el artículo 167. En el primero, la voluntad popular se expresa como voluntad soberana, sin límite material alguno y sólo con los límites procedimentales que su “juridificación” impone. Como ya se dijo en otra parte de este trabajo, el artículo 168 lo que hace es juridificar el poder constituyente. Por el contrario, en el segundo, la voluntad popular no se expresa como voluntad soberana, sino como voluntad materialmente limitada. Aquí hay no un poder constituyente juridificado, sino un poder estrictamente de reforma, es decir, un poder cuyo ámbito de actuación (y no sólo cuyo procedimiento) está limitado por la propia Constitución. Por ello es correcto que en ese supuesto (el del artículo 167) el referéndum pueda ser optativo, lo que sería impensable en el referéndum del artículo 168, ya que ningún poder del Estado puede sustituir al pueblo en su soberanía.

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

111 No coincido, pues, con J. Pérez Royo (*Las fuentes del derecho*, 1984, pp. 37-44), y me parece criticable que el Reglamento del Congreso, en su artículo 147.1 (a diferencia de lo que correctamente se hace en el artículo 146 y en el resto de los párrafos del mismo artículo 147), aluda no a los proyectos o proposiciones de reforma, sino a los proyectos y proposiciones de ley... de reforma. Por otro lado, que la “reforma de la Constitución” no aparezca literalmente como objeto del control de constitucionalidad en el artículo 161.1 inciso *a* de la Constitución y en el artículo 27 de la Ley del Tribunal Constitucional no supone obstáculo a que tal control pueda llevarse a cabo por el citado Tribunal, suficientemente habilitado para ello por los artículos 90.1 de la Constitución y 10. de la Ley Orgánica reguladora del propio Tribunal. Me remito, para más detalle, a mi trabajo en el tomo XII de los *Comentarios a las leyes políticas*, *cit.*, nota 64, pp. 178-180.

Muy otra es la situación en el referéndum del artículo 92 de la Constitución. La consulta al pueblo no tiene por objeto sustituir en su totalidad al órgano decisorio del Estado que posee esa competencia. Es decir, al pueblo no se le confiere la sanción o ratificación de la decisión, sino sólo el veto. La consulta es facultativa, claro está, pero vinculante. Su resultado negativo impide (no puede un órgano del Estado actuar frente al veto de la voluntad popular formalmente expresado) que la decisión pueda adoptarse. Su resultado positivo no dota por sí solo de eficacia jurídica a la decisión, puesto que ha de ser “ratificada”, adoptada, después (eso sí, necesariamente) por el órgano estatal competente para ello.<sup>112</sup> Pero se trata de algo más: el pueblo, que no sustituye al órgano “emanador”, tampoco sustituye al órgano “configurador”, es decir, el referéndum del artículo 92 no es un medio de endosarle al pueblo la decisión que el poder es incapaz (por impericia o por temor) de adoptar, sino de comprobación de que la voluntad del pueblo coincide o no con la voluntad del poder. De tal manera que previamente al referéndum, la decisión ha de estar *configurada y tomada* (aunque todavía sin eficacia jurídica, como es claro) por el órgano estatal competente, que no puede esquivar sus responsabilidades ni hurtarle al pueblo el contenido de su voluntad. Y ello significa que la decisión ha de estar formalmente aprobada por el órgano competente y pendiente sólo de su ratificación por el órgano que expresa la voluntad final del Estado: el monarca.<sup>113</sup>

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

113 No es pensable ninguna “decisión política de especial trascendencia” que no deba ser ratificada por el jefe del Estado. Aunque se admita (lo que no deja de ser discutible) que el referéndum consultivo no puede tener por objeto leyes (y, por tanto, no opera la sanción) no puede negarse que el acto habría de adoptarse necesariamente bajo la forma de decreto (que habría de “expedir” el rey). La ratificación o denuncia de un tratado internacional requieren, como es claro, la firma del monarca (se estaría, dentro, pues, del supuesto que consideramos), pero si ese tratado fuese de los que precisan autorización de las Cortes Generales y, además, su contenido innovase “normativamente”

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

#### IV. ADVERTENCIA FINAL

Las páginas que anteceden no permiten formular “conclusiones”, simplemente porque en ellas no se dan respuestas definitorias (esto es, concluyentes), sino discutibles. Constituyen, más bien, un manojo de reflexiones donde el radicalismo, de existir, quizá se encuentre en el propósito de profundizar, esto es, de escarbar en la hondura o la fuente del problema, pero no en la defensa de una sola y terminante solución. Más que soluciones, lo que hay son opiniones, y las propias no las he escondido a lo largo de este trabajo. A ellas, pues, me remito. Opiniones que están animadas por el común propósito de dotar de contenido y eficacia jurídica al principio democrático como principio nuclear de la Constitución. Ahora bien, para esa tarea tales opiniones sólo son (y ello es obvio) un modesto (y discutible, por supuesto) punto de partida cuya continuación requiere la colaboración de todos, ya que el propósito (eso sí) me parece inexcusable para el derecho constitucional español. Y esta advertencia de índole particular me da pie para formular otra de carácter más general (y también, a mi juicio, necesaria para el entendimiento cabal de este trabajo).

Hace ya más de un siglo, Tocqueville se lamentaba<sup>114</sup> del confusio- nismo originado por el empleo inadecuado de términos tan fundamenta- les como los de “democracia” y “soberanía del pueblo”. “Hasta que no se llegue a definirlos con claridad (decía), hasta que no haya un acuerdo

el ordenamiento, esto es, fuese “norma” jurídica en sentido estricto y no “acto”, parece bastante discutible que, en ese caso, pueda ser objeto de referéndum.

114 Y eso lo recuerda muy atinadamente en uno de sus trabajos Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., nota 73, 1948, p. 187.

sobre sus definiciones, se vivirá en una intrincada confusión de ideas para ventaja de demagogos y de déspotas”. Lejos de mí pensar que con este trabajo he conseguido aclarar, como deseaba Tocqueville, esos términos fundamentales. Me conformaría sólo con haber contribuido, aunque fuese en muy pequeña medida, a ensanchar la perspectiva jurídica desde la que (entre otras) pueden ser enfocados.

Y esa misma perspectiva impone, por sí sola, un severo ayuno de verdades, es decir, una rigurosa moderación doctrinal. Porque el derecho es inconciliable con el absolutismo teórico, en cuanto que se trata de un saber que no se basa en criterios cerrados o plenamente exactos, sino en proposiciones siempre relativas. Su único y modesto nivel de certeza (situado en la ausencia de arbitrariedad) se sustenta, precisamente, en el propio relativismo, esto es, en la necesidad de que el derecho esté constantemente abierto a la crítica. Ese es nuestro saber, el de los juristas: un saber instrumental, incompleto, menesteroso, cuyas categorías siempre valen... hasta cierto punto. Pero esas reglas teóricas, tan poco exactas, siempre son preferibles a la ausencia de ellas, y permiten construir una ciencia cuyo objeto de estudio no es otro que el de la regulación de la paz civil. De ahí la trabazón entre la cultura jurídica y la cultura social o, si se quiere, entre la conciencia jurídica y la conciencia social. La teoría del derecho, ha dicho Singer,<sup>115</sup> expresa nuestros valores, pero no los crea o determina.

Tratar de la democracia, con los instrumentos de esta ciencia, no puede conducir, por ello, a obtener verdades, sino a encontrar argumentos útiles (es decir, coherentes) para la discusión, y esa discusión, en derecho, se llama interpretación. A diferencia de lo que ocurre (y ya parece que tampoco enteramente) en el mundo de la naturaleza, donde la ciencia proporciona seguridad, en el mundo de la moralidad sólo proporciona esa seguridad la fe. Pero las ciencias sociales (cuyo objeto en ese mundo de la moralidad se desenvuelve), y entre ellas la ciencia del derecho, no pueden descansar en la fe (so pena de perder su carácter de ciencias), sino en la razón, y la razón, en ese mundo, sólo es capaz de suministrarnos proposiciones y justificaciones relativas, nunca absolutas.

Estudiar jurídicamente la democracia supone, así, no erradicar la duda, sino, por el contrario, hacerla más compleja, esto es, más problemática y crítica. “En materias de poder (ha dicho Tribe) el fin de las

115 Citado por Stick, J., “Can Nihilism be Programatic?”, *op. cit.*, nota 31, p. 389.

dudas y de las desconfianzas es la vuelta de los tiranos”.<sup>116</sup> Porque estoy muy de acuerdo con él, también opino que en materia de teoría el fin de las dudas y de las desconfianzas es la vuelta... de los fanáticos o... de los cretinos. Quizá la única verdad teórica de la democracia (análoga a aquella otra única verdad teórica que Marx encontraba en el fenómeno de la supervivencia: *mors immortalis*) resida justamente en que siempre habrá de ser concebida como problema, como algo perpetuamente inacabado, donde se destierra lo absoluto y sólo permanece lo relativo. Si la democracia dejase, en algún momento, en algún país, de ser concebida como problema, ello significaría, muy probablemente, el fin de la propia democracia.

116 Tribe, *Constitutional Choices*, cit., nota 19, p. 7.