

EN TORNO A LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL

PEDRO DE VEGA GARCÍA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La aparición histórica de la legitimidad.* III. *El contractualismo como fundamento de la ideología constitucional.* IV. *Los supuestos legitimadores y el entendimiento de la legalidad.* V. *La crisis de la legitimidad.* VI. *El consenso como nueva forma de legitimidad.* VII. *Las repercusiones en las formulaciones de la legalidad de los nuevos supuestos legitimadores.*

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la legitimidad constitucional ha sido, por lo general, marginado por la doctrina constitucional clásica y una buena parte de la actual. Salvo honrosas y meritorias excepciones, son extraordinariamente parcas y limitadas las referencias teóricas al mismo.¹ En cuanto cuestión previa y ajena a la lógica jurídica, el tema de la legitimidad fue, en definitiva, entendido como un presupuesto en el que el jurista no tenía la obligación ni la necesidad de entrar.

Sin embargo, lo cierto es que esa cuestión previa, ese *a priori* de la legitimidad, no puede ni debe ser tan fácilmente desdeñado por el teórico del derecho en la medida en que, sólo a través de él, adquieren sentido y significación histórica y social los procesos de conceptualización jurídica. Hasta cierto punto se podría sostener que la historia de la temática constitucional, y de los enfoques diversos en su tratamiento, no es más que el correlato y la consecuencia lógica del proceso de transformaciones en el ámbito de la ideología y de la legitimidad constitucional que le sirve de fundamento.

No se trata, en el presente trabajo, de analizar las causas que pu-

* Catedrático de derecho constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

¹ Sobre el significado y alcance de la legitimidad constitucional, conf. Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*, París, 1923, pp 296 y ss.; Heller H., *Teoría general del Estado*, México, 1961, pp. 267 y ss.; Schmitt, C., *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1971. Entre los trabajos más recientes, especial mención merece la obra de Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do legislador*, Coimbra, 1982, y la de Dogliani, M. *Interpretazioni della Costituzione*, Milán, 1982.

dieron determinar el hecho de que, siendo la problemática de la legitimidad un punto de partida clave para la teoría constitucional, su estudio fuera sistemáticamente eludido. Lo que importa, simplemente, es constatar esa inexorable conexión entre los supuestos legitimadores del sistema constitucional y sus formas de conceptualización jurídica; conexión que adquirirá una importancia decisiva en los momentos actuales en los que, a la crisis generalizada de la idea de legitimidad burguesa clásica, habrá de acompañar un nuevo planteamiento de la noción de legalidad.

En este contexto, y a efectos de otorgar al trabajo la mayor claridad posible, dividiré su contenido en los siguientes apartados:

En primer lugar, me referiré a la forja histórica del concepto de legitimidad constitucional, desde donde se entenderá el sentido de la aparición del concepto de constitución formal y el significado político de la constitución. Es en este apartado en el que, básicamente, tomaré como referencia las doctrinas del iusnaturalismo pactista.

En segundo lugar, aludiré al significado del consenso como inexorable sustitutivo histórico de la idea de pacto para conformar actualmente la noción de legitimidad, haciendo especial referencia, de una parte, a la llamada por Habermas legitimidad funcionalista y, de otra, a las denominadas posiciones neocontractualistas, que tienen en los nombres de un Robert Nozick, de un Brian Barry y, sobre todo, en la teoría de la justicia de John Rawls, a sus más brillantes expositores.²

En tercer lugar, y por último, haré referencia, a título de ejemplo, a las repercusiones que los nuevos planteamientos de la legitimidad suponen en tres grandes temas de la teoría constitucional, como son:

- a) El nuevo enfoque de los derechos fundamentales.
- b) La nueva visión de la idea de legalidad.
- c) Y el nuevo significado de la interpretación constitucional.

II. LA APARICIÓN HISTÓRICA DE LA LEGITIMIDAD

Respecto a la forja histórica del concepto de legitimidad constitucional, una aclaración inicial se impone. La aclaración es la siguiente: no tiene sentido hablar de legitimidad constitucional en aquellas situa-

² Conf. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Madrid, Buenos Aires, 1979; Barry, B., *The Liberal Theory of Justice: A Critical Examination of the Principal Doctrines*, in *A Theory of Justice*, Clarendon, Oxford, 1973; Nozick, R., *Anarchy, State and Utopie*, New York, 1974; Haksar, *Equality, Liberty and Perfectionism*, Oxford, 1979.

ciones y en aquellos momentos históricos, en que no operan los presupuestos políticos sobre los que se definirá luego el régimen o el Estado constitucional, y la misma noción de Constitución formal.

Por ello nos parecen arbitrarias y, en definitiva, inadmisibles todas aquellas posturas doctrinales que, siguiendo las sugerencias de Mac Ilwain, en su conocido estudio sobre "El constitucionalismo antiguo y moderno", pretenden encontrar precedentes en la idea de Constitución en el mundo clásico (Grecia y Roma), o más cercanamente en el tiempo, en determinadas concepciones y supuestos del *ordo politicus* medieval.³

Ni en Grecia, ni en Roma, ni en la Edad Media se producen los supuestos que condicionan y dan origen a la noción de legitimidad. Y ello porque, al configurarse la comunidad política como una entidad moral y religiosa, la organización política, en cuanto tal, se justificaba y legitimaba por sí misma. "El ente político —ha escrito Battaglia— fue considerado siempre en el mundo clásico como supremo valor en el orden ético, en el que todo se compendia: moral y religión, economía y derecho, disolviéndose y perdiéndose toda posible autonomía del individuo." En estas circunstancias, si no cabía presuponer unos derechos innatos al individuo frente a ese supremo valor en el orden ético y religioso que era el ente político (la *polis* o la *civitas*), menos cabría admitir que el hombre pudiera construir su propia comunidad política.⁴

El Estado se entendía como algo previo al individuo, con lo que el hombre encontraba, y que en ningún caso podía interpretarse como una creación suya. Al Estado lo hacían los dioses y no los hombres; lo que equivale a indicar que la legitimidad del Estado se producía en razón de su propia existencia; porque la comunidad política existía, estaba ya en sí misma legitimada.

Hablar en estas circunstancias de precedentes del constitucionalismo en Grecia o Roma, empleando, según la terminología de Schmitt, un concepto absoluto de Constitución, no parece que tenga demasiado fundamento. Es cierto que la comunidad política griega y romana estaban organizadas y constituidas de una determinada manera, y, en ese sentido absoluto schmittiano, se puede decir que tenían una Constitución. Pero no es menos cierto que para el hombre griego, el romano

³ Mac Ilwain, C. H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York, Cornell University, 1953. En el mismo sentido, conf., por lo demás la meritoria obra e importante estudio de Tamayo y Salmorán, R., *Introducción al estudio de la Constitución*, México, 1979.

⁴ Battaglia, Felice, *Estudios de teoría del Estado*, Madrid, 1966, pp. 158 y ss.

o el medieval, esa constitución y organización de sus respectivas comunidades políticas no era una creación humana ante la que el hombre, en cuanto tal, pudiera hacer valer sus propios derechos y su propia libertad. La idea de Constitución en sentido normativo, tal y como por ejemplo la ha expuesto el profesor García Pelayo, y tal y como se concibe en la racionalización política burguesa, en cuanto instrumento a través del cual el hombre organiza para su servicio el Estado, resultaba absolutamente desconocida. Se comprende, de este modo, que la idea de legitimidad constitucional no se hiciera tampoco necesaria.

En contra de esta afirmación quizá cupiera alegar, aparte de los razonamientos de Aristóteles sobre la *politeia*, o las consideraciones de Cicerón sobre la *Constitutio romana*, la propia realidad de las instituciones republicanas de Roma, en las que la decisiva actuación del *populus* a través de los *comitia*, permitió presentar y contemplar a la *civitas* como una *constitutio populi* en la que, como ha sostenido Lombardi, llegaron incluso a hacerse equivalentes los términos *res publica* y *res populi*.⁵ Sin embargo, es evidente que, ni en el máximo apogeo de la república romana, y mucho menos aún con la asimilación por el *Imperium* de las categorías jurídico-públicas republicanas, la participación política del pueblo trascendió nunca los límites de la organización política en que operaba. Dicho en otras palabras, como ha señalado Mommsen, el pueblo participaba sin poder ir en contra de la estructura y las posibilidades que la propia comunidad política le ofrecía. Por eso actuaba siempre dentro de las reglas que le imponía el *usus*, la *vetustas* y la *lex*. Como ha demostrado Lubtow, el *populus romanus* no era un pueblo soberano, sino un concepto abstracto y una colectividad mítica, que comprendía a todas las generaciones pasadas, presentes y futuras, y al que "Catón el Viejo" definió ya lapidariamente, como *no unius ingenio sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot constituta saeculis et aetatibus*.⁶

Para que históricamente maduraran los dos presupuestos básicos sobre lo que habría de formarse la noción moderna de Constitución, la humanidad tendría que recorrer un largo proceso cuyas fuerzas generadoras difícilmente pueden encontrarse en el mundo clásico. La convicción, de una parte, de que el hombre puede crear, esto es, cons-

⁵ Conf. Mortati, C., "Costituzione dello Stato", *Enciclopedia del Diritto*, Milán, vol. XI, 1962; Lombardi, "Su alcuni concetti del diritto pubblico romano: civitas, populus, res publica, status rei publicae", en *Archivo jurídico*, 1941, pp. 192 y ss.

⁶ Conf. Mommsen, Theodor, *Historia de Roma*, Madrid, 1983, vol. II, pp. 22 y ss., y Fuenteseca, S., *Lecciones de historia del derecho romano*, Madrid, 1978.

tituir su propia comunidad política, y, de otra, la idea de que el hombre tiene unos derechos y una libertad que puede hacer valer frente al Estado, exigían previamente la consolidación histórica de dos postulados ideológicos que, como bien es sabido, no se producen hasta el triunfo definitivo de la concepción del mundo propia de la burguesía. Me refiero, por un lado, al proceso de desacralización del Estado y del mundo político en general, y, por otro, al reconocimiento de la ética individual e immanente frente a las concepciones objetivas de la moralidad.

Sólo cuando el Estado se entiende como una obra humana y, por tanto, desacralizada, y sólo cuando se considera que el individuo es moral e individualmente portador de unos valores que pueden y, de hecho, deben anteponerse a las razones del poder político, es cuando se fijan los presupuestos que en el plano de la legitimidad habrán de servir de fundamento al Estado constitucional, y al propio concepto formal de Constitución.

Al surgimiento histórico de esa legitimidad, o si se prefiere, de esa ideología constitucional, es a lo que colabora de manera decisiva la doctrina contractualista que, iniciada en los lejanos precedentes medievales de la teoría del *pactum subjectionis*, encontraría su formulación definitiva en la doctrina del *pactum societatis* del racionalismo iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII.

1. La doctrina del *pactum subjectionis*

No deja de ser sintomática la circunstancia de que, si en el orden lógico, el *pactum societatis* (esto es, el contrato a través del cual se crea la sociedad), es previo al *pactum subjectionis* (esto es, que fundamenta el poder político, y del que derivan derechos y obligaciones recíprocas para el gobernante y el pueblo) en el orden histórico, el fenómeno se desarrollara a la inversa. Primero se formuló la doctrina del *pactum subjectionis*, del pacto de dominación, a la que siguió luego, bastante tardíamente la doctrina del pacto social.

En efecto, fue en plena Edad Media cuando apelando al concepto romano de la *Lex regia de imperio*, en virtud de la cual el *populus* otorgaba al *Princeps* el *imperium* y la *potestas*, cuando germinará la opinión a través de la cual se intenta explicar el poder político —al margen de connotaciones sacrales— como un acuerdo entre el pueblo y el príncipe. Surgirán de esta forma dos versiones de una incipiente teoría contractualista que, si bien encierran objetivos políticos dife-

rentes, tendrán no obstante una línea argumental común. Para unos (Accursio, Baldo, Bártolo, Angelo Aretino) defensores de la llamada *traslatio imperii*, el acto en virtud del cual el pueblo entregaba el poder al príncipe, implicaba la renuncia incondicionada, irrevocable y definitiva de todos sus derechos; de ahí que la *traslatio* pudiera justificar el absolutismo del gobernante, haciendo suyos los viejos aforismos *quod princeps placuit legis habet vigorem* (lo que al príncipe place tiene valor de ley), o el más conocido: *princeps legibus solutus est* (el príncipe está desligado de la ley).

Para otros, en cambio (Cino, Cristóforo Parco, Zarabella), el acto en virtud del cual el pueblo otorgaba al príncipe su autoridad, se resolvía en una simple concesión (*concessio imperii*) que no eliminaba definitivamente la autoridad del pueblo, que podría, de este modo, revocar el contrato cuando el monarca no cumpliera las obligaciones del pacto.⁷

No hace al caso detenernos ahora en las distintas implicaciones de este diferente planteamiento doctrinal. Lo que importa constatar, como aparece con toda claridad en la doctrina medieval de la *concessio*, es el hecho de que con ella se intenta ya establecer una justificación racional del poder político (el poder proviene del pueblo), al tiempo que se perfilan los presupuestos sobre los que se podría configurar su posible limitación. Serían justamente esos presupuestos, que como antes indicábamos conforman la ideología constitucional, los que se verían luego ampliamente desarrollados por los teóricos más preclaros del *pactum subjectionis* que, como es sabido, se desenvolvería en una doble versión. En primer término, la que ofrecen los monarcómanos protestantes (Hotmann, Bruto, Buchanan, Salomonius), y en segundo lugar, la que realizan los teólogos católicos de la segunda escolástica (Molina, Bellarmino, Juan de Mariana, Suárez).⁸

No vamos a especificar los matices que en cada autor presenta la

⁷ Conf. la obra definitiva de Gierke, *Otto Von Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Torino, 1974, pp. 81 y ss. La distinción entre la *traslatio* y la *concessio*, a donde en último término conducía, era al hecho de que al pasar con la primera el poder político del pueblo al príncipe, éste se convertía en *maior populo*, mientras que con la *concessio*, al permanecer el pueblo con la titularidad del poder estatal, el pueblo era, en todo caso, *maior princeps*, Conf. Kurz, H., *Volkssouvaränitat und Volksrepräsentation*, Bonn, 1965, pp. 251 y ss.

⁸ Conf. Sabine, *Storia delle dottrine politiche*, Milán, 1959, pp. 297 y ss.; Gierke, *op. cit.*, pp. 92 y ss.; Matteucci, N., "Contrattualismo", en *Dizionario di politica*, Torino, 1976, pp. 234 y ss.; Touchard, *Histoire des idées politiques*, Paris, 1963, tomo I, pp. 283 y ss.

doctrina del *pactum subjectionis*. Lo que interesa, sin embargo, dejar perfectamente claro son las dos circunstancias comunes a todos los doctrinarios de este tipo de *pactum*, en las que a la vez se expresan la grandeza y las limitaciones de toda su construcción teórica.

La grandeza viene dada en el motivo de que, al concebirse el poder político como producto de un pacto, la doctrina del *pactum subjectionis* se presenta como la primera gran construcción doctrinal de una teoría limitadora del poder. La razón es bien simple, ya que al verse sometido el gobernante a las condiciones del pacto, su poder aparece limitado y controlado, en la medida en que, como correlato lógico del contrato, cuando las condiciones del mismo no se cumplan, el pueblo podrá revocarlo. Es en este contexto en el que habría que explicar la formulación del derecho de resistencia que, como se sabe, tuvo en los monarcómacos y en el padre Mariana a sus más brillantes expositores.⁹

Por otro lado, a su vez, junto a esa indudable grandeza, la doctrina del *pactum subjectionis* se vería sometida a una limitación evidente, cuya existencia no se puede dejar de constatar. Admitir que el poder político es producto de un contrato, reconociendo al mismo tiempo que la *societas civilis sive politica*, esto es, que la propia comunidad política, es de origen y de creación divina, como hicieron los teóricos del *pactum subjectionis*, significaba que, si se podían discutir las actuaciones del poder, lo que en ningún caso entraba en discusión era su fundamentación estructural. El poder, en cuanto tal, seguía teniendo, según la fórmula paulina, *non est potestas nisi a deo*, un origen divino. Lo único que eran humanas y, por lo tanto, criticables, eran sus formas de actuación. Se pretendió de este modo compatibilizar las exigencias del pacto con las concepciones, en el fondo, teocráticas del poder, que, si fueron mantenidas por la teología de la segunda escolástica, también fueron preconizadas, y con mayor fuerza si cabe, en las concepciones políticas de un Lutero, un Melancthon, un Zwinglio o un Calvino.¹⁰

Para romper la contradicción, la ambigüedad y las limitaciones propias de la doctrina del *pactum subjectionis*, no existía otra posibilidad —como se deduce en la genial especulación de Suárez— que la de pasar del *pactum subjectionis* a la doctrina del pacto social, que represen-

⁹ Conf. Sabine, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰ Conf. Gierke, *op. cit.* Conf. Waring, L. H., *The Political Theories of Martin Luther*, New York, 1910; Murray, R. H., *The Political consequences of the Reformation*, Londres, 1926.

ta el primer intento en la historia de justificar racionalmente, no ya sólo la actuación del poder político, sino su propia configuración estructural. El poder del Estado, y el Estado mismo, aparecerán entonces como una obra humana, "como un aparato de relojería" en expresión de Hobbes; pero, en definitiva, como algo creado por el hombre y no generado por los dioses.

2. *La doctrina del contrato social*

Como es bien sabido, la doctrina del *pactum societatis* que se inicia en Althusius, se continuaría luego en nombres tan significativos como Grozio, Puffendorf, Spinoza, Locke, Sidney, Hobbes, Kant, hasta llegar a su consumación teórica en el *Contrato social* de Rousseau. No es necesario aludir a los abigarrados aspectos y matices distintos que la teoría del pacto social presenta en cada uno de estos autores. Lo que interesa, sin embargo, señalar es que, a pesar de las notorias diferencias que existen en los teóricos del pacto social, común, no obstante, a toda la doctrina es el presupuesto individualista.¹¹

En el estado de naturaleza, que constituye en cualquier caso el punto de partida, lo que aparece son los individuos aisladamente considerados. Indiferente resulta que ese primigenio *status* de naturaleza se conciba como un *status* de guerra de todos contra todos, como lo entienden un Hobbes o un Spinoza, o que, por el contrario, se entienda (como en el resto de los autores contractualistas) desde una visión idílica, en la que un conjunto de hombres libres e iguales, acatan las normas que el propio Derecho Natural les impone. Lo decisivo es que el tránsito de la *socialitas natural* a la sociedad civil se produce por un acto particular, a cuyo través cada uno de los individuos renuncia a su libertad y autonomía originaria, en aras de la creación de una seguridad y libertad colectivas, con la aparición, a través del contrato, de la *societas civilis sive politica*.

Hubo ciertamente desacuerdos en las explicaciones de los motivos que, conforme a la metafísica contractualista, pudieron determinar el paso de la sociedad natural a la sociedad civil. No obstante, en lo que el acuerdo es unánime, es en el hecho de que ese tránsito se opera siempre por un consenso general en la firma del contrato, que, porque todos suscriben, para todos también resulta vinculante. Lo que significa, como ya puso de relieve Gierke, que, porque la *societas civilis sive politica* se deduce del individuo, y los individuos preceden

¹¹ Matteucci, *op. cit.*, *loc. cit.*

a la asociación, a la *persona ficta* de la especulación medieval, el fundamento de todo vínculo jurídico estatal no se puede deducir de otra fuente que no sea el individuo. La fuente de cualquier obligación política se explica entonces en términos racionales y humanos, al margen de cualquier connotación teológica o religiosa, como había seguido manteniéndose en la teoría católica y en la tradición protestante, y como todavía preconiza Leibniz.¹²

Obvio es indicar que el pacto social no fue nunca concebido, por ninguno de sus formuladores, como una realidad histórica, esto es, como un *factum* desde el que se pudiera explicar el origen del Estado. El contrato social no pasaba de ser, como indicó Kant, una *idea de la razón* desde la que se fundamentaba lógicamente y humanamente la comunidad estatal. Lo que no significa que la doctrina contractualista se perdiera por ello en el idealismo más absoluto, sin contacto con el mundo y sin dimensión política real alguna.

En cuanto fundamento racional del Estado, el contractualismo aportó el más radical argumento contra las concepciones teocráticas absolutistas, estableciendo, al propio tiempo, las bases ideológicas y los presupuestos legitimadores del moderno Estado constitucional. Lo que equivaldría a indicar que, con la aparición de las primeras leyes constitucionales, la metafísica del contractualismo político desciende al mundo y se hace realidad histórica.¹³

De lo que se trataría entonces sería de precisar con más detalle ese sistema de relaciones entre la doctrina contractualista, como criterio legitimador, y la doctrina y el pensamiento constitucionalista, en cuanto creadores de un nuevo sistema de legalidad. Relaciones que, sin excesivos esfuerzos, cabría especificar de una manera fehaciente, cuando menos en un triple nivel:

En primer lugar, a la hora de procederse a la formulación de la teoría del poder constituyente.

En segundo término, en la elaboración de la doctrina de los derechos fundamentales.

En tercer lugar, en la consagración de la distinción burguesa entre la sociedad y el Estado.

Veamos separadamente cada uno de estos apartados.

¹² Gierke, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

¹³ Conf. Burdeau, *Traité de Science Politique*, Paris, 1969, t. IV, pp. 47 y ss.

III. EL CONTRACTUALISMO COMO FUNDAMENTO DE LA IDEOLOGÍA CONSTITUCIONAL

1. *Contractualismo y poder constituyente*

En relación a la incidencia de la doctrina pactista en la formulación de la teoría del poder constituyente, no ofrece la menor duda que el contractualismo constituye su principal y definitivo elemento legitimador. Como ha escrito certeramente Burdeau, la teoría del poder constituyente presupone la admisión del principio de que el Estado no es una realidad inexorable con la que el hombre se encuentra, sino una obra humana que el hombre puede construir y transformar según su voluntad. Principio y presupuesto que, como hemos dicho, fue definitivamente asentado en la historia como dogma político indiscutible por el contractualismo racionalista.¹⁴

Por otro lado, corresponde también al pactismo la elaboración de la soberanía popular, lo que sirvió para forjar un sistema de creencias sociales que si, de una parte, actuaron de instrumento ideológico contra las concepciones teocráticas y descendentes del poder, propias del absolutismo del antiguo régimen, de otra, fueron utilizadas como supremo argumento legitimador de los procesos revolucionarios burgueses tanto en América como en Francia. No deja de ser significativo que las referencias al pacto social en los panfletos, en la literatura política y en las asambleas constituyentes americanas y francesas fueran continuas. Y más significativo aún, si cabe, es el hecho de que cuando en nombre de la contrarrevolución se intenta reconstruir el sistema político absolutista, la lucha de las dos concepciones de la legitimidad llevará a los contrarrevolucionarios a atacar, básicamente, esos dos principios que se acuñan y se explican desde la especulación contractualista.

Desde esta óptica, un José de Maistre, representante máximo del pensamiento contrarrevolucionario, en su conocido ensayo sobre el *Principio generador de las constituciones políticas*, defenderá que toda Constitución es obra divina, y, por lo tanto, no puede hacerla el hombre sin exponerse a su fracaso. Al tiempo que, naturalmente, recha-

¹⁴ Conf. Burdeau, *op. cit.* p. 183, donde escribe: "Lorsque dans l'*Exposition raisonnée* des droits de l'homme et du citoyen, Sieyès affirmait qu'une constitution suppose avant tout un pouvoir constituant, il n'énonçait pas, comme nous serions tentés de le penser aujourd'hui, un simple truisme. Dire qu'un Constitution suppose un pouvoir constituant, c'est d'abord admettre qu'une constitution peut être faite, c'est à dire, qu'elle n'est pas un donné mais une création."

zará que la sociedad pueda aparecer como resultado de un contrato. Por ello, el profesor Tierno Galván, en *Tradición y modernismo*, pudo decir con absoluta razón, que la lucha de los contrarrevolucionarios y tradicionalistas fue más una lucha contra la ideología del racionalismo pactista, que contra los políticos que realmente hicieron la revolución.¹⁵

2. Contractualismo y derechos fundamentales

En segundo lugar, hay que indicar que si la conexión entre el pactismo y la teoría del poder constituyente es clara, no menos evidente resulta su repercusión en la construcción de la doctrina de los derechos fundamentales. Salvo las excepciones de Rousseau y Hobbes (para quienes la firma del contrato social implicaba una renuncia de todos los derechos del Estado de naturaleza, en aras de la voluntad general, en el caso de Rousseau, y a favor del *Leviatán* como garante de la seguridad colectiva, en el caso de Hobbes) es lo cierto que para el resto de los contractualistas, la suscripción del contrato social no implicaba la renuncia por los individuos a los derechos que, como hombres, poseen en el Estado de naturaleza.

Tanto para Grocio, como para Puffendorf, Locke, Bohmer, es indiscutible que existe siempre un núcleo ileso de derechos, una libertad básica propia del Estado de naturaleza que no puede quedar lastimada con la firma del contrato social. La expresión más radical de este pensamiento probablemente la constituye Cristian von Wolff, quien, aparte de distinguir unos derechos innatos (*los iura connata*) y unos derechos adquiridos (*los iura acquistata*), formula tajantemente el principio de que la *innata libertad natural* es, en su esencia, inenajenable.¹⁶

Fue esta línea de pensamiento la que, asumida por el constitucionalismo, se plasmaría fehacientemente tanto en el proceso revolucionario americano como en el francés. El poder constituyente, capaz de organizar el Estado a través de la redacción de una Constitución, aparece entonces, no como un poder omnímodamente arbitrario, según la expresión de Hamilton, sino como un poder cuya misión es la de crear un Estado en el que esos derechos fundamentales ilesos por el pacto, y esa innata e inenajenable libertad, fueran en todo caso respetados.

¹⁵ Tierno Galván, E., *Tradición y modernismo*, Madrid, 1962, pp. 83 y ss.

¹⁶ Conf. Gierke, *op. cit.*, pp. 92 y ss.; Sauter, J. *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts*, Viena, 1932, pp. 192 y ss.

La Constitución, como ley formal y como obra del poder constituyente, se presenta de este modo como el instrumento al servicio de los derechos y libertades que la especulación del contractualismo se había encargado previamente de fundamentar. Es éste el sentido que ofrece el famoso artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos al estatuir que "aquel país en donde los derechos no aparecen establecidos claramente carece de Constitución.

A este respecto, es verdaderamente relevante el hecho de que, tanto en América como en Francia, se distinguiera cronológica y conceptualmente entre *Declaración de Derechos* y *acto constitucional*. Con ello, al establecer primero las *Declaraciones de Derechos* y al proceder en un segundo momento a la redacción de los textos constitucionales, lo que en realidad quería plasmarse era la separación y la distancia entre los principios y valores que fundamentan un sistema de legitimidad, y las disposiciones normativas que configuraron luego la legalidad constitucional.¹⁷

3. *El contractualismo y la separación burguesa entre la sociedad y el Estado*

En tercer lugar, y en relación a las repercusiones de la doctrina pactista en la distinción burguesa entre la sociedad y el Estado, que aparece como telón de fondo de todo el constitucionalismo liberal, acaso convenga dejar constancia de un dato que, aunque nada desdeñable, no siempre fue suficientemente explicitado y comprendido.

Como es sabido, fueron los fisiócratas (Dupont de Nemours, Mercier de la Riviere, etcétera) quienes más contundentemente formularon en el plano teórico la separación entre la sociedad y el Estado, considerando a la sociedad como lo natural y espontáneo frente al Estado, que representaba lo artificial y arbitrario, cuando no era concebido —según la expresión de Dupont de Nemours— "como la encarnación y fuente de todos los males de la tierra".¹⁸

El problema para los fisiócratas y, en definitiva, para toda la construcción liberal, consistía en cómo fundamentar esa superioridad de

¹⁷ Ha sido Carre de Malber, *Teoría general del Estado*, México, 1948, p. 1164, uno de los autores que ha puesto de manifiesto con mayor énfasis la importancia que adquiere tanto en el proceso revolucionario americano como en el francés, la distinción cronológica y conceptual entre *Declaración de Derechos*, *pacto social* y *acto constitucional*.

¹⁸ Dupont de Nemours, "Prólogo de introducción a la *Physiocratie*", en *Physiocrates*, París, vol. II, 1846.

la sociedad frente al Estado. Para ello, recurrieron, como es de sobra conocido, a la doctrina del *orden natural*, según la cual existe un orden natural que si en el plano económico racionaliza por sí mismo el proceso productivo, en el plano político, a través de la opinión pública —como expusiera Habermas— racionaliza el proceso político de legislación.¹⁹ Dicho más contundentemente, la sociedad era entendida como superior al Estado porque representaba la expresión más directa e inmediata en el plano civil del Estado de naturaleza y del orden natural. La sociedad se terminaría configurando de este modo como la manifestación más auténtica del propio contrato social.

Sería luego, sobre esa manifestación inmediata del contrato social, sobre la que, en un segundo momento, se deduciría al Estado como un producto derivado; con lo cual, la separación fisiocrática entre sociedad y Estado, tendría que verse inexorablemente acompañada de la distinción entre pacto social, en cuanto creador del orden natural de la sociedad, y acto constitucional, en cuanto creador y organizador del Estado.

Llegamos así a la afirmación clave que constituye la tesis fundamental de este ensayo y que acaso convenga dejar suficientemente explicitada. Puesto que la sociedad constituye el centro de referencia de toda la construcción liberal, nada tiene de particular que para la legitimación y justificación del *orden natural* que la preside, se apele al supuesto de la unanimidad que, según todos los contractualistas, requiere la firma del pacto social. El pacto social obliga a todos porque todos voluntariamente lo suscriben. Su fundamento es, por lo tanto, indiscutible.

Ahora bien, como consecuencia de la firma del pacto y vinculada a ella, aparecerá la idea de que la obligación de respetar el pacto social suscrito por todos conlleva la necesidad de respetar los acuerdos que, en virtud del pacto social, pudieran contraerse por simple mayoría. Con lo cual, se entiende el significado y el alcance de la distinción entre *pacto social* (que exige la unanimidad de los consociados) y *acto constitucional* (para cuya aprobación se requerirá una simple mayoría). No obstante, y aunque el *acto constitucional* (la constitución) pueda aprobarse por mayoría —y ésta es la idea que nos interesa resaltar— es evidente que la legitimidad del acto constitucional no podría explicarse al margen del propio contrato social. Como decía John Wyse, la Constitución se obedece, se legitima y obliga a todos

¹⁹ Conf. Habermas, J., *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied, 1962, pp. 116 y ss.

—aunque se apruebe por mayoría— porque en el pacto social forjado en la unanimidad se estableció previamente ese compromiso.²⁰

Fue este el razonamiento y la doctrina que se desarrolló en los procesos revolucionarios burgueses americano y francés, y que más tarde presidirá el desarrollo de todo el constitucionalismo liberal clásico. A la distinción entre *Declaración de Derechos* y *acto constitucional*, a que antes hacíamos referencia, habría que añadir ahora la distinción entre pacto social y acto constitucional. Son muchos los testimonios que para demostrar la veracidad de este aserto, podrían traerse a colación. Por su contundencia, baste recordar las palabras de Isnard ante la *Convención* en un discurso pronunciado el 10 de mayo de 1793. Decía así:

Para seguir el orden natural de la organización social hay que proceder antes de toda ley constitucional a la redacción del pacto social. Este acto debe ser intermedio entre la *Declaración de Derechos* que le sirve de base, y la *Constitución* a la que sirve de barrera y de regulador. Si el pacto social difiere de una declaración de derechos, difiere aún más de un acto constitucional. Hacer un pacto social es redactar el instrumento mediante el cual un cierto número de personas consienten en formar una asociación, con tales o cuales condiciones previas. Hacer una *Constitución*, por el contrario, es únicamente determinar la forma de gobierno o el establecimiento público que ha de regir la sociedad constituida.²¹

Que este conjunto de conexiones entre contractualismo y constitucionalismo, tan urgente y someramente esbozado, cobre su mayor sen-

²⁰ La obra del pastor John Wyse, *A vindication of New England Churches*, Boston, 1772, es importante por el influjo que ejerció en la élite que dirigió el proceso constituyente americano. "Imaginemos —escribe Wyse en la p. 30— una multitud de hombres todos libres e iguales, dispuestos a crear una comunidad política. Cada uno debe comprometerse por un contrato (covenant) a formar con los demás una sociedad duradera en la que todos puedan decidir, mediante un voto general, las medidas necesarias para asegurar el bienestar común. Un decreto (la Constitución) consagrado por una votación mayoritaria establecerá a continuación una determinada forma de gobierno. Y si el contrato originario que todos suscriben contiene la cláusula expresa de que a todos obligan los acuerdos en él estipulados, todos estarán comprometidos a aceptar el decreto (la Constitución) aprobado por mayoría, en que se estatuye la forma de gobierno, aunque la opinión particular de algunos les llevare a desear otra cosa."

²¹ Citado por Carre de Malberg, junto a otros similares discursos de Valdruche, Romme, Desmeunier, en que se repite la misma idea, en *Teoría general del Estado*, op. cit., p. 1164.

tido en el plano ideológico de los supuestos legitimadores del Estado constitucional, no significa en modo alguno que su referencia resulta desdeñable para el adecuado planteamiento y la correcta interpretación del sistema de legalidad. De cómo los supuestos legitimadores condicionan el entendimiento de la legalidad quedará suficientemente explicitado con unas mínimas y concretas referencias.

IV. LOS SUPUESTOS LEGITIMADORES Y EL ENTENDIMIENTO DE LA LEGALIDAD

En primer lugar, la separación entre Declaración de Derechos y acto constitucional, y la consiguiente consideración de los derechos fundamentales como un *a priori* cronológico y conceptual, conducirá, de una parte, a otorgar a esos derechos y libertades fundamentales un valor absoluto, en el sentido de que, en cualquier caso, deberán ser respetados por el poder, y, de otra parte, a entender que los derechos fundamentales —por ser previos a la legalidad constitucional— no nacen y se definen con ésta, que tiene por única misión la de garantizarlos y protegerlos. La legalidad constitucional adquiere de esta suerte un carácter puramente formal, o si se prefiere, instrumental, en la medida en que, en ella no se contienen valores ni principios, sino que se establecen únicamente sistemas de garantías del ciudadano ante el poder. La Constitución, decía Stahl textualmente, “no se refiere a fines ni valores, sino tan sólo al modo y al carácter de su realización”.²²

En segundo lugar, paralelamente a la distinción entre Declaración de Derechos y acto constitucional, la separación entre sociedad y Estado, esto es, entre pacto social y acto constitucional, conduciría a entender la Constitución como una prolongación de la propia nacionalidad histórica del orden natural de la sociedad, fundamentado, como ya dijimos, en el contrato. Lo que significa que, frente al concepto voluntarista de ley se establecerá entonces el concepto racional de ley. Invirtiendo el aforismo acuñado por Hobbes para la concepción de ley propia del absolutismo, y según el cual *auctoritas, non veritas facit legem*, lo que habría que decir ahora sería *veritas, non auctoritas facit legem*.

Precisamente porque la legalidad constitucional se entiende como una prolongación de la racionalidad social, el legislador político —se-

²² Sobre el carácter formal de la Constitución burguesa, conf. Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, pp. 146 y ss.

gún la famosa frase de Rousseau— no debe ser concebido como el mecánico que inventa la máquina, sino como el naturalista que, sin hacer las leyes, las descubre y se limita a formularlas. La Constitución, diría Jefferson, no es más que el sentido común de la sociedad expresado en fórmulas jurídicas.²³

Llegamos de este modo a tomar conciencia de un dato mucho más significativo y relevante de lo que, en principio, cupiera suponer. Por ser prolongación del sentido común y de la racionalidad interna de la sociedad, y por poseer además un carácter puramente formal, la legalidad constitucional deberá verse presidida por los principios de claridad y transparencia. Si Robespierre sostuvo que una ley ambigua es peligrosa siempre, Saint-Just llegaría a afirmar que una ley que no es clara es una ley injusta, y, por lo tanto, no se debe considerar como tal. Lo que significa, y es aquí donde aparece la relevancia del dato a que acabo de referirme, que para el primer constitucionalismo, la claridad de la legislación hace o debe hacer innecesaria la interpretación de la misma. Se comprende así cómo, desde una neutralidad que hace suya aquella afirmación de Beccaria según la cual "feliz la nación en la que las leyes no fueran ciencia", el papel del juez debe quedar reducido al del puro autómatas que subsume los hechos en el marco claro de las leyes y que, sin necesidad de recurrir a la interpretación, se convierte por ello, como decía Montesquieu, en la simple *bouche de la loi*.

A tenor de lo dicho, el formalismo, la neutralidad axiológica, la claridad y la consiguiente ausencia de la necesidad de interpretación, serían otras tantas de las características con las que aparece en la historia la legalidad constitucional moderna y que, naturalmente, condicionaron los primeros y más significativos tratamientos doctrinales de la misma.

Ni qué decir tiene que la crisis de la legitimidad constitucional clásica, forzosamente habría de incidir también en los nuevos y actuales planteamientos de la legalidad. De aquí la importancia de recurrir a esa noción olvidada de legitimidad, como instrumento a cuya luz únicamente adquieren la plenitud de su sentido las transformaciones más decisivas del constitucionalismo moderno.

²³ Conf. a este respecto Habermas, "Derecho natural y revolución", en *Teoría y Praxis*, Buenos Aires, 1966, pp. 64 y ss.

V. LA CRISIS DE LA LEGITIMIDAD

Es de sobra conocido que el entendimiento de la sociedad —desde la contraposición liberal clásica entre sociedad y Estado— como lugar de encuentro y racionalización de los intereses individuales y donde las leyes de la competencia eran capaces de convertir, según el eslogan de Mandeville, los egoísmos privados en intereses comunes (*private vice public benefits*) no pudo mantenerse durante mucho tiempo.

A partir de las actuaciones proletarias de 1830 y 1840 queda bien patente que las desigualdades y egoísmos sociales, lejos de traducirse en beneficios públicos a través de la competencia social, lo que generan realmente son injusticias y desigualdades cada vez mayores. Es entonces cuando la concepción política liberal burguesa sufrirá una conmoción notable. Por un lado, la sociedad deja de concebirse como el lugar más propicio para realizar la armonía y la justicia entre los hombres. La imagen de la sociedad como un todo homogéneo donde existen intereses comunes, se sustituye por una versión hobbesiana de confrontación y de lucha entre intereses irreconciliables. Pero, por otro lado, el Estado, que en la concepción liberal burguesa es contemplado con recelo, recibirá una potenciación definitiva como mecanismo sustitutivo en la solución de los problemas que el libre juego de la competencia social se mostró incapaz de resolver. Se producirá de este modo una paulatina *socialización del Estado* (el individuo busca en el Estado lo que en la sociedad no encuentra) a la que acompañará una paralela *estatalización de la sociedad* (la sociedad deja de ser el campo donde aparece la espontánea actuación de voluntades individuales para convertirse en el lugar de encuentro de un complejo cúmulo de grupos y organizaciones donde el individuo desaparece).²⁴

Las repercusiones en la problemática constitucional de toda esta impresionante operación de transformación histórica son evidentes. Para empezar, la Constitución como ley formal y axiológicamente neutral, en cuanto mero instrumento de garantía de los intereses generales de la sociedad frente a las ingerencias del poder del Estado, pierde toda su significación. En una sociedad dividida en intereses múltiples e irreconciliables, proteger a ultranza la autonomía privada significaba consagrar el triunfo de los fuertes. Así las cosas resulta ya imposible:

²⁴ Conf. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, pp. 24 y ss.

mantener, como quería Jefferson, que la Constitución sea la prolongación de las verdades que son lugares comunes en la sociedad.

Porque no existe un interés social único y general, sino una realidad en irreconciliable conflicto, la Constitución no puede expresar una verdad social general y única, que en la práctica no se produce. La legitimidad obtenida desde la formulación del contrato social como base del aparato constitucional iniciará de este modo su proceso de disolución.

Conforme a los iniciales esquemas de legitimación, la Constitución debía ser obedecida por todos, aunque el acto constitucional se presentara como resultado de una mayoría, porque en el pacto social previamente aprobado por consentimiento unánime existía el acuerdo de acatar las decisiones de la mayoría. Al producirse ahora la confrontación más descarnada en el seno de la sociedad, no se trata ya tan sólo de que se cree un un *hiatus* insalvable entre verdad social y verdad constitucional, entre la realidad y la norma, sino que lo que se pone en duda es el resultado del mismo pacto social. Un pacto social que genera el caos es un pacto que pierde toda su fuerza legitimadora. Es en esta perspectiva en la que se presenta como principal problema político de nuestro tiempo, tal y como denunciaron un Habermas, un Öffe, un Milivan, etcétera, el problema de la crisis de legitimidad del sistema.

VI. EL CONSENSO COMO NUEVA FORMA DE LEGITIMIDAD

La racionalización del mundo político, a la que el contractualismo contribuyó de una manera decisiva y eficaz, comenzará a exigir, en una situación de crisis general de la legitimidad, unos nuevos planteamientos. Planteamientos que sólo podrán deducirse de la política de concertación y de consenso que, en la actualidad, preside la actuación de los poderes constituyentes para la redacción de los textos constitucionales, y de la que la Constitución española de 1978 ofrece un memorable ejemplo.

La concurrencia en los procesos constituyentes actuales de las más diversas fuerzas políticas y de las ideologías más dispares, constituye sin duda la diferencia más acusada en relación a los procesos constituyentes de las primeras revoluciones burguesas, protagonizados por una sola y homogénea clase social. Es esa presencia de múltiples fuerzas políticas en las asambleas constituyentes, quien crea un dilema de formidable envergadura y nada fácil de resolver. Ya que si, por un lado, la Constitución, en cuanto expresión de los intereses sociales

y políticos generales, requiere una voluntad constituyente única y unitaria, por otro lado, las asambleas constituyentes encierran en su seno una pluralidad de intereses e ideologías contrapuestas, cuando no contradictorias. Para resolver el dilema, conforme a los esquemas de la legitimación clásica, se entendía que la voluntad unitaria de las asambleas constituyentes era la voluntad de las mayorías. Voluntad que las minorías estaban en la obligación de acatar como exigencia derivada del cumplimiento del pacto social. Sin embargo, en una situación de crisis general de la legitimidad, esa solución ya no es posible. Es entonces cuando se hace necesario apelar a la idea de consenso constitucional, y cuando aparecen las constituciones por consenso de las que, como acabamos de indicar, la española representa el más reciente y destacable ejemplo.

No se trata por supuesto ahora de realizar ningún tipo de disquisición sobre el consenso constitucional al modo de las que, con mayor o menor fortuna, efectuaron en su momento autores como Herrero de Miñón o Peces Barba.²⁵ Lo que interesa simplemente señalar, es que el consenso abre unos nuevos planteamientos en la problemática de la legitimidad. La imposibilidad de deducir socialmente, en un mundo fragmentado en múltiples y contradictorios intereses, por la vía de la aceptación de la voluntad de las mayorías, un interés general único y universalmente aceptado, ha obligado a la reconstrucción de ese interés por vía racional. Ésta y no otra sería la misión y el objetivo del consenso. Lo que significa —y esto es lo que le distinguiría del mero compromiso constitucional— que, a través del consenso, no se aspira a que cada una de las fuerzas políticas que participan en su formación, haga concesiones a las otras en una burda operación de sumas y restas. Por el contrario, reconstruir el interés general racionalmente a través del consenso, y restaurar la legitimidad constitucional, significa restablecer y recoger en el texto constitucional el sistema de valores que, en el ámbito de una comunidad determinada, se consideran más significativos, relevantes y generalmente aceptados. El consenso sería pues el procedimiento mediante el cual se articula un nuevo sistema de legitimidad, si por legitimidad se entiende, como dijera Carl Schmitt, “la fórmula de identidad y autorrepresentación moral ideológica y filosófica de un orden estatal”.²⁶

Dos son fundamentalmente las posiciones adoptadas en torno a

²⁵ Herrero de Miñón, M., “Falsas y verdaderas vías del consenso constitucional”, en *REP*, núm. 9, p. 73; Peces Barba, G., *La Constitución española de 1978*, Valencia, 1981, pp. 13 y ss.

²⁶ Schmitt, Carl, “La revolución legal mundial”, en *REP*, núm. 10, p. 7.

este nuevo e impresionante intento de racionalización política que, como indica Maier con el título de su formidable obra, implica el deseo de *La refundación de la Europa burguesa*.²⁷ Por un lado, la solución funcionalista y, por otro, la neocontractualista.

Para el funcionalismo, que, en definitiva, se disuelve en una mera y simple ingeniería constitucional, todos los intentos de racionalización política, no pasaría de ser disquisiciones ideológicas que ceden siempre al final su puesto a las exigencias de la práctica política. Desde esta óptica, lo que en el sistema constitucional importa, no sería tanto su fundamentación y legitimidad, como su operatividad y eficacia en la solución de los conflictos. Dicho en otras palabras, la legitimidad constitucional no se obtendría tanto por los valores asumidos por el ordenamiento a través del consenso, sino por la eficacia o ineficacia de la normativa fundamental para controlar, ordenar y resolver el conflicto social. No estaríamos en presencia de una legitimidad de origen (*secundum titulum*), sino ante una legitimidad de ejercicio (*secundum exercitium*). Lo que equivale a indicar que la apelación a la legitimidad termina perdiendo toda significación. Ante una burguesía que se queda sin moral y sin destino, lo único que importa es perpetuar, a través de la eficacia, su dominación social y política.²⁸

Más lógicas y, a la postre, más correctas, se presentan las posturas neocontractualistas, que parten inicialmente de la creencia de que ningún sistema constitucional puede vivir sin un orden valorativo que, como criterio de referencia, sirva de apoyo para fundamentar su legitimidad. Sería precisamente a través del consenso como se llevaría a cabo en el presente —a falta de mecanismos más idóneos— la reconstrucción racional de esos órdenes valorativos y cimentadores de la legitimidad. Ocurre, sin embargo, que los valores materiales expresados a través del consenso, conducen por necesidad a que sus formulaciones se pierdan en la vaguedad y la abstracción. Lo que implica, como con acierto se ha criticado, que el neocontractualismo termina adquiriendo un significado moral más que político. No deja de ser aleccionador que tanto en la obra cumbre del neocontractualismo —me refiero al libro de John Rawls *Teoría de la justicia*— como en las obras de algunos de sus críticos (Robert Nozick o Brian Barry) se intente operar una vuelta a los sistemas de moralidad kantiana (y al consiguiente entendimiento que Kant hizo del pacto social) más que

²⁷ Maier, C. S., *La rifondazione dell'Europa borghese*, Bari, 1979.

²⁸ Conf. Habermas, *Prassi politica e teoria critica della societa*, Bologna, 1973, pp. 13 y ss.; Dogliani, M., *Interpretazioni . . . op. cit.*, pp. 16 y ss.

a los posibles desarrollos del pacto que, en términos políticos, son deducibles del contrato social de Rousseau.²⁹

No es el momento, sin embargo, de detenerse ahora en consideraciones sobre las posturas neocontractualistas. Lo que, para concluir nuestro razonamiento, más nos interesa es poner de manifiesto cómo el impresionante cambio histórico en los planteamientos de la legitimidad constitucional, no podía dejar de afectar a los propios planteamientos de la legalidad, y, en definitiva, de al teoría y la doctrina constitucional.

VII. LAS REPERCUSIONES EN LAS FORMULACIONES DE LA LEGALIDAD DE LOS NUEVOS SUPUESTOS LEGITIMADORES

La introducción, como consecuencia de la nueva estimativa de la legitimidad, de valores y fines en el ordenamiento constitucional formal, implicaba la ruptura con la concepción clásica de la legalidad constitucional como sistema formalista, aséptico y neutral. A fin de cuentas, se trata de una circunstancia patéticamente descrita ya por Max Weber, en *Economía y sociedad*, con las siguientes palabras:

Ahora que surgen los modernos problemas de clase, se hacen valer frente al Derecho nuevas pretensiones materiales, y, rompiendo con los viejos parámetros y basándose en postulados morales y patéticos (justicia y dignidad del hombre, etcétera) se exige un nuevo derecho social. Lo cual, en vía de principio, contradice y pone en duda el formalismo jurídico.³⁰

A tenor de estas palabras de Weber, corresponderá al constitucionalista analizar las consecuencias derivadas de esta contradicción y esta ruptura con los esquemas del formalismo. Contradicción que, si bien implica un giro copernicano en el tratamiento de la legitimidad, supone igualmente una conmoción muy profunda en la consideración de la problemática de la legalidad. Son muchos los aspectos que de esa problemática pudieran en este sentido recordarse. Nos limitaremos, sin embargo, a los más chocantes y significativos.

En primer lugar, y en relación a los derechos fundamentales, que en la concepción clásica aparecían como un *a priori* conceptual y cronológico que el Estado debía respetar absolutamente, y que la legali-

²⁹ Conf. Barry, *The liberal Theory of Justice*, op. cit.

³⁰ Weber, *Economía y sociedad*, México, 1969, t. I, pp. 659 y ss.

dad no definía sino que se limitaba a garantizar y proteger, el panorama ha cambiado radicalmente de sesgo.

La idea de libertad absoluta en el campo de la sociedad, a través del reconocimiento sin trabas de la autonomía privada, basada constitucionalmente en el principio de la igualdad formal ante la ley, se ha visto sustituida por la idea de un Estado programador, que requiere acotar el campo de actuación de los derechos individuales. Lo que significa la introducción de limitaciones y la conversión de los derechos absolutos clásicos en derechos relativos. Aunque se siga hablando de núcleo esencial de los derechos fundamentales, y aunque algunos de estos derechos se califiquen de posición preferente (*preferred position*), lo cierto es que las posibles colisiones de unos derechos con otros, y las exigencias de la misma vida comunitaria obligarán a su regulación legal. Las constituciones ya no pueden limitarse a garantizarlos, sino que se verán impelidas a definir sus posibilidades y alcance.³¹ Con lo cual aparecerán una serie de fenómenos nuevos de los que ahora me voy a limitar a reseñar solamente dos. De una parte, surgirán derechos con distinta eficacia y significación jurídica, como recoge claramente el artículo 53 de nuestra Constitución. Por otro lado, y como consecuencia de la estatización de la sociedad y de la creación de los llamados poderes privados, los derechos fundamentales que, a tenor de la concepción clásica, se entendían referidos siempre como derechos frente al Estado, se concebirán ahora también como posibles derechos ante los particulares. De ahí la significación de la *Drittwirkung*, de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, tema capital en el constitucionalismo del presente; pero absolutamente desconocido e ignorado por el constitucionalismo clásico.³²

No es el momento de desarrollar ahora cómo estas transformaciones operan en la doctrina. Basta recordar, como señala Lavagna, que los cambios en la legalidad han determinado obligados procesos de adaptación en la dogmática del derecho público. La sustitución de la categoría, en ciertos casos, de derecho público subjetivo por la de garantía institucional, tal y como la describiera Schmitt, habría que explicarla también desde esta perspectiva.³³

En segundo lugar, no quisiera dejar de recordar que, como conse-

³¹ Conf. Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985, pp. 272 y ss.

³² Conf. por todos Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970.

³³ Lavagna, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, en *Studi economico-giuridici*, Università di Cagliari, XXXVI, 1952-1953, pp. 9-10.

cuencia del consenso y de la introducción de valores materiales en el seno de la legalidad (éste sería el caso del artículo 1 de nuestra Constitución, al establecer como valores supremos del ordenamiento la igualdad, la libertad, la justicia y el pluralismo), los textos constitucionales pierden claridad.

En unas ocasiones, sus disposiciones resultan demasiado abstractas y generales. En otras, excesivamente ambiguas, cuando no contradictorias (piénsese, por ejemplo, en el artículo 38 en relación al 131 de nuestra Constitución). En estas circunstancias, la claridad y la aplicación directa del texto constitucional soñada por Beccaria y los ilustrados, resulta impensable. Propio de las constituciones consensuadas es crear un amplio margen a la interpretación. Con lo cual, y aparte de otras consideraciones posibles, el órgano u órganos que interpretan y, por ello, actúan la Constitución, ya no pueden considerarse, como quería Montesquieu, simples bocas de la ley y meros formuladores del silogismo judicial.

Ahora bien, si dijimos que la legitimidad en la vía del consenso se obtiene nacionalmente, asumiendo en la legalidad los valores que en una comunidad se consideran más generales y evidentes, y si ahora resulta que los intérpretes de la Constitución son quienes, a la postre, definen el alcance y función de esos valores, obvio sería concluir que se produce un desplazamiento de la legitimidad obtenida por consenso a través de los representantes democráticos, a las instancias judiciales, y más concretamente, en nuestro caso, al Tribunal Constitucional. Se comprende de este modo, como dijera Lambert en su libro sobre la dictadura de los jueces, que el problema de la justicia constitucional es, ante todo y sobre todo, un problema de legitimidad.³⁴

Si he traído a colación estos dos supuestos sobre el cambio en la consideración de los derechos y en la temática de la interpretación, ha sido porque quizá representan los dos ejemplos más fehacientes y extremos, en los que se pone de manifiesto el significado y alcance que para entender debidamente la problemática de la Constitución tiene el planteamiento de las cuestiones de legitimidad. Parodiando a Ferrero, cuando en su libro sobre *Le pouvoir* afirmaba que el descubrimiento de la idea de legitimidad le permitió ver claro y comprender la historia, quizá cabría sostener, en contra del positivismo al uso, que sólo cuando los juristas vean claro en las cuestiones de legitimidad constitucional, empezarán a cobrar sentido sus disquisiciones teóricas.³⁵

³⁴ Conf. Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Madrid, 1983, con prólogo de Pedro de Vega, donde se insiste en este tema, pp. 23 y 24.

³⁵ Ferrero, Guiglelmo, *Pouvoir. Les génies invisibles de la cité*, Paris, 1945, p. 15.