

La democracia como forma jurídica

Manuel ARAGÓN

Universidad Autónoma de Madrid

Working Paper n.32

Barcelona 1991

1. Constitución y democracia. Estado constitucional y Estado democrático de Derecho. Una aproximación histórica

El Estado constitucional, concebido del modo más genuino o radical, esto es, definido por aquello que le caracteriza como forma política singular y, por lo mismo, enteramente distinta de otras formas políticas históricas, no es otra cosa, me parece, que el intento de juridificar la democracia. Que ese intento se lograra sólo de manera parcial o incluso fracasara en determinados momentos y que hayan tenido que transcurrir en algunos casos (en su mayoría, más exactamente) casi doscientos años para convertirse en realidad, lo único que significa es que los procesos históricos son a veces mucho más lentos de lo que se piensa. En el terreno de la Historia, se ha dicho en frase muy gráfica, algunas semillas tardan mucho tiempo en germinar y más aún en fructificar. Que ésto es así, es decir, que la semilla estaba y que la situación de ahora no es más que la consecución de una pretensión ya formulada desde el nacimiento del Estado constitucional es lo que pretendo exponer a continuación.

Para ello hay que distinguir dos modos de intentar "juridificar" la democracia, que coinciden a su vez con lo que podríamos llamar dos modos de concebir la Constitución y el Estado, Constitucional. Ambos tienen en común el hecho de intentar esa "juridificación" partiendo de la democracia representativa, y ese dato ya pone de manifiesto, al menos en la práctica (creo que también en la teoría), las dificultades por "constitucionalizar" (esto es, juridificar) la democracia no representativa, entendida, pues, de modo directo (o lo que es igual, la democracia como identidad). Razones prácticas (y razones teóricas, bien expuestas por Kelsen y Böckenförde, por citar sólo dos autores) parecen conducir a la conclusión de que no hay más democracia posible (efectiva) que la democracia representativa. Hecha esta digresión, que no resultaba impropia, me parece, volvamos a tomar el hilo de la exposición.

Decía que han de distinguirse dos modos de intentar "juridificar" la democracia, coincidentes con dos modos de concebir al Estado constitucional. De un lado tenemos lo que podríamos denominar concepto amplio, cuyo origen se encuentra, desde luego, en el constitucionalismo británico, que se extenderá después en la Europa continental del siglo XIX y que aún está en vigor en algunos de los países europeos durante el siglo XX. Tal concepto amplio se corresponde, pues, con un modelo "genérico" de Estado constitucional que tiene como características definitorias (esto es, como medios de juridificar la democracia) el principio del "gobierno representativo" y el principio del "Estado de Derecho". La legitimación democrática del poder (verificada a través de elecciones periódicas) y el "gobierno de las leyes y no de los hombres" (ejercicio del poder mediante el Derecho y no el arbitrio) serán los dos postulados básicos del modelo.

Es cierto que las consecuencias prácticas de estos dos postulados no se producirían inmediatamente a partir de su proclamación, esto es, a partir del nacimiento del tipo de Estado que en ellos se fundamentaba. En tal sentido existirá, durante mucho tiempo, un desajuste entre las pretensiones teóricas del modelo, rotundamente enunciadas, y su funcionamiento práctico. Ni "todo" el pueblo podrá elegir a sus representantes, ni "todo" el poder será representativo, ni "todas" las actuaciones del poder lo serán "con arreglo a la ley" hasta épocas ya muy cercanas a la nuestra. Y ello, como es sabido, no sólo porque triunfase en algunos lugares, durante períodos mas cortos o más largos de tiempo, la antidemocracia (esto es, el anticonstitucionalismo), puesto que entonces, obviamente, son las mismas pretensiones las que se niegan y el modelo teórico, en consecuencia, el que se abandona, sino, sobre todo, porque durante muchos años aquellas pretensiones estuvieron distorsionadas por el intento de compatibilizarlas con pretensiones opuestas (que es lo que ocurre con el liberalismo doctrinario y con la teoría del principio monárquico). La consecuencia de esto último no era exactamente la negación, pero si el falseamiento teórico del modelo.

La práctica de éste que llamamos entendimiento amplio del Estado constitucional sólo coincidirá con la teoría cuando, por fin, se establezca el sufragio universal, se eliminen los residuos aristocráticos (desaparición de las representaciones estamentales y, en términos generales, desaparición de cualquier título para ostentar el poder que no sea el de la representación popular) o, aunque se conserven tales vestigios, se les vacíe de potestades jurídicas efectivas (ya sea a la Cámara de los Lores ya sea a la propia Monarquía) y triunfe en su plenitud el principio de legalidad.

Sin embargo, lo que importa señalar es que estas transformaciones estructurales eran coherentes (venían exigidas) por las mismas pretensiones del modelo; eran, en otras palabras, su desarrollo lógico. El poder político, esto es, - aquél que ejerce el "gubernaculum" (Parlamento y Gobierno), ha de emanar democráticamente (ya sea de manera inmediata, en el caso del "Legislativo", o de manera mediata, en el caso del "Ejecutivo"); y ese poder político ha de ejercerse de forma "regular" (es decir, no arbitraria). Sólo puede gobernarse por representación del pueblo y mediante el Derecho; un Derecho en el que la ley se sitúa en el rango supremo, de ahí que únicamente pueda mandarse "a través de la ley".

Gobierno de la ley y ley hecha por los representantes del pueblo: esa es la forma de Juridificación de la democracia que acaba imponiéndose de manera común (es decir, con identidad de fondo, pese a tantas diferencias formales) en el constitucionalismo británico y en parte del constitucionalismo europeo continental (cuyo ejemplo paradigmático quizás sea el de la III República francesa). La democracia como democracia procedimental ("gubernaculum" de la mayoría) y el

Estado de Derecho como Estado legal serán, pues, las dos características inescindibles de este modelo amplio o genérico del Estado constitucional.

Ahora bien, a poco que se repare en el modelo se observan las muchas dificultades que encierra para obtenerse, a través de los postulados de que parte, la juridificación de la democracia. Por un lado está el problema de la misma Constitución, es decir, de la garantía de vigencia (y aplicación) del modelo. En esta concepción, la Constitución misma virtualmente desaparece, puesto que si el Derecho comienza con la ley, los postulados del "gobierno representativo" y "Estado de Derecho" que sustentan el sistema no están, a su vez, jurídicamente garantizados. Puede entenderse que ellos son el contenido de la Constitución, pero entonces o lo son de una Constitución flexible (sin supralegalidad) o lo son de una Constitución que es norma política, pero no norma jurídica por la inexistencia de un control de constitucionalidad que la haga, prevalecer frente a sus infracciones legislativas (una u otra cosa es lo que ocurre en aquellos Estados tributarios del modelo).

Es cierto que en nuestra época se ha propuesto la solución del problema a través de la "juridificación constitucional" de los postulados, es decir, mediante la consideración de la Constitución como norma jurídica supralegal y garantizada frente al legislador, pero cuyo contenido se limita justamente a la regulación de la organización del Estado, o en otras palabras, del sistema de fuentes del Derecho, o si se quiere de la democracia como proceso de adopción de decisiones (KELSEN) o de la democracia como sistema de puros valores adjetivos o procedimentales (HÄBERLE, ELY).

No obstante, esta solución (que hasta ahora sólo ha sido una propuesta teórica, sin ejemplos en la práctica, al margen de su utilización a efectos interpretativo-constitucionales y, en este terreno, de muy difícil eficacia general) no resuelve el otro gran problema del modelo, que ya fue detectado por ROUSSEAU cuando señalaba que los ingleses se creen libres y se equivocan, porque sólo lo son en el momento de votar; su voluntad política quedaba después enajenada y por ello enteramente sometida a la voluntad política de sus representantes (el Parlamento, democrático, pero omnipotente, se convertiría entonces en el verdadero soberano). El modelo, en consecuencia, a lo más que puede llegar en su pretensión de juridificar la democracia es a asegurar, mediante la Constitución, que sea siempre la mayoría la que gobierne y que quede sometida, en el ejercicio del poder, al cumplimiento de procesos formales a la hora de adoptar sus decisiones.

A nadie se le oculta que, de este modo, el principio democrático, como principio jurídico, se identifica, exclusivamente, con el principio de la mayoría, y el principio de Estado de Derecho con el principio del "debido procedimiento legal". La acusación de ROUSSEAU sigue disfrutando de entera validez, puesto que el poder

del pueblo, vaciado de ingredientes sustantivos, sólo opera a través de una competencia meramente formal (elige a sus representantes pero no determina, en modo alguno, el sentido de las actuaciones de éstos). Investida de la legitimación democrática, la mayoría y no el pueblo es la que ostenta todo el poder (el poder de "hacer", de actuar, sin restricción sustantiva alguna).

Pero frente a este entendimiento amplio del Estado constitucional ha existido, también desde los inicios del constitucionalismo, un entendimiento más estricto: el concepto revolucionario de la Constitución. El problema denunciado por ROUSSEAU no era ignorado, ni mucho menos, por los revolucionarios franceses y norteamericanos. Desechada por ellos la solución, también rousseauiana, del problema (la democracia directa), sólo quedaba una vía para hacer compatible democracia y representación, es decir, soberanía del pueblo y Estado representativo: la limitación material del poder. En otras palabras, el concepto racional-normativo de Constitución (GARCIA-PELAYO).

Y es aquí, en este punto, donde se produce una diferencia tan fundamental entre este modelo y aquel otro amplio al que se ha venido haciendo referencia más atrás, que impide concebir las relaciones entre ambos a través de la fórmula género-especie. El modelo revolucionario de Constitución no puede ser entendido, pues, como una variante del otro modelo constitucional (originado, con anterioridad, en Inglaterra), pues la limitación material del poder supone un auténtico "salto cualitativo" en la concepción teórica del Estado constitucional. Tan importante es este nuevo ingrediente, tan radical la diferencia teórica que introduce, tan distintas las consecuencias (o el desarrollo lógico) de esta pretensión, que inevitablemente conducen a configurar este modelo revolucionario de Constitución y de Estado constitucional como una forma por entero particular y genuina, que solo puede ser comprendida a partir de sus propios postulados.

"Gobierno representativo" y "Estado de Derecho" no constituirán exactamente las características básicas de este modelo. Entiéndase bien, no es que tales características desaparezcan, sino que ya no son definitorias, por sí solas, de la forma política, en cuanto que esta forma se distingue (alcanza su más genuino sentido) por otra característica más profunda y más amplia que las trasciende y sustenta: juridificar la atribución al pueblo de la soberanía, o lo que es igual, convertir en poder jurídico el poder del pueblo. Se pretende juridificar la democracia de modo completo, es decir, "constitucionalizar" la democracia, uniendo mediante la Constitución democracia y Derecho. Es lo que podríamos llamar, propiamente, el Estado constitucional democrático de Derecho. El nuevo Estado aparece así como una construcción deliberada, como la proyección estructural de una idea: la creencia ilustrada en la fusión entre la libertad y la razón.

La libertad exigía que los hombres no estuviesen sujetos más que al

poder emanado de su propia voluntad; la razón imponía la división de funciones entre gobernantes y gobernados; la libertad, en otras palabras, se proyectaba en el principio de la soberanía popular; la razón en el principio de la organización institucionalizada del Estado. Pero ni en el primer nivel (el de la soberanía, podía tratarse de una libertad sin razón, ni en el segundo (el de la organización estatal) de una razón sin libertad. De ahí que la soberanía no se manifestase como un poder que se expresa mediante la pura fuerza (de modo voluble, impredecible, es decir, arbitrario) sino como un poder que se expresa ordenadamente (poder constituyente) mediante una decisión racional, general, jurídica: estableciendo una norma, la Constitución, reguladora del Estado (del poder representativo). Y de ahí que la organización del Estado hubiera de estar construida para servir a la libertad, no para vulnerarla, de tal manera que había que garantizar que, en el Estado ya constituido, el pueblo seguirla siendo soberano, sin que ningún poder "representativo" pudiese suplantarlos, o lo que es igual (pues sólo si el pueblo sigue siendo libre puede seguir siendo soberano), habría que garantizar que los hombres continuaran, en el Estado, siendo libres e iguales en su libertad.

Por ello el poder del Estado tendría que ser un poder representativo (elegido), pero también, e inexcusablemente, limitado; limitado no sólo formalmente (limitación temporal mediante elecciones periódicas, limitación funcional mediante la división de poderes) sino, sobretudo, materialmente (derechos fundamentales). Sólo la garantía "constitucional" de los derechos fundamentales, indisponibles por el legislador, permitía juridificar de manera más plena la democracia, es decir, asegurar que, en el Estado democrático, el pueblo seguiría siendo soberano, esto es, seguirla siendo un pueblo libre, cuya libertad sería intocable (jurídicamente) incluso por obra de la propia mayoría. Derechos frente al Estado, derechos frente a la mayoría, éste era el núcleo fundamental de este modelo en el momento del nacimiento del Estado constitucional producto de la revolución francesa y de la independencia norteamericana, como ha sido puesto de manifiesto en tantas ocasiones por la doctrina más solvente (entre nosotros, por ejemplo, CRUZ VILLALON).

Ocurre, sin embargo, que estas pretensiones, comunes en los procesos revolucionarios francés y norteamericano, sólo arraigaron después, de manera estructural, por razones conocidas, en los Estados Unidos de América. En la Europa del siglo XIX y buena parte del XX, el modelo revolucionario alcanzó muy escasa vigencia y fue sustituido, casi de inmediato, aparte de por la negación misma de la Constitución en algunos casos, por aquel otro modelo amplio al que antes nos habíamos referido. Cuando en Europa se produce, de manera precaria en el primer tercio de este siglo, y de manera más permanente a partir de la segunda postguerra mundial, el establecimiento del Estado constitucional democrático de Derecho (Constitución normativa, derechos fundamentales constitucionalmente garantizados) lo que realmente ocurre no es tanto el

nacimiento de un nuevo modelo cuanto la recuperación (con adaptaciones y adiciones -Estado social, Estado compuesto, principalmente - como es obvio, no en vano han pasado más de ciento cincuenta años) del modelo revolucionario, es decir, de la Constitución racional-normativa, o más exactamente, de las pretensiones fundamentales de ese modelo.

Ahora bien, el problema de la juridificación de la democracia no cabía resolverlo enteramente con la simple recuperación del concepto racional-normativo de Constitución (y por lo mismo con la aproximación - que no puede ser nunca, claro está, una mera "conversión" - a la práctica de dicho modelo en Norteamérica), ya que quedaba por resolver un extremo, capital, que el modelo revolucionario no había enteramente despejado (aunque lo había intuido): el de la juridificación de la soberanía no sólo como poder constituyente originario, sino también como poder constituyente permanente, esto es, el de la reforma total de la Constitución. Sobre ello trataremos a continuación.

2. Estado democrático y soberanía del pueblo: el poder de reforma constitucional como poder constituyente juridificado

Así como para tratar de un problema de teoría general del Derecho constitucional, que fue lo que se hizo en el epígrafe anterior, parecía que el método más correcto era el histórico-comparativo, ahora, para abordar un supuesto concreto, cuya regulación constitucional no está exenta de contradicciones en los ordenamientos pertenecientes al mismo sistema, o a la misma forma de Estado (constitucional democrático de Derecho), parece que el mejor método debe ser el exegético-singular, esto es, examinar el problema en nuestra propia Constitución, utilizando la Historia y el Derecho comparado de manera exclusivamente complementaria.

Veamos, pues, cómo está regulado en nuestra Constitución el poder constituyente. La auto-referencia constitucional al poder del que la misma Norma Fundamental emana está recogida al comienzo del Preámbulo: "La Nación española (...) en uso de su soberanía (...). La naturaleza democrática de esa emanación es algo que no ofrece dudas: voluntad de las Cortes (primeras Cortes democráticas de la transición, de claro y patente designio constituyente) adoptada por mayoría de 2/3 y con aprobación final por referéndum nacional, en una situación de plenas garantías (al menos en sus aspectos básicos) de libertades ciudadanas y de pluralismo político. Aquí la indagación jurídica termina, puesto que sólo le cabe constatar la veracidad práctica de la autoreferencia constitucional sobre su propia génesis (el Preámbulo no es norma prescriptiva sino meramente explicativa).

Dicho eso hay que pasar al otro problema que más le importa al jurista, que es precisamente el de la definición (prescripción) constitucional del soberano, es decir, la determinación constitucional de quien es el soberano desde que la Constitución entra en vigor, así como el significado que a ese poder soberano atribuye el propio texto constitucional. En otras palabras, lo que ha de indagarse es la titularidad y el contenido de la soberanía "ex-Constitutione".

El apartado 2º del art. 12 de nuestra Constitución proclama que "la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado". Aunque en el precepto se emplean al mismo tiempo los términos "pueblo" y "nación" (de manera similar, pero con una finalidad probablemente distinta, a como sucede en el art. 3º de la vigente Constitución francesa), a los efectos que aquí importan la interpretación jurídica que ha de darse es clara: la soberanía reside en el pueblo y, por tanto, a él pertenece el poder constituyente.

Ahora bien, ocurre que cuando nos planteamos lo que sea la soberanía (su contenido, es decir, su cualidad de poder) nos enfrentamos con un problema ciertamente complicado (quizás, entre otras razones, porque ha sido deliberadamente oscurecido). De todos es conocida, pues se convirtió en canónica, la vieja definición de BODINO: la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república. Sin embargo, la recepción pura y simple de esta definición en el Estado constitucional (mejor dicho, en la teoría del Estado constitucional), con el único cambio del titular de ese poder (soberano ya no será el príncipe, sino el pueblo) supone incurrir en una serie de graves contradicciones y falseamientos teóricos cuyas consecuencias, para el Estado constitucional, aún perduran.

Es evidente que el traslado de la titularidad de la soberanía, de una entidad individual (el Monarca) a una entidad colectiva (la Nación, equivalente al pueblo, no la Nación en el concepto de los doctrinarios o del principio monárquico, puesto que nos estamos refiriendo al entendimiento estricto o revolucionario de Constitución y Estado constitucional), 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 la colectividad (antes de ejercer el poder, antes incluso de la elaboración de la Constitución, antes, desde luego, de la atribución de la soberanía "ex-Constitutione") ya se encuentra organizada sino también que a la colectividad soberana acompaña una regla de la que no puede desligarse: la regla de la mayoría. En conclusión, cuando la soberanía recae en una colectividad, por principio (por el hecho mismo de dicha titularidad colectiva), el ejercicio de tal poder está condicionado a la existencia de una organización y de unas reglas de procedimiento para que "verazmente" pueda expresarse esa colectiva voluntad soberana. El carácter absoluto, fácilmente entendible cuando es un individuo el soberano, se presenta ya difícilmente inteligible cuando el soberano es una colectividad. En otras palabras, el término absoluto es contradictorio con la

titularidad democrática de la soberanía.

Pero hay otro escollo más (o si se quiere otra contradicción) en la traslación a que estamos aludiendo, y que no se deriva tanto de la titularidad democrática de la soberanía cuanto de su mismo carácter absoluto, o lo que es igual, ilimitado, es decir, no sometido al Derecho. Aquí (aunque el problema está enlazado con el anterior) la contradicción no es exactamente entre "absoluto" y "democracia", sino entre "absoluto" y "Estado constitucional de Derecho". Un poder sin límites es, por definición, un poder inaprehensible por el Derecho, situado no dentro, sino fuera de él, un poder que 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 de la relativización. Introducir lo absoluto en el Derecho conduce, inexorablemente, a desvirtuarlo, convirtiendo al Derecho o en una teología (SCHMITT) o en una metafísica (ese es el riesgo de KELSEN). El Estado constitucional es, por principio, Estado de Derecho y, en consecuencia, el Estado democrático constitucional implica la juridificación de la democracia y por ello la necesidad de concebir jurídicamente (y ello significa limitadamente) a la propia soberanía.

Como es sabido, la fórmula precisa, derivada de esa conclusión, se expresa con toda claridad en el apartado segundo del art. 1º de la vigente 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 (MORTATI) un carácter jurídico y no meramente fáctico. Ahora bien, ello no significa que la Constitución sea la fuente de la soberanía y por tanto que sea la Constitución, verdaderamente, la soberana (como opina MORTATI), pues diluir en la norma (la Constitución) o en el Estado (el Estado constitucional) la soberanía supone, claramente, falsear su titularidad democrática (como muy bien señalara HELLER).

La constitucionalización de la soberanía tampoco significa la desaparición del soberano, como opina KRIELE, para quien no hay soberano en el Estado constitucional (KRIELE sigue operando con la vieja inercia de que la soberanía es poder absoluto y por lo mismo de imposible juridificación). Al contrario, el Estado constitucional se sustenta, precisamente, en la proclamación de que hay un soberano y de que ese soberano es el pueblo (RUBIO LLORENTE). Soberano que se autolimita a través de la Constitución y autolimitación que no repugna a la teoría, es decir, que no encierra una contradicción insalvable, siempre que no desvirtuemos el carácter jurídico de esa teoría, lo que quiere decir siempre que no separemos Estado democrático y Estado de Derecho. El significado más profundo de la Constitución auténtica, esto es, de la Constitución normativa, radica precisamente en la asociación, y no en la disociación, de ambas categorías (así,

por ejemplo, KÄGI, HESSE, DENNINGER), lo que obliga a entender que la soberanía habrá de ejercerse jurídicamente (así lo aceptan, entre otros, los autores que acaban de citarse) .

Parece claro que debe rechazarse, científicamente, toda teoría que, presentándose como teoría jurídica, se construya, sin embargo, a partir de una verdadera contradicción, esto es, a partir de una primera y flagrante negación jurídica, que consiste en entender como no jurídico un precepto nuclear de la misma Constitución: el de la atribución de la soberanía al pueblo. No vale (científicamente) olvidar esa prescripción o negarla, diciendo que no es el pueblo, sino el Estado, o el ordenamiento, el soberano o incluso que no existe soberano. Si quiere "hacerse" "Derecho Constitucional como Derecho" (por emplear una conocida y feliz expresión) no queda más remedio que ser congruente y, por ello, que entender a toda la Constitución como norma, incluido principal y primariamente el precepto constitucional que regula la soberanía. La soberanía resulta así un concepto juridificado y el pueblo el titular (el único titular) jurídicamente de esa soberanía. El Derecho Constitucional no tiene más remedio que partir de ahí y extraer las correspondientes consecuencias.

El poder soberano concebido en términos absolutos, que no actúa, pues, a través del Derecho, resulta una noción a-jurídica, un concepto político de imposible normativización. Lo que obligaría a entenderlo o bien como una pura idea que se sustenta a sí misma sin ninguna conexión con la realidad (un supuesto hipotético completamente abstracto) o bien como una mera cuestión de hecho (el ejercicio de la revolución o del golpe de Estado). El intento de "comprender" la explicación idealista parece descartable, so pena de convertir el saber político en una logomaquia. Cabe, por el contrario, intentar "comprender" la explicación fáctica a través de su consideración sociológica. El único modo, entonces, de acercarse a la soberanía popular, considerada políticamente como una mera cuestión de hecho, sería, me parece, a través de la categoría del consenso.

Ahora bien, la importancia (y la grandeza) histórica de la Constitución, como concepto (y del Estado constitucional como estructura) 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 objeto de que la voluntad popular no sea suplantada. La normativización de la soberanía popular no significa, entonces, tanto su limitación como su garantía y, en tal sentido, la autolimitación del soberano, constitucionalizándose, no repugna a su propia condición de soberano (más aún, como soberano popular, colectivo, lo requiere). Por ello la Constitución (normativa y democrática, que me parecen dos términos indisolubles), al reconocer la soberanía popular y los derechos fundamentales,

supone la positivación, es decir, el aseguramiento, tanto del derecho de revolución del pueblo como del derecho de resistencia de los ciudadanos, categorías que dejan ya de ser exclusivamente morales o políticas para adquirir una naturaleza jurídica.

Dejando por el momento el examen de la conexión entre el principio democrático y los derechos fundamentales (de lo que se tratará más adelante), la conexión entre democracia y juridificación de la soberanía conduce necesariamente a sostener, me parece, que la única autolimitación del poder constituyente que resulta compatible con la conservación de su carácter soberano es la autolimitación procedimental y no la autolimitación material. Es decir, la juridificación de la soberanía popular comporta, inexcusablemente (por todo lo que acaba de decirse), 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 con otras palabras, porque el pueblo tiene que conservar (garantizada) la libertad de decidir, jurídicamente, su propio destino.

Como queda claro, el problema se residencia, pues, en la cuestión de la reforma constitucional, esto es, en la conexión entre poder constituyente (y soberano) y poder de reforma. Nuestra Constitución no contiene cláusulas de intangibilidad, es decir, no existen, en nuestro ordenamiento, límites materiales frente a la reforma, permitiéndose, en el art. 168, la revisión total de la Constitución. Sin embargo, esta ausencia de límites materiales es admisible teóricamente sólo en la medida en que (como se prevé por el propio art. 168) el soberano participa, necesaria y definitivamente (ese es el carácter del referéndum previsto en el precepto) en ese poder de revisión total de la Constitución. De lo contrario, es evidente que una Constitución democrática habría de contener límites materiales frente a un poder de reforma en el que el pueblo no tenga asegurada necesariamente su participación (como instancia última e inapelable), de ahí que resulte congruente que existan tales límites en el procedimiento de reforma parcial del art. 167 (ahí el referéndum no es necesario, sino facultativo, y el cambio total que por esta vía se prohíbe está abierto, sin embargo, por el otro procedimiento del art. 168).

Estas reflexiones conducen, inevitablemente, a la crítica de cualquier situación constitucional que descansa en la hipótesis contraria: es decir, en la existencia de cláusulas constitucionales intangibles (expresas o tácitas) o en la existencia de un procedimiento de revisión constitucional en el que la reforma (con límites materiales o sin ellos) 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, el art. 168 significa la identificación del poder constituyente con el

poder de reforma, es decir, la juridificación del poder constituyente, que es justamente el cumplimiento de la pretensión más genuina del Estado constitucional, que enlaza, y no separa, democracia y Derecho.

En definitiva, los límites materiales (de los que aún no se han desprendido algunas Constituciones del presente, como es bien sabido) ponen de manifiesto un defecto de juridificación de la democracia, en cuanto que significan o que el Derecho impone a las generaciones futuras la obligación de quedar sometidas a la voluntad de la generación 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 penosa obligación de expresar su voluntad (cuando no coincidiese con la del pasado) al margen de la norma, con lo cual el Estado democrático perdería su completa condición de Estado de Derecho. De ahí la absoluta corrección de nuestro ordenamiento al permitir, sin más límites que los procesales, la revisión total de la Constitución.

Situación, por lo demás, que presta el argumento decisivo para exigir la obediencia al Derecho, en cuanto que ninguna pretensión de cambio, ninguna ideología, resulta proscrita; sólo se les exige que acaten las reglas del juego, es decir, que pretendan imponer los cambios, por muy radicales que sean, mediante el procedimiento constitucionalmente previsto (Sentencias 101 y 123/1983, entre otras, del Tribunal Constitucional). Aquí, en este nivel, en el de la juridificación de la soberanía popular, no existen límites al pluralismo democrático. Cuestión distinta es la de la juridificación de la democracia Como poder constituido (y no como poder constituyente), es decir, el principio democrático, como principio jurídico, operando ya en el plano de la organización estatal: en el plano de los representantes y no de los representados, que es lo que se examinará a continuación.

3. Juridificación de la democracia y organización estatal. La dimensión material del principio democrático

Si el principio democrático, concebido como principio jurídico, cuando opera como fundamento de la validez de la Constitución sólo puede entenderse, como se ha visto, en su dimensión exclusivamente procedimental (en ese estadio no puede haber, pues, límites al pluralismo político), cuando opera como fundamento de validez del resto del ordenamiento (o si se quiere, en clave estructural, como principio rector de la organización de los poderes del Estado) adquiere inevitablemente un significado también material.

Y ello es así porque una cosa es la idea de democracia que la Constitución tiene para su "transformación" (idea que, como se explicó más atrás, ha de ser enteramente "abierta") y otra bien distinta la idea de democracia que la

Constitución tiene para su "realización". En este último sentido, la Constitución, que es enteramente neutral en cuanto a sus hipotéticos cambios, no es enteramente neutral en cuanto a su aplicación, esto es, mientras se conserve vigente en su texto actual y no sea reformada. En resumen, la Constitución expresa (impone a la organización estatal) una determinada idea de la democracia en la que no hay sólo forma, sino también contenido, es decir, concibe a la democracia como un orden que descansa en determinados valores (libertad, igualdad, justicia y pluralismo político), concretados también en determinadas estructuras (poder representativo, elecciones democráticas, división funcional y territorial del poder) y en determinados derechos (derechos fundamentales) que resultan indisponibles para el legislador y que, por lo mismo, constituyen un límite al pluralismo político (operando, volvemos a insistir, en el plano infraconstitucional).

Es cierto, sin embargo, que de estos límites, sólo los materiales son, en sentido propio, verdaderos límites al pluralismo (los procedimentales o funcionales: representación y organización, no impiden la - realización de "políticas" diversas). Por ello tales límites materiales constituyen el auténtico fundamento del orden político mientras éste no se cambie a través de la reforma de la Constitución. Ese es el significado preciso del art. 10-1: "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes (...) son fundamento del orden político (...)". Los derechos fundamentales, en consecuencia, aparecen con figurados como limitación material del poder del Estado, lo que resulta congruente con la juridificación de la soberanía popular, pues los derechos fundamentales son, exactamente,, la garantía de la soberanía del pueblo, es decir, la inexcusable condición para su efectividad: sólo un pueblo libre puede ser soberano.

En el plano de la soberanía popular, decíamos, la juridificación de la democracia sólo puede tener un significado procedimental. En el plano del Estado (del poder no soberano) la juridificación de la democracia ha de tener, necesariamente también, un significado material, acabamos de decir. Pues bien, en la constatación de que ello es así en nuestro ordenamiento se basa la conclusión de que nuestra Constitución juridifica (o lo pretende, pues el Derecho se mueve siempre en el mundo del "debe ser") de manera plena la democracia. Más aún, es que dicha juridificación consiste, precisamente, en la conexión entre los dos planos y en la necesidad de que en uno y otro los límites sean de esa distinta entidad. Sólo son aceptables los límites materiales en la aplicación de la Constitución porque ellos pueden ser extinguidos (la Constitución cambiada) sin más límites que los procesales; sólo se preserva, se garantiza, esa libre decisión del soberano en la medida en que permanece libre, es decir, en la medida en que existen frente al poder del Estado ámbitos inmunes que garantizan a los ciudadanos la preservación de su libertad.

Ahí está, me parece, el punto de encuentro entre las doctrinas

constitucionales de la democracia procedimental y la democracia sustantiva, esto es, entre la concepción de la Constitución como norma abierta y la concepción de la Constitución como sistema material de valores. El Estado constitucional democrático de Derecho supone el intento de juridificar la democracia en la medida en que concilie una y otra concepción, en los dos planos en que opera (en el de la soberanía y en el del poder constituido), extrayendo las correspondientes consecuencias jurídicas.

Hoy, después de tantos años, puede decirse que en España, y en otros países del mundo, está fructificando aquel intento, comenzado a finales del siglo XVIII, que se llamó el Estado constitucional y que, en realidad, no es más que el Estado democrático de Derecho, es decir, la forma de Estado que pretende asegurar un orden de convivencia en el que los hombres permanezcan libres e iguales en su libertad. Ese camino (que nunca terminará de recorrerse por entero, pues en su condición siempre problemática e inacabada reside también su grandeza) no es otro, pues, que el de la juridificación de la democracia, o lo que es igual, el de la concepción de la democracia no sólo como forma política, sino también como forma jurídica.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Con mayor detalle y extensión he tratado de estos problemas en mis trabajos "Constitución y democracia", 1989, "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", 1987 (R.E.D.C., nº 19), y "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", 1986 (R.E.D.C., nº 17). Allí se encuentran tratados también otros problemas sobre la juridificación de la democracia que aquí no han sido abordados, como el del "derecho de autodeterminación", la autodisposición de la propia democracia o de la misma configuración de la nación, la eficacia del principio democrático como principio general del Derecho (su eficacia directa y su eficacia interpretativa) y, en fin, la validez operativa de la democracia, como principio jurídico, para la teoría del Derecho Constitucional y, en general, del Derecho público. Como es inevitable, algunas de las partes del presente trabajo coinciden muy sustancialmente (e incluso a veces literalmente) con algunas partes de esos otros trabajos míos a los que acabo de aludir, aunque pueden notarse también perfectamente algunas variaciones y aclaraciones respecto de aquellos textos. De todos modos, quizás sea el primer epígrafe del texto de ahora el que debe menos a lo ya publicado.

Un entendimiento algo distinto del que sostengo sobre los límites de la reforma constitucional puede encontrarse en P. DE VEGA, "La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente", 1985; la raíz de esta divergencia de posturas quizás proviene de que parto de un entendimiento de las categorías de legitimidad y validez constitucionales algo diferente también del que parece sustentarse por P. DE VEGA en su excelente obra. Problema distinto es el del grado de rigidez del procedimiento del art. 168 de la Constitución, bien tratado por J. PEREZ ROYO, "Reforma de la Constitución", 1987. Una interpretación más próxima a la mía sobre la ausencia de límites materiales en nuestro ordenamiento se encuentra en I. DE OTTO, "Defensa de la Constitución y partidos políticos", 1985; aunque, en otra cuestión, la de la "reforma de la cláusula de reforma", se sostiene ahí una postura distinta: I. DE OTTO sigue las tesis de ROSS (la cláusula de reforma es inmodificable) y yo, por el contrario, defiendo la posibilidad de modificar la cláusula de reforma de acuerdo con la tesis de HART (en la democracia constitucional la "omnipotencia" del soberano no es "continuada", sino "autocomprensiva", capaz de definir y redefinir las formas de emanación de su voluntad).

Las menciones que en el texto se hacen de diferentes autores se refieren a las siguientes obras:

BÖCKENFÖRDE: Demokratie und Repräsentation. Zur kritik der heutigen Demokratie-discussion, 1983.

BODINO: Los seis libros de la república, edic. (selec.) IEP-Caracas, 1966.

CRUZ VILLALON: "Formación y evolución de los derechos fundamentales", Revista Española de Derecho Constitucional, nº 25 (enero-abril), 1989.

DENNINGER: Staatsrecht, 1973.

ELY: Democracy and Distrust, 1980.

GARCIA-PELAYO: Derecho Constitucional Comparado, edic. 1984.

HÄBERLE: Verfassungs als öffentlicher Prozess, 1978.

HELLER: La soberanía, edic. UNAM-México, 1965.

HESSE: Gründzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 142 edic., 1984.

KÄGI: Rechtsstaat und Demokratie. Antinomie und Synthese, en VV.AA., Der bürgerliche Rechtsstaat, 1978, vol. I.

KELSEN: Esencia y valor de la democracia, edic. Labor-Barcelona, 1977: Teoría pura del Derecho, edic. UNAM-México, 1982.

KRIELE: Einführung in die Staatslehre, 1975.

MORTATI: Comentario al art. 1º de la Constitución italiana, en Comentario..., dirig. por BRANCA, vol. I.

ROUSSEAU: Du contrat social, edic. Gallimard, 1964.

RUBIO LLORENTE: La Constitución como fuente del Derecho, en VV.AA., La Constitución española y las fuentes del Derecho, 1979, vol. I.

Acerca de estas obras quiero hacer sólo un comentario (algo amplio, y me excuso), referido al trabajo de BCKENFÖRDE sobre "Democracia y representación", lo que me permite a su vez explicar una escueta afirmación que hago en el texto acerca de la democracia representativa como única democracia posible.

Se trata de lo que podríamos llamar la argumentación de la solución "constitucional" frente a la solución "rousseauiana". Bajo la idea de la democracia como identidad me parece que se esconde una patente debilidad teórica. Y ello no sólo porque la democracia "de identidad" parta de un auténtico sofisma (el de la unidad de la voluntad popular como un supuesto del que el Derecho parte, cuando ocurre que es el resultado de la "composición" que por el Derecho se obtiene) o porque su desenvolvimiento se deslice inevitablemente por la vía de la "adhesión" (o más aún, de la "comunidad", e incluso de la auto-representación absorbitiva, que es al fin y al cabo la fórmula schmittiana que contrapone "Repräsentation" a "Vertretung"), sino, sobre todo, porque la propia realidad desmiente el supuesto "plusvalor" de la democracia directa como democracia "en" la Constitución, es decir, como modo de organización del Estado.

La tónica 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 buena teoría. El único modo de enfrentarse seriamente con el problema es negando esa falsa contraposición. En este punto, el trabajo de BÖCKENFORDE es de una penetración ejemplar. No cabe, dirá, separar lícitamente, 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, dirá este autor, lleva a la conclusión de que no puede hablarse de una primacía o de un "plusvalor democrático" de la democracia directa frente a la democracia representativa, sino, por el contrario, de que esta última constituye la forma propia de la democracia, sobre todo, de la democracia como modo de ejercicio del poder constituido. Cosa bien distinta es el cambio que hoy experimenta la representación por obra del papel de los partidos, pero ello no afecta, por sí solo, al problema del que estamos tratando.