

LA VOLUNTAD DE LA MAYORÍA

La filosofía política subyacente en la crisis constitucional española

“Incluso en el supuesto de una expansión ilimitada del poder del Estado sobre el individuo, de la completa aniquilación de la ‘libertad’ individual y de la negación del ideal liberal sería posible la democracia siempre que aquel poder fuera obra únicamente de los que le están sometidos”.
(H. Kelsen)¹

“Una democracia constitucional puede desaparecer porque ha sido sustituida por un orden político más eficaz [...]. La legitimidad de dicho cambio no sólo reside en seguir al pie de la letra los procedimientos establecidos; además, el nuevo orden constitucional debe garantizar mejor la seguridad de la nación, fomentar de forma más eficiente la prosperidad económica, y proteger con mayor grandeza y ecuanimidad la dignidad de todos sus ciudadanos permitiéndoles vivir plenamente sus vidas, es decir, en una sociedad en la que reine la paz y la justicia entre sus miembros y con los pueblos del resto de las naciones.”
(W. F. Murphy)²

1. DOS CONCEPTOS DE DEMOCRACIA

Normalmente, la democracia se entiende como el gobierno del pueblo, cuya voluntad, articulada por medio del principio mayoritario, se expresa a través de las urnas, de manera tal que la voluntad del pueblo se identifica, en esta segunda mediación, con la voluntad mayoritaria de los representantes elegidos. Esta comprensión de la democracia

José J. Jiménez Sánchez es Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Granada.

¹ **H. Kelsen**, *De la esencia y valor de la democracia*, 2006 (1929), pág. 54. Edición y traducción de J. L. Requejo Pagés.

² **W. F. Murphy**, *Constitutional democracy. Creating and maintaining a just political order*, 2007, pág. 534.

requiere de ciertas correcciones –autolimitaciones las llamaré Kelsen–, a fin de evitar los serios riesgos que entraña, especialmente en la medida en que conduzca a considerar como antidemocrática cualquier actuación que se enfrente a lo expresado por la voluntad mayoritaria, lo que supondría la degeneración de la democracia mayoritaria, a la que Kelsen calificó como mero imperio de la mayoría. Si la democracia debe ser algo más que la voluntad de la mayoría, entendida como su imperio, la democracia mayoritaria requiere de modificaciones que impidan su deslizamiento hacia el imperio de la mayoría. Si las limitaciones entendidas como autolimitaciones no fueran suficientes –y no parece, como veremos, que lo sean–, necesitaríamos de otro concepto de democracia, la democracia constitucional –asociativa la denominaré Dworkin–, en la que aquéllas se entienden como constitutivas de la misma democracia y, por tanto, no quedan a disposición de ninguna voluntad mayoritaria, lo que posibilita que en esa democracia se generen, mantengan y justifiquen posiciones contramayoritarias.

La insuficiencia de una democracia asentada exclusivamente en el principio de la mayoría exige que tal principio se acompañe de correcciones a fin de evitar sus excesos. Kelsen apoya el principio de las mayorías, pero es consciente de los problemas a que puede conducir su ejercicio. De ahí que afirme que “la voluntad colectiva formada con arreglo al llamado principio de mayoría no nace como un dictado de la mayoría contra la minoría, sino como el producto de la influencia recíproca entre ambos grupos, como la resultante en la que se equilibran sus directrices políticas antagonistas”³. Una influencia recíproca que se llevará a cabo mediante la transacción entre ambas partes que requiere, a su vez, de la existencia de “garantías de que todos los intereses de partido, y en el mayor grado posible, pueden manifestarse y entrar en concurrencia unos con otros, de manera que finalmente pueda alcanzarse un compromiso entre ellos”⁴. En opinión de Kelsen, la experiencia demuestra que el principio de la mayoría es “compatible con la protección de la minoría. Y ello porque la mayoría presupone, por definición, la existencia de una minoría, y, por tanto, el derecho

³ Kelsen, *De la esencia y...*, op. cit., págs. 145-146.

⁴ Kelsen, *De la esencia y...*, op. cit., pág.157.

de la mayoría implica el derecho a la existencia de una minoría. De ello no resulta la necesidad, pero sí la posibilidad de la protección de la minoría frente a la mayoría. Esta protección de la minoría constituye la función esencial de los llamados derechos y libertades fundamentales o derechos humanos y civiles”⁵.

Es cierto que un orden social sólo puede establecerse apoyado en la mayoría, sobre lo que la mayoría decida. Pero tal planteamiento conlleva una dificultad. Si el orden social no puedo constituirlo desde la voluntad general, en tanto que no hay manera de llegar a descifrarla, parece entonces claro que sólo podré encontrar la solución con base en aquello que decida la mayoría. Sin embargo, las decisiones mayoritarias se encuentran frente al argumento de la *'reductio ad hitlerum'*, un argumento que, nos guste o no, es muy consistente, pues plantea que la corrección o incorrección de una decisión no puede depender del número de personas que la apoyen, sino de la rectitud del argumento que se defiende. Esto no quiere decir que el número sea irrelevante. Dicho de otra manera, el número de personas es una condición necesaria, pero no suficiente. Sin un número mayoritario de personas que apoyen una medida no hay nada que hacer, pero sólo con el número tampoco. Necesitamos algo más, que va más allá del número y que se mueve bajo unos parámetros distintos, pues su corrección no dependerá ya del número, sino de la consistencia de lo defendido. En definitiva, el principio de las mayorías por sí mismo no puede evitar que se instale un sistema político contrario al propio juego del principio de las mayorías. Así, la mayoría podría impedir que se formara una mayoría de distinto signo. De ahí que el principio de las mayorías, a través del que se plasma el de la soberanía popular, requiera de unos límites, una serie de derechos y libertades individuales. Parece evidente que el principio de las mayorías sólo podría encontrar justificación en la medida en que quedasen garantizados los derechos de las minorías por medio del reconocimiento de una serie de derechos y libertades fundamentales. Esto trata de garantizarlo Kelsen a través de dos medidas de carácter constitucional, primero, la introducción de una mayoría cualificada que funcione como freno de la ma-

⁵ Kelsen, *De la esencia y...*, op. cit., pág. 139.

yoría absoluta en determinados temas y, segundo, por medio de la introducción del control de constitucionalidad, que es la tarea propia de la jurisdicción constitucional. La primera medida no altera en absoluto su concepción de la democracia, todo lo contrario, pues ahonda en ella, al consistir en la exigencia de un número mayor de representantes a la hora de iniciar ciertas reformas, normalmente aquellas que afectan a las bases del sistema, es decir, las de carácter constitucional. La segunda tiene un cariz distinto, hasta el punto de que sus presupuestos entran en contradicción con los de la primera medida.

El reconocimiento de esos derechos requiere coherentemente la existencia de mecanismos que aseguren su realidad por medio de su protección, lo que en nuestro sistema recae en el poder judicial. Tocqueville fue el primer autor que reconoció la “importancia política” del poder judicial, en tanto que actúa “como contrapeso y barrera al poder legislativo”⁶. Esto está íntimamente unido a la preocupación de Tocqueville por los excesos democráticos y la necesidad de establecer límites a los mismos. Señala que el freno más importante que se establece en los Estados Unidos ante los excesos de la democracia lo constituyen los juristas en general, cuyo cuerpo “forma en ese país el más poderoso y, por así decir, el único contrapeso de la democracia”⁷, pues los “hombres que han hecho un estudio especial de las leyes han adquirido en esos trabajos unos hábitos de orden, un cierto gusto por las formas, una especie de amor instintivo por el encadenamiento regular de las ideas que los hacen naturalmente muy opuestos al espíritu revolucionario y a las pasiones irreflexivas de la democracia”⁸. Entre los juristas destaca la magistratura, ya que considera que el “poder concedido a los tribunales americanos de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes, encerrado en sus límites, forma todavía una de las barreras más poderosas que se hayan construido nunca contra la tiranía de las asambleas políticas”⁹ y su causa se encuentra en que “los americanos han reco-

⁶ A. de Tocqueville, *La democracia en América*, ed. y trad. E. Nolla, Aguilar, Madrid, 1988 (1835 y 1840), págs. 100 y 101. Las citas corresponden al primer volumen.

⁷ Tocqueville, *La democracia...*, *op. cit.*, pág. 263.

⁸ Tocqueville, *La democracia...*, *op. cit.*, pág. 259.

⁹ Tocqueville, *La democracia...*, *op. cit.*, pág. 106.

nocido a los jueces el derecho a fundamentar sus decisiones sobre la *Constitución* más que en las leyes¹⁰. Esta práctica hizo que el centro de los problemas lo ocupase la preocupación por el juego que pudiera establecerse entre la ley y la Constitución, así como por el papel que en tal juego ha de desempeñar un poder como el poder judicial.

A partir del sometimiento de la política a las exigencias constitucionales, que es lo que en el fondo significa el control de constitucionalidad, Dworkin¹¹ ha repensado los problemas expuestos: las insuficiencias y excesos de la democracia asentada en el principio de la mayoría, así como la necesidad de su corrección por medio del reconocimiento y protección de los derechos individuales, aunque ahora ya no se conciben como una mera creación de la mayoría, sino precisamente como condición de posibilidad de la formación de la misma mayoría. Su reflexión se ha encaminado a defender y justificar la posibilidad de contradecir lo que la mayoría de los ciudadanos por medio de sus representantes ha establecido. En su opinión, quienes defienden la premisa mayoritaria consideran que la existencia de provisiones constitucionales que restringen lo que la mayoría puede promulgar es limitadora de la libertad positiva de la comunidad, en tanto que constriñe el derecho del pueblo a gobernarse a sí mismo. Frente a esta posición se encuentran quienes, como él mismo, defienden una posición constitucionalista construida sobre la defensa de las libertades negativas, cuyo coste recae sobre la libertad positiva de autodeterminación. La razón de fondo de su crítica a la premisa mayoritaria se encuentra en que en una democracia extensa, el poder de cualquier individuo para influir sobre las decisiones nacionales es muy pequeño, tan mínimo que no puede pensarse que los límites constitucionales al derecho del pueblo a gobernarse pudieran disminuirlo en cantidad suficiente como para que pudiéramos pensar que esa razón sería una objeción. Por el contrario, los límites que las libertades negativas establecen a la voluntad mayoritaria pueden ampliar el control de cualquier individuo concreto sobre su propio destino.

¹⁰ Tocqueville, *La democracia...*, op. cit., pág. 102.

¹¹ R. Dworkin, "Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, New York, 1996, págs. 1-59, *passim*.

R. Dworkin ha vuelto a insistir en estas ideas en su última obra¹², en la que diferencia entre dos conceptos de democracia, la mayoritaria y la democracia asociativa. La concepción mayoritaria entiende la democracia como “el gobierno elegido por la voluntad de la mayoría, es decir, de acuerdo con la voluntad del mayor número de personas, expresado a través de elecciones realizadas por sufragio universal o prácticamente universal. Sin embargo, no está garantizado que la mayoría elija de forma justa; sus decisiones pueden resultar injustas para las minorías cuyos intereses son ignorados de forma sistemática por la mayoría”. Por el contrario, la democracia asociativa “significa que el pueblo se gobierna a sí mismo y que cada uno de sus miembros es socio de pleno derecho de una empresa política colectiva de tal forma que las decisiones de una mayoría son democráticas sólo en la medida que se cumplen ciertas condiciones adicionales que protegen el estatus y los intereses de cada socio de pleno derecho de dicha empresa. Desde el punto de vista asociativo, una comunidad que ignora constantemente los intereses de una minoría en particular o de otro grupo, deja de ser democrática justamente por este motivo a pesar de que elija a sus representantes mediante un sistema mayoritario fuera de toda duda”¹⁴.

Este concepto de democracia asociativa sería similar al de democracia constitucional que exige, de acuerdo con Murphy, que los cambios que en la misma se produzcan se lleven a cabo no sólo de acuerdo con los procedimientos establecidos, sino que además esos cambios supongan, especialmente, una mejora efectiva de “protejan con mayor grandeza y ecuanimidad la dignidad de todos sus ciudadanos permitiéndoles vivir plenamente sus vidas, es decir, en una sociedad en la que reine la paz y la justicia entre sus miembros y con los pueblos del resto de las naciones”¹⁵. Esto implica que las reformas que se hagan dentro de una democracia constitucional no deben conllevar una alteración de sus presupuestos fundamentales, que podrían resumirse en las dos

¹² R. Dworkin, *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*, Princeton University Press, Princeton, 2006.

¹³ Dworkin, *Is democracy...*, op. cit., pág. 131.

¹⁴ Dworkin, *Is democracy...*, op. cit., pág. 131.

¹⁵ W. F. Murphy, *Constitutional democracy. Creating and maintaining a just political order*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2007, pág. 534.

exigencias que establece Fukuyama para definir qué sea una democracia liberal: el principio democrático y los derechos y libertades individuales. La democracia liberal es, en su opinión, un sistema de gobierno en el que se “reconoce y protege el derecho universal del hombre a la libertad mediante un sistema de leyes, [...que] sólo existe con el consentimiento de los gobernados”¹⁶; un sistema de gobierno bajo leyes que reconocen y protegen la libertad individual y a las que los gobernados han otorgado su consentimiento en el ejercicio de su autonomía normativa, que se constituye en la garante de las libertades individuales. De este modo las libertades individuales quedan garantizadas por el ejercicio libre de las libertades políticas que constituyen el núcleo del principio democrático. En definitiva, esta interpretación de la democracia liberal no es sino un intento más de articulación entre la posición liberal, asentada sobre el reconocimiento de una serie de derechos a los individuos –“el derecho universal del hombre a la libertad”–, y la posición republicana, construida sobre el principio de la soberanía popular, previo a cualquier otro principio –“sólo existe con el consentimiento de los gobernados”.

Estos intentos de definir qué sea la democracia, en un caso adjetivada como mayoritaria y en el otro como asociativa, constitucional o liberal, que para el caso que nos ocupa significaría lo mismo, no son únicos, más bien muestran la diversidad de aproximaciones a un mismo problema teórico: el problema de los límites de la voluntad política democrática o dicho de otro modo, la cuestión de cómo evitar la arbitrariedad de esa voluntad sin poner en cuestión la soberanía de aquellos que se dan las normas a sí mismos, esto es, sin poner en cuestión la misma noción de la soberanía popular.

La quiebra constitucional española: el caso del Estatuto de Cataluña¹⁷

La tramitación del Estatuto de Cataluña ha terminado con su aprobación primero por el Parlamento catalán, después por las Cortes y finalmente en referéndum por el pueblo de Cataluña el 18 de junio de 2006. En mi opinión

¹⁶ Francis Fukuyama, “¿El fin de la historia?”, *Claves de Razón Práctica*, nº 1, 1990, págs. 85-96. La cita corresponde a la pág. 86.

¹⁷ Aunque no aludiré, apenas, a lo largo del texto a posiciones partidistas, sí que me parece conveniente constatar que la posición del partido socialista ha consistido (continúa pag. siguiente)

esta tramitación adolece, fundamentalmente, de dos vicios, que tendrán consecuencias dañinas en el futuro. El primero de ellos puede caracterizarse como un vicio de origen y se refiere a que la Mesa del Parlamento no debió tramitar tal propuesta como un Proposición de ley de Reforma de un Estatuto, sino como Reforma Constitucional. El segundo consiste en que habiendo aprobado una reforma constitucional se llama sólo y exclusivamente a la participación directa a una parte del pueblo español, lo que puede provocar en el futuro un enfrentamiento de legitimidades si es que el Tribunal Constitucional considera el Estatuto como inconstitucional, pues se habría provocado la colisión entre ese Tribunal –garante de la constitucionalidad de las leyes– y la voluntad del pueblo catalán que se ha manifestado a favor del mismo¹⁸. Primero me referiré a las razones sobre cuya base sostengo que se ha producido un vicio de origen. Después daré las razones en las que se sustenta mi segunda apreciación.

en dirigir un proceso de reforma constitucional por el cauce de la reforma estatutaria, un cauce inadecuado, en tanto que exige sólo mayoría absoluta (176) de los diputados, mientras que el proceso de reforma constitucional exigiría bien 210 ó 233 diputados en función del alcance de la reforma tal y como exigen los artículos 166 a 168 de la Constitución española.

Asimismo hay que resaltar las críticas sobre tales actuaciones de destacados militantes socialistas como G. Peces-Barba, que presidió el Congreso de los Diputados, o J. Leguina, que fue Presidente de la Comunidad de Madrid. El primero se ha preguntado retóricamente si “¿Era necesario abrir un proceso autonómico que se ha generalizado y que está produciendo mutaciones constitucionales sin reforma de la Constitución? ¿Era una exigencia de la ciudadanía de las comunidades autónomas? Parece que no, si consideramos la participación en los referenda que se han producido ya para ratificar dos estatutos reformados [se refiere a los de Cataluña y Andalucía, en los que la participación fue inferior al cincuenta por ciento del censo]”, **G. Peces-Barba**, “Reflexiones sobre la coyuntura política”, *El País*, 14 de marzo de 2007, pág. 16.

Por su parte, J. Leguina, después de haber votado en el Congreso a favor del Estatuto de Cataluña ha escrito: “resulta sorprendente la sordera absoluta y la mudez sobrevenida a los políticos españoles (nacionalistas o sedicentes socialistas) acerca de la multitud de argumentos contrarios y de críticas razonables en contra de ese disparate jurídico-político que ha constituido la elaboración del nuevo Estatuto de Cataluña [...] los tiempos amenazan no sólo con tensiones, sino con la desaparición del Estado tal como se concibió”, J. Leguina, “Prólogo”, **F. Sosa Wagner, I. Sosa Mayor**, *El Estado fragmentado. Modelo austro-húngaro y brote de naciones en España*, Trotta, Madrid, 2006, pág. 11. Posteriormente ha afirmado que “el Estatuto catalán abrió una vía destinada a cambiar la estructura y funcionamiento del Estado”, en **J. Leguina**, “Paisaje después de la batalla”, *El País*, 8 de junio de 2007, pág. 18.

¹⁸ Merece la pena destacar parte de la respuesta de **Benach** a una pregunta del director de *El Mundo* en una entrevista reciente: “P. J. Ramírez. – ¿Debería haberse pronunciado el TC antes del referéndum? E. Benach. – [...] Sería más lógico y, en definitiva, más racional que el Constitucional hubiera fallado sobre el Estatut antes del referéndum”. Esta respuesta no deja de ser sorprendente, teniendo en cuenta que quien responde es Presidente del Parlamento de Cataluña y uno de los dirigentes de Esquerra Republicana de Cataluña. Vid., “Foro de debate. Ernest Benach”, *El Mundo*, 10 de junio de 2007, págs. 16-18, la cita corresponde a la pág. 16.

Se ha incurrido en un fraude de ley –norma de cobertura, apariencia de legalidad y producción objetiva de un resultado no querido por el ordenamiento–, pues se propone una reforma constitucional que no se atiene al procedimiento establecido –Título X C.E.–, sino que se aborda desde una reforma de legalidad presentada como una reforma de ley orgánica constitutiva del bloque de constitucionalidad. Se trataría entonces de provocar una modificación de la Constitución, con la que se iniciaría un nuevo modelo de Estado¹⁹ y, en consecuencia, un orden constitucional diferente. Esto se lograría con la utilización de un procedimiento de reforma que no rompe en apariencia con el sistema de legalidad establecido, pues se pretende que deriva del mismo –“y mediante derivación no puede establecerse una nueva norma que contraríe la que le sirve de fuente”²⁰.

Así pues, el problema que se plantea no es el de la constitucionalidad o no de la Proposición planteada, sino el de su propia naturaleza, que es la de una reforma de la Constitución, por lo que se tendrían que haber seguido “las normas de la Constitución que regulan el procedimiento especial para la reforma de la Constitución, [que] son al mismo tiempo normas que establecen una autoridad constituyente distinta de la legislativa”²¹. El procedimiento seguido no lo ha tenido en cuenta, lo que ha llevado a la suplantación de la autoridad constituyente establecida en el procedimiento de reforma constitucional por la autoridad legislativa. En definitiva, la autoridad legislativa como poder que emana del poder constituido se ha atribuido la potestad de la autoridad constituyente.

Esta situación podría haberse evitado si la Mesa de la Cámara hubiera verificado sólo de manera liminar la naturaleza de la propuesta, lo que viene exigido en el apartado 2º, en relación con el apartado 7º, punto 1º, de la Resolución de 16 de marzo de 1993 de la Presidencia del Congreso, en la que se establece que: “recibida en el Congreso la propuesta de reforma de uno

¹⁹ No hace falta sino echar un vistazo superficial a la proposición de Ley Orgánica remitida por el Parlamento de Cataluña, lo que mostraría con claridad los excesos de la propuesta.

²⁰ A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. G. R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1997 (1958), pág. 112.

²¹ Ross, *Sobre el derecho...*, op. cit., pág. 111.

de los Estatutos... la Mesa de la Cámara procederá al examen del texto y de la documentación recibida, al objeto de comprobar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y estatutarios establecidos”. Coherentemente con ello, la Mesa podía haber establecido el cauce procedimental adecuado a la naturaleza de la iniciativa, la de una reforma constitucional.

En su reunión de 25 de octubre de 2005, la Mesa entendió acertadamente que el examen liminar no es un examen de constitucionalidad, pero no comprendió que de lo que se trataba era de encontrar el cauce procesal natural a una propuesta plenamente constitucional –art. 166 C.E.–, de reforma constitucional. Todo acto de calificación, aunque lo sea sólo de índole formal, que no es el caso que nos ocupa, comporta un juicio o control material, aunque lo sea con carácter liminar²². La responsabilidad de la Mesa es enorme pues puede contribuir inconscientemente bien a una modificación no formal de la Constitución (*Verfassungswandlung*) bien a su trasgresión (*Verfassungüberschreitung*), sin aparente quebrantamiento formal de la legalidad, esto es, “una reforma constitucional subrepticia”²³.

Además, el Reglamento del Congreso de los Diputados (R.C.D.) establece una diferencia entre dos funciones de la Mesa, aquella que se refiere a la admisión a trámite de las iniciativas –art. 31.1.4º R.C.D.–, y aquella en que se decide el procedimiento que las mismas deben seguir –art. 31.1.5º R.C.D.–, habiendo sido muchos los casos en los que la Mesa ha modificado la pretensión inicial de quien ha formulado una iniciativa y le ha dado una tramitación diferente a la propuesta, en la medida en que el nuevo procedimiento se ajustaba mejor a la naturaleza y contenido material del escrito. En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional ha sido coherente con lo dispuesto en el R.C.D. y la misma práctica de la Mesa, al insistir en que su control ha de ser fundamentalmente formal en los supuestos de inadmisión de iniciativas, pero no en relación con la modificación del procedimiento propuesto por los autores de la iniciativa²⁴.

²² STC 95/1994, de 21 de marzo, STC 177/2002, de 14 de octubre, FJ 5.

²³ V. Pérez Díaz, “¿Reconstruimos España?”, *El País*, 18 de octubre de 2005.

²⁴ ATC 20 de abril de 2004, FJ 6. También habría que acudir a las SSTC 177/2002, de 14 de octubre, FJ 5, y 89 y 90/2005, de 18 de abril, FF JJ 3, en donde se dice en relación con tal pre-

El mismo TC en su Auto de 15 de marzo de 2006 en su FJ 4 reconoce que “el Reglamento parlamentario puede permitir o, en su caso, establecer, incluso, que la Mesa extienda su examen de las iniciativas más allá de la estricta verificación de sus requisitos formales, siempre, claro está, que los escritos y documentos presentados a la Mesa, sean de control de la actividad de los Ejecutivos, sean de carácter legislativo, vengán, justamente, limitados materialmente por la Constitución, el bloque de la constitucionalidad o el Reglamento parlamentario pertinente, como es el caso de la calificación en ciertos ordenamientos autonómicos de lo que han de considerarse mociones o interpelaciones, o el de la iniciativa legislativa popular que tiene vedadas ciertas materias por imperativo del art. 87.3 C.E. De modo que si la *legalidad aplicable no impone límite material alguno a la iniciativa*, la verificación de su admisibilidad ha de ser siempre formal, *cuidando únicamente la Mesa de que la iniciativa en cuestión cumpla con los requisitos de forma que le exige esa legalidad*” (énfasis mío). Pues bien, la legalidad aplicable no impone límite alguno hasta el extremo de que de acuerdo con los arts. 166.1 y 87.2 C.E., las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán ejercer la iniciativa de reforma constitucional y la Mesa debería haber cuidado, tal y como dice el TC, que esa iniciativa cumpliera ‘con los requisitos de forma que le exige esa legalidad’²⁵, sin necesidad de entrar, de acuerdo con el TC, en examinar su constitucionalidad²⁶, pues una reforma constitucional es por su propia naturaleza al menos inconstitucional, cuando no anticonstitucional, ya que lo que se propone o bien no se encuentra en la Constitución o la quiere alterar sustancialmente, siendo ambas posiciones plenamente legales, a la vez que legítimas, y estando supeditadas sólo y exclusivamente a seguir los cauces procedimentales establecidos. Por eso tiene de nuevo razón el TC cuando concluye en el FJ 5 de su Auto de 15 de marzo de 2006 que el control que ha de realizar la

cepto reglamentario que “un control de esta naturaleza por parte de la Mesa de la Cámara puede asimismo incluir una verificación liminar de la conformidad a Derecho de la pretensión deducida, junto a un juicio de calificación sobre la idoneidad o procedencia del procedimiento parlamentario elegido”.

²⁵ SSTC 89 y 90/2005, de 18 de abril, FF JJ 3, en donde se afirma que el control de las Mesas de las Cámaras pueda extenderse a “una verificación liminar de la conformidad a Derecho de la pretensión deducida, junto a un juicio de calificación sobre la idoneidad o procedencia del procedimiento parlamentario exigido”.

²⁶ ATC de 15 de marzo de 2006, FJ 4.

Mesa del Congreso “puede asimismo *incluir un examen del contenido material de la iniciativa, exclusivamente en cuanto resulte determinante para llevar a cabo un juicio de calificación sobre la idoneidad y procedencia del procedimiento parlamentario elegido para sustanciar la iniciativa deducida*, esto es, a fin de observar la adecuación de la pretensión que se deduce al tipo de procedimiento a través del cual se plantea. En ningún caso, la Mesa en su función de calificación y admisión a trámite puede llevar a cabo un control de constitucionalidad liminar de la iniciativa parlamentaria” (énfasis mío).

La consecuencia directa de que la Mesa del Congreso de los Diputados no haya establecido el procedimiento adecuado, consiste en que la mayor parte de los ciudadanos en quienes reside la soberanía ha visto lesionado su derecho fundamental *ex art. 23.1 C.E.* a participar de modo indirecto en la vida pública a través de sus representantes, quienes tenían, de acuerdo con A. Ross, que haber conformado una autoridad constituyente de acuerdo con lo exigido en el Título X de la C.E. –210 ó 233 Diputados–, y sólo han participado como autoridad legislativa –176 Diputados que componen la mayoría absoluta.

Tal y como dije anteriormente, la tramitación de esta proposición adolece fundamentalmente de un vicio de origen, que provocará daños en el futuro. Con anterioridad me he ocupado de lo primero, ahora lo haré con la cuestión de futuro. Consiste en que habiendo aprobado una reforma constitucional se ha llamado sólo y exclusivamente a la participación directa a una parte del pueblo español, el pueblo catalán, cuando podría o debería, según los casos, habersele llamado en su totalidad de acuerdo con los arts. 167.3 y 168.3 C.E.

En el escrito de alegaciones presentado por el Fiscal el 15 de febrero de 2006 afirma que en la tramitación del procedimiento legislativo en discusión pudiera ocurrir: “1º.- Que la proposición de ley resulte perfectamente ajustada a la Constitución; 2º.- Que dicha proposición de ley sea retirada por el Parlamento Catalán; 3º.- Que durante la tramitación de la misma se llegue al acuerdo de que, previamente a su aprobación, sea necesario reformar la Constitución; y 4º.- Que, aun no siendo considerado necesario iniciar ningún procedimiento de reforma constitucional, se apruebe el Estatuto conte-

niendo vicios de inconstitucionalidad”. Parece claro, tras leer el “Informe sobre la propuesta de reforma –texto aprobado por el Congreso de los Diputados– del Estatuto de Autonomía de Cataluña”, nº expte. 605/000002 de 11 de abril de 2006, y dado que ese texto no ha sufrido cambios de importancia tras su paso por el Senado, parece claro, decía, que no nos hayamos incursos en ninguno de los tres primeros supuestos planteados por el Fiscal, sino en el cuarto. Aunque no en el sentido en el que el Fiscal habla, sino en un sentido agravado, pues no se trata tanto de que este nuevo Estatuto contenga vicios de inconstitucionalidad, como que plantee el germen de una nueva Constitución²⁷.

De ahí que cuando el Fiscal plantea la posibilidad de recurrir ese vicio o vicios de inconstitucionalidad tiene razón al recordarnos que cabe ha-

²⁷ Sólo indicaré a modo de ejemplo que en el recurso de inconstitucionalidad firmado por el Defensor del Pueblo el 18 de septiembre de 2006 contra una serie de preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, se dice que en relación con los arts. 2.4 y 5 del nuevo Estatuto que “se tachan como inconstitucionales sus incisos ‘Los poderes de la Generalitat emanan del pueblo de Cataluña’ y ‘El autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán’ respectivamente, en relación con el inciso del Preámbulo del Estatuto que afirma que ‘la Constitución Española, en su artículo 2º, reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad’ (pág. 6), “pues “[a]mbos preceptos pretenden erigirse junto con la Constitución en el fundamento del autogobierno de Cataluña, y a su mismo nivel, además, puesto que la Norma Fundamental no los reconoce ni se dice tampoco en el texto estatutario que procedan de ella. La soberanía nacional, que reside en el pueblo español, ya no sería según esto el único fundamento y el único origen de todos los poderes del Estado, como dice el artículo 1.2 de la Constitución, puesto que una parte de esos poderes, los de la Generalitat que, conviene no olvidarlo, es también Estado, emanarían de una fracción del pueblo español, el pueblo catalán, y tendrían su fundamento último en un título también originario, como la soberanía nacional, en cuanto no nacido de la Constitución: los autoproclamados ‘derechos históricos’ de la aludida fracción. Esto es –concluye–, a juicio de esta parte, constitucionalmente inadmisibles” (págs. 10 y 11).

En opinión de Sosa Wagner, con esta reforma estatutaria nos encaminamos sin ninguna duda hacia un Estado confederal. Vid., **F. Sosa Wagner** e **I. Sosa Mayor**, *El Estado fragmentado...*, op. cit., págs. 139 y ss.

Por su parte, Muñoz Machado aborda el problema desde el punto de vista de la soberanía y llega a conclusiones no mucho más halagüeñas: “Su Preámbulo alude a Cataluña como nación [...], y el artículo 2.4 afirma que los poderes de la Generalidad emanan del pueblo de Cataluña. También el Preámbulo alude a los derechos históricos del pueblo catalán como uno de los fundamentos del autogobierno, referencia que repite con más detalle el artículo 5 del texto. Todas estas expresiones, sin perjuicio de su verdadero significado y alcance, ofrecen la imagen de un autogobierno fundado en decisiones soberanas”, en **S. Muñoz Machado**, *El problema de la vertebración del Estado en España (Del siglo XVIII al siglo XXI)*, Lustel, Madrid, 2006, pág. 335, aunque deben verse también las págs. 352, 356, 363 y ss.

cerlo a través del recurso de inconstitucionalidad, pero su planteamiento es falaz si pensamos en que no se trata de vicio o vicios, sino de una reforma en toda regla de nuestra Constitución. Además no habría que olvidar que se ya se han presentado varios –hasta siete– recursos de inconstitucionalidad, y se ha admitido la recusación de uno de los miembros del Tribunal²⁸.

En el mismo sentido tiene razón el TC cuando en su Auto de quince de marzo de 2006, FJ 2, recoge lo afirmado en el ATC 135/2004 y niega “terminantemente la idoneidad objetiva para que un proyecto de norma pudiera por sí vulnerar la Constitución”, pues si lo hiciera impediría toda propuesta de reforma de la Constitución, que por su naturaleza es, como ya se ha dicho, siempre inconstitucional o incluso anticonstitucional. Sin embargo, esto no evita la falacia de la argumentación consistente en que si la iniciativa no se encauza por el procedimiento adecuado, se suplantaría la autoridad constituyente por la autoridad legislativa. Por eso no cabe argumentar que se alteraría la índole de la norma propuesta, puesto que sólo se trataría de ajustar el procedimiento a su auténtica naturaleza.

Esto es lo que explicaría que el Consejo de Estado²⁹ de manera muy delicada, pero excediéndose en lo que podría considerarse una respuesta estricta a las preguntas que le formuló el Gobierno, haya aconsejado adecuado que se reintrodujera el recurso previo de inconstitucionalidad en determinados casos, especialmente en aquellos relacionados con consultas populares previas a la aprobación de las leyes. La razón de tal recomendación es evidente, pues si en el proceso de creación de una ley se introduce la con-

²⁸ En el recurso de amparo interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados contra los acuerdos de 18 y 25 de octubre de la Mesa del Congreso sobre calificación y admisión a trámite como proposición de ley de reforma de Estatuto de Autonomía de una proposición de Ley Orgánica remitida por el Parlamento de Cataluña, se promovía incidente de recusación contra el Magistrado P. Pérez Tremps. Esa recusación se desestimó por el Tribunal en su ATC 18/2006, de 24 de enero. Con posterioridad, el Grupo Parlamentario Popular formalizó el día 31 de julio de 2006 recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Ese mismo día, el Comisionado de los Diputados recurrentes presentó un escrito en el que se promovía la recusación del Magistrado P. Pérez Tremps. El Pleno del Tribunal Constitucional acordó estimar la recusación del Magistrado en su ATC de 5 de febrero de 2007.

²⁹ “Informe sobre modificaciones de la Constitución Española”, febrero, 2006.

sulta al pueblo, la posibilidad de recurrir la inconstitucionalidad de esa ley queda distorsionada porque la tramitación legislativa y su posible control de constitucionalidad instada por un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional quedan alterados por la participación de una parte del pueblo, en este caso, por el pueblo catalán, con lo que estaríamos mezclando dos planos difícilmente conciliables, el de la autoridad del propio Tribunal, garante de la Constitución, y el de una parte del poder constituido-constituyente –no ya la autoridad constituyente, que es lo que debería haberse hecho–. Esto muestra cómo puede introducirse en lo que tendría que ser meramente un proceso legislativo sometido necesariamente a la posibilidad del control de constitucionalidad la política de los hechos consumados.

Así pues, la razón fundamental del problema con el que nos enfrentamos, se encuentra, primero, en el hecho de haber mezclado dos procedimientos –el legislativo-constitucional propio de la creación de toda ley y el político, inmerso en toda consulta popular–, que debieron mantenerse separados, hasta tanto el primero hubiera quedado perfectamente claro, libre de toda falta. Esta confusión ha conducido, en segundo lugar, a una dificultad aún mayor, a la oposición entre dos legitimidades, la que deriva del pueblo, esto es, la democrática, y la que procede del propio Tribunal, es decir, la que se origina en los límites en que ha de asentarse la democracia, si es que queremos entender la democracia como democracia liberal o constitucional.

Además hay que tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico se exige que algunos Estatutos, los llamados del artículo 151 C.E., han de ser aprobados finalmente en referéndum, con lo que mezclamos el plano legislativo, institucional, con el plano político, en la medida en que la aprobación por referéndum supone la intervención de una parte del pueblo, esto es, de una parte del poder constituido-constituyente. Este procedimiento no conllevaría ningún inconveniente si lo que se aprobara fuese plenamente constitucional. Indudablemente, eso no sucedería en caso contrario. Ésta es la razón por la que se debería haber mostrado un cuidado exquisito en procurar que el texto que se sometiera a referéndum estuviera libre de cualquier tacha de inconstitucionalidad, pues si antes de que el

texto fuera claro desde el punto de vista constitucional me adentro en el terreno político llamando a la ratificación del pueblo, podría estar situando la política por encima del derecho. Además, si ese texto constituyera de hecho una reforma constitucional –lo que no podría ser de derecho al haberse formulado por la autoridad legislativa y no por la constituyente–, nunca se podría acudir para su validación a una parte del pueblo –en este caso, el catalán–, sino que se tendría que llamar a quien por ser titular de la soberanía tiene capacidad para hacerlo, esto es, el pueblo español. Ahora todo depende de una “única esperanza”, la de que “el Tribunal Constitucional demuestre velar por la Constitución y deje así patente que en democracia el poder judicial es el verdadero garante del Estado de derecho”³⁰. Es verdad que no se ha facilitado su labor, pues se le fuerza a que adopte una decisión en las peores condiciones, con una división profunda entre las dos grandes fuerzas políticas y después de que el pueblo catalán haya manifestado su voluntad en referéndum. Esto último podría haberse evitado, tal y como se ha dicho, reintroduciendo el recurso previo de inconstitucionalidad, pero no se quiso hacer.

El texto que se ha aprobado antes, que es difícilmente ajustable a la Constitución, puede considerarse, en mi opinión, como el inicio de un proceso de reforma constitucional, y la consecuencia de no haber seguido el procedimiento adecuado consiste en que la mayor parte de los ciudadanos en quienes reside la soberanía ha visto lesionado su derecho fundamental *ex art. 23.1 C.E.* a participar de modo directo en la vida pública a través de los procedimientos que establecen los arts. 167.3 y 168.3 C.E. La gravedad de lo sucedido consiste no sólo en que se ha obviado, tal y como dije con anterioridad, a la autoridad constituyente, sino en lo que aún es peor, la marginación en un proceso de reforma del régimen político del poder constituido-constituyente, pues sólo se llama a consulta a una parte del mismo, el pueblo catalán.

De lo anterior cabe deducir que se ha lesionado el derecho de participación, tanto directo como indirecto, en tanto que se impide no sólo que pue-

³⁰ P. Cerezo Galán, “El despiece en carne viva (y II)”, *Granada Hoy*, 11 de mayo de 2006.

dan asegurarse las libertades negativas, sino también su medio de protección, que es en lo que consiste el derecho de participación, expresión paradigmática de los derechos políticos positivos³¹. El derecho de participación es clave desde el momento que constituye un medio imprescindible en la defensa de lo que más puede importarnos, nuestra libertad. No se trata, pues de reclamar el derecho de participación simplemente por participar indirecta o directamente, sino porque es la única manera de que podamos asegurar el mantenimiento y profundización de nuestras libertades fundamentales, que no pueden quedar nunca a la buena o mala voluntad de nuestros gobernantes. La democracia liberal se asienta sobre el reconocimiento de una serie de derechos políticos, entre los que el derecho central es el derecho de participación, si bien, siempre que venga acompañado de otros como la libertad de expresión, etc. No obstante, los últimos son instrumentales respecto del primero, pues todos ellos encuentran su razón de ser en coadyuvar a la realización de aquél. Ahora bien, es verdad que una gran parte de la ciudadanía no percibe con claridad la entidad de estas cuestiones, fundamentalmente porque se desenvuelven en un nivel de abstracción difícilmente comprensible. Tampoco esa lesión del derecho de participación alcanza de manera habitual a las libertades subjetivas de acción³², en las que cualquier daño sí que se percibe con mayor facilidad, pues nos afecta directamente, de manera concreta, en tanto que lo hace en el ejercicio de nuestras libertades privadas, las libertades negativas, que nos resultan por su inmediatez mucho más asequibles.

³¹ **I. Berlin**, "Dos conceptos de libertad", *Sobre la libertad*, ed. H. Hardy, trad. J. Bayón, Á. Rivero, N. Rodríguez y B. Urrutia, Alianza Editorial, Madrid, 2004 (2002, 1958), pág. 248. Pero también puede recordarse a Constant, quien afirmó que la "libertad individual [...] es la verdadera libertad moderna. La libertad política es su garantía", **B. Constant**, *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos* (1819), en íd., *Escritos políticos*, trad. y ed. de M. L. Sánchez Mejía, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 278.

³² "Lo ha dicho [...] el consejero de Sanidad de la Junta de Extremadura [...] 'En España tiene más garantía de ser tratado igual en todas las Comunidades Autónomas un cerdo o una vaca que un hombre'. La explicación es muy sencilla: en materias agropecuarias rige para toda la Unión Europea una normativa comunitaria común; mientras que en materia de Derechos Humanos se están aprobando, dentro de España, disposiciones que tienden a privilegiar a los ciudadanos de una Comunidad sobre los de otras [...] si consideramos, en vez de vacas o cerdos, a los ciudadanos españoles, vemos atónitos como cada día se erigen más diferencias entre los mismos, convirtiendo en papel mojado el artículo 14 de la Constitución.", en **J. de Esteban**, "La igualdad de las vacas", *El Mundo*, 14 de agosto de 2006, pág. 4.

El trasfondo de todo este conjunto de insensateces³³ es que se ha querido plantear y resolver el problema del nacionalismo al margen de las reglas básicas de convivencia, esto es, al margen del orden constitucional establecido, un orden constitucional que responde, claro está, a los presupuestos de las democracias liberales: el respeto de los derechos individuales y las decisiones mayoritarias de acuerdo con las reglas aceptadas, esto es, de acuerdo con las exigencias del Estado de derecho o imperio de la ley. Las consecuencias de actuar al margen del orden constitucional de una democracia liberal son enormes, primero porque supone una quiebra de la legalidad y, segundo, porque no hay razones que pudieran justificar tal quebrantamiento del orden jurídico, es decir, que no es posible sostener la legitimidad de la quiebra de la legalidad democrático-liberal³⁴. Esto sólo podría defenderse si hubiera razones bastantes que pudieran actuar de contrapeso de la violación de la legalidad que, en mi opinión, no sé dónde encontrarlas. De ahí que en un orden democrático-liberal los cambios o reformas tienen que hacerse de acuerdo con las reglas preestablecidas, pues ese orden no se apoya sólo y exclusivamente en las decisiones mayoritarias, sino en que éstas se adopten respetando los derechos individuales, lo que se garantiza mediante el respeto a las normas de juego previamente definidas. Además, cualquier solución que se adoptara sin tener en cuenta la Constitución conllevaría la quiebra del poder soberano, ya que se habría realizado un cambio de las normas constitucionales al margen de tal poder, al mismo tiempo que supondría una lesión del derecho de participación, efecto inmediato de la realización de una reforma constitucional por cauces distintos a los establecidos formalmente.

Es verdad que en nuestro país esto no se ha hecho de manera abrupta y fácilmente reconocible, como sucede cuando se produce un golpe de Estado³⁵, sino que se ha llevado a cabo de “manera subrepticia”³⁶, orillando las

³³ Maravall ha llegado a calificar como “caótica” la política respecto del Estatuto catalán, vid., **J. M. Maravall**, “La crispación”, *El País*, 7 de mayo de 2007, pág. 19.

³⁴ De ahí la diferencia entre la primera transición —“de la ley a ley”, pero quebrantando los principios, lo que supuso un fraude desde el punto de vista sustancial—, y esta segunda transición, en la que se quiere llevar a cabo la reforma desde la ley, ley orgánica, pero en contra de la Constitución, lo que la hace, desde un punto de vista jurídico-racional, imposible.

³⁵ Vid., en relación con esta cuestión, K. Marx, *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, en **K. Marx, F. Engels**, *Obras escogidas*, tomo I, págs. 404 y ss. y C. Malaparte, *Técnica del golpe de Estado*, trad. J. Gómez de la Serna, en id., *Obras*, Plaza y Janés, Barcelona, 1960 (1931), págs. 1 y ss.

normas y procedimientos que deberían haberse seguido, y sustituyéndolos por otros que no estaban predefinidos. Las consecuencias inmediatas de tal actuación consisten en la quiebra del derecho de participación y la parcelación de la soberanía, efectos necesarios de la sustitución de la autoridad constituyente tal y como viene prefigurada en la Constitución por la autoridad legislativa. En definitiva, los principios constitucionales se han visto alterados en un doble sentido, primero porque se ha menoscabado el principio de la soberanía popular, en tanto que se reconoce que los poderes de la Generalitat emanan del pueblo catalán y, segundo, porque el fundamento de tales poderes son los derechos históricos de un pueblo, lo que lleva directamente a contradecirse con el principio que reconoce la preeminencia de los derechos y libertades individuales tal y como está reconocido en la Constitución de 1978, por lo que se altera el lugar preeminente que deberían tener estos derechos en relación con los colectivos. Ahora el orden queda invertido, lo que no dejará de tener consecuencias en el nivel de la legitimación³⁷.

¿Cuál es la razón de fondo que permite explicar este desaguisado? ¿Cuál es la razón de esta insensatez?³⁸ En mi opinión, sólo cabe encontrarla en una degeneración –quizá inevitable–, de la concepción mayoritaria de la democracia, aquello que Kelsen denominó el imperio de la mayoría.

La filosofía política subyacente en la quiebra constitucional española. El imperio de la mayoría

El nuevo Estatuto de Cataluña de 2006 ha suscitado dos problemas en relación con los fundamentos de legitimación de la práctica dadora de constitución; primero, porque no se han seguido los procedimientos establecidos,

³⁶ V. Pérez-Díaz habla de “una reforma constitucional subrepticia”, V. Pérez Díaz, “¿Reconstruimos España?, *art. cit.*, *El País*, 18 de octubre de 2005. Vid., en un sentido muy similar, P. Ce-rezo Galán, “El despiece en carne viva (I y II)”, *Granada Hoy*, 10 y 11 de mayo de 2006.

³⁷ Sobre la posible resolución de ese conflicto a favor de los principios liberal-democráticos vid. José J. Jiménez Sánchez, “Nationalism and the Spanish Dilemma: The Basque Case”, *Politics and Policy*, vol. 34, nº 3, 2006, págs. 532-555.

³⁸ Deberíamos recordar la definición de Hobbes sobre el insensato: “[I]nsensatos son todos los que derriban algo que les hace bien antes de levantar en su lugar algo mejor”, Th. Hobbes, *Behemoth*, estudio preliminar, traducción y notas de M. Á. Revilla, Tecnos, Madrid, 1992 (1668), pág. 202.

es decir, se ha sustituido, en términos de Ross, la autoridad constituyente –a la que Kelsen denominaría mayoría cualificada–, por la autoridad legislativa –la mayoría absoluta de Kelsen–, lo que supone que quiebra la racionalidad procedimental exigida por el principio democrático y, consecuentemente, la lesión de los derechos y libertades políticos, pues se ha excluido de la participación a una parte de quienes podrían haber participado, y segundo, porque los derechos colectivos ocuparían un lugar de preeminencia respecto de los derechos y libertades individuales, en la medida en que se comprenden los derechos históricos de un pueblo como el fundamento de esos derechos individuales, cuando habría que entender esa relación en orden inverso, pues además ese nuevo orden conllevaría que se pusiera en cuestión la igualdad de derechos entre los ciudadanos, esto es, las iguales libertades subjetivas de acción para todos.

Dice Habermas que cuando el principio de discurso adopta la “forma jurídica se transforma en un ‘principio de democracia’”³⁹. Esto quiere decir que la democracia exige la forma jurídica, al mismo tiempo que tal forma actúa como límite de la misma. Así pues, el código jurídico que es el que permite la democracia, pues sólo bajo él es posible la misma, ese código jurídico no está a disposición de ella. La forma jurídica constituye un límite intrínseco de la democracia, al mismo tiempo que la posibilita, por lo que podría definirse como un elemento constitutivo de la misma. De ahí que el límite no sea algo externo ni tampoco algo que dependa de la voluntad mayoritaria expresada democráticamente, sino que es constitutivo de esa voluntad, en la medida en que posibilita su realización legítima.

En principio podríamos suponer que si la democracia puede definirse como el gobierno del pueblo y, en consecuencia, que éste tiene todo el poder para ordenar la vida tal y como desee, parece que sería impensable que se pusieran limitaciones a su soberanía⁴⁰. Desde Hobbes es claro que el soberano no puede tener límites, sólo quien no posee límites es quien puede definirse

³⁹ J. Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998 (1992 y 1994), pág. 653.

⁴⁰ Vid., sobre ello, José J. Jiménez Sánchez, “Sobre el poder soberano”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 40, 2006, págs. 79-98.

como tal. Quien imponga límites a un soberano es el auténtico soberano. Si alguien se define como tal y, sin embargo, otro tiene fuerza suficiente como para imponerle algún límite, entonces este último es el verdadero soberano y no el primero. Esta comprensión fáctica de la soberanía, que la entiende en términos de fuerza, de poder imponer la voluntad soberana, es lo que permitió a Hobbes oponerse a la democracia. Hobbes respondió a quienes criticaban el enorme poder del soberano absoluto que él había defendido en el *Leviatán*⁴¹, a la vez que sostenían la necesidad de someterlo al poder del pueblo, que erraban en sus apreciaciones, pues si la razón para someter el poder absoluto del soberano consistía en la absolutez del mismo, esto es, en un enorme poder irrestricto, decía Hobbes que sólo un poder más absoluto que el poder del soberano absoluto podría limitarlo, lo que traducido a términos de poder implicaría que el poder del soberano absoluto sólo podría limitarse por un poder aún más absoluto que el que él poseía, por lo que los intentos de limitación de su poder abocaban a una paradoja, el que quisiera limitar el poder del soberano, tendría que tener más poder que él, con lo que en vez de solucionar un problema, el poder absoluto del soberano, lo que haríamos sería empeorarlo, pues por limitarlo, habríamos constituido un poder aún más poderoso que aquel que queríamos limitar. Esto es lo que proporciona a Hobbes una razón suficiente para negar la democracia, para negar alguna ventaja al poder del pueblo sobre el del soberano absoluto.

Hobbes afirma que “un rey cuyo poder está limitado, no es superior a la persona o personas que tuvieron el poder de limitarlo; y quien no es superior, tampoco es supremo, es decir, que no es soberano”⁴², por lo que un monarca limitado no es soberano, “sino ministro de aquellos que tienen el poder soberano”⁴³. Así pues, un poder soberano es instituido por el convenio establecido por el pueblo, y se define como poder absoluto sin posibilidad de límites. No importa que el poder soberano sea el de una asamblea o el de un monarca, sino que constitutivamente el poder soberano sea un poder ilimitado. “Y aunque de un poder tan ilimitado puedan –añadirá Hobbes– los

⁴¹ Th. Hobbes, *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, trad., prólogo y notas de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1989 (1651).

⁴² Hobbes, *Leviatán*, op. cit., pág. 160.

⁴³ Hobbes, *Leviatán*, op. cit., pág. 160.

hombres imaginar que se derivan muchas consecuencias malas, las consecuencias que se derivan de la falta de él, que es la guerra perpetua de cada hombre contra su vecino, son mucho peores. La condición humana en esta vida nunca estará libre de inconvenientes, pero en ningún Estado hay inconveniencia más grande que la que procede de la desobediencia de los súbditos y del quebrantamiento de esos convenios en virtud de los cuales existe el Estado. Y quienquiera que, pensando que el poder soberano es demasiado grande, trate de reducirlo, tendrá en definitiva que someterse a otro poder que pueda limitar aquél, es decir, a un poder mayor”⁴⁴.

Para Hobbes, el poder soberano se constituye de manera ilimitada, en la medida en que renunciamos a nuestros derechos con la finalidad de que el poder que constituimos y al que hacemos esa entrega nos preserve en lo que más nos importa, la defensa de nuestra vida, pero incluso aunque vaya más allá, pues una vez que se ha constituido es un poder que escapa la posibilidad de su control, es un poder irrestricto. Con la finalidad de salir del estado de naturaleza constituimos un poder absoluto que todo lo puede sobre nosotros, en tanto que quedamos convertidos en sus súbditos. Una vez constituido nada cabe reclamar ni hacer a sus súbditos. Hemos creado un poder absoluto que por ser tal no cabe limitarlo sin que generemos un poder mayor que ese poder absoluto que tratamos de controlar. Se ha instituido un poder fáctico que sólo cabría limitar mediante un poder aún mayor, un poder que no puede ser ya el de un ser superior –*veritas*–, en tanto que no admite la separación entre la religión y la política al defender la unidad política original, por lo que sólo podría constituir su límite el poder que proviniera de la *auctoritas*, aunque tampoco sería posible puesto que ésta no podría contraponerse a la *potestas*, pues en Hobbes no es válida la distinción entre ambas, en tanto que la *summa potestas* ha sido transformada en *summa auctoritas*⁴⁵. De ahí que ese poder capaz de limitar el poder soberano sólo puede comprenderse como el poder de una voluntad aún más poderosa que la voluntad del poder que

⁴⁴ Hobbes, *Leviatán*, op. cit., pág. 172.

⁴⁵ C. Schmitt, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes. Meaning and Failure of a Political Symbol*, trad. G. Schwab y E. Hilfstein, Greenwood Press, London, 1996 (1938), págs. 44-45.

queremos limitar. Esta es la paradoja en la que Hobbes encierra al pensamiento jurídico-político al tratar de sacarnos de la situación de guerra permanente en que los hombres se encontraban en el estado de naturaleza, para introducirnos en un estado de guerra perpetua, pues sólo mediante el uso de una fuerza mayor que la que posee el poder establecido es como podremos derribarlo. A partir de ese momento, el pensamiento jurídico-político tratará de hacer dos cosas, primero limitarlo, aunque no tendrá demasiado éxito, pues los mecanismos con los que se intenta restringirlo pertenecen al pasado en la medida en que de lo que se trata es de una recuperación desnuda de los argumentos iusnaturalistas y moralistas; después se intentará pensarlo de un modo distinto, normativamente y no fácticamente, con lo que se le podrá embridar sin caer ni en las insuficiencias de aquel iusnaturalismo ni en la paradoja hobbesiana, esto es, sin necesidad de generar un poder más absoluto que el propio poder absoluto que se trata de controlar.

Esta concepción del poder puede ser la causa de que cuando nos encontramos con problemas graves que ponen en cuestión la misma soberanía, no sepamos abordarlos con una mínima dosis de razonabilidad. Cuando se plantea la quiebra de la soberanía porque alguien la desee del mismo modo que quien la posee, esta disputa puede terminar en enfrentamiento si entendemos la soberanía en términos de poder, de poder desnudo. Si queremos resolver este tipo de disputas en el terreno del ser, no nos quedará más remedio que asentir con Schmitt cuando afirmó que la “destrucción física de la vida humana no tiene justificación posible, a no ser que se produzca, en el estricto plano del ser, como afirmación de la propia forma de existencia contra una negación igualmente óptica de esa forma”⁴⁶. En el fondo, el problema que tenemos que afrontar es el de la voluntad política, que podremos entender de manera desnuda, fácticamente, en el juego atroz entre amigo y enemigo, o bien comprenderla

⁴⁶ C. Schmitt, *El concepto de lo político*, trad. R. Agapito, Alianza Editorial, Madrid, 1987 (1932), pág. 78. Con anterioridad, en la pág. 57, había dicho que un “conflicto extremo sólo puede ser resuelto por los propios implicados; en rigor sólo cada uno de ellos puede decidir por sí mismo si la alteridad del extraño representa en el conflicto concreto y actual la negación del propio modo de existencia, y en consecuencia si hay que rechazarlo o combatirlo para preservar la propia forma esencial de vida”.

como voluntad política racional. Es evidente que ante nosotros no tenemos una única salida, pues podemos disponer de ambas, aunque necesariamente habremos de elegir. Dependerá de nosotros mismos que seamos capaces de escoger la interpretación adecuada.

En el *Behemoth* Hobbes avanza en su argumentación y da dos pasos decisivos. Para ello aborda el fundamento del poder soberano no ya en términos del estado de naturaleza, tal y como hizo al principio en el *Leviatán*, sino del mismo modo en que con posterioridad habló del poder soberano, esto es, en términos fácticos. Es verdad que cuando asentó el poder soberano en consideraciones de tipo iusnaturalista, después dio un paso más, arrojó el lastre de tales consideraciones e independizó ese poder de su mismo fundamento, lo que le permitió dar un segundo paso y defender el poder instituido como un poder absoluto, radicado en el terreno de los hechos. Ahora reflexiona también sobre el poder soberano, aunque lo hace de manera muy diferente, pues no se trata ya de elevarse arrojando lastre, sino de anclar el poder constituido, el poder soberano, en el terreno que le es propio. Esto sólo podrá hacerlo si encuentra un fundamento de carácter realista de ese poder. Hobbes afirma que “el poder del poderoso no se funda sino en la opinión y la creencia del pueblo”⁴⁷, pues el poder soberano no se asienta en su derecho, “aun otorgado por el expreso consentimiento de todos (... sino en) la obediencia del súbdito”⁴⁸. El derecho del soberano es otorgado por la obediencia de todos, con lo que mantiene ese poder en

⁴⁷ **Hobbes**, *Behemoth*, estudio preliminar, trad. y notas M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1992 (1668), pág. 23. Algo similar se puede detectar en Francia en la que a lo largo del siglo XVII surge una nueva lógica del poder que ya “no tenía necesidad de ministros, ni de secretarios ni de riquezas [...pues estaba abandonada] al puro juego de las ideas”, **B. Craveri**, *La cultura de la conversación*, trad. C. Palma, Ediciones Siruela, Madrid, 2003 (2001), pág. 22; aunque la autora advierte en la misma página que esa nueva lógica “no había encontrado un nombre. Acabará llamándose opinión, [aunque sea] un siglo después cuando se [convierta] en una amenaza contra el orden establecido”. Es evidente que Hobbes supo ponerle, parece que antes que nadie, el nombre adecuado, lo que muestra que percibió el nuevo fenómeno de forma clarividente; aún más cuando no la confunde con una nueva lógica del poder, sino que la considera como el fundamento de todo poder. La razón de ello se encuentra en que Hobbes está explicando la Revolución inglesa, mientras que en Francia el problema no es aún la Revolución, sino la pérdida de prerrogativas por parte de la nobleza de espada, que hace que ésta cree “un espacio de libertad, autónomo de la vida de la corte” y trate de distinguirse por “la manera de vivir, de hablar, de ataviarse, de divertirse, de reunirse” y así obtener “la inquebranta.

⁴⁸ Hobbes, *Behemoth*, *op. cit.*, págs. 187-188.

su terreno, el normativo, al mismo tiempo que lo hace depender no de él mismo, sino de su real procedencia, esto es, de que sea obedecido. De esta manera se enfrenta con el verdadero problema, el de la opinión pública, el del pueblo, el del pueblo llano dirá Hobbes, que “nada sabe, por su propia meditación, de lo recto y lo indebido; (por lo que) hay, pues, que enseñarle los fundamentos de su deber, y las razones de por qué la desobediencia a sus legítimos soberanos siempre acarrea calamidades”⁴⁹, aunque Hobbes llegará a más al afirmar que el pueblo llano es seducido antes que convencido con razones, pues “no entendía las razones de una parte y otra; y, en cuanto a los que por ambición estaban ya embarcados en la empresa de cambiar el gobierno, poco les importaba cuál era la razón y la justicia de esa causa, sino qué fuerza podían procurarse para seducir a la multitud”⁵⁰. Hobbes reflexionará sobre la estupidez de la gente corriente, “que se deja engañar de forma tan grosera”⁵¹, aunque insistirá en que “no es la falta de inteligencia sino la falta de una ciencia de la justicia”⁵², pues si bien la gente es capaz de tener éxito en sus empresas privadas, son capaces de acumular fortunas o ejercer de manera brillante su profesión y sin embargo pueden ser engañados en los asuntos públicos⁵³, por lo que habría que concluir que “no carecían de inteligencia, sino del conocimiento de las causas y razones por las que una persona tiene derecho a gobernar y el resto obligación de obedecer; razones éstas que es necesario que se enseñen al pueblo, que sin ellas no puede vivir por mucho tiempo en paz”⁵⁴. Por eso ni defenderá que haya que seducir al pueblo ni tampoco que haya que dejarlo a su juicio, pues “puede que penséis que, para que uno conozca el deber que

⁴⁹ Hobbes, *Behemoth*, op. cit., pág. 188.

⁵⁰ Hobbes, *Behemoth*, op. cit., pág. 150.

⁵¹ Hobbes, *Behemoth*, op. cit., pág. 206.

⁵² Hobbes, *Behemoth*, op. cit., pág. 207. Indudablemente, el núcleo central de esa ciencia de la justicia lo constituyen, para el pueblo, “la ley natural que nos obliga a todos a obedecer a aquél, quienquiera que fuere, a quien legítimamente y por nuestra propia seguridad hemos prometido obedecer”, y en relación con el rey, la “*salus populi*, la seguridad y bienestar de su pueblo”, Hobbes, *Behemoth*, op. cit., pág. 89.

⁵³ Hobbes establece una diferencia central entre los requisitos necesarios –“diligencia e ingenio natural”– para llevar a cabo una actividad privada y obtener éxito en la misma y los que exige el gobierno de una república, para el que “no bastan ni ingenio, ni prudencia, ni diligencia, si faltan reglas infalibles así como la verdadera ciencia de la equidad y la justicia”, *Behemoth*, op. cit., págs. 91-92.

⁵⁴ Hobbes, *Behemoth*, op. cit., pág. 208.

tiene para con su gobernante y sepa cuál es el derecho que éste tiene para ordenarle, no necesita sino un buen juicio natural; pero no es así: pues eso constituye una ciencia, y construida sobre principios claros y seguros, y que ha de ser aprendida mediante un estudio profundo y cuidadoso”⁵⁵. Con esto ha dado un nuevo giro en su argumentación. Ahonda en su concepción del poder soberano al sostener la insuficiencia de su comprensión en términos fácticos; lo mantiene en el terreno que le es propio, el normativo; después profundiza en el fundamento real del que procede, la obediencia de los súbditos y, finalmente, da un nuevo paso al defender la necesidad de una ciencia de la justicia que establezca las razones en las que se apoya el derecho del gobernante, así como el deber de obediencia del súbdito, de modo que el poder lo empieza a entender como “derecho a gobernar” y no como “fuerza suprema”⁵⁶. El poder soberano se funda en la opinión pública, pero no entendida como nuda fuerza, sino constituida sobre razones. Con esto Hobbes ha producido un cambio dentro de su propia obra.

Hobbes consigue resolver la paradoja en la que su pensamiento había quedado encerrado en el *Leviatán*. Siempre reconoció la posibilidad de la democracia, pues por mera fuerza podía alcanzar el poder, aunque no fuese apropiado, pues hay razones que nos hablan de su inconveniencia. En el *Leviatán*, Hobbes había sostenido que sólo un poder más absoluto que el poder absoluto del soberano podría derribarlo, por lo que no encontraba razón en ello para defenderlo, pues si la razón para derribar el poder absoluto consistía en la absolutez de ese poder, no tenía sentido defender la instauración de un poder que necesariamente habría de ser más absoluto que el propio poder absoluto que se trataba de sustituir. Sin embargo, ahora no se limitará a hablar del poder en términos fácticos, sino que irá más allá al explicitar las razones en las que el poder ha de apoyarse para dejar de estar identificado con la fuerza y hacerlo con el derecho. Esto muestra que Hobbes es antidemócrata, pues tiene enormes recelos frente al poder del pueblo, especialmente por la falta de formación del pueblo llano, así como

⁵⁵ Hobbes, *Behemoth*, op. cit., pág. 206.

⁵⁶ Hobbes, *Behemoth*, op. cit., pág. 236. Algo más adelante afirmará que “el deseo de la mayoría de los hombres es mandar; pero pocos de ellos saben qué más título tiene uno que otro para ello; fuera del derecho de la espada”, pág. 254.

por la facilidad con la que se le puede manejar; aunque eso no sea lo importante. Lo decisivo es que ese rechazo a la democracia lo asienta en razones que, además, serán muy parecidas a las que otros autores utilizarán con posterioridad. El caso de J. S. Mill⁵⁷ es paradigmático. Lo mismo sucederá en el siglo XX con Kelsen y sus críticas del fascismo y comunismo⁵⁸, y en cierta medida el debate se reproduce hoy día entre las posiciones más inclinadas a la democracia y aquellas más renuentes.

Ahora bien, lo importante no es la aceptación o rechazo de la democracia, sino el hecho de reconocer el poder fundante de la opinión pública y la necesidad de no comprender la voluntad política en términos empíricos, al modo del primer Hobbes, sino racionales tal y como lo hace el segundo Hobbes. El reconocimiento de la opinión pública como el auténtico poder constituyente es coherente con la configuración moderna del espacio político, caracterizado por su “pluralismo”, “policentrismo”, “plurilingüismo”, por lo que “los conservadores pudieron acusar a la edad moderna de rebelión contra el círculo sagrado de los comunicadores del monopolio y como pérdida del centro”⁵⁹. La conclusión de esta vía se encontraría en Habermas, cuya preocupación central gira en torno a la posibilidad de que se forme “de modo discursivo una voluntad política racional”, para lo que no basta “introducir un ‘principio de discurso’ a cuya luz los ciudadanos puedan juzgar si el derecho que establecen es legítimo”, sino que es necesario que antes se institucionalicen jurídicamente aquellas formas de comunicación en las que haya de poder formarse esa voluntad⁶⁰. De ahí que el derecho no puede quedar a “disposición de la razón de Estado”, pues aquél sólo mantendrá “fuerza legitimante mientras pueda actuar como fuente de justicia”⁶¹, ni la razón de Estado puede disponer del mismo si es que reclama para sí constituirse como voluntad política racional. Esto nos lleva necesariamente a tratar de entender cuáles puedan ser las razones en

⁵⁷ J. S. Mill, *Del Gobierno representativo*, trad. M. C. C. de Iturbe, Tecnos, Madrid, 1985 (1861).

⁵⁸ Kelsen, *De la esencia y...*, op. cit., págs. 108 y ss.

⁵⁹ P. Sloterdijk, *Esferas II. Globos. Macrosferología*, trad. I. Reguera, Ediciones Siruela, Madrid, 2004 (1999), pág. 679.

⁶⁰ Habermas, *Facticidad y...*, op. cit., pág. 653.

⁶¹ Habermas, *Facticidad y...*, op. cit., pág. 212.

las que se asienta una voluntad política y a dilucidar, a su vez, en ese terreno los desencuentros entre las diferentes voluntades políticas, pues parece claro que ninguna buena consecuencia se derivará de que aquéllas se construyan sólo y exclusivamente sobre la fuerza.

Para Habermas, la práctica dadora de constitución, que es el momento culminante de cualquier voluntad política, ha de atenerse a una serie de parámetros que aseguren la racionalidad de tal práctica. Para hacerlo trata de huir de los problemas que ha suscitado el iusnaturalismo, fundamentalmente la supeditación del derecho positivo, esto es, del producto de la voluntad política, a la moral, al derecho natural, y para ello ha elaborado una construcción muy compleja en la que consigue diferenciar el principio democrático del moral, retrotrayendo ambos a un origen común, el principio de discurso⁶². De este modo evitaría la supeditación directa del derecho respecto de la moral, al mismo tiempo que introduciría una carga moral –los dispositivos comunicativos– en el principio democrático⁶³. Con independencia de los problemas que conlleve esta construcción y que ahora hay que dejar de lado, creo que la importancia del sistema de Habermas radica fundamentalmente en la construcción de un filtro –“los procedimientos democráticos y los correspondientes dispositivos comunicativos funcionan como filtros que seleccionan los temas y contribuciones, las informaciones y razones, de suerte que sólo ‘cuenten’ las entradas relevantes y válidas”⁶⁴– que se sitúa en un terreno intermedio entre la moral y el derecho, y en el que puede apreciarse la interdependencia entre ambos, la moral y el derecho, lo que supone una diferencia clara de las posiciones iusnaturalistas, que defendían la dependencia del primero respecto del segundo, así como de las positivistas, que sostienen la separación tajante entre ambas⁶⁵.

⁶² Habermas, *Facticidad y...*, op. cit., págs. 658-659.

⁶³ Habermas, *Facticidad y...*, op. cit., págs. 648 y ss.

⁶⁴ Habermas, *Facticidad y...*, op. cit., pág. 661.

⁶⁵ Hoy día parece que las posiciones se acercan, tanto por parte de lo que se ha denominado positivismo inclusivo, como de lo que por otro lado se etiqueta como iusnaturalismo inclusivo. Vid., al respecto, A. Ollero, “Derecho positivo y derecho natural, todavía...”, en J. A. Ramos Pascua y M. Á. Rodilla (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, págs. 905-933.

Ese terreno está constituido por las razones morales que podemos deducir de los contextos de acción comunicativa entre próximos y que nos muestran que tales relaciones deberían extenderse a las relaciones entre extraños. El problema es que tal traslación de la carga moral desde los contextos entre próximos a relaciones entre extraños sólo es posible hacerlo si somos capaces de observar los principios que han presidido las prácticas jurídico-políticas que se han desarrollado desde la modernidad hasta nuestros días. En este sentido hay que subrayar la aportación de dos tradiciones, la liberal y la democrática o republicana⁶⁶. La primera se encuentra representada por autores como Locke y Constant. Para Locke, “el poder político es el derecho de dictar leyes bajo pena de muerte y, en consecuencia, de dictar también otras bajo penas menos graves, a fin de regular y preservar la propiedad”⁶⁷, que hay que entender como la “vida, [la] libertad y [los] bienes”⁶⁸ de aquellos que “por su propio consentimiento se hacen a sí mismos miembros de alguna sociedad política”⁶⁹. Ciertamente, este planteamiento no se aleja en exceso del contenido mínimo de derecho natural del que habló Hart, en cuya ausencia, “los hombres, tales como son, no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla”⁷⁰, de manera que cualquier orden social que quisiera pervivir, requeriría de unos mínimos que no estaban a disposición de sus autores sino de la propia racionalidad de ese orden. Por su parte Constant hablará del “error de quienes, obrando de buena fe por amor a la libertad, dieron a la soberanía popular un poder sin límites, viene de cómo se formaron sus ideas sobre la política. Vieron que a lo largo de la historia un pequeño número de hombres, o incluso uno solo, había disfrutado de un poder inmenso, causante de muchos males, pero su cólera se dirigió contra los detentadores de ese poder y no contra el poder en sí mismo. En lugar de destruirle, sólo pensaron en desplazarle. Era un azote, y lo consideraron

⁶⁶ Habermas, *Facticidad y...*, op. cit., pág. 652.

⁶⁷ J. Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, trad., prólogo y notas de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1990 (1690), pág. 35.

⁶⁸ Locke, *Segundo Tratado...*, op. cit., pág. 102.

⁶⁹ Locke, *Segundo Tratado...*, op. cit., pág. 45.

⁷⁰ H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, trad. de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963 (1961), pág. 239.

como una conquista. Se lo entregaron a toda la sociedad; de la sociedad pasó forzosamente a la mayoría, de la mayoría a manos de unos cuantos y, con frecuencia, a las de uno solo. Ha hecho tanto daño como antes, y se han multiplicado los ejemplos, las objeciones, los argumentos y las acciones contra todas las instituciones políticas”⁷¹.

La segunda tradición viene representada por Rousseau, cuyo objetivo fundamental consiste en “[e]ncontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por lo cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes”⁷². De esta manera se trata de poner el interés común por encima del interés privado de cada uno, puesto que “lo que generaliza la voluntad no es tanto el número de votos como el interés común que los une”⁷³. Rousseau reconoce que mientras que la voluntad general mira “al interés común”, la voluntad de todos lo hace “al interés privado, y no es más que una suma de voluntades particulares: pero quitada de estas mismas voluntades los más y los menos que se destruyen entre sí, y queda por suma de las diferencias la voluntad general”⁷⁴. Quizá donde se expresa con más claridad, sea cuando afirma que “[p]ara que una voluntad sea general no siempre es necesario que sea unánime, pero es necesario que todas las voces sean tenidas en cuenta; toda exclusión formal rompe la generalidad”⁷⁵.

Pues bien de esas tradiciones es posible obtener, tal y como hace Habermas, dos principios: la autonomía privada y la autonomía pública⁷⁶; el Estado de derecho y la soberanía popular; las libertades subjetivas de acción y los derechos y libertades políticos; en definitiva, la libertad negativa y la libertad positiva en palabras de Berlin⁷⁷. En estos dos principios pode-

⁷¹ **B. Constant**, *Principios de política* (1815), en íd., *Escritos políticos*, trad. y ed. de M. L. Sánchez Mejía, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 9 y 10.

⁷² **J. J. Rousseau**, *Del Contrato social. Discursos*, edición y traducción de M. Armiño, Alianza Editorial, Madrid, 1986 (1762), pág. 22.

⁷³ Rousseau, *Del Contrato...*, op. cit., pág. 38.

⁷⁴ Rousseau, *Del Contrato...*, op. cit., pág. 35.

⁷⁵ Rousseau, *Del Contrato...*, op. cit., pág. 290, n. 5.

⁷⁶ Habermas, *Facticidad y...*, op. cit., págs. 648 y ss.

⁷⁷ **I. Berlin**, “Dos conceptos de libertad”, *Sobre la libertad*, op. cit., págs. 205-255.

mos reconocer los dispositivos comunicativos de los contextos de acción comunicativa entre próximos, las razones morales que estaban allí depositadas, lo que viene exigido necesariamente cuando se ejercen las libertades políticas, pues mientras que las libertades subjetivas de acción nos permiten la práctica racional, egoísta, de la misma, así como desarrollar la forma de existencia que bajo el respeto a las leyes estimemos oportuna, el ejercicio de las libertades políticas conlleva una carga moral en la medida en que su ejercicio afecta a los otros de una manera directa, pues su vida dependerá en gran medida de las leyes que se aprueben en una determinada sociedad.

Estos presupuestos son los que constituyen el cedazo que en la práctica dadora de constitución permitirá que pase sólo aquello que no es incompatible con los mismos. Un cedazo construido con los hilos deducidos de la práctica jurídico-política occidental que se articulan en torno a los principios de la soberanía popular y los derechos y libertades individuales; unos hilos que se entrecruzan de forma que constituyen una trama concreta que viene determinada por el contenido moral que se deduce de los dispositivos comunicativos propios de los contextos de acción comunicativa entre próximos. A partir de aquí la voluntad política puede adquirir visos de racionalidad e iniciar una práctica dadora de constitución que ha de recoger, como no podía ser de otra manera, la carga moral que tales principios aportan. Por eso, toda constitución que quiera reconocerse como legítima ha de articularse en torno a ambos presupuestos: la soberanía popular y el reconocimiento de los derechos y libertades individuales.

A partir de aquí se inicia una nueva fase consistente en la articulación efectiva de la voluntad general que se ha visto plasmada a través de la construcción de una voluntad política racional, esto es, la voluntad general puede identificarse con esa voluntad política racional asentada sobre dos principios. Un tipo distinto de dificultades comienza ahora, pues tenemos que hacer efectiva la soberanía popular o soberanía nacional, tal y como viene recogida en las distintas constituciones. “Nosotros, el pueblo...” disponemos y la dificultad con la que nos encontramos consiste en saber cómo puede disponer una voluntad que es concebida como voluntad general. En tanto que tal no tenemos posibilidad de que pueda manifestarse, pues sólo hemos en-

contrado un mecanismo, a través de la voluntad de todos, esto es, por medio de la voluntad de la mayoría.

El principio de la mayoría se expresa a través de la voluntad política del legislador, que designa a su vez, en un régimen parlamentario, el poder ejecutivo. En nuestra Constitución se dice que las “Cortes Generales representan al pueblo español” (art. 66.1 C.E.), y no que sean el pueblo español, sino que en ellas, éste se encuentra representado. Esto es, las Cortes actúan en nombre del soberano, que es el pueblo, tal y como se afirma en el art. 1.2 C.E.: “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”, y hay que entender que emanan todos los poderes del Estado: la función ejecutiva, la potestad legislativa y el poder judicial.

La potestad legislativa (art. 66.2) es ejercida por las Cortes como poder emanado del pueblo español, que es donde reside la soberanía. El poder judicial, como la potestad de las Cortes, también emana del pueblo soberano. Así lo afirma el art. 117.1 C.E.: “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrado integrantes del poder judicial”. En los regímenes parlamentarios se ha producido una deriva importante, en tanto que el poder legislativo ha dejado de controlar realmente el poder ejecutivo, aunque formalmente siga apareciendo que el último está subordinado al primero. Por el contrario, hoy cabe constatar el hecho de que el poder ejecutivo es el poder preeminente, “se ha convertido en el poder moderno clave”⁷⁸. Éste es un hecho importante que nos sirve para incidir en la relevancia que en una situación tal puede adquirir el poder judicial a la hora de garantizar las virtudes que poseen los regímenes democráticos a través de la defensa de los derechos de los ciudadanos.

Parece evidente que la democracia entendida como democracia electoral ha sufrido un proceso de erosión, que se ha tratado de corregir en dos direcciones. Primero se ha intentado reforzar su base procedimental por medio del incremento del número de elecciones, aumentando la dependencia de los representantes respecto de los ciudadanos y el desarrollo de mecanismos de

⁷⁸ P. Rosanvallon, *Democracy. Past and Future*, Columbia University Press, New York, 2006, pág. 245.

democracia directa. No obstante, esto ha sido insuficiente, por lo que “para compensar la erosión de la confianza se ha institucionalizado la desconfianza”, lo que ha llevado a diseñar una nueva forma de democracia, a la que cabe definir como “democracia indirecta”⁷⁹. Ésta consiste en el desarrollo de mecanismos de sobrevigilancia, la creación de instituciones independientes, así como de poderes de rechazo.

Esa democracia indirecta se distingue, fundamentalmente, “por su atracción hacia un modelo judicial de la política”, que supone “una judicialización ‘funcional’ de la política gracias al impulso de construir un Estado más imparcial”. Este cambio se articula técnicamente y se legitima socialmente alrededor de una “noción jurídica del juicio (imparcialidad) antes que una noción de voluntad (la mayoría resultante del sufragio universal)”, lo que ha llevado a sostener “que la figura del *ciudadano como votante* se encuentra hoy día cada vez más sobrepasada por la imagen del *ciudadano como jurado*”⁸⁰.

Indudablemente todo esto tiene sentido cuando la constitución de la premisa mayoritaria se hace en condiciones normales, respetando bien los procedimientos exigidos por la mayoría absoluta, que son los propios de la autoridad legislativa, bien los procedimientos exigidos por la mayoría cualificada, que es la exigida cuando lo que se ejerce es la autoridad constituyente. El problema se agrava cuando ni siquiera esa premisa mayoritaria se ha constituido de acuerdo a las exigencias formales que los temas abordados requerirían. Pues si bien se admite que la influencia es mínima, mucha menor influencia se tiene cuando ni siquiera se puede participar. Esto es, la premisa mayoritaria se justifica en la medida en que no constituye sino un medio para la preservación y aseguramiento de nuestras libertades negativas, por lo que está justificada la restricción de la misma en la medida en que se atente contra esas libertades. Consecuentemente mayor justificación tendrá la crítica de las actuaciones con base en tal premisa cuando lo que se impide es el mismo ejercicio de la libertad positiva, pues ni siquiera permiten que se utilice tal libertad como medio. En resumen, en el caso planteado se produce

⁷⁹ Rosanvallón, *Democracy...*, op. cit., pág. 238.

⁸⁰ Rosanvallón, *Democracy...*, op. cit., pág. 244.

una doble violación, primero, porque no se permite ejercer el derecho de participación, ni directa ni indirectamente, y segundo, porque no se puede asegurar al negarse su uso la igualdad de las libertades negativas entre todos los miembros de la sociedad.

En relación con la concepción de la democracia mayoritaria hay que recordar que Kelsen la defendió pero bajo ciertas condiciones a fin de evitar que la misma degenerara y se deslizara hacia el “imperio de la mayoría”⁸¹. De manera diferente a Habermas, para quien el principio de la mayoría adquiere un papel secundario en su sistema, pues sólo entra en escena una vez que se ha desarrollado todo un entramado jurídico-moral de gran complejidad que permite construir un filtro que asegure la racionalidad de las decisiones adoptadas por la voluntad política mayoritaria. Así, la primera mediación que se realiza para transformar la libertad natural en libertad política se lleva a cabo en Habermas de forma que se embrida la voluntad política y si no se evita, al menos se proporcionan instrumentos suficientes como para asegurar que la crítica de las decisiones mayoritarias se desenvuelva por un terreno afirmado racionalmente. Por su parte, Kelsen sostiene también que el principio de mayoría es esencial en su construcción en la medida en que es el que permite transformar la libertad natural en autodeterminación política⁸², pero esto lo hace sin las garantías que ofrece el sistema de Habermas. La transformación que defiende acerca de la transformación de la libertad natural en libertad política por medio del principio de la mayoría, se sostiene sobre ese mismo principio sin acudir a nada más. Esto hace que esta mediación tenga una fundamentación excesivamente vaga que le llevará finalmente a no poder impedir que el principio de la mayoría, central en su argumentación, se deslice hacia el imperio de la mayoría, donde la racionalidad de la democracia liberal o constitucional queda completamente varada.

Kelsen no llega a desarrollar una concepción de la democracia constitucional, sino que defiende una concepción de la democracia mayoritaria que podríamos considerar como razonable, aunque como veremos a con-

⁸¹ Kelsen, *De la esencia y...*, op. cit., pág. 160.

⁸² Kelsen, *De la esencia y...*, op. cit., pág. 86.

tinuación, esa concepción no puede evitar que se deslice hacia su perversión en el imperio de la mayoría. Kelsen construye un silogismo, en el que la premisa mayor dice que el principio de la mayoría “presupone por definición, la existencia de una minoría”⁸³, la premisa menor establece que “el derecho de la mayoría implica el derecho a la existencia de una minoría”⁸⁴ y extrae la conclusión de que de ello “no resulta la necesidad, pero sí la posibilidad de la protección de la minoría frente a la mayoría [...lo que] constituye la función esencial de los llamados derechos y libertades fundamentales o derechos humanos y civiles”⁸⁵.

Si lo leemos al revés veremos que hay dos incongruencias. Primero, en la conclusión se diluye lo que ya se afirma en la segunda premisa, pues de ésta obtiene menos de lo que la misma implica, y segundo, la segunda premisa supone un salto de terreno, pues se abandona el terreno en el que está formulada la primera, el terreno de la pura lógica, para pasar al terreno del derecho. Esta segunda incongruencia tiene menor relevancia en relación con lo que aquí tratamos de demostrar, que su concepción de la democracia mayoritaria no puede evitar su deslizamiento hacia el imperio de la mayoría. Mayor enjundia tiene la primera incongruencia, pues si en la segunda premisa sitúa la reflexión en el terreno del derecho y admito que el derecho de uno, la mayoría, *implica* el derecho de otro, la minoría, no puedo obtener menos en la conclusión que aquello que estaba ya en la premisa, y esto es lo que hace Kelsen al hablar de *posibilidad* y no de *necesidad*. Si el derecho de uno *implica* el de otro, entonces no es una cuestión de *posibilidad*, sino de *necesidad*. Admitir esto le habría llevado a Kelsen a tener que desprenderse de su relativismo axiológico y coherentemente con ello, su concepción de la transacción y el compromiso entre diferentes posiciones que defienden valores e intereses contrapuestos, sin que ninguno de ellos pueda considerarse mejor que los otros, pues todos ellos son relativos, lo que evidentemente no puede hacer. No obstante, no es este el camino que quiero seguir, sino el que recorre el propio Kelsen. El problema

⁸³ Kelsen, *De la esencia y...*, op. cit., pág. 139.

⁸⁴ Kelsen, *De la esencia y...*, op. cit., pág. 139.

⁸⁵ Kelsen, *De la esencia y...*, op. cit., pág. 139.

está mal planteado desde el principio y por eso, su construcción muestra enormes debilidades. Veámoslas.

La primera de ellas es su concepción del límite como autolimitación, es decir, Kelsen diseña el límite como “principio de legalidad”⁸⁶. A partir de aquí establece una serie de medidas de carácter constitucional que sirven para asegurar una democracia controlada, limitada. A fin de evitar que la mayoría se deslice hacia su imperio y dado que no tenemos ningún mecanismo que someta necesariamente a la mayoría, sólo es posible entender la renuncia de la mayoría “a la imposición su voluntad frente a una minoría cualificada” como una “autolimitación”⁸⁷, lo que ha de plasmarse constitucionalmente en el reconocimiento no sólo de la mayoría absoluta –la autoridad legislativa–, sino también del “principio de la mayoría cualificada” –la autoridad constituyente–, que ha de funcionar en relación con “las medidas que afectan a una determinada esfera de intereses nacionales, religiosos, económicos o, en general, inmateriales [que] sólo son posibles con el acuerdo de una minoría –cualificada–, no contra su voluntad, es decir, sólo en virtud de un acuerdo entre mayoría y minoría”⁸⁸, que asegure un nivel de protección mayor que la mera legalidad, al tratar de que haya cuestiones que exigen mayores grados de consenso, que es similar a las mayorías exigidas para reformar las normas básicas de un sistema, esto es, las normas de reforma constitucional. En segundo lugar, introduce la jurisdicción constitucional, que es la que ha de asegurar que la mayoría no se deslice hacia su imperio, al proteger esos procedimientos legislativos que exigen mayorías cualificadas, ya que “la garantía de la Constitución en el procedimiento legislativo representa un interés trascendental de la minoría”⁸⁹, esto es, la protección de sus derechos.

Sin embargo, esto no evitaría, como el propio Kelsen reconoce, “una expansión ilimitada del Estado sobre el individuo [...] siempre que aquel

⁸⁶ Kelsen, *De la esencia y...*, op. cit., pág. 181.

⁸⁷ Kelsen, *De la esencia y...*, op. cit., pág. 141.

⁸⁸ Kelsen, *De la esencia y...*, op. cit., pág. 142.

⁸⁹ Kelsen, *De la esencia y...*, op. cit., pág. 180.

poder fuera obra únicamente de los que le están sometidos⁹⁰, lo que podríamos traducir en el juego entre mayoría y minoría diciendo que cabría someter a la minoría, siempre que fuera con su consentimiento, lo que parece estar alejado de toda razonabilidad, pues los límites de la voluntad política tienen que estar contruidos de manera que no puedan ensancharse o constreñirse en función de esa misma voluntad. En mi opinión, creo que ésta es la razón por la que Kelsen termina reconociendo la existencia de “ciertos límites naturales” a “la aplicación del principio de mayoría”⁹¹, refiriéndose con ello a la necesidad de una cierta homogeneidad cultural y lingüística, pues “[s]i la nación es ante todo una comunidad de cultura y de lengua, el principio de mayoría sólo tiene pleno sentido en el interior de un cuerpo nacional uniforme”⁹².

En nuestro caso ha funcionado un concepto de democracia mayoritaria asentado sólo y exclusivamente en el imperio de la mayoría absoluta –la autoridad legislativa de Ross–, que no ha respetado los procedimientos plasmados constitucionalmente que establecían una mayoría cualificada –la autoridad constituyente en términos de Ross–. Desde este punto de vista hemos conseguido empeorar la concepción kelseniana en tanto que hemos saltado por encima del límite que como autolimitación, es decir, la mayoría cualificada, trató de establecer Kelsen. Así se ha utilizado una vía, la de la mayoría absoluta, adecuada para reformar un Estatuto, pero no la Constitución, para cuya modificación se debería haber utilizado la de la mayoría cualificada. En relación con la segunda limitación que introduce Kelsen, el control de constitucionalidad por medio de la jurisdicción constitucional, hay que recordar que se asienta sobre presupuestos distintos a los de la primera limitación, pues mientras que ésta responde a los mismos principios que los de la democracia mayoritaria cuyos excesos trata de corregir, los presupuestos sobre los que se asienta esta jurisdicción constitucional son distintos, pues no responden a la democracia mayoritaria, sino que se encuentran en sintonía con una concepción de la democracia dife-

⁹⁰ Kelsen, *De la esencia y...*, op. cit., pág. 54.

⁹¹ Kelsen, *De la esencia y...*, op. cit., pág. 162.

⁹² Kelsen, *De la esencia y...*, op. cit., pág. 163.

rente, la democracia constitucional o asociativa, en la que las limitaciones no dependen de ninguna voluntad mayoritaria absoluta o cualificada, sino que tales limitaciones se piensan como inherentes o constitutivas de la propia democracia. No obstante, habría que decir que el clima que se ha generado en nuestro país no es el más adecuado para que el Tribunal Constitucional desarrolle su labor, aunque no parece que esto haya sido distinto en otras ocasiones, en las que las tensiones entre diferentes intereses y distintos poderes fueron enormes, como sucedió durante los años treinta en los Estados Unidos en relación con el New Deal⁹³. No obstante habrá que esperar a la decisión y, sobre todo, a la argumentación en la que se apoye.

En definitiva, la única explicación de tal proceder sólo puede venir de la degeneración de una concreta concepción de la democracia, la democracia mayoritaria. Este modelo de democracia se asienta sobre el principio de la mayoría, tal y como hemos visto con anterioridad, aunque los límites a los que ha de someterse –especialmente el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, negativas y positivas, que exige el respeto de los procedimientos establecidos–, no pueden evitar su deslizamiento hacia el imperio de la mayoría. Cuando esto sucede la política se sitúa por encima del derecho, transformándose en táctica maniobrera cuyo fin único consiste en alcanzar y mantener el poder por encima de cualquier otra cosa y, en consecuencia, sin ningún tipo de vinculación con el plano normativo, que es desde el que cabría o no legitimar tales prácticas. Esta concepción de la política, anclada en el terreno de los hechos y separada de toda vinculación de carácter normativo, es schmittiana. En Schmitt no hay otra realidad política que vaya más allá de esto, ni siquiera el derecho, pues aunque “la soberanía del derecho” como “la soberanía de los hombres que imponen las normas jurídicas y se sirven de ellas”⁹⁴, han sido consideradas con la pretensión de que por medio de ellas se alcanzara la legitimidad, sin embargo no son para Schmitt sino meras “ilusiones (...)

⁹³ Vid., al respecto, **F. H. A. Hayek**, *Los fundamentos de la libertad*, trad. J. V. Torrente, Unión Editorial, Madrid, 1991 (1959), págs. 237 y ss.

⁹⁴ Schmitt, *El concepto...*, *op. cit.*, pág. 95.

con las que en tiempos de seguridad no estorbada gustan los hombres de engañarse a sí mismos acerca de las realidades políticas”⁹⁵. De este modo se niega la posibilidad de mediación jurídica, así como que puedan establecerse ciertas dosis de racionalidad mediante el derecho y aún más, pues afirma que en el terreno espiritual “*dominio y poder* se convierten en *propaganda y manipulación de masas*”⁹⁶. ¿Acaso hemos vuelto donde solíamos?

⁹⁵ Schmitt, *El concepto...*, *op. cit.*, pág. 82.

⁹⁶ Schmitt, *El concepto...*, *op. cit.*, pág. 100. Vid., asimismo, José J. Jiménez Sánchez, “La opinión pública”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXII, 2005, págs. 181-201 y “The Ruins of the Enlightened Public Sphere”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 92, Heft 4, 2006, págs. 568-581.

dia, que la

vespertinas

En Nueva Revista sabemos
alrededor

dónde encontrar las claves
mente som-

de la realidad política y cultural.
ba una luz;

unos cuatro

e la noche.

Nueva Revista

www.nuevarevista.com

Suscripciones:
91 519 97 56