

Estudios sobre el Estado de Derecho  
y la democracia

Ernst Wolfgang Böckenförde

Traducción de Rafael de Agapito Serrano

**COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS**  
**Serie Derecho**

**Consejo Asesor:** Perfecto Andrés  
Joaquín Aparicio  
Antonio Baylos  
Juan Ramón Capella  
Juan Terradillos

© Editorial Trotta, S.A., 2000  
Sagasta, 33. 28004 Madrid  
Teléfono: 91 593 90 40  
Fax: 91 593 91 11  
E-mail: [trotta@infonet.es](mailto:trotta@infonet.es)  
<http://www.trotta.es>

© Suhrkamp Verlag, Frankfurt a. M., 1991  
para el capítulo «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs»  
de la obra *Recht, Staat, Freiheit*

© Suhrkamp Verlag, Frankfurt a. M., 1991  
para los capítulos «Demokratie als Verfassungsprinzip»,  
«Demokratie und Repräsentation. Zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion»,  
«Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts»  
de la obra *Staat, Verfassung, Demokratie*

© Ernst Wolfgang Böckenförde, 1993  
para el artículo «Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel»

Diseño  
Joaquín Gallego

ISBN: 84-8164-397-1  
Depósito Legal: P-244/2000

Impresión  
Simancas Ediciones, S.A.

## CONTENIDO

<i>Prólogo: Rafael de Agapito Serrano</i> .....	9
Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho .....	17 ✓
La democracia como principio constitucional .....	47
Democracia y representación. Crítica a la discusión actual sobre la democracia .....	133
El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho constitucional .....	159 ✓
Notas sobre el concepto de «cambio constitucional» .....	181
<i>Fuentes</i> .....	197
<i>Índice</i> .....	199



## PRÓLOGO

*Rafael de Agapito Serrano*

La serie de estudios que se ofrece en este volumen se ocupa de temas que permitirán al lector español ampliar su conocimiento de la obra de este autor, ya conocido entre nosotros en particular por la publicación de otra selección de artículos sobre la concepción e interpretación de los derechos fundamentales, pero también por su presencia en nuestros medios académicos a través de conferencias y mesas redondas, por la amable ayuda intelectual que ha prestado a todos aquellos que han buscado orientación desplazándose hasta el Instituto de Derecho Público de la Universidad de Freiburg i.B., así como por el interés que suscita su extensa obra, tanto la docente y de investigación como la que deriva de su densa labor como magistrado constitucional, entre quienes han trabado ya contacto con su pensamiento.

La presente selección de artículos pone nuevamente de relieve la amplitud y la profundidad del interés de conocimiento que orienta la labor del autor. Permítasenos comentar aquí brevemente las razones y criterios que han guiado nuestra selección de los artículos que se incluyen en este volumen, con el fin de arrojar luz tanto sobre los temas y objetivos de estos trabajos como sobre el hilo conductor y el enfoque que presta unidad a todos ellos.

El tema central de estos trabajos lo constituye la conexión entre derecho y política como categorías centrales del Derecho constitucional, y sus implicaciones para éste. Esta cuestión, a la que el autor de estas líneas dedicó también su primera publicación, constituye el núcleo mismo de esta rama del Derecho, es además algo específico de ella, y su aclaración resulta en consecuencia imprescindible para la interpretación de la norma fundamental. Como jurista, con una

profunda y extensa formación en la tradición del pensamiento constitucional occidental sobre el Estado y el Derecho, Böckenförde hace suya la exigencia fundamental de justificar en la teoría, y hacer viable en la práctica, la idea de la «primacía del derecho». Tal es el criterio y el interés de conocimiento que según él ha de guiar la tarea del jurista y que se concreta en la doble garantía de la libertad individual y de la limitación del poder. Ahora bien, esto no implica olvidar el papel que la «política» desempeña en el Derecho constitucional. Antes bien, al acoger la proposición de Henke de que «el fundamento del derecho pertenece al derecho», Böckenförde asume también la idea de que no cabe un derecho o un sistema normativo justificado al margen de la concepción y el ejercicio práctico de una «política» legitimada. Y ello tanto en lo que se refiere a la dimensión constituyente de la creación del Derecho constitucional como a la de la creación del Derecho ordinario.

Pero lo cierto es que, frente a lo que ocurría en etapas anteriores del pensamiento y la práctica jurídico-constitucionales, el trabajo del jurista se mueve hoy en un marco mucho más complejo, que afecta tanto al ámbito de la realidad social y política como al del propio sistema normativo. En la interpretación y en el estudio actuales del Derecho constitucional han acabado entrando en juego criterios y exigencias nuevos, que se anticiparon en la pluralidad de las propuestas constitucionales que se plantearon a raíz de la crisis del constitucionalismo liberal, y de los intentos por superarla, en la discusión de entreguerras.

Están ahora presentes por ejemplo los criterios que defendieron, sin llegar a integrarlos de un modo coherente en el Derecho constitucional, los juristas públicos de la etapa de entreguerras. Me refiero, por aludir sólo al ámbito del Derecho público alemán, a la reconstrucción de una sistemática global del Derecho desde un enfoque estrictamente jurídico (Kelsen), a la comprensión de la Constitución como el proceso de realización de un objetivo jurídico fundamental (Smend), a la propuesta de una orientación o finalidad material de la norma fundamental (Heller), así como a la necesidad de incorporar un análisis crítico conceptual en la interpretación del Derecho constitucional (Schmitt). Y todo este abanico de perspectivas y exigencias encuentra hoy su reflejo en esa fórmula jurídica constitucional que es la decisión fundamental en favor de un Estado constitucional caracterizado, al mismo tiempo y al mismo nivel, como «social», «democrático» y «de derecho».

El enfoque desde el que el autor lleva a cabo estos estudios es el de una interpretación jurídica constitucional, aplicada aquí al

análisis de algunos de los componentes normativos centrales del Estado constitucional, como son el principio del Estado de Derecho, el principio democrático, la figura de la representación política, la defensa del valor normativo de la Constitución frente a los problemas clave del concepto del poder constituyente y de la necesidad de delimitar la interpretación constitucional frente al cambio o la mutación constitucionales. Pero bien entendido que tales componentes no se analizan únicamente como criterios teóricos o pautas de racionalidad, sino como verdaderos elementos normativos incorporados ya en la «Constitución jurídica».

Esta noción de la «Constitución jurídica», referida por lo tanto a un derecho positivado, ocupa así un lugar central en el desarrollo de estos estudios y de la orientación general del trabajo del autor, motivo por el cual quisiéramos aportar algunas aclaraciones que faciliten el acceso a este enfoque. En relación con su propia tradición jurídica, la «Constitución jurídica» no se concibe aquí ya en el sentido que tuvo en la discusión de la etapa de entreguerras en el ámbito alemán, en la que se hablaba de forma explícita y diferenciada de «Constitución» y «Ley Constitucional». Tal distinción estaba en la base de las propuestas que consideraban una necesidad lógica asumir, siquiera hipotéticamente, la existencia de una norma fundamental como base y fundamento del ordenamiento jurídico (Kelsen); o que preconizaban la existencia de una serie de «decisiones fundamentales» como soporte de la Ley Constitucional (Schmitt), o bien que concebían ésta como un elemento más dentro de un proceso que se rige y orienta a partir del principio de la integración de la comunidad (Smend).

Este paso representó sin duda un avance en el desarrollo del Derecho público, pues con él se reconocía la necesidad de incorporar a la interpretación jurídica un «concepto» de Constitución. Representó un avance porque abría la puerta a la posibilidad de plantear y aclarar la especial naturaleza jurídica de la norma fundamental: la Constitución ha de entenderse sin duda como una norma jurídica, pero le son inherentes ciertas peculiaridades que la distinguen del resto de las normas jurídicas. Ahora bien, en la etapa de la que hablamos estos dos dominios del pensamiento constitucional, el propiamente jurídico y el de la justificación de la norma constitucional, se mantienen aún separados como los polos de una dicotomía, como ámbitos de naturaleza necesariamente diferente. Por el contrario, el profesor Böckenförde toma como objeto y como punto de referencia únicos esa «Constitución jurídica», entendiendo que no cabe una referencia justifica-

dora externa a ella, pero sin renunciar no obstante a ocuparse del tema de su justificación.

Esta noción de «Constitución jurídica», como punto de referencia de la interpretación constitucional, tiende sin embargo hoy en día, y así ocurre en amplios sectores, a concebirse más como una noción general o universal de Constitución que como algo referido y vinculado estrictamente a las constituciones concretas de los distintos Estados constitucionales. Y ello entraña el riesgo de diluir los perfiles precisos que requiere una interpretación jurídica constitucional. Es verdad que esta idea «general» de Constitución puede hoy apoyarse en la constatación de que hay una serie de rasgos que son comunes a todas las constituciones de las llamadas sociedades con democracia avanzada, así como en el hecho de que las constituciones actuales se caracterizan por ser una «norma» que, según se destaca de modo especial en la teoría del derecho, incorpora tanto principios como reglas jurídicas.

Esos rasgos comunes derivan en buena medida del cambio de orientación que han incorporado las constituciones y la práctica constitucional posteriores a la Segunda Guerra mundial, en un intento de superar las insuficiencias del constitucionalismo liberal y de dar respuesta a los interrogantes suscitados por las críticas totales al derecho y al Estado a fines del XIX y comienzos del XX. Entre estos rasgos comunes se pueden señalar:

—la pretensión de superar el carácter jurídico-formal de las garantías jurídico-constitucionales del constitucionalismo liberal, lo que supone admitir la necesidad de una relación efectiva entre derecho y realidad, tal como propugnaban los movimientos sociales; y a ello responde la exigencia de una vigencia efectiva del Derecho constitucional;

—la superación de la concepción meramente negativa de la función del Estado, pero excluyendo sin embargo expresamente el riesgo de recaer en un dirigismo autoritario o de valores, mediante el pleno reconocimiento del principio democrático;

—la superación del individualismo abstracto liberal, mediante una comprensión de la estructura intersubjetiva de los derechos y libertades, lo que supone reconocer a nivel constitucional el principio de igualdad junto al de la libertad;

—la superación, finalmente, de una concepción positivista del derecho como algo autónomo respecto de la política, siendo esta la única fuente legitimada de su creación.

Ahora bien, la presencia de esta orientación común no es motivo para operar en la interpretación jurídica constitucional con una no-

ción de la Constitución jurídica que se sitúe por encima o al margen de los textos jurídicos en los que se plasma esta orientación compleja en cada uno de los Estados constitucionales. Pues la Constitución jurídica propia de cada Estado constitucional se hace eco de los obstáculos y desarrollos de la propia evolución histórico-constitucional, de los problemas concretos y las fórmulas específicas de solución que han sido descubiertas y establecidas en el momento actual. Y es este material jurídico concreto el que ha de tomarse como punto de referencia para la interpretación constitucional. Pero en esa misma medida la interpretación jurídica constitucional tiene hoy que llevar a cabo una tarea más compleja, ya que tiene que seguir manteniendo el respeto al texto jurídico como tal y responder al mismo tiempo a las dificultades que este contexto constitucional ampliado plantea para su interpretación e integración jurídicas.

Sobre esta base el autor no rehúye, y éste es su mérito y el interés que tiene su lectura, la difícil tarea, hoy ineludible, de combinar y hacer productivas las exigencias de una interpretación jurídica rigurosa de tales componentes normativos esenciales junto con un análisis y reflexión sobre los «conceptos» que están incluidos en estos principios, formulados hoy como normas jurídicas y que deben interpretarse como tales.

La aclaración del contenido y alcance de estos conceptos es una necesidad reconocida hoy plenamente en la jurisprudencia constitucional, y en respuesta a ella se cuenta ya con sólidos desarrollos doctrinales en nuestro propio estudio del Derecho constitucional. Ahora bien, para lograr esta aclaración no es suficiente la mera referencia al «significado» convencional que posean estos términos en una determinada sociedad; ni basta tampoco la mera «constatación», desde una perspectiva sociológica, de su presencia en una sociedad como valores fundamentales; ni es suficiente tampoco su utilización como una mera precomprensión hermenéutica individual, que ha de resolverse y volverse objetiva en el proceso interno de la interpretación jurídica. Frente a ello, el autor se propone y lleva a cabo una depuración crítica de estos conceptos, atendiendo a la historia de la reflexión sobre ellos y a la experiencia histórica en la que han puesto de manifiesto su «grado de verdad».

Ciertamente este proceso de elaboración crítica tiene como resultado en buena medida un conocimiento «negativo», esto es, un conocimiento de lo que se excluye con aquellos conceptos, de la insuficiencia de algunas de sus formulaciones o de sus carencias cuando faltan otros elementos en el entramado constitucional. Y también se reconoce que no son conceptos «cerrados» o definitivos

(como se pone de manifiesto en las conclusiones del estudio sobre el Estado de Derecho), sino que su contenido está abierto a la historia constitucional. Desde luego, estos conceptos ganan perfiles precisos por referencia a problemas u obstáculos determinados, pero la fuerza y la validez que se les atribuye incluye la pretensión de poder dar cuenta de otras situaciones y dificultades que surgirán siempre de nuevo en el proceso histórico. En definitiva, el conocimiento incorporado ya en ellos contiene un núcleo firme por detrás del cual no se puede retroceder, y representa un contenido seguro y suficiente para operar en la interpretación jurídica de la constitución jurídica.

La depuración crítica del contenido de estos «conceptos básicos» puede contribuir así a la interpretación jurídica de la Constitución, sin que la utilización de este conocimiento suponga recaer en interpretaciones subjetivas o políticamente parciales, pues su función se puede delimitar con claridad. Por una parte, contribuye precisamente a evitar que puedan introducirse en el proceso de la interpretación jurídica y de la aplicación del Derecho constitucional criterios, opiniones o fines que no son producto de una reflexión consciente ni están por lo tanto suficientemente controlados. Por la otra, puede contribuir a una interpretación «sistemática», coherente, de los preceptos de la norma constitucional. En particular, en este nivel del análisis de los conceptos jurídicos fundamentales incorporados en el texto constitucional, puede ayudar a poner al descubierto las exigencias contenidas en estos principios, de modo que se hagan explícitos los límites y condicionamientos recíprocos entre ellos; y desde sus implicaciones es posible completar lo que a primera vista pueden parecer lagunas o indeterminaciones en el Derecho constitucional.

Al mismo tiempo, la doble exigencia del respeto al texto jurídico constitucional y de la necesidad de explicitar para la interpretación las implicaciones jurídicas de estos conceptos facilita el que la interpretación pueda mantenerse vinculada a la Constitución jurídica. Al poner a la luz la dirección de un posible desarrollo constitucional, contribuye también a que no se desdibuje, sino que se haga más clara y consciente la delimitación entre lo que puede ser objeto de desarrollo jurídico, a través de la concretización de la norma fundamental, y aquello que ha de entenderse como una posible modificación o ampliación de ésta —sometida en tal caso a la vía constitucional establecida para la reforma de la Constitución.

Este es, a nuestro juicio, el significado y el alcance de la «teoría constitucionalmente adecuada» que propone el autor, y que en-

cuentra en los estudios recogidos en este volumen un cumplido desarrollo. El lector advertirá que en ellos se intenta establecer una relación productiva entre la reflexión crítica sobre los conceptos constitucionales básicos y una interpretación respetuosa de la correspondiente Constitución jurídica. A través de esa relación se lleva a cabo una labor heurística que trata de descubrir el alcance y los límites de las exigencias normativas que se derivan de aquellos, los problemas concretos que se plantean en la vigencia efectiva de la norma constitucional y los criterios objetivos que permiten determinar su relevancia constitucional. El análisis de las consecuencias o implicaciones jurídicas de los principios pretende combinar y cumplir en suma la doble tarea doctrinal así como de interpretación y aplicación del derecho, con el objeto de facilitar una interpretación sistemática de todo el entramado constitucional establecido en la correspondiente norma jurídica fundamental.

Los estudios que forman parte de este volumen se mueven, pues, en el terreno de la interpretación jurídica constitucional, y se proponen, por una parte, elucidar el contenido nuclear de los preceptos fundamentales y, por la otra, detectar los problemas básicos que se plantean en su vigencia. En esta dirección, el estudio sobre la evolución del concepto del Estado de derecho tiene como eje central el análisis de la fundamentación de este concepto, que aquí se centra en su vinculación al principio democrático, para desde ahí poner de manifiesto la necesidad de incorporar al mismo aspectos tanto formales como materiales. A partir de este desarrollo conceptual se analiza la compleja interrelación y delimitación recíproca entre los principios del Estado de Derecho, la Democracia y el Estado social.

El extenso estudio sobre el principio democrático se ocupa de aspectos conceptuales básicos como su relación con la soberanía popular, el concepto de pueblo, el significado de la igualdad política, la justificación y límites del principio mayoritario, para terminar estudiando los presupuestos de la democracia y la relación de esta con el Estado de Derecho, la forma republicana y el Estado social. Al hilo de este desarrollo, el estudio incorpora un análisis de la necesidad de una legitimación democrática efectiva para el ejercicio del poder del Estado, mostrando de forma detallada cómo ha de desplegarse esta exigencia normativa, a través de las distintas formas de legitimación democrática, en los diversos órganos y actos del Estado, así como la forma de control jurídico apropiada a cada una de ellas.

El estudio sobre la representación política se obliga a responder

a la cuestión de la justificación de la democracia representativa en relación con el principio democrático. Este implica la exigencia de una vinculación del representante a sus representados, pero al mismo tiempo muestra cómo es ineludible un momento de autonomía (relativa) del representante para, más allá de la mera defensa de intereses empíricos particulares, poder atender al descubrimiento y elaboración de normas justificadas de un modo general. Esta doble «responsabilidad» de los representantes, no controlable plenamente desde criterios y medios jurídicos, se confronta con una aguda revisión de los problemas del ejercicio de la representación política a partir del pluralismo social y político de las sociedades actuales, y lleva a plantear la cuestión crucial de si tal responsabilidad solo puede sustanciarse a través de una apelación meramente moral a la función de los cargos públicos.

Los dos últimos estudios se centran en dos «supuestos límite» de la vigencia normativa de la Constitución. El análisis del concepto de «Poder constituyente» plantea la cuestión de su naturaleza como concepto «límite» del Derecho constitucional, ya que como poder del que deriva la legitimación de la norma jurídica fundamental, tiene que constituirse sin limitaciones externas, pues su función legitimadora solo podría cumplirse si cuenta con y opera desde una libertad sin restricciones. Pero al mismo tiempo ese poder «constituyente» no puede entenderse como un mero poder «de hecho», sino que la «voluntad de crear una constitución» implica la existencia en él de un momento normativo que no puede eludirse, y que plantea sin embargo la dificultad de determinar esa dimensión normativa del concepto sin entrar en conflicto con la exigencia ineludible de libertad.

Finalmente el estudio sobre el cambio constitucional se plantea desde la necesidad, agudizada en el Derecho constitucional actual, de diferenciar esta categoría respecto de otras actuaciones que no representan en realidad una modificación de la Constitución, aunque tienen perfiles afines. En la situación actual, con una institución de control de constitucionalidad en funcionamiento, sea cual sea la forma concreta en la que se haya establecido, se plantea el problema central de cómo distinguir entre cambio e interpretación de la Constitución. El que la exigencia de hacerlo no sea solo teórica, sino que esté también normativamente fundada, es lo que el autor toma como criterio para delimitar las nociones de cambio constitucional y de la interpretación jurídica constitucional.

Salamanca, 16 de julio de 2000.

## ORIGEN Y CAMBIO DEL CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO

«El término ha aparecido una vez que la realidad estaba ya en marcha. Pero ha de designar algo que todavía no es, o en todo caso algo que aún no está concluido, que aún ha de desarrollarse. Por eso el concepto vacila tanto: porque cada uno tiende a introducir en él sus propios ideales jurídicos».

(Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* I, 1895, p. 61)

Una de las tareas que estuvo en el centro de la reordenación política de Alemania después de 1945, y en la que Adolf Arndt participó desde sus más profundas convicciones y con decisión infatigable, fue la del restablecimiento y la configuración del Estado de Derecho. Restablecer el Estado de Derecho tenía ahora el objetivo de enlazar con la tradición del pensamiento alemán sobre el Estado y la Constitución, pero al mismo tiempo, y frente a esta tradición, estaba también presente el de desarrollarlo y dotarlo de una nueva orientación: ahora en lugar del Estado de Derecho en un sentido formal debía entrar en juego el Estado material de Derecho, en lugar del Estado de Derecho en sentido liberal el Estado social de Derecho<sup>1</sup>.

La posibilidad de atender a estos dos objetivos pone de relieve una característica propia del concepto del Estado de Derecho, que

1. Ver sobre ello la obra colectiva *Rechtstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, ed. de E. Forsthoﬀ, Darmstadt, 1968, en la que se recogen importantes contribuciones sobre el tema (trad. esp. de J. Puente Egido, *El Estado social*, CEC, Madrid 1986).

este comparte con otros conceptos teóricos fundamentales de la teoría del Estado y de la Constitución: la de poder establecer diferencias entre tipos de Estado de Derecho que se distinguen entre sí no solo por rasgos accidentales sino también estructurales. Se trata de un rasgo que es propio de ciertos conceptos algo difusos y no enteramente delimitables desde el sentido mismo del término, que no se dejan definir «objetivamente» ni de forma concluyente desde sí mismos, sino que permanecen abiertos al flujo cambiante de las concepciones teóricas sobre el Estado y la Constitución. Son así susceptibles de concreciones diversas, sin que ello suponga que cambie por entero su contenido, es decir, sin que pierdan su continuidad o se degraden a meras fórmulas vacías<sup>2</sup>. De esta forma solo el conocimiento de su desarrollo histórico hace posible una comprensión sistemática del concepto.

Las consideraciones que se ofrecen a continuación pretenden poner al descubierto aquellos aspectos singulares de las diversas determinaciones progresivas del concepto del Derecho que se han ido sucediendo unas a otras, así como las concepciones fundamentales de la teoría del Estado y de la Constitución vinculadas a ellas. Por el contrario, al no constituir algo específico de la concepción del Estado de Derecho, pasan aquí a segundo plano los elementos comunes que están presentes también en la reflexión sobre el Estado de Derecho y sus concreciones en la tradición occidental del pensamiento sobre el Estado y de su desarrollo constitucional<sup>3</sup>.

## I

El término «Estado de Derecho» es una construcción lingüística y una acuñación conceptual propia del espacio lingüístico alemán que no tiene correlatos exactos en otros idiomas<sup>4</sup>. Y también aquello que trata de designarse con este concepto es una creación del pensamiento alemán sobre el Estado. El concepto del Estado de Dere-

2. Otros ejemplos de estos conceptos «compuerta» podrían ser el de la «cláusula de libertad y propiedad» de las constituciones liberales, el concepto de «seguridad y orden público» para el derecho policial, así como el del «orden fundamental libre y democrático» que aparece en la Ley Fundamental.

3. Estos elementos se encuentran expuestos con detalle en U. Scheuner, «Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland», en *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben* 2, Karlsruhe, 1960, pp. 235 ss.

4. El *rule of law* del derecho anglosajón no es una construcción conceptual de contenido paralelo, y el lenguaje jurídico francés no conoce ningún término o concepto comparable.

cho surge en la teoría del Estado del liberalismo temprano alemán, que se orienta desde planteamientos propios de la concepción racional del derecho: Robert von Mohl la utiliza en su *Staatsrecht des Königreichs Württemberg* de 1829 y con ello la introduce en la discusión general sobre la política y el derecho del Estado<sup>5</sup>.

Incluso se puede indicar con exactitud la primera ocasión en que se utiliza este término. Lo utiliza por primera vez Carl Th. Welcker en 1813<sup>6</sup>, y reaparece luego en 1824 en el *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie* de Joh. Christoph Freiherr von Aretin<sup>7</sup>. Ninguno de estos tres autores entiende el Estado de Derecho como una forma especial de Estado, como por ejemplo en el sentido del *status mixtus*, o como una forma de gobierno. Lo entienden más bien como una nueva «especie» de Estado. El Estado de Derecho es, como indica Welcker<sup>8</sup>, el «Estado de la razón», el «Estado del entendimiento» (Mohl)<sup>9</sup>, «en el que se gobierna según la voluntad general racional y solo se busca lo mejor de modo general» (von Aretin)<sup>10</sup>. Sobre esta base el uso de este término se explica bien: el Estado de Derecho es el Estado del derecho racional, esto es, el Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida en común de los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional.

Esta definición básica del término del Estado de Derecho incluye los siguientes aspectos:

1. La renuncia a toda idea u objetivo transpersonal del Estado. El Estado no es una creación de Dios ni un orden divino, sino una comunidad (*res publica*) al servicio del interés común de todos los individuos. El punto de partida y la referencia obligada del ordenamiento estatal es el individuo singular, libre, igual, autodeterminado, y sus objetivos en la vida terrenal; promoverlos es precisamente el por qué del Estado, el fundamento que lo legitima. «Las inclinaciones suprasensibles de los hombres,

5. R. von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg* I, Tübingen, 1829, p. 8. Y esto vale con independencia de las indicaciones de H. Krüger, *Staatslehre*, Stuttgart, 1964, p. 776.

6. C. Th. Welcker, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, Giessen, 1813, libro 1, cap. 6, p. 25.

7. J. Chr. Freiherr von Aretin, *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie* I, p. 11, nota 3.

8. C. Th. Welcker, *op. cit.*, p. 25. Cf. también H. Krüger, *op. cit.*, p. 777.

9. R. von Mohl, *op. cit.* I, p. 11, nota 3.

10. J. Chr. Freiherr von Aretin, *op. cit.* I, p. 163.

la ética y la religión, están fuera del ámbito de competencias del Estado de Derecho»<sup>11</sup>.

2. La limitación de los objetivos y las tareas del Estado a la libertad y la seguridad de la persona y de la propiedad, esto es, a asegurar la libertad individual y a garantizar la posibilidad de un desarrollo individual desde sí mismo. No obstante, esto no significa necesariamente una limitación de los objetivos del Estado a la función de protección jurídica. W. von Humboldt no es realmente representativo del pensamiento temprano sobre el Estado de Derecho. En los objetivos del Estado que se legitima como Estado de Derecho están también incluidas las tareas policiales en el sentido de una «exclusión de impedimentos externos», esto es, como defensa frente a peligros, y una exigencia de bienestar subsidiaria<sup>12</sup>.

3. La organización del Estado y la regulación de la actividad del Estado según principios racionales. A ello responde en primer lugar el reconocimiento de los derechos básicos de la ciudadanía (la llamada ciudadanía del Estado)<sup>13</sup>, tales como la libertad civil (protección de la libertad personal, de fe y de conciencia, la libertad de prensa, la libertad de movimiento y la libertad de contratación y adquisición), la igualdad jurídica y la garantía de la propiedad (adquirida); y junto a ello la independencia de los jueces (seguridad en la administración de justicia, tribunales de jurados), un gobierno (constitucional) responsable, el dominio de la ley, la existencia de una representación del pueblo y su participación en el poder legislativo<sup>14</sup>. La «división de poderes» se defiende y se acepta solo por lo que se refiere a la organización autónoma del poder legislativo. Pero, considerada en sí misma, esta idea se rechaza como una amenaza para la unidad del poder del Estado —tan trabajosamente lograda—, pues, tomando pie en Montesquieu, el principio de la división de poderes se entiende más en el sentido de una distribución de competencias estatales entre las diferentes fuerzas político-sociales<sup>15</sup> que en el de una mera articulación de funciones<sup>16</sup>.

11. R. von Mohl, *op. cit.* I, p. 9; von Aretin, *op. cit.* I, pp. 163 s.

12. R. von Mohl, *op. cit.* I, pp. 8 s.; Íd., *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* I, Tübingen, <sup>1</sup>1866, pp. 4-7; J. Chr. Freiherr von Aretin y H. C. von Rotteck, *Das Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie* II, Altenburg, 1827, pp. 177 ss.; *vid.* además H. Krüger, *op. cit.*, p. 780.

13. Detalladamente en R. von Mohl, *op. cit.* I, par. 63, pp. 268 ss.

14. *Ibid.* I, pp. 451 ss. (453 ss.), 529 s.; von Aretin, *op. cit.*, pp. 165-168.

15. *Vid.* M. Drath, «Die Gewaltenteilung im heutigen deutschen Staatsrecht», en *Faktoren des Machtbildung*, Berlin, 1952.

16. R. von Mohl, *op. cit.* I, pp. 18 con nota 10, 23, 453 con nota 5; J. Chr.

El concepto del Estado de Derecho, en lo que se refiere a este aspecto fundamental, estaba ya prefigurado en la teoría del Estado del derecho racional<sup>17</sup>, y de forma especial en I. Kant. Cuando Kant define al Estado, considerado *a priori* (esto es, según la razón de la Ilustración), como una «unión de hombres bajo leyes»<sup>18</sup>, estas leyes que él detalla a continuación son en esencia los principios de la razón. Y estos principios aparecerán como características constitutivas del concepto temprano del Estado de Derecho y se concretarán a continuación en la teoría del Derecho del Estado:

Por lo tanto, el estado civil, considerado meramente como estado jurídico, se funda *a priori* en los siguientes principios:

- 1) la libertad de cada miembro de la *societas*, en cuanto hombre;
- 2) la igualdad de cada uno con todos los demás, en cuanto súbditos;
- 3) la autonomía de cada miembro de una comunidad, en cuanto ciudadano.

Estos principios no son leyes de un Estado ya establecido, sino que son las únicas leyes bajo las cuales es posible establecer un Estado de acuerdo con los principios que la razón pura dicta para el derecho externo de los hombres<sup>19</sup>.

Y, como es suficientemente conocido, entre los «atributos inseparables» del ciudadano se cuenta según Kant la libertad legal (esto es, la libertad de «no obedecer a ninguna otra ley que aquella a la que se ha prestado asentimiento»), la igualdad ciudadana y la autonomía civil (esto es, la que consiste en que para su propia existencia y manutención no se dependa de otro como trabajador asalariado, como siervo, etc., sino que cada uno se la deba a sí mismo, a su propiedad u oficio)<sup>20</sup>.

Si se pregunta desde el punto de vista de la filosofía del Estado cuál es el núcleo de este concepto de Estado de Derecho, su centro reside precisamente en que el Estado tiene (a partir de ahora) su razón de ser en la garantía de la libertad y la propiedad de los

Freiherr von Aretin y H. C. von Rotteck, *op. cit.*, pp. 168 s.; L. von Rönne, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie I*, 1881, p. 345, nota 4.

17. G. Kleinheyder, *Staat und Bürger im Recht. Die Vorträge des C. G. Suarez vor dem preuss. Kronprinzen (1791-1792)*, Bonn, 1959, pp. 29-52, 143 ss.

18. I. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, 1797, par. 45; *vid.* también par. 43 y especialmente par. 52.

19. I. Kant, *Über den Gemeinspruch...*, 1793, II: «Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Staatsrecht» (contra Hobbes).

20. I. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., par. 46; Íd., *Über den Gemeinspruch...*, ed. Weischedel, vol. 8, 1968, p. 151.

ciudadanos, que su finalidad es promover el interés común de los individuos, y que esto es lo que constituye precisamente su carácter de «comunidad» (*res publica*). La sustancia de la existencia humana se desplaza desde el ámbito de lo público y de lo general al ámbito de lo privado, y es a este ámbito privado al que está referido de un modo funcional lo público. En lugar de una orientación según bienes suprapersonales aparece la autorrealización de la subjetividad individual como sentido propio del orden público estatal<sup>21</sup>. Y en la medida en que los supuestos que el Estado ha de crear para que sea posible esta autorrealización se concretan en la garantía de la libertad y la propiedad (y no por ejemplo en la igualdad social), el ordenamiento del Estado de Derecho se constituye como burgués, esto es, como referido a la adquisición y la posesión.

Este concepto originario del Estado de Derecho se caracteriza por el hecho de que no se deja reducir a la alternativa de un Estado de Derecho material o formal. Representa un principio unitario que acuña al Estado tanto material como formalmente (y es por eso una nueva «especie» de Estado). Funda un nuevo «espíritu» para el Estado, cuya realización relativiza las anteriores formas de Estado a meras formas de Gobierno. Los conceptos que se contraponen a él polémicamente ya no son la monarquía o la aristocracia, sino la teocracia o el despotismo<sup>22</sup>. Estos no se basan ni se delimitan según principios de la razón: la teocracia tiene como principio el dominio de una religión basada en la fe, y el despotismo se apoya en la voluntad arbitraria del que ejerce el dominio. Pero se parte aquí también de que el despotismo no se da solo bajo la forma de la monarquía absoluta, sino que puede aparecer también en las formas de una democracia absoluta o sin límites. El concepto del Estado de Derecho incluye una tendencia hacia la libertad, pero no se inclina de forma incondicionada hacia la democracia. La libertad política de los ciudadanos, su participación activa en la vida del Estado, vale como culminación y garantía de la libertad civil<sup>23</sup>, pero encuentra su límite allí donde no llega la protección de la libertad

21. El Estado ético de Hegel (*Grundzüge der Philosophie des Rechts*, par. 257 ss.) no tiene lugar en el Estado de Derecho; el Estado de Derecho se corresponde con lo que en Hegel aparece como «Not- und Verstandesstaat» (*vid. ibid.*, par. 183 ss.).

22. C. Th. Welcker, *op. cit.*, cap. 3, p. 11; von Aretin, *op. cit.*, pp. 1 s.; R. von Mohl, *op. cit.*, par. 2.

23. Von Aretin, *op. cit.*, pp. 159 s.; R. von Mohl, *op. cit.* I, pp. 453 s. Es significativo que Mohl plantee el capítulo completo dedicado a la posición y competencias de la representación del pueblo bajo el título siguiente: «De la defensa de los derechos del pueblo a través de la asamblea estamental», p. 451.

civil, donde esta se pone en peligro o, en otras palabras, donde deja de dar preferencia a la razón y se inclina a favor de los meros deseos o intereses<sup>24</sup>.

El concepto de ley tiene un significado central para la conformación y concreción ulterior de este concepto del Estado de Derecho. Es el eje de la constitución del Estado de Derecho. Y el concepto de ley propio del Estado de Derecho tampoco permite diferenciar entre un concepto material o formal de la ley, sino que es una categoría unitaria. En ella se vincula un aspecto material o de contenido con un aspecto formal o procedimental en una unidad inseparable: la ley es una regla general (norma general) que surge con el asentimiento de la representación del pueblo en un procedimiento caracterizado por la discusión y la publicidad<sup>25</sup>. Todos los principios esenciales para el Estado de Derecho están incluidos institucionalmente en este concepto de ley, y en él reciben su forma. El asentimiento de la representación del pueblo garantiza el principio de la libertad y la posición de sujeto del ciudadano; la generalidad de la ley impide ingerencias en el ámbito de la libertad civil y de la sociedad más allá de sus limitaciones o delimitaciones de carácter general, esto es, válidas para todos por igual; el procedimiento determinado por la discusión y la publicidad garantiza la medida de racionalidad que el contenido de la ley puede humanamente alcanzar.

La ley creada de este modo obliga jurídicamente a la acción de la Administración, que queda así vinculada y limitada (legalidad de la Administración). En principio queda aquí abierta la cuestión de en qué medida la ley es solo un límite o si es también una condición de la acción de la Administración<sup>26</sup>, pero en

24. *Vid.*, por ejemplo, J. C. Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht* I, 1863, pp. 318-324. Los derechos políticos del pueblo han de instaurar el dominio de la razón a través de su mediación por las clases dotadas de formación. Ahí se encuentra una justificación del derecho electoral censitario aceptada de modo general.

25. R. von Mohl, *op. cit.*, par. 36 y 37; von Aretin y von Rotteck, *op. cit.* I, 1838, p. 169; K. Th. Welcker, voz «Gesetz», en *Staatslexikon* 6, ed. por Rotteck y Welcker, 1838, pp. 739, 743; L. von Stein, *Die Verwaltungslehre* I, 1869, pp. 74 s., 85-87. La conexión inseparable entre los aspectos material-sustantivo y formal-procedimental en el concepto de ley del Estado de Derecho no aparece en la teoría de la Constitución de C. Schmitt. El concepto de ley del Estado de Derecho aparece allí (únicamente) como «norma general», como *ratio* contra *voluntas*, contraponiéndose así al concepto formal de ley como concepto «político» de la ley.

26. Cf. U. Scheuner, *op. cit.*, p. 243. Tomando pie en la distinción de H. J. Wolffs, *Verwaltungsrecht* I, 1967, señala que en cualquier caso regía la «legalidad en sentido negativo», pero podía cuestionarse en qué medida tenía vigencia la «legalidad en sentido positivo», es decir, la reserva de ley.

cualquier caso el alcance que se atribuye al poder legislativo se convierte en el punto de unión entre la libertad del pueblo y la administración monárquica-burocrática<sup>27</sup>. La ley del Estado de Derecho es la voluntad «libre» del Estado, en la que se combinan la voluntad general y la autodeterminación de los individuos. El imperio de esta ley significa «el dominio del principio de la libertad de los ciudadanos del Estado»<sup>28</sup>.

## II

Esta acepción del concepto del Estado de Derecho determinó el pensamiento político de la burguesía así como la vida constitucional en la etapa del *Vormärz*, e incluso ha mantenido su vigencia de forma continuada más allá de estos momentos<sup>29</sup>. El desarrollo posterior del concepto del Estado de Derecho en el siglo XIX se realiza no obstante bajo el signo de una reducción hacia el llamado concepto formal del Estado de Derecho. Este movimiento no es desde luego unitario, pues en esta transición entran en juego razones diversas, e incluso contrapuestas desde el punto de vista político. Y ocurre lo mismo en lo que se refiere a las fórmulas que adopta positivamente el concepto formal del Estado de Derecho. La descripción de esta nueva figura que se ha hecho clásica, como reconocen incluso sus opositores, es la de F. J. Stahl:

El Estado ha de ser un Estado de Derecho; esta es la solución y es también en realidad la tendencia de la época actual. Este Estado de Derecho ha de determinar con precisión, a través de la forma del derecho, tanto la dirección y los límites de su propia acción como el ámbito de libertad de sus ciudadanos, y ha de asegurarlas sin fisuras. Y no debe realizar (imponer) desde la idea ética del Estado, es decir, de forma directa, más que lo que pertenece a la esfera del Derecho, esto es, no debe extender el cercado más allá de lo necesario. Este es el concepto del Estado de Derecho: no significa simplemente, por ejemplo, ni que el Estado pueda disponer del ordenamiento jurídico sin objetivos administrativos, ni que tenga que proteger por entero los derechos de los individuos. El Estado de Derecho no representa sin más la finalidad y el conte-

27. Sobre ello *vid.* E. W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, 1958, pp. 130 s.

28. L. von Stein, *op. cit.*, p. 87.

29. Su ocaso puede constatarse especialmente en los dos grandes *Staatslexika* de la burguesía liberal, el *Staatslexikon* de Rotteck y Welcker en 16 volúmenes, y el de Bluntschli y Brater en 11 volúmenes.

nido del Estado, se refiere solo al modo y la manera como se realizan estos<sup>30</sup>.

En la primera parte de esta descripción se enuncia el rechazo de un Estado ético unido al de una teocracia directa; pero el centro de gravedad está en la segunda parte. El Estado de Derecho no es ya una especie de Estado que constituya un nuevo principio para el Estado: es un elemento formal que está separado del objetivo y del contenido del Estado, que es algo adecuado para el poder o el dominio políticos —sea este del tipo que sea— y que, por lo tanto, si se quiere, es algo «apolítico»<sup>31</sup>.

Hay que tener en cuenta que, en el momento histórico en que se reconoce de modo general esta definición como expresión del contenido nuclear del concepto del Estado de Derecho, este entra en juego en una situación en la que, si se prescinde de los dos Estados de Mecklemburgo, se ha alcanzado ya en toda Alemania el nivel de la monarquía constitucional. Con ello se habían hecho realidad no pocas de las exigencias que planteaba en origen el concepto del Estado de Derecho: la garantía de la libertad civil en la mayoría de sus formas, la igualdad jurídica, el concepto de ley propio del Estado de Derecho en su doble aspecto material y de organización, o la configuración del procedimiento penal de acuerdo con las exigencias de un Estado de Derecho, entre otras. Los Estados constitucionales habían asumido también en buena medida el carácter de una «comunidad» (*res publica*), aunque no en la forma explícitamente liberal. Y, cara al carácter programático de la idea del Estado de Derecho, se insinuaba que lo específico del concepto de este residía en aquello que aún faltaba por alcanzar.

De hecho esta cuestión se planteaba primariamente en el ámbito formal y de adecuación de los procedimientos, y se refería de modo preferente a la Administración: el concepto del Estado de Derecho tenía que extenderse también a esta. La aplicación de la inviolabilidad y la primacía de la ley también a la acción de la Administración, la construcción de un «Derecho administrativo vinculante para ambas partes» —en analogía con el Derecho civil—, la existencia de una protección jurídica judicial efectiva también frente a la Administración, la creciente configuración legislativa del

30. F. J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts* II, <sup>3</sup>1856, par. 36.

31. El que pueda caracterizarse al Estado de Derecho como un elemento formal «apolítico» depende del concepto de lo político que se suponga. No es este el lugar para discutir este problema.

Derecho administrativo material y orgánico en dirección a la realización de la libertad civil, todo ello eran y fueron caracteres esenciales del concepto del Estado de Derecho<sup>32</sup>.

Otto Mayer define en este sentido el Estado de Derecho como «el Estado del Derecho administrativo bien ordenado»<sup>33</sup>, donde el Estado de Derecho se presupone en el nivel del Derecho constitucional. Y L. von Stein considera que el Estado de Derecho en su «concepto específico» comienza allí «donde [...] el Derecho constitucional del Estado permite que el ciudadano pueda hacer valer todo derecho que haya adquirido y que le corresponda legalmente también frente al poder ejecutivo y en nombre de la ley»<sup>34</sup>. El Estado de Derecho no es para él «un tipo o una categoría especial del concepto de Estado», sino un «estadio determinado en el desarrollo de la vida libre del Estado»<sup>35</sup>: el estadio que sucede a la realización de la constitución libre (del Estado de Derecho).

No obstante, no deben pasarse por alto las diferencias que aparecen entre las distintas formulaciones positivas de este concepto «formal» del Estado de Derecho:

1. En la definición restringida, solo formal, del Estado de Derecho que propugna Stahl, de acuerdo con su concepción conservadora del Estado basada en una perspectiva religiosa, lo que está en primer plano es el rechazo de la finalidad individualista y orientada desde el Derecho racional que aparece en el concepto temprano del Estado de Derecho. El Estado no es solo Estado de Derecho, es al mismo tiempo un «reino ético», una institución basada en el orden divino del mundo<sup>36</sup>. Y la amplitud de las tareas y fines que fluyen de la fundamentación transpersonal del Estado (como «autoridad»: *Obrigkeits*) ha de mantenerse abierta frente a las pretensiones liberales del concepto temprano del Estado de Derecho. Este solo afecta a la cara «externa» del Estado.

2. Rudolf von Gneist enlaza expresamente con la definición de Stahl<sup>37</sup>, pero el concepto del Estado de Derecho se configura en él

32. Vid. O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* I, München-Leipzig, 1895, pp. 61-65, con referencias a la doctrina coetánea.

33. *Ibid.* I, <sup>3</sup>1924, p. 58.

34. L. von Stein, «Rechtstaat und Verwaltungsrechtspflege»: *Grünhuts. Zeitschrift für das private und öffentliche Recht* VI (1879), p. 50.

35. L. von Stein, *op. cit.*, p. 55.

36. F. J. Stahl, *op. cit.*, p. 138; D. Grosser, *Grundlagen und Struktur der Staatslehre* F. J. Stahls, Köln y Opladen, 1963, pp. 54 ss., 74 ss., 101 ss.

37. R. Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, <sup>2</sup>1879, p. 33.

de un modo que se orienta especialmente al aspecto institucional. Esta configuración está determinada por su concepción de la «ordenación estatal de la sociedad», en conexión con ideas del Fr. von Stein, y que él, recurriendo a formas del *selfgovernment* inglés, contrapone a la concepción liberal-democrática de una «ordenación social del Estado» al modo de las ideas propias de 1789<sup>38</sup>. Con ello toma también distancia respecto de una definición liberal individualista de los objetivos del Estado.

El Estado de Derecho significa para Gneist de entrada el «gobierno según las leyes». Ahora bien, lo es en el sentido de que las leyes no constituyen el fundamento, sino el marco y los límites de un Ejecutivo que puede actuar a partir de su propia autoridad. Por otro lado significa una «articulación orgánica de la administración bajo la forma de un *selfgovernment*, pero este no se concibe como un autogobierno en los asuntos propios y con libertad frente al Estado, sino solo como la realización de las tareas del Estado en el ámbito local a través del autogobierno de la sociedad, ejercido en los cargos estatales y bajo las leyes del Estado<sup>39</sup>. Finalmente el Estado de Derecho significa también una jurisdicción administrativa, autónoma en organización y procedimiento, que surge de la propia administración y que ejerce el control necesario de esta, no mediante un colegio de jueces ajeno y bajo formas judiciales, sino a través de un procedimiento que se concibe en sí mismo como cercano al asunto y al lugar<sup>40</sup>.

El concepto del Estado de Derecho madura así en Gneist hacia un concepto específico de Constitución que da preferencia a una posición subordinada del Parlamento. Este aparece como una institución que se justifica funcionalmente cuando las fuerzas de la sociedad se vinculan activamente y de forma institucional en los niveles local, de distrito y regional, y cuando la reconciliación entre obligación pública e intereses privados se hace efectiva puntualmente en la participación de la burguesía en las tareas del Estado (a través de cargos honoríficos)<sup>41</sup>. En consecuencia, la realización del Estado de Derecho en Gneist está vinculada estrechamente a su época y se orienta de forma primaria hacia el establecimiento de

38. R. Gneist, *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, Berlin, 1869, p. 57. Cf. también G. Chr. von Unruh, «Spannungen zwischen Staats- und Selbstverwaltung im bürgerlichen und im sozialen Rechtsstaat», en *Der Staat*, 1965, pp. 442-444.

39. R. Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, cit., pp. 286 ss.

40. *Ibid.*, pp. 270 ss.

41. *Ibid.*, pp. 278 ss., y especialmente pp. 317 ss.

leyes administrativas duraderas, a la reforma de la Administración local y de distrito, en lo que tuvo una gran influencia en Prusia, y a la organización de tribunales administrativos independientes<sup>42</sup>.

3. Una nueva fórmula de este concepto del Estado de Derecho se encuentra en Otto Bähr y en Otto von Gierke. Las diferencias que pueden constatarse entre la forma de configurar la protección jurídica frente a la Administración como «estado judicial», que Bähr y, siguiendo su huella, Gierke defienden en nombre del Estado de Derecho, y la solución que proponía R. von Gneist bajo la forma del «Estado de Derecho», pueden entenderse hoy como una mera disputa en torno a detalles y competencias. Pero por debajo de ellas se encuentra una teoría del Estado concreta y diferente, a la que corresponde una concepción política constitucional diversa.

Bähr y Gierke parten de la teoría del Estado como asociación cooperativa. El Estado tiene genéricamente para ellos la misma naturaleza que las demás asociaciones humanas que pueden darse en el interior del Estado; pero es la asociación más elevada del pueblo mismo y no un mero instrumento orgánico del que ejerce el dominio para la administración o dominación de los sometidos<sup>43</sup>. A consecuencia de ello el Derecho administrativo aparece como la forma más elevada de manifestación de esta unión, y por lo que se refiere a su sustancia, no es diferente del resto del Derecho de las asociaciones. El Estado, igual que las otras asociaciones humanas, ha de situarse en cuanto Estado de Derecho precisamente en el derecho, no por encima del derecho. La «unidad de Estado y Derecho» forma parte de la idea del Estado de Derecho, en el sentido de que su «organismo», es decir, la creación y la relación de los órganos estatales entre sí, «es en sí mismo derecho»; de que todas las competencias estatales existen y se ejercen sobre la base del Derecho, esto es, en concreto sobre la base de la Constitución, y de que el Derecho público es reconocido y garantizado como «verdadero Derecho»<sup>44</sup>.

42. Ejemplo de una realización de las intenciones esenciales del concepto del Estado de Derecho de Gneist es la gran reforma de la Administración prusiana de los años 1872-1886. En ella se decidieron la reforma de los distritos (1872) y provincias, la ley de la Administración de los *Länder* (1883) y la ley sobre competencias (1886), así como la creación de un tribunal administrativo (superior) en Berlín, entre otras.

43. O. von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* I, 1868, pp. 831 s.; en el mismo sentido ya G. von Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, 1843, pp. 159 s., 169 ss.

44. O. von Gierke, *op. cit.*, p. 831; esta concepción fue desarrollada entre otros por A. Haenel, *Deutsches Staatsrecht*, 1892, y por H. Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, 1889.

La sumisión de la Administración al control de los tribunales aparece así como la perfección de la construcción asociativa del Estado y como garantía firme del imperio del Derecho en el Estado. En este concepto de Estado de Derecho está también incluida una jurisdicción constitucional con una configuración y un procedimiento judiciales, aun cuando ni Bähr ni Gierke la exigen de modo expreso. Los órganos superiores del Estado se encuentran «dentro del Derecho» de igual modo que todos los demás, y, puesto que la Constitución es genéricamente de igual naturaleza que los estatutos orgánicos de las restantes uniones asociativas, no puede surgir ya ningún problema adicional: la cuestión de la soberanía y del titular del poder del Estado aparece superada en la «unidad de Estado y Derecho»<sup>45</sup>.

4. Frente a este planteamiento, la teoría del Derecho del Estado del constitucionalismo tardío intenta eliminar del concepto de Estado de Derecho toda idea que proceda de la teoría del Estado y de la Constitución. Con el predominio del positivismo jurídico, tales ideas le parecen propias de un «razonamiento político» que ha de excluirse de toda consideración jurídica<sup>46</sup>. Y asimismo se elimina también del concepto jurídico del Estado todo momento finalista. Solo entonces comienza la auténtica reducción teórica del concepto del Estado de Derecho, y al mismo tiempo se llega a su precisión jurídica formal. El Estado de Derecho pasa de ser un concepto de la teoría del Estado y de la política constitucional a ser un concepto dogmático del Derecho del Estado.

Según la formulación de Anschütz, el Estado de Derecho designa una «determinada ordenación de la relación entre ley, Administración e individuo», y por cierto en el sentido de «que la Administración no puede intervenir en la esfera de la libertad del individuo, ni en contra de una ley (*contra legem*), ni sin una base legal (*praeter* o *ultra legem*)<sup>47</sup>. El concepto que se le opone ya no es el del despotismo o la teocracia (como otra especie de Estado),

45. La teoría del Estado de Gierke como personalidad total (orgánica) (en vez de como persona jurídica unitaria) ha ejercido además una influencia más amplia en el intento de «introducir el Estado en el Derecho» desde el punto de vista del Estado de Derecho: ha sentado la base para poder construir una comprensión de los órganos estatales, especialmente también de los órganos constitucionales, como sujetos jurídicos, y de sus relaciones como relaciones jurídicas. Cf. también E. W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, cit., pp. 234 s., nota 46, y pp. 246 ss.

46. Vid. C. Fr. Gerber, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852, p. 27.

47. G. Anschütz, en Meyer-Anschütz, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 1919, p. 29, nota b; Íd., «Deutsches Staatsrecht», en *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft* II, ed. Holtzendorff-Kohler, 1904, p. 593.

sino el del Estado-policía del siglo XVIII, en el que la relación entre ley, Administración e individuo estaba configurada de una forma fundamentalmente distinta<sup>48</sup>. El «imperio de la ley» como garantía de la libertad civil pervive en este concepto del Estado de Derecho; se concentra en (y se reduce a) la «legalidad de la Administración», que, junto a su garantía judicial, se convierte en el contenido específico del Estado de Derecho<sup>49</sup>.

Con todo, también en este terreno se pone de manifiesto la reducción positivista de este. Este Estado de Derecho es formal también en la medida en que se rechaza categóricamente toda limitación de la omnipotencia jurídica del legislador: la referencia de la ley a la razón, que en el concepto temprano del Estado de Derecho constituía la legitimación interna del «imperio de la ley», se convierte en una categoría metajurídica. En la ley solo es real el acto de voluntad de la instancia legislativa. Y su producto, la generalidad de la ley, es en todo caso un resultado natural, no una consecuencia esencial del concepto de ley<sup>50</sup>. La ausencia de vacilaciones con que se vincula el concepto fundamental de la ley con su concepción puramente formal es índice del cambio que se ha producido en la conciencia respecto al Estado de Derecho<sup>51</sup>. Richard Thoma lo entiende como el abandono de aquella idea propia del Estado de Derecho de «someter el Estado como un todo a un derecho absoluto que se burla de cualquier poder de regulación de los hombres»<sup>52</sup>. De forma expresa defiende —frente a C. Schmitt— la omnipotencia jurídica del legislador constituyente<sup>53</sup>. Pero no se haría justicia a la convicción decididamente liberal y democrática de Thoma si se quisiera entender esta concepción únicamente como expresión de su positivismo jurídico. Detrás de ella se encuentra la

48. G. Anshütz, en Meyer-Anshütz, *op. cit.*; O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* I, 1895, pp. 53-54.

49. R. Thoma, «Rechtsstaat und Verwaltungsrechtswissenschaft»: *JöR* 6 (1910).

50. P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* II, 1901, p. 2; G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887, p. 239; en sentido distinto G. Meyer, «Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats»: *Gruchots Zeitschrift* 8 (1881), p. 15. Richard Thoma (en «Rechtsstaat und Verwaltungsrechtswissenschaft», cit.) considera que la prioridad de la regla general sobre la regulación individual es un «postulado» del Estado de Derecho.

51. Cf. sobre ello E. W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, cit., parte 3, *passim*.

52. R. Thoma, *op. cit.*, p. 204.

53. R. Thoma, «Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen», en H. c. Nipperdey (ed.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung* I, 1929, pp. 42-44.

idea de la función pacificadora del derecho positivo y de la decisión última del legislador cara a una sociedad que ha dejado de ser homogénea tanto en lo social como en su concepción del mundo. En esta sociedad la apelación a un «derecho absoluto» o a «valores absolutos» se traduce en un privilegio político para determinadas concepciones o fines de grupo: el de apelar al carácter absoluto de su propia idea del Derecho y sustraerse con ello a la imperativa obligación de llegar a un acuerdo en el procedimiento previsto para la legislación.

5. Este concepto formal del Estado de Derecho, que se recorta a la creación de garantías formales y procedimentales para asegurar la libertad legal y que desde luego se plasmó también en derecho positivo, domina hasta el final de la República de Weimar. Su carácter «formal» no significa en modo alguno que sea una «forma vacía», sino que representa más bien una conformación y objetivación del principio fundamental del desarrollo del Estado de Derecho: seguridad de la libertad y la propiedad. El Estado de Derecho formal es también en esa medida Estado de Derecho burgués: confirma la distribución de los bienes en vez de transformarla y, a través de sus formas y procedimientos, impide la intervención directa sobre la propiedad individual con fines de redistribución social<sup>54</sup>. En las confrontaciones sociales que se declaran en la República de Weimar y especialmente en los últimos años de esta, este concepto del Estado de Derecho se ve sometido a una crítica cada vez más intensa<sup>55</sup>.

En esta crítica, en la que están presentes las tendencias espirituales de la época de rechazo del liberalismo y del individualismo, compartido por conservadores y por socialistas, y que se ve impulsada por la situación de crisis económica de la República de Wei-

54. Es característico de las leyes de expropiación del Estado de Derecho el que en ellas se vincula la posibilidad establecida por las normas de privar de la propiedad individual por razones de interés general con el reconocimiento de la propiedad individual como instituto jurídico: expropiación significa cambio de titular de la propiedad, no confiscación o privación de la propiedad como tal, y esto solo mediante una plena (y previa) indemnización. Como señala L. von Stein, *Die Verwaltungslehre* VII, 1868, pp. 76 s., la expropiación de acuerdo con el Estado de Derecho se apoya en la distinción entre bien y valor. La propiedad sobre el bien puede ser cambiada, pero la propiedad sobre el valor se mantiene inamovible. Cf. también C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, 1958, pp. 119 ss., nota final al artículo «Die Auflösung des Enteignungsbegriffs von 1929».

55. Las consideraciones críticas de H. Heller, en *Rechtstaat oder Diktatur*, Tübingen, 1930, pp. 9-11, afectan no solo al Estado de Derecho material, sino también al formal.

mar, se ponen al descubierto los límites y las debilidades de un concepto puramente formal del Estado de Derecho. Este, orientado de forma primaria hacia la delimitación y los procedimientos, una vez que desaparece su contrario, la monarquía, no puede ofrecer ninguna idea propia sobre el orden político.

Para la crítica, los presupuestos políticos, espirituales y económicos, a partir de los cuales surgió y se configuró este Estado de Derecho, habían de considerarse decaídos en el momento en que se llega al final de la monarquía, a las transformaciones estructurales y las secuelas que trajo consigo la guerra, y cuando, junto a todo esto, con la instauración de la democracia el antagonismo social se proyecta políticamente. La crítica se vuelve contra el vaciado de contenido y la formalización del concepto de la ley, donde la referencia material y la fuerza legitimadora del principio del «imperio de la ley» del Estado de Derecho y de sus desarrollos se habían reformulado reduciéndose a la mera función técnica de la garantía de la seguridad y calculabilidad jurídicas<sup>56</sup>. De esa forma «la legalidad del Estado de Derecho se presentaba como incapaz de sustituir a la legitimidad»<sup>57</sup>.

Este vacío de legitimidad provoca por otra parte que surjan nuevas definiciones materiales del Estado de Derecho que sin duda reflejan las ideas de justicia que están detrás de cada una de las ideologías políticas. Y, cara al pluralismo ético-espiritual y político, dejó de ser posible el recurso a una tradición racional común, como ocurrió en el concepto temprano del Estado de Derecho orientado desde el individualismo. Hasta qué punto se diluye entonces el concepto tradicional del Estado de Derecho puede hacerse patente de modo especial en el cambio que se produce en la interpretación de los derechos fundamentales: si los derechos fundamentales se interpretaban como una garantía que delimitaba la libertad individual frente al Estado, ahora, junto a esa función de defensa o incluso quizá de forma más acentuada, aparecen como instituciones objetivas o bien como una definición de valores cuya función no es ya tanto delimitar y controlar al Estado como legitimar y estimular la realización de objetivos y tareas materiales por este<sup>58</sup>.

56. H. Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur* [1930], en *Ges. Schr.* II, 1971, p. 460; C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, p. 142; Íd., *Legalität und Legitimität*, 1932, pp. 8, 24, 30 ss.

57. H. Heller, *Staatslehre*, 1934, p. 221.

58. R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928; Íd., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1968, pp. 265, 267; F. Neumann, «Die soz. Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung» [1930], en *Wirtschaft, Staat, Demokratie*,

La crítica socialista ataca además este concepto formal del Estado de Derecho porque había consolidado y reforzado la posición económica de la burguesía. Desde sus consecuencias prácticas, como hemos visto, su carácter formal no representaba una «forma vacía», sino una conformación y objetivación de la seguridad de la libertad y de la propiedad. Para la crítica socialista radical mantenía aún solo el valor de una fase de «transición»: en tanto una clase ya no podía mantener la exclusividad de su sistema político, y la otra aún no era lo suficientemente fuerte<sup>59</sup>. Por su parte, la crítica socialista moderada quiere mantener los derechos de libertad del Estado democrático de Derecho como garantes del valor del individuo y de que la voluntad del pueblo solo se descubra de forma democrática; pero además plantea que el Estado de Derecho debe abrirse a las «exigencias de la democracia social del proletariado», es decir, a que la ordenación del trabajo y de los bienes se someta a una organización basada en la igualdad material, económica y social. Con ello se convertirá en un «Estado social de Derecho», que es la única forma en la que puede sobrevivir<sup>60</sup>.

6. Frente a este desarrollo, en Suiza, y bajo unas condiciones políticamente más tranquilas y económicamente más seguras, la idea del Estado de Derecho no padeció estos ataques críticos, ni se puso en cuestión su concepción tradicional. El concepto del Estado de Derecho se vio aquí mucho menos sometido que en Alemania a los intentos de reducirlo a un concepto puramente formal, y en lo esencial mantuvo su contenido básico liberal, caracterizado por incorporar en sí tanto elementos formales (división de poderes, vinculación a la ley, control jurídico de la Administración) como materiales (derechos individuales de libertad que vinculan de modo inmediato). El Estado de Derecho se mantuvo como tal con una continuidad ininterrumpida.

Ahora bien, su fundamentación deriva aquí no tanto del Derecho racional como de una concepción política que es parte de la idea de un Estado libre enraizada en el pueblo suizo. La libertad individual (civil) y la libertad política, que cristaliza en la demo-

1978, pp. 57-75; E. R. Huber, «Bedeutung der Grundrechte»: AöR NF 23 (1933), pp. 1 y especialmente 84; cf. también R. Thoma, «Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der dtsh. Reichsverfassung im allgemeinen», en H. C. Nipperdey (ed.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen I*, 1929, pp. 1-54, especialmente 9, 11, 45.

59. O. Kirchheimer, «Bedeutungswandel des Parlamentarismus» [1929], en *Von der Weimarer Republik zum Faschismus*, 1976, p. 63.

60. H. Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur*, cit., pp. 451 y 462.

cracia, aparecen como elementos que se condicionan y se apoyan recíprocamente. Los derechos de libertad, que constituyen la base de un Estado democrático tanto en un sentido ideal como funcional, representan al mismo tiempo límites jurídicos frente a la acción del Estado democrático<sup>61</sup>. Con ello, y sin negar la existencia de momentos de tensión, encontramos dentro del concepto del Estado de Derecho un centro de gravedad peculiar, consistente en la tendencia a una vinculación entre derecho y democracia, que está casi ausente en la reflexión alemana sobre el Estado de Derecho.

### III

Después de la supresión y quiebra del Estado de Derecho por el régimen nacional-socialista<sup>62</sup>, la reflexión sobre este concepto en la etapa contemporánea se ha esforzado por redefinirlo y desarrollarlo en dos direcciones: por un lado hacia un Estado social de Derecho en sustitución del Estado de Derecho liberal (burgués), y por el otro en favor de un concepto material en lugar del concepto formal del Estado de Derecho.

a) El Estado de Derecho liberal (burgués) como tipo constitucional, tal y como surgió a partir del concepto originario del Estado de Derecho, no podía desde sus propios principios dar respuesta a la cuestión social que él mismo provocó. La tríada formada por la igualdad jurídica, la libertad civil (de adquisición) y la garantía de la propiedad adquirida, el núcleo de las garantías del Estado de Derecho, no solo supuso la emancipación respecto de los vínculos feudal-estamentales y corporativos, sino que abrió también para los fines de lucro y —como consecuencia de la supresión de los límites jurídicos estamentales— para la desigualdad natural de los individuos la vía de un desarrollo pleno solo limitado por la libertad igual del otro. El principio de la personalidad jurídicamente libre, igual y formadora de capital se declaró como el principio de todo el Derecho civil<sup>63</sup>.

61. F. Fleiner, *Schweiz, Bundesstaatsrecht*, 1923, pp. 15 ss., 25 y 318 ss.; Z. Giacometti, *Das Staatsrecht der Kantone*, Zürich, 1941, pp. 162-168.

62. Por distintas razones no se ha estudiado aún de forma científica la crítica que se lleva a cabo en la teoría alemana del Derecho del Estado a partir de 1933.

63. L. von Stein, *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaften Deutschland*, Stuttgart, 1876, p. 141.

El movimiento histórico que se puso en marcha con ello condujo necesariamente no solo a la desigualdad social basada en la posesión, sino que, con su estabilización y agudización, llevó también al antagonismo clasista de la sociedad, y con ello a una nueva falta de libertad, ahora social, sobre la base de la igualdad jurídica. L. von Stein y K. Marx fueron los primeros en comprender plenamente este movimiento en su dialéctica histórica<sup>64</sup>. Y a ello se añadió la pérdida de espacio vital que provocó el desarrollo industrial (Forsthoff)<sup>65</sup>. Ambas consecuencias remiten más allá del Estado de Derecho burgués y plantean la exigencia de un Estado que intervenga en la sociedad, que asuma funciones de procura asistencial y de redistribución; un Estado que opere activamente contra la desigualdad social, para que la igualdad jurídica y la libertad individual, incluidas en las garantías del Estado de Derecho, no se conviertan en una fórmula vacía para un número de ciudadanos cada vez más amplio.

El problema queda así claramente formulado, pero su solución se enfrenta a dificultades de distinto tipo. La apelación a lo social, que deriva del concepto del Estado social de Derecho, es desde luego una apelación de carácter general<sup>66</sup>. Pero, como puede verse en la discusión actual, muy viva y en modo alguno cerrada<sup>67</sup>, no existe aún acuerdo sobre en qué medida se pueden incorporar estructuralmente elementos «sociales» en el edificio constitucional del Estado de Derecho sin que con ello se pierdan otros elementos constitucionales esenciales de este; y no hay tampoco acuerdo sobre cuáles de entre estos elementos sociales estructurales en particular han de tomarse en consideración. Las posiciones sobre esta cuestión, por citar solo algunas de ellas, se mueven dentro de un amplio abanico de opciones: desde la afirmación de la «incompa-

64. Vid. E. W. Böckenförde, «Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat», en *Alteuropa und die moderne Gesellschaft. FS Brunner*, Göttingen, 1963, reeditado ahora en *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a. M., 1992.

65. E. Forsthoff, *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, Münster, 1966.

66. La aportación de la historia de la génesis de la Ley Fundamental para una interpretación del concepto del «Estado social de Derecho» es prácticamente nula. Cf. la exposición de Werner Weber, «Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen»: *Der Staat* 4 (1965), pp. 411-416.

67. Afirmaciones sobre el concepto del Estado social o del Estado social de Derecho hasta 1965 pueden verse en W. Weber, *op. cit.*, pp. 419, nota 9 y 420 nota 10. Recientemente Klaus Stern, en la voz «Sozialstaat», en *Evangelisches Staatslexikon*, 1966, y en P. Badura, «Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat»: *DöV* (1968), pp. 446 ss.

tibilidad entre el Estado de Derecho y el Estado social a nivel constitucional» (Forsthoff), pasando por la de una «atención a lo social» (Menger), de un «mandato de configuración social» y de protección de los «social y económicamente más débiles» (Nipperdey) como rasgo específico del Estado social de Derecho, hasta llegar a la posición que lo interpreta como un mandato pleno de redistribución social y de planificación económica (Abendroth)<sup>68</sup>.

Si se quiere evitar que la discusión sobre este tema desemboque en una serie de equívocos sin referencia objetiva al concepto, resulta necesario aclarar si en el concepto del Estado social de Derecho el elemento del Estado de Derecho tiene que mantenerse frente al Estado social con el mismo rango, en cuyo caso las exigencias y ampliaciones derivadas del Estado social tendrían que acomodarse a las garantías, formas y procedimientos del Estado de Derecho; o bien si el Estado social se presenta como un nuevo principio constitucional, que se contrapone al Estado de Derecho y que solo conserva de este algunos elementos como un mero adorno —pero en tal caso ya no debería hablarse con propiedad de Estado social de Derecho.

Si se parte de la primera posición, gana un peso específico la tesis de Forsthoff de que el Estado social y el Estado de Derecho son incompatibles a nivel constitucional. En ella no se dice nada contra la justificación o la necesidad del Estado social, sino solo que, si se mantienen las condiciones propias del Estado de Derecho, la realización del Estado social no puede (ni tiene que) plantearse a nivel constitucional, sino solo y específicamente a través de la legislación y de la Administración<sup>69</sup>. En su estructura de garantía de la libertad, el Estado de Derecho está vinculado de forma inmediata e inquebrantable a garantías jurídico-constitucionales, y en especial a las tres garantías de la igualdad jurídica, la libertad de adquisición y la propiedad. Atribuir igual carácter de inmediatez, igual naturaleza de inquebrantables y de ejecutables desde sí mismas a las garantías jurídico-constitucionales que se refieren a pres-

68. E. Forsthoff, «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates»: *VVDStRL* 12 (1854), pp. 8-36; Chr. Fr. Menger, *Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz*, Tübingen, 1953; H. C. Nipperdey, «Freie Entfaltung der Persönlichkeit», en *Die Grundrechte* IV/2, Berlin, 1962, pp. 806, 808; W. Abendroth, «Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland», en *NFS Bergstraesser*, 1954, pp. 279 ss.

69. E. Forsthoff, «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates», en *Íd.*, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1964, pp. 38 ss.; Th. Tomandl, *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, Tübingen, 1967, pp. 12 ss.

taciones sociales y derechos de participación no es posible sin desmontar las garantías propias del Estado de Derecho.

Así, por ejemplo, la garantía jurídico-constitucional del «derecho al trabajo», junto a la consecuencia de fundar una obligación estatal a favor del subsidio de paro, implica también que, en caso de escasez de trabajo, pudiera ponerse en práctica sin más una intervención estatal en el ámbito de la elección de profesión y una administración de las plazas de trabajo, y con ello una limitación esencial del derecho fundamental reconocido en el artículo 12.1, incluso desde el punto de vista económico. La socialización de los medios de producción no es concebible como principio constitucional sin que se vean afectadas de modo esencial la libertad civil de adquirir bienes y la garantía de la propiedad (como objetivación de la libertad de adquisición), y sin que los correspondientes procesos de trabajo y de decisión sean organizados y dirigidos directamente por el Estado o en forma de colectivismo social.

¿Dónde se encuentra la causa interna de este problema? L. von Stein<sup>70</sup> ha señalado que con la Constitución del Estado de Derecho se ha alcanzado ya la forma de la libertad. La resolución de las contradicciones sociales de la sociedad no puede por tanto buscarse en el ámbito de la Constitución, sino que tiene que rastrearse allí donde haya surgido esta contradicción: en la ordenación de la relación entre capital y trabajo, y en la posibilidad de que el trabajo pueda llevar a la posesión a través de la adquisición. Ciertamente esta tesis de la Constitución como forma de la libertad puede resultar discutible para la época en que se mantiene un derecho electoral restringido por el censo, pero es plenamente acertada para una Constitución del Estado democrático de Derecho, que incluye un derecho de sufragio igual y universal. Por ello, si no se quiere renunciar a la libertad propia del Estado de Derecho o reducirla, el Estado social solo puede tener un significado: el de crear los supuestos sociales de esta misma libertad para todos, esto es, el de suprimir la desigualdad social. Parece por tanto algo necesario a nivel de la Administración, incluyendo la legislación, y desarrolla aquí toda su fuerza.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal se ha desarrollado hasta el momento presente de acuerdo con las conse-

70. L. von Stein, *Geschichte der sozialen Bewegungen in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage* III, ed. Salomon, reimpr. Darmstadt, 1961, pp. 193-195, 143. Vid. sobre ello también E. W. Böckenförde, «Lorenz von Stein als Theoretiker...», cit., p. 271.

cuencias derivadas de esta concepción<sup>71</sup>. Ha mantenido de forma continuada que el reconocimiento del Estado social en la Ley Fundamental contiene en primer término un mandato constitucional al legislador que obliga a este a atender a la justicia y al equilibrio sociales en el marco de la Constitución; y que, más allá de esto, en cuanto fin del Estado, representa un principio de interpretación de la Constitución y la ley. Ahora bien, de él no puede derivarse ningún derecho o institución que vincule constitucionalmente de forma directa —es decir, sin *interpositio legislatoris*—<sup>72</sup>. El principio del Estado social necesita que su contenido sea precisado por el legislador y la Administración y, en esta tarea, ambos están sujetos a las garantías constitucionales del Estado de Derecho.

No se puede afirmar que con esta sujeción al Estado de Derecho se prive de eficacia al principio del Estado social, y que el Estado social de derecho quede en el vacío. Precisamente la actividad del legislador en este terreno ha puesto de manifiesto en Alemania lo contrario. Baste citar aquí, a modo de ejemplo, la densa legislación en materia de igualdad, la normativa sobre pensiones y seguridad social, incluyendo aquí la autogestión social, o la reforma del derecho sobre la asistencia social. Más bien podría decirse que esta actividad social del Estado manifiesta la tendencia a convertirse en un proceso autónomo y a condensarse en un sistema de prestaciones sociales y de obligaciones jurídicas que ciertamente no cancelan formalmente las garantías de libertad del Estado de Derecho, pero que se imponen sobre su contenido.

No obstante, el Estado social de Derecho así entendido invade en dos aspectos el edificio constitucional del Estado de Derecho. El primero de ellos es el de la renuncia al concepto de la ley como norma general para el ámbito de la administración prestacional, en el que se admiten las llamadas «*leyes-medida*», de naturaleza jurídica especial en tanto dirigen y regulan directamente situaciones concretas. Estas «*leyes-medida*» son un instrumento necesario para un legislador que interviene en la economía y la sociedad configurando, dirigiendo o promoviendo objetivos propios del Estado

71. Ver la exposición introductoria y el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión en W. Weber, «Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderung», cit., pp. 419-443. Vid. también P. Badura, «Die Rechtsprechung des BVerfG zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat»: *AöR* 92. (1967), pp. 382 ss.

72. W. Weber, *op. cit.*, pp. 430-432. Una confirmación reciente de esta posición puede encontrarse en la Sentencia sobre la constitucionalidad de la regulación del «Jugendwohlfahrts- und Sozialhilfe-gesetz», en *BVerfGE* 22, p. 187 (204).

social. Quizá puedan entenderse aún en un sentido formal como normas abstractas-generales, pero en ellas se pierde la generalidad propia del concepto de la ley del Estado de Derecho en lo que se refiere a la materia y al contenido<sup>73</sup>.

El otro aspecto se refiere a la separación por principio de la soberanía fiscal y la garantía de la propiedad<sup>74</sup>. El acceso del Estado al producto social y a los ingresos por medio de su potestad fiscal, antes de que caiga como «propiedad» bajo la protección de la garantía del derecho a la propiedad por el Estado de Derecho, es una base ineludible para la actividad social del Estado por parte del legislador y de la Administración, y en especial para las medidas de redistribución social que el legislador pone continuamente en marcha para salir al paso de la desigualdad social y establecer el denominado equilibrio social. La tesis mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la de que la carga de los impuestos y tributos especiales no afecta en principio a la garantía de la propiedad del Estado de Derecho<sup>75</sup>, es el precio inevitable que hay que pagar por garantizar la seguridad social y la promoción del progreso social que, legitimado por el mandato constitucional del principio del Estado social, se espera del Estado. El Estado no puede llevarlo a cabo sin asumir al mismo tiempo una facultad de disposición sobre el producto social y su distribución<sup>76</sup>.

Esta compuerta abierta a la activación del «Estado fiscal» es una condición necesaria de la posibilidad del Estado social de Derecho. Pero desde luego el problema de una coexistencia continuada del Estado de Derecho y el Estado social no puede considerarse aún resuelto. La pretensión de una ilimitada potestad fiscal del Estado que responda a los objetivos de una redistribución social puede rebajar y vaciar la garantía de la propiedad, del mismo modo que la creación de un sistema de seguridad social puede afectar a la garantía de la libertad propia del Estado de Derecho. En ambos casos es decisiva la cuestión de la medida correcta: solo descubriendo y concretando jurídicamente esta medi-

73. Un tratamiento fundamental del problema puede encontrarse en K. Huber, *Rechtsgesetz und Massnahmegesetz*, Berlin, 1963; K. Zeidler, *Klassisches Gesetz und Massnahmegesetz*, Karlsruhe, 1961.

74. Señalado en primer término por Forsthoff, en «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates», cit., pp. 52-53, y también p. 9.

75. Sobre ello, con matices críticos, W. Weber, «Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderung», cit., pp. 436-438.

76. Ver sobre esto también C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, pp. 496 ss. y 503 s. (el trabajo «Nehmen, Teilen, Weiden» y la nota final a él).

da correcta puede garantizarse una vinculación a Derecho y una delimitación recíproca entre la actividad social del Estado y la intangibilidad del Estado de Derecho, que es lo que se enuncia en el concepto del Estado social de Derecho. Es aquí donde se ofrece un amplio y fructífero campo para la discusión ulterior sobre el concepto del «Estado social de derecho» y para su formulación como un concepto jurídico manejable<sup>77</sup>.

b) El giro hacia un concepto material del Estado de Derecho toma pie en la renuncia al positivismo jurídico que se plantea ya al final de la República de Weimar y que se extiende más allá de Alemania. Y esta tendencia se vio reforzada por la experiencia de la quiebra del Derecho que se produjo con el régimen nacionalsocialista. Por debajo de la pluralidad de formulaciones, el concepto material del Estado de Derecho se caracteriza por el hecho de que el poder del Estado se entiende como vinculado a determinados principios y valores superiores del Derecho, así como porque el centro de gravedad de la actividad estatal no se entiende ya como orientado primariamente a asegurar las garantías formales de la libertad, sino a establecer una situación jurídica justa en sentido material<sup>78</sup>. La garantía de la libertad se incluye como un momento de esta situación jurídica, pero de esa forma se ve al mismo tiempo relativizada. La Constitución ya no se limita a fijar los límites del poder del Estado frente a la libertad civil, y a organizar la articulación y los límites de la formación política de la voluntad y del ejercicio del dominio, sino que se convierte en la positivación jurídica de los «valores fundamentales» del orden de la vida en común<sup>79</sup>.

77. Un interesante intento de fundamentar la necesidad y los límites de la administración del Estado social desde las garantías del Estado de Derecho, y que aún sigue teniendo interés, puede encontrarse en L. von Stein, *Handbuch der Verwaltungslehre* III, <sup>5</sup>1888: *Die soziale Verwaltung*. En la doctrina actual *vid.* H. J. Wolff, *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 50 ss.

78. Cf. entre otros W. Kaegi, «Rechtstaat und Demokratie», en *Demokratie und Rechtsstaat. FS Giacometti*, Zürich, 1953, pp. 107-142, especialmente 133 ss.; comentario de Maunz y Dürig al artículo 20, núm. marg. 59 s., 72-73; en un sentido crítico para esta descripción del Estado material de Derecho como Estado de justicia *vid.* Scheuner, «Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland», cit., p. 248, donde se opone a un reconocimiento de valores materiales en el desarrollo jurídico europeo.

79. Fundamental para esta idea R. Smend, «Das Recht der freien Meinungsäußerung»: *VVDStRL* 4 (1928), pp. 46-48; Íd., *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, pp. 44 ss.; Íd., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1955, pp. 160 ss.; *vid.* también Dürig en comentario de Maunz y Dürig al artículo 1.1, núm. marg. 5-16.

Con ello se abre paso sin duda a una nueva totalidad<sup>80</sup>. Pues si las prescripciones materiales de una Constitución se entienden como un «orden objetivo de valores», o como la condensación de unos principios de justicia suprapositivos, entonces —como ha expresado el Tribunal Constitucional Federal, que se reconoce vinculado a esta concepción de la Constitución— ese sistema de valores tiene que tener «validez para todos los ámbitos del derecho»<sup>81</sup>. Más aun, de acuerdo con la lógica propia de una concepción vinculada a valores y a la justicia, la Constitución concebida desde el principio del Estado material de Derecho incluye en sí la pretensión de una validez incondicionada, que se extiende a todos los ámbitos de la vida social. Y con ello la Constitución sanciona unas determinadas convicciones político-éticas, atribuyéndoles una validez jurídica general, y discrimina a las que se oponen a aquellas. La Constitución no garantiza ya la libertad de una forma incondicionada a través de una delimitación jurídico-formal, sino solo la que cabe dentro del sistema de valores reconocido por ella: quien se sitúa fuera de este sistema de valores, positivado entre otros en la cláusula de intangibilidad (art. 79, III en relación con el art. 20 LF), deja de tener derecho a la libertad política (art. 2, I y II, art. 18 LF)<sup>82</sup>.

De esta forma la estructura constitucional tradicional del Estado de Derecho se diluye, y se inicia una creciente tensión en relación con el sentido fundamental que tenía la garantía de la libertad en el concepto originario del Estado de Derecho<sup>83</sup>. Y, sin embargo,

80. Vid. H. Quaritsch, «Kirchen und Staat, Verfassungs- und staatsrechtliche Probleme der staatskirchenrechtlichen Lehre der Gegenwart»: *Der Staat* 1 (1962), pp. 184 s.

81. *BverfGE* 7, 198 (205).

82. H. Quaritsch en «Kirchen und Staat...», cit, p. 185) lo expresa de un modo preciso: «Una ordenación de la vida a través de normas jurídico-constitucionales basadas en valores es algo que no se puede discutir, es algo que no se puede aceptar o rechazar con relevancia jurídica, solo se la puede acatar. Y quien no quiera hacerlo, no puede mantener la pretensión de ser oído en el ámbito jurídico».

83. Por ejemplo, considerado desde el punto de vista de la libertad jurídica, el derecho de partidos del Estado de Derecho democrático y libre actual es inferior a la regulación de las leyes socialistas del Imperio bajo Bismarck. Según el artículo 21.II, los partidos políticos que intenten perjudicar o suprimir el orden fundamental de la democracia libre pueden ser prohibidos mediante una sentencia del Tribunal Constitucional Federal, llevando aparejadas las consecuencias de su disolución, de la prohibición de presentar candidatos a las elecciones en adelante y de la pérdida de los mandatos parlamentarios que tuvieran (par. 49 de la *Ley electoral federal*). Frente a ello, en la monarquía autoritaria de la etapa de Bismarck, la incompatibilidad de los objetivos políticos del Partido Social Demócrata con sus propias convicciones valorativas se tradujo en una prohibición de los partidos, de sus reuniones y de sus publicaciones, pero no se llegó a una supresión de la libertad de votar a

el concepto material del Estado de Derecho fundado en valores obtiene pese a todo un amplio asentimiento, especialmente apoyándose en el argumento de que el Estado de Derecho tendría que subsanar su falta de contenido y su vaciamiento formal<sup>84</sup>. Ahora bien, esta apelación a un Estado de Derecho material pasa por alto o infravalora el significado del Estado de Derecho, y de un modo particular el significado material que tienen las garantías jurídico-formales y los procedimientos regulados.

Las garantías y los procedimientos formales son precisamente lo que ampara y protege la libertad individual y social, en tanto son un medio de defensa frente a los ataques que se dirigen directamente contra individuos y grupos sociales en nombre de contenidos materiales, o de supuestos valores, establecidos o interiorizados como algo absoluto; se revelan, pues, como instituciones de la libertad, que tienen poco que ver con el formalismo o incluso el positivismo. La supresión de la libertad en los regímenes totalitarios no comienza nunca con un respeto escrupuloso a las garantías formales y los procedimientos, sino más bien con su quebrantamiento en nombre de un derecho material y pre-positivo superior, ya sea este el de la «religión verdadera», el de la «comunidad popular de miembros de la misma especie» o el del «proletariado». Solo en una segunda fase, cuando el nuevo derecho se ha convertido en un sistema de dominio como instrumento de la transformación revolucionaria, se llega al positivismo y al legalismo de los regímenes totalitarios.

Si se dota a los postulados ético-morales o a los valores materiales de una vinculatividad jurídica que va más allá de la garantía de la libertad igual de todos y de las exigencias fundamentales de una vida en común ordenada, se llega inevitablemente a una socialización de la libertad y de la autonomía individuales. Estas quedan sometidas al dominio de los que ejercen el monopolio de la interpretación de estos postulados o valores, o que se lo apropian. Y esto vale también de un modo especial para la apelación a valores

los candidatos democrático-sociales ni de su participación en las elecciones políticas, ni a la pérdida de los mandatos alcanzados en el *Reichstag*.

84. *Vid.*, por ejemplo, E. Scheuner, «Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland», cit., p. 243; Kaegi, «Rechtsstaat und Demokratie», cit., pp. 133 ss.; K. Hesse, «Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes», en *Staatsverfassung und Kirchenordnung. FS R. Smend*, Tübingen, 1962, pp. 78 s., 84 s., quien sin embargo intenta vincular los rasgos formales y materiales del Estado de Derecho, pero a costa de que la libertad jurídica pierda sus perfiles y su capacidad de diferenciación (*vid.* especialmente pp. 85 s.).

materiales, ya que los valores como tales no son susceptibles de una fundamentación racional mediada intersubjetivamente<sup>85</sup>. En último extremo se apoyan más bien en vivencias, en el sentimiento, en evidencias, y con ello se retrotraen a convicciones compartidas y abren la puerta de par en par a opiniones y actitudes personales (ideológicas), a un positivismo de las valoraciones cotidianas, pues además no hay un sistema racionalmente fundado para resolver los conflictos entre esos valores<sup>86</sup>.

Ciertamente esta tesis está expuesta a la objeción que formuló Adolf Arndt: la votación como vía para la formación de la voluntad política y la creación del Derecho presupone un acuerdo en torno a algo sobre lo que no cabe votar<sup>87</sup>. Y esto es sin duda cierto. Pero la verdadera cuestión aquí es la de si este acuerdo unánime, al que no puede sustraerse una comunidad política, no tiene que ser presupuesto, y si, en el caso de que se vuelva discutible, puede ser mantenido o creado por un mandato de la Constitución o del Derecho, que en caso de conflicto se establece mediante una mayoría. ¿No se abre entonces la puerta a un totalitarismo constitucional? ¿Qué clase de seguridad en sí mismo tiene un pueblo que se cree obligado a fijar como intangibles, con la coacción del Derecho, los llamados valores fundamentales de la regulación de la vida y de su organización política, tanto para sí mismo como para las generaciones futuras, a las que con ello está negándoles desde el principio el reconocimiento de su propia madurez?

La situación que se presupone aquí es la de una anarquía o la de una revolución total, en la que todo queda en el aire y nada se entiende ya por sí mismo. Si se da de hecho una situación semejante, entonces puede resultar ineludible adoptar una actitud defensiva de este tipo, para que la comunidad política pueda sobrevivir. Pero ¿en qué medida nos encontramos entonces aún ante una regulación de la libertad propia de un Estado de Derecho? Tan cierto es que la libertad que el Estado de Derecho, garantizada mediante delimitaciones, necesita, para poder persistir, de toda la fuerza interna de su regulación, como que el Estado de Derecho descansa sobre la

85. Vid. entre otros A. Brecht, *Politische Theorie*, Tübingen, 1959, pp. 155 ss., 342 ss., así como A. Podlech, «Grundrechte und Staat»: *Der Staat* 6 (1967), pp. 348 ss.

86. Cf. también C. Schmitt, «Die Tyrannei der Werte», en *Säkularisation und Utopie. Erbracher Studien*, Stuttgart, 1967, pp. 57 ss.

87. A. Arndt, *Christlicher Glaube und politische Entscheidung*, München, 1957, pp. 157 s.; Íd., «Demokratie – Wertesystem des Rechts», en *Notstandsgesetz – aber wie?*, Köln, 1960, p. 12.

base de que esta regulación surge de él mismo, a partir de la sustancia moral de los individuos y de la homogeneidad de la sociedad. Sus instituciones están construidas sobre este criterio. Y si esta confianza se manifiesta como una mera ilusión, si hay que garantizar estas fuerzas reguladoras con la mera coacción del derecho, entonces la libertad del Estado de Derecho ha llegado a su fin.

#### IV

Al margen de las diversas formas en que se interpreta su contenido, el concepto del Estado de Derecho se caracteriza en general por una cierta incomodidad cara al fenómeno del dominio político. De acuerdo con su propio significado fundamental, y siempre que no se lo deforme ideológicamente o se lo instrumentalice, el Estado de Derecho busca siempre limitar y restringir el poder y el dominio del Estado en favor de la libertad del individuo y realizar el derecho material. El primado del derecho (legal) frente a la política se presenta como un postulado que reaparece una y otra vez en la reflexión sobre el Estado de Derecho.

Pero el concepto del Estado de Derecho no se cuestiona los presupuestos de todo ello, es decir, de la existencia del dominio político, que hoy aparece bajo la forma del Estado como una unidad de decisión y poder políticos que ha de estar sometida a la ley y al Derecho, y frente a la cual hay que garantizar espacios de libertad. Desde la idea misma del Estado de Derecho surge la tendencia a buscar el fundamento del Estado moderno en el Derecho y a explicarlo únicamente desde él: «Partiendo del principio del Estado de Derecho, el Estado no puede entenderse como algo ya existente, como un material dado previamente al que el Derecho solo da forma, sino que el Estado solo se desarrolla a partir del Derecho, a través de y junto con el Derecho»<sup>88</sup>. Pero esta idea entraña el riesgo de olvidar un aspecto esencial del Estado moderno como es el de su poder y su competencia para decidir en última instancia de forma vinculante (soberanía), y de que solo a través de esta, estableciendo y asegurando una situación de normalidad —de paz dentro del Estado—, se crea la condición necesaria para la validez de las normas del derecho legal y con ello también del derecho<sup>89</sup>. De esta forma se pasa por alto la dialéctica entre Dere-

88. A. Arndt, «Demokratie – Wertsystem des Rechts», en *Notstandsgesetz – aber wie?*, cit., p. 10.

89. W. Kaegi, «Rechtsstaat und Demokratie», cit., pp. 107-142.

cho y moral, así como la de Derecho y Estado, y se proyecta entonces una idea introvertida del Estado de Derecho que ignora las condiciones de la posibilidad del Derecho.

Debido a lo impreciso de su significado terminológico, el concepto del Estado de Derecho aparece en una amplia medida como dotado de una pluralidad de significados. Pero la unión de ambos términos, el de Estado y el de Derecho, acoge un problema que es fundamental para el orden estatal, a saber: que para que exista y se mantenga este es necesario que aparezca como referido y adecuado al derecho. Es por ello por lo que el concepto del Estado de Derecho, desde que se introduce en la discusión pública, forma parte de esos conceptos políticos fundamentales que resultan adecuados para atraer hacia sí las cambiantes ideas y exigencias de legitimación sobre la ordenación del Estado y, en sentido inverso, para ofrecer un fundamento de la legitimidad. Todo ello pone recurrentemente de manifiesto la razón en que se basa su fuerza como idea política, así como su idoneidad como concepto político de lucha; y explica también la circunstancia de que los más diferentes regímenes políticos, junto a su cobertura científica y publicística, tiendan a caracterizar el orden creado, o pretendido por ellos, como Estado de Derecho.

No obstante, en el concepto del Estado de Derecho está incorporado un contenido de la teoría constitucional que, con independencia de todas las variantes de su significado, nunca llega a desaparecer; más de un intento de reformular el concepto ha hallado en él una resistencia que incluso ha podido llevarle al fracaso: tal contenido es la referencia a la garantía de la libertad personal y a la limitación del poder del Estado.



## LA DEMOCRACIA COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

La democracia, como la forma de Estado y de Gobierno que establece la Ley Fundamental en su artículo 20.1 y 2, está vinculada al principio de la soberanía popular y hace que este asuma una configuración determinada. Su contenido es el de que el poder del Estado ha de articularse de tal forma que tanto su organización como su ejercicio deriven siempre de la voluntad del pueblo o puedan ser atribuidos a él<sup>1</sup>. Pero para poder funcionar y desarrollarse, esta democracia, determinada así como forma de Estado y de Gobierno, reposa sobre una serie de presupuestos que en esencia son de naturaleza preconstitucional<sup>2</sup>.

La configuración concreta de la democracia no puede darse bajo la forma de la democracia directa o de la identidad, sino que está referida necesaria y primariamente a una estructura representativa, en la que luego podrán incorporarse elementos plebiscitarios como factores de equilibrio. Esta estructura representativa tiene que asumir sin embargo el carácter de una representación democrática<sup>3</sup>. A su vez los principios del Estado de Derecho, de la forma republicana y del Estado social se distinguen del principio democrático en virtud de características peculiares. La relación entre estos principios y el principio democrático solo en parte se orienta en una misma dirección; en buena medida se encuentran

1. *Vid. infra*, p. 53.

2. *Vid. infra*, p. 98.

3. *Vid. infra*, «Democracia y representación», pp. 133-158; Chr. Gusy, «Demokratische Repräsentation»: *ZfP* 30 (1989), pp. 264 ss.

también en una relación de tensión, y la Ley Fundamental trata de resolverla desde un criterio de equilibrio y desde una delimitación entre ellos<sup>4</sup>.

## I. SU CONEXIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA POPULAR

Con el enunciado nuclear de que «todo el poder del Estado procede del pueblo» (art. 20.2.1), la Ley Fundamental toma expresamente el principio de la soberanía popular como punto de partida para determinar la forma de Estado. Este principio se proclama como la idea directriz vinculante a la hora de constituir el poder del Estado en la República Federal de Alemania.

### 1. *El contenido del principio de la soberanía popular*

El principio de la soberanía del pueblo se apoya en dos ideas: la de que el poder que ejerce el dominio político —el dominio de hombres sobre hombres— no es algo que esté simplemente dado o que haya de suponerse, sino que es algo que necesita ser deducido mediante una justificación (legitimación), y la de que esta legitimación solo puede partir del pueblo mismo y no de cualquier instancia ajena a este. La ordenación de la vida en común de un pueblo tiene que poder retrotraerse al reconocimiento de aquellos que viven bajo ella, tiene que ser expresión de la libertad y la autodeterminación del pueblo.

Históricamente en la baja Edad Media este postulado se dirigía en primer término contra las pretensiones de supremacía del Papa y de la Iglesia, especialmente contra el derecho del Papa a destituir a los señores temporales; frente a ello, el poder autónomo de la comunidad política basada en el pueblo hizo valer su capacidad para disponer sobre la forma y la configuración de su propia ordenación. En los teóricos del Derecho racional la idea determinante fue la de que la justificación del dominio político tenía que derivarse de la autonomía y la autodeterminación de los individuos, con independencia de las autoridades existentes. La autodeterminación individual se transformó, por medio de la figura del contrato de

4. *Vid. infra*, pp. 118 ss.

sociedad y de gobierno, en un poder social a cuya disposición quedaba también el objetivo, la razón de ser de la fundación del Estado y de la organización de este<sup>5</sup>.

En el desarrollo ulterior estas ideas se separan en dos direcciones. Para una de ellas, la que culmina en Rousseau, el principio de la autonomía de los individuos se traslada al pueblo, y este aparece como una unidad y un todo, que disfruta de aquella libertad, de aquella autodeterminación y soberanía que correspondía al individuo en el estado de naturaleza. La libertad de los individuos se realiza en su plena participación en la voluntad colectiva soberana. Para la otra dirección, representada por John Locke y la Declaración de Independencia de los Estados de New England de 1776, el principio de autonomía determina no solo la génesis del dominio político sino también su objetivo: este se comprende como la garantía de los derechos naturales del individuo y actúa de esa forma como límite del poder político.

La Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 intentaba reunir estas dos ideas, en la medida en que proclamaba por una parte la plena soberanía de la Nación expresada en la *volonté générale* de la ley (arts. 3 y 6), y por la otra establecía como objetivo de toda comunidad política el respeto a los derechos inalienables del hombre (art. 2). No obstante, en la Europa continental tanto la fundamentación teórica como la realización práctica ulterior de la soberanía del pueblo siguieron la dirección marcada por Rousseau. A ello contribuyó, en primer término, la transformación, durante el Absolutismo europeo, del poder supremo en poder soberano del Estado, cuya titularidad, atribuida en principio al monarca, heredó el pueblo. Y, en segundo término, aquella idea de la Nación (entendida en el sentido de una unidad colectiva que ha alcanzado su autoconciencia política) como titular de la soberanía, que se convirtió con la Revolución Francesa en una fuerza histórica que dominó el siglo XIX y que ha seguido operando hasta hoy<sup>6</sup>.

Desde luego, el reconocimiento del principio de la soberanía popular, que efectúa el artículo 20.2.1 de la Ley Fundamental, se basa y se inserta en esta tradición política y espiritual. Pero la cuestión de en qué medida se asumen y se reconocen aquí los

5. Cf. sobre esta cuestión y en lo que sigue P. Graf Kielmansegg, *Volksouveränität. Eine Untersuchung zu den Bedingungen demokratischer Legitimität*, 1977, pp. 69 ss., 100 ss., 148 ss.

6. F. Schnabel, *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert I*, 1951, pp. 87 ss. («Die historische Bedeutung der Französischen Revolution»).

postulados teóricos de esta tradición es algo que no se puede decidir a partir de ese mero reconocimiento, sino solo comprobando cómo se configura y se delimita más concretamente este principio de la soberanía popular en la Ley Fundamental.

## 2. Soberanía popular y poder constituyente del pueblo

No se hace justicia al principio de la soberanía del pueblo diciendo que el poder del Estado se ejerce en interés del pueblo y para su bienestar. La máxima «salus publica suprema lex» también se puede realizar sin que el poder del Estado derive del pueblo; la Monarquía ilustrada («todo para el pueblo, pero sin el pueblo») puede servir de ejemplo para ello. Por el contrario el principio de la soberanía popular se refiere de manera primaria a la cuestión de la titularidad del poder del Estado. Con él se afirma que la instauración y la organización del dominio que ejerce el poder político tienen que poder retrotraerse al pueblo mismo, esto es, a una legitimación y a una decisión que surgen del pueblo.

Esto no quiere decir que tenga que ser el pueblo el que gobierne de forma inmediata —ya sea de forma directa o mediante instituciones de la democracia representativa—; pero sí que el pueblo tiene que ser y tiene que mantenerse en todo caso como titular del poder constituyente (*pouvoir constituant*). En el ejercicio de este poder constituyente el poder de gobernar puede luego transferirse a un monarca o a una asamblea, y esto puede hacerse con un alcance mayor o menor y de una forma temporal o permanente. El principio de la soberanía popular no queda cancelado por esta transferencia mientras la decisión de transferir el poder de gobernar se mantenga jurídicamente como algo revocable, es decir, mientras no represente una enajenación irrevocable.

En este sentido la figura del contrato de dominio de la teoría del Estado de la Edad Media y de los comienzos de la Época Moderna puede ya entenderse como un reflejo del principio de la soberanía del pueblo: en una comunidad política ya constituida el poder de gobernar se transfería a través de él a un señor. La Constitución francesa de 1791, que partía expresamente del principio de la soberanía del pueblo (Tít. III, art. 1), transfería al Rey el poder ejecutivo y lo reconocía como representante de la Nación (Tít. III, arts. 2 y 4). Y en el mismo sentido la Constitución belga de 1831 instauró la monarquía sobre la base de la soberanía popu-

lar (art. 25): el rey belga era, y es aún hoy, «rey de los belgas», no «rey de Bélgica». Algo semejante ocurre al elaborarse la Constitución de la Paulskirche en los años 1848-1849: por decisión de la Asamblea Nacional alemana se estableció la figura hereditaria del Emperador como una de las instituciones de la Constitución —y no como algo previo a ella—, y se designó como su titular a la casa de los Hohenzollern<sup>7</sup>.

El poder constituyente del pueblo, considerado así como la forma necesaria de expresión de la soberanía popular, no puede reducirse desde la perspectiva de la teoría del Derecho a una norma fundamental que haya que presuponer como hipótesis para explicar el hecho de la vigencia normativa de la Constitución. Y tampoco es suficiente entenderlo únicamente como un fundamento ideal-normativo necesario (por ejemplo de tipo iusnaturalista), que confiere o retira a la Constitución su fuerza para vincular normativamente. Antes bien, el poder constituyente del pueblo tiene que poner de manifiesto también, y de modo específico, su referencia al pueblo real como magnitud política.

Tiene, pues, que definirse como la fuerza y la autoridad que corresponden al pueblo (en el sentido de una competencia preconstitucional) para establecer una Constitución con pretensión normativa de vigencia, para mantenerla y cancelarla<sup>8</sup>. Y como tal no es algo que actúe de una vez por todas, en el acto de establecer la Constitución, sino que se mantiene como algo dotado de existencia permanente<sup>9</sup>. De él deriva el que las decisiones fundamentales de la Constitución se mantengan en el tiempo, se renueven de forma acorde con las circunstancias de su existencia o se vean erosionadas. La fuerza normativa de la Constitución depende de ello.

El significado de esta definición, que delimita el significado del principio democrático y al mismo tiempo expresa su relación con la soberanía popular, consiste en que lo que determina el fundamento y la cohesión del orden político y social no es ya un orden divino del mundo o un orden natural, como algo dado previamente; en su lugar se reconoce al pueblo, en cuanto sujeto humano, un poder pleno de disposición sobre la configuración del orden político y social. A él le corresponde establecer las bases de la ordenación política de la vida en común<sup>10</sup>.

7. E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789* II, 1960, pp. 817 ss.

8. Cf. *infra* «El poder constituyente del pueblo», pp. 159 ss.

9. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, <sup>2</sup>1981, apdos. 28 y 57.

10. Aquí puede encontrarse un caso de «teología política» en su sentido originario: el de la trasposición de conceptos teológicos en conceptos jurídico-políticos,

### 3. *El desarrollo de la soberanía popular en la democracia como forma de Estado y de Gobierno*

La democracia como forma de Estado y de Gobierno significa algo más que la atribución al pueblo de la titularidad del poder constituyente. Quiere decir que el pueblo no es solo el origen y el portador último del poder que ejerce el dominio político, sino que además él mismo ejerce ese poder, que lo tiene y que ha de tenerlo en todo momento. El pueblo no solo domina, sino que también gobierna. Con ello el principio de la soberanía popular adquiere una configuración más concreta, que está ya insinuada en su idea fundamental. El artículo 20.2 de la Ley Fundamental expresa de forma consecuente esta idea. En su primera frase proclama el principio de la soberanía popular, y en la segunda establece que el pueblo mismo ejerce el poder del Estado que deriva de él, y señala cómo lo hace; expresa su decisión en favor de la democracia como forma de Estado y de Gobierno. La democracia aparece como consecuencia y realización del principio de la soberanía popular, está anclada en esta y encuentra en ella su fundamento y justificación<sup>11</sup>.

El principio democrático, que en la formulación del artículo 20.2 de la Ley Fundamental aparece como una configuración más precisa de la soberanía popular, está referido al ejercicio del poder del Estado en la República Federal de Alemania. No tiene que ver con la democracia como una forma de vida, ni tampoco con una «democratización de la sociedad» como la que podría exigirse al amparo de una comprensión del principio democrático como principio universal<sup>12</sup>. La democracia erigida como forma de Estado y de Gobierno no prohíbe ni obliga desde un punto de vista jurídico a una democratización de la sociedad, sea cual sea el contenido que se atribuya a esta democratización en particular; y sin embargo podría entenderse que esta idea está sugerida en el hecho de que

pues se trasladan atributos propios de Dios (*potestas constituens, ordo ordinans*, etc.) al hombre o al pueblo. Cf. C. Schmitt, *Politische Theologie*, 1934, pp. 49 ss.

11. Cf. P. Badura, «Die parlamentarische Demokratie», en *HdbStR* I, 1987, apdo 23, núm. marg. 27 ss., 34 ss.

12. En el mismo sentido K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 171990, apdo. 5, I; K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* I, 1984, apdo. 18, III, pp. 627 ss.; R. Herzog, en Maunz y Dürig, comentario II al art. 20, núm. marg. 52; M. Kriele, «Das demokratische Prinzip im Grundgesetz»: *VVDStL* 29 (1971), pp. 46 ss. En una dirección distinta, H. Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, 1975, pp. 35 ss., y 48, y críticamente respecto a esta afirmación *vid.* E. Th. Emde, *Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung*, 1991, pp. 37 ss.

la capacidad de funcionamiento de la democracia no es independiente de determinados presupuestos sociales<sup>13</sup>. Pero la medida en la que estos presupuestos puedan ser introducidos, a través de regulaciones del legislador, es una cuestión que ha de resolverse de acuerdo con la libertad de configuración política que corresponde al legislador democrático en el marco de la Constitución. Y las garantías de los derechos fundamentales entran en juego en primer término como límites a esta posibilidad.

## II. LA DEMOCRACIA COMO FORMA DE ESTADO Y DE GOBIERNO

Edificar la democracia como forma de Estado y de Gobierno, tal y como se prescribe en la Ley Fundamental, no significa que se cancele o se supere el dominio político organizado a través del Estado; antes bien remite a una determinada organización de ese dominio. El poder del Estado, y el dominio de hombres sobre hombres que va unido a él, se mantiene también en la democracia y se conserva en toda su efectividad: no se disuelve en una identidad (mal entendida) entre gobernantes y gobernados, ni en un discurso libre de dominio<sup>14</sup>. Ahora bien, se organiza de tal forma que su ejercicio se constituye, se legitima y controla por el pueblo, en suma por los ciudadanos, y se presenta en esta forma como autodeterminación y autogobierno del pueblo, en los que todos los ciudadanos pueden participar en condiciones de igualdad. La democracia como forma de Estado y de Gobierno es así un principio de organización sobre la titularidad y el ejercicio del poder del Estado. Su contenido se determina de una forma más concreta a través de una pluralidad de enunciados fundamentales que aparecen como características estructurales de la democracia.

### 1. *El pueblo como titular del poder del Estado*

Que el pueblo es el portador y el titular del poder del Estado es un enunciado nuclear de toda democracia. Este enunciado incluye en

13. *Vid. infra*, pp. 99-101.

14. Sobre ello *vid.* R. Spaemann, «Die Utopie der Herrschaftsfreiheit» [1972], en *Íd.*, *Zur Kritik der politischen Utopie*, 1977, pp. 104 ss., en discusión con J. Habermas.

sí la proclamación de un principio del orden político, pero tiene también en esa misma forma un significado jurídico, y este se despliega en una serie de direcciones.

### 1.1. Su delimitación frente a otros titulares del poder del Estado

En un sentido negativo, esta afirmación se dirige contra otros posibles portadores y titulares del poder que ejercen el dominio del Estado, excluyéndolos. El portador y titular del poder del Estado no ha de ser ya el Monarca, ni un estrato social determinado (la nobleza), ni tampoco una determinada clase, sino el pueblo mismo. El principio democrático condensa ahora en el Estado la contribución de todas las luchas históricas y políticas en torno al poder. También se excluye aquí el dominio de determinadas ideas o ideologías, como por ejemplo las que se amparan en la idea del «dominio de la razón», del «dominio del progreso» o de un «derecho divino», y bajo las cuales siempre surge el derecho de algunas personas a interpretarlas o realizarlas. Desde luego en una democracia puede establecerse el dominio de la razón, de la ley del progreso o de un derecho divino, y cualquiera de ellos puede determinar en un sentido material la regulación de la vida en común, pero solo cuando y en la medida en que el pueblo lo quiera así y lo haga suyo como titular del poder del Estado.

Este rechazo se extiende también al principio que proclama el dominio de Dios, cuando este se entiende como un ejercicio inmediato del dominio, ya sea en su nombre o a través de un mediador. Dios puede ser entendido y reconocido como razón última y como autor de la creación en su conjunto, así como del orden estatal y del poder del Estado; pero esto no implica que pueda entenderse como el titular del poder del Estado, en el sentido de que sea él quien lo ejerce a través de un mediador de la voluntad divina misma, quien lo pueda transmitir para su ejercicio o, en su caso, retirar. En esa medida la democracia está estrechamente vinculada a la secularización del dominio político. En la democracia la voluntad de Dios como ley suprema no tiene por sí misma validez política y jurídica, sino solo si y en tanto en cuanto el pueblo hace de la voluntad de Dios el contenido de su propia voluntad.

La apelación a Dios que aparece en el Preámbulo de la Ley Fundamental no se opone a estas afirmaciones. Al margen de la cuestión de su vinculatividad y de su alcance jurídico, aquí no se está hablando de un «dominio de Dios», sino de la responsabilidad del pueblo alemán ante Dios. Y esta responsabilidad presupone sin

duda una decisión propia, no predeterminada, que podría ser así o de otro modo<sup>15</sup>.

## 1.2. La necesidad de una legitimación democrática efectiva para el ejercicio del poder del Estado

El enunciado de que el pueblo es el portador y el titular del poder del Estado establece como Derecho positivo, y en un sentido constitutivo, que la posesión y el ejercicio del poder del Estado tienen que derivar del pueblo de un modo concreto. El cumplimiento de las tareas del Estado y el ejercicio de las competencias estatales necesita de una legitimación que se retrotrae al pueblo mismo o que parte de él (a ello se alude con la idea de una cadena ininterrumpida de legitimación democrática); y en este sentido se ha manifestado con todo énfasis el Tribunal Constitucional alemán<sup>16</sup>. Una vez establecida esta legitimación, no puede volverse autónoma, sino que tiene que poder retrotraerse siempre y de una forma determinable a la voluntad del pueblo y ha de ser responsable ante el pueblo. Solo bajo esta presuposición puede considerarse que la acción que ejerce el Estado a través de sus órganos, diferenciados y separados orgánicamente por el pueblo, es de tal naturaleza que el pueblo actúa a través de esos órganos del Estado (art. 20.2.2 LF).

### a) El objeto de la necesidad de legitimación democrática

El objeto de esta necesaria legitimación democrática se extiende a toda la acción estatal. El ejercicio del «poder del Estado» no se limita a aquel ámbito de su actuación como autoridad en el cual el Estado (incluyendo aquí a los distintos titulares, jurídicamente independientes, de las competencias del Estado) hace valer su posición unilateral de superioridad como autoridad en las formas del Derecho público, sino que abarca también el cumplimiento de todas las tareas que corresponden al Estado o que este asume de hecho en su conjunto.

En el caso del mandato de legitimación democrática lo que está en primer plano no es la protección de la libertad de los ciudadanos ante injerencias no justificadas —este es primariamente un cometido del Estado de Derecho como tal—, sino que, en un sentido

15. Cf. A. Hollerbach, «Religion – Christentum – Kirche: die Antwort der Landesverfassung», en Íd. (ed.), *30 Jahre Verfassung von Baden Württemberg*, 1984, pp. 42 y 45 s.

16. *BverfGE* 47, 253 (275); 77, I (40); 83, 60 (72 s.).

más amplio, la ocupación y la dirección vinculante del poder del Estado se organicen en orden a resolver los asuntos comunes del pueblo. El dominio del Estado en su conjunto, que incluye en general el cuidado de estos asuntos comunes y no solo la promulgación de mandatos y prohibiciones, ha de derivar del pueblo en lo que se refiere a su ejercicio, y tiene que dejar que sea él el que controle y determine sus contenidos.

De esta forma la acción del Estado en el campo del Derecho privado y en el de la denominada política fiscal se encuentra también sometida al mandato de la legitimación democrática. El que se pueda optar por una determinada forma de organización (como institución con personalidad jurídica o no, como sociedad anónima o de responsabilidad limitada) o por una determinada forma jurídica de acción (privada o pública) no significa abandonar el terreno de los asuntos del Estado o de la acción estatal. Y si se trata lisa y llanamente de un comportamiento que se atribuye al Estado y que afecta a la realización de sus tareas, tampoco representa una diferencia fundamental el que la acción del Estado se realice a través de la vía de hecho o mediante formas jurídicas. La legitimación democrática es exigible en cualquier caso<sup>17</sup> para toda acción oficial de los órganos estatales o de los titulares de sus funciones que represente una decisión, incluso si se mueve en el terreno de la pura autoridad, como pueden ser por ejemplo las declaraciones y manifestaciones oficiales de los miembros del Gobierno en el ámbito político. No obstante, pueden quedar excluidas aquellas actividades puramente consultivas que sirven únicamente para preparar las decisiones, pero sin llegar a participar en estas (por ejemplo, las juntas consultivas)<sup>18</sup>, o aquellas de carácter técnico instrumental que ejercen meras funciones auxiliares para esa acción.

#### b) La instauración de la legitimación democrática

El fin de la legitimación democrática no es otro que poner en marcha y asegurar una influencia efectiva del pueblo en el ejercicio del poder del Estado. Y hay diferentes caminos para alcanzar este fin. En consecuencia se distinguen diferentes formas de legitimación democrática: se habla de una legitimación democrática funcional e institucional, de una legitimación democrática orgánico-personal y

17. Sobre ello recientemente, *vid.* BVerfGE 83, 60 (73).

18. W. Brohm, «Sachverständige Beratung», en *HdbStR* II, 1987, apdo. 36, núm. marg. 21 ss.

de una legitimación democrática de contenido o material. Y no pocas veces varias de estas formas de legitimación operan simultáneamente. Ahora bien, ninguna de ellas tiene sentido ni es imprescindible por separado, sino solo como partes (componentes) de la efectividad de la legitimación democrática de la acción del Estado exigida por el principio democrático que se enuncia en el artículo 20.2 de la Ley Fundamental. Este precepto no prescribe una o unas determinadas formas de legitimación como tal, sino que atribuye a la legitimación democrática un determinado contenido, y las distintas formas de legitimación operan solo como elementos para la construcción de este contenido<sup>19</sup>.

*aa)* Las diferentes formas de la legitimación democrática

1) Legitimación democrática funcional e institucional

Se utiliza el término de legitimación democrática funcional e institucional para indicar que el legislador constituyente mismo ha configurado los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como funciones y órganos específicos (poderes en el sentido orgánico), a través de los cuales el pueblo ejerce el poder del Estado que deriva de él (art. 20.2 LF)<sup>20</sup>. Este tipo de legitimación excluye por ejemplo que, apelando al principio democrático, se pretenda someter el poder ejecutivo a una reserva de ley o una reserva de Parlamento de carácter total, o bien que se rehúya atribuirle competencias exclusivas en materias de importancia. Los poderes se reconocen cada uno por sí mismo como ejercicio democráticamente autorizado del poder del Estado.

Ahora bien, este tipo de legitimación no puede sustituir a la legitimación concreta que necesitan el titular del órgano en cuestión y su acción en el ámbito de sus funciones, y que se produce a través de una legitimación orgánico-personal y de una legitimación material o de contenido. Estas son necesarias como un complemento de aquella. Pues de otra forma cada uno de los poderes —una vez configurados democráticamente (por el pueblo como legislador constituyente)— podrían autonomizarse y volverse independientes del pueblo tanto en lo que se refiere al acceso personal al cargo como a su actividad. No estaría asegurada la legitimación continuada de su ejercicio por el pueblo.

19. Fundamental aquí E. T. Emde, *op. cit.*, pp. 518 s.; *vid.* también *BverfGE* 83, 60 (72).

20. *BverfGE* 49, 89 (125) (*Kalkar*); 68, I (89) (*Stationierung*).

## 2) La legitimación democrática orgánico-personal

a) La legitimación democrática orgánico-personal consiste en que los cargos públicos que tienen encomendada la gestión de los asuntos estatales han de reposar sobre una cadena de legitimación ininterrumpida que pueda retrotraerse hasta el pueblo. A través de ella se legitiman al mismo tiempo los órganos del Estado en los que actúa y en cuyo nombre opera el que ocupa el correspondiente cargo público. Aquí resulta necesaria una legitimación concreta, esto es, una legitimación referida individualmente al que ocupa el cargo, y no únicamente una legitimación abstracta, que regule de modo general la designación del ocupante del cargo —como ocurre en una ley de sucesión al trono—. En este terreno rige el «principio de la designación individual del cargo público por el pueblo o por órganos elegidos por el pueblo» (Herzog)<sup>21</sup>.

Tal como se insinúa en la expresión «cadena» de legitimación, esta no tiene necesariamente que reconducirse de forma inmediata al pueblo; tanto la designación mediata como la inmediata por el pueblo son igualmente admisibles, aun cuando esta última pueda conferir una dignidad democrática más elevada. Lo decisivo es que la cadena de legitimación no se vea interrumpida por la intervención de un órgano o de un cargo no legitimado democráticamente o no legitimado así de forma suficiente. La cadena de los actos de designación individual de cada cargo público tiene que discurrir sin fisuras hasta el pueblo como titular del poder del Estado.

En el sistema parlamentario de gobierno el Parlamento como órgano de la representación del pueblo es un eslabón necesario dentro de toda cadena democrática de legitimación. Ciertamente hay formas de legitimación democrática orgánico-personal en las que el Parlamento no actúa como dispensador directo de la legitimación, sino que participa en ello solo de forma mediata —el ejemplo más relevante es el del nombramiento de cargos por el ministro legitimado y responsable ante el Parlamento democrático—. Pero es evidente que, si se exceptúa la elección inmediata por el pueblo, no hay ninguna forma de legitimación mediata que discurra al margen de la función del Parlamento como mediador de legitimación.

21. R. Herzog, *Allgemeine Staatslehre*, 1971, p. 210; Íd., en Maunz y Dürig, comentario al artículo 20, núm. marg. 50-53.

b) La legitimación democrática orgánico-personal no opera solo en favor de sí misma, sino que tiende a hacer efectiva la legitimación democrática de la acción del Estado<sup>22</sup>. Por eso se plantea la cuestión de si esta legitimación (y las cadenas de legitimación que se incluyen en ella) tiene que aplicarse a todos los que participan de algún modo en la toma de las decisiones de un determinado órgano, o si se refiere (solo) a la legitimación de la decisión del órgano como tal. Esta distinción tiene una especial importancia por lo que se refiere a la composición de los órganos colegiados competentes para tomar decisiones. Y se podría decir que solo en la segunda de estas dos opciones cabría la posibilidad de que pertenezcan a un órgano dotado de competencias de decisión también miembros que no se han acreditado mediante un acto individual de designación democráticamente legitimado. Pero sobre esta cuestión se han defendido dos posiciones contrapuestas.

La primera de ellas considera necesaria la legitimación individual de todos los que participan en la toma de la decisión, lo que significa que resulta inadmisibles cualquier derecho de designación, de elección o de propuesta vinculante por parte de asociaciones, grupos sociales, etc., aun cuando se aplique solo a algunos miembros del órgano colegiado<sup>23</sup>. De acuerdo con este planteamiento, también chocan con la legitimación democrática orgánico-personal todas aquellas comisiones encargadas de la selección de jueces, en las que solo una parte de los miembros es elegida, delegada o pro-

22. *Vid. supra*, pp. 55 s.

23. Esta es la consecuencia necesaria (¿conscientemente planteada?) de la concepción defendida por R. Herzog en su comentario al artículo 20, en Maunz y Dürig, núm. marg. 54 s.: «aún (sería) asumible» un derecho de propuesta (vinculante), en el caso de que las propuestas contengan el doble o el triple de personas en relación con las posiciones a ocupar; cf., por ejemplo, par. 5 y 7 de la *PostVwG* y par. 10 de la *BbG*. *Vid. además VerfGHNRW*, en *DVB1*, 1986, p. 1196, sobre la inconstitucionalidad del artículo III, apdo. 2 de la Ley sobre la cogestión en empresas públicas, que establecía la elección de miembros del consejo de administración de las Cajas de Ahorro por su personal; las decisiones del *BverfG* que se citan en ella (*BverfGE* 38, 258 [271]; 47, 253 [272, 275]; 52, 95 [130]), según las cuales la legitimación democrática exige una cadena ininterrumpida de legitimación desde el pueblo para los órganos y cargos encargados de tareas estatales, permiten ciertamente una interpretación tan amplia, pero no la exigen; la decisión central en este tema (*BverfGE*, 47, 253) se ocupaba de peculiaridades del derecho electoral de los entes locales, pero no entraba a decidir la cuestión de si es admisible la delegación en favor de miembros individuales que no quedan vinculados al pueblo mediante una cadena ininterrumpida de legitimación, en un órgano colegiado cuyos restantes miembros poseen esta legitimación. Sobre esta cuestión *vid.* también J. Oebbecke, *Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung*, 1986, pp. 92 ss.

puesta de forma vinculante por jueces o por representantes de los jueces<sup>24</sup>; y lo mismo ocurre con las comisiones de la Administración, dotadas con competencias de decisión y libres de instrucciones, que no se componen exclusivamente de funcionarios —legitimados democráticamente a través de su nombramiento—, sino también, junto a ellos, de representantes comisionados o propuestos de forma vinculante por determinados grupos sociales o profesionales<sup>25</sup>.

La otra posición defiende que, si en un órgano colegiado hay un número suficiente de miembros con legitimación democrática individual, ello basta para que la decisión del órgano como tal tenga su legitimación democrática. De acuerdo con esta posición, los miembros que no están legitimados democráticamente de forma individual pueden cooperar en la toma de decisiones del órgano siempre y cuando ello no afecte a la posibilidad de que, en caso de conflicto, los miembros legitimados democráticamente puedan imponer su propia idea. Y para satisfacer esta exigencia no basta ciertamente que los miembros legitimados democráticamente tengan una facultad de veto, sino que tienen que tener la capacidad de tomar una decisión positiva<sup>26</sup>. Esta posición no excluye por principio la introducción de elementos equilibradores en los órganos de

24. Esto afecta a las comisiones para la selección de jueces de Baden-Württemberg (par. 46 de la *RiG*), Bremen (par. 8 *RiG*), Hamburg (par. 9 a 11 *RiG*), Hessen (par. 9 *RiG*), Rheinland-Pfalz (par. 41 *RiG*), Saarland (par. 41 *RiG*). No obstante, el *BverfG* declaró (*BverfGE*, 24, 268 [274]) como «abiertamente» compatible con el Derecho Federal y con ello también con el Derecho Constitucional Federal (art. 28.1 LF) la comisión para la selección de jueces de Hamburgo, que se compone, junto a 3 senadores y 6 miembros elegidos por la ciudadanía, por tres miembros judiciales, elegidos por los jueces, y 2 miembros más designados por el colegio de abogados (par. 9 a 11 de la *HmbRiG* de 15 de junio 1964, *GVBl*, 109). Podría preguntarse aquí si esta decisión, que interpreta el mandato de la legitimación democrática de forma abiertamente tan amplia, no está superada, y en qué medida lo está, por las decisiones citadas en la nota anterior y más recientemente por la *BverfGE* 83, 60 [72 s.].

25. Cf., por ejemplo, par. 96 *BBG*, par. 35 *SchwBG*, par. 14 *JWG*: en ellos se prevé el nombramiento de miembros de comisiones de la Administración con competencias de decisión a propuesta de grupos sociales. Según Herzog, hay que postular que, al margen de la composición de estas comisiones, existe un derecho de rechazo, no previsto legalmente, cara a las propuestas presentadas por parte de la Administración competente para realizar los nombramientos. *Vid.* también *infra* pp. 61 s.

26. *Vid.* E. W. Böckenförde, *Verfassungsfragen der Richterwahl*, 1974; habría que considerar en qué medida las afirmaciones expuestas allí no deberían completarse señalando que no es suficiente que (en las decisiones que se toman con mayoría simple) la mayoría de los miembros estén legitimados democráticamente, sino que, más allá de esto, la propia decisión tendría que apoyarse en una mayoría de los miembros elegidos democráticamente (el llamado principio de la doble mayoría).

decisión democráticos, lo que tiene una especial importancia en las decisiones en materia de personal mediante elecciones, y hace posible también que, en aquellas decisiones de la Administración que tienden a buscar un equilibrio entre intereses divergentes, participen en una proporción limitada representantes de intereses sociales, los cuales quedan así vinculados a ellas<sup>27</sup>.

Comparando ambas posiciones, habría que admitir que, puesto que la legitimación democrática orgánico-personal se refiere a la legitimación de la acción del Estado, resulta suficiente la segunda de las opciones, que se centra en la legitimación de la decisión. En ella se respeta y se garantiza también el principio democrático. En su favor hablan además razones de tipo pragmático: no impide una práctica que se ha venido realizando desde siempre en el ámbito de la Administración y que permite un cierto campo de juego para la utilización de criterios de equilibrio e integración en la composición de los órganos estatales.

c) En lo esencial puede considerarse análogo al anterior el problema de en qué medida pueden participar en las decisiones de órganos legitimados democráticamente otros órganos o instancias que no disponen de una legitimación semejante, sin que se resienta la legitimación democrática de la decisión. Este problema es de plena actualidad allí donde, en relación con las decisiones de un órgano con legitimación democrática orgánico-personal, existen derechos de propuesta, de asesoramiento, de asentimiento o de veto, o existen competencias autónomas de codecisión para instancias no legitimadas democráticamente.

Aquí, para asegurar la legitimación democrática de la decisión, tiene que quedar garantizado que el órgano legitimado democráticamente mantiene la facultad de tomar la decisión. Y esto no ocurre cuando, en caso de conflicto, el órgano legitimado democráticamente ya no puede tomar por sí mismo una decisión, sino que jurídicamente depende del voto de una instancia que no está legitimada democráticamente<sup>28</sup>. De acuerdo con esto resultan dudosos

27. También según esta posición a la comisión para la selección de jueces en Baden-Württemberg y Rheinland-Pfalz le falta la legitimación democrática orgánico-personal, ya que aquí, según su composición y su forma de tomar decisiones, los miembros legitimados democráticamente no pueden llegar a una decisión positiva por sí mismos (cf. nota 24).

28. Vid. sobre ello también *BverfGE* 9, 268 (279-284), donde se declaró incompatible con el «principio del Estado democrático de derecho» la transmisión general de las competencias de decisión en asuntos de personal referente a los

aqueellos derechos de participación de las instancias que van más allá de la mera cooperación (derechos de asesoramiento, derechos a hacer propuestas abiertas, entre otros) y se entienden como derechos de codecisión —jurídicamente no revisables<sup>29</sup>.

### 3) Legitimación democrática material o de contenido

La forma material o de contenido de la legitimación democrática tiene por objeto asegurar que, por lo que se refiere a su contenido, el ejercicio del poder del Estado deriva del pueblo o se concilia con la voluntad del pueblo, y que de esta forma se garantiza el ejercicio del poder del Estado por el pueblo. Como tal, se añade a la legitimación democrática orgánico-personal de los órganos estatales, completándola.

La legitimación democrática material o de contenido puede llevarse a cabo a través de dos vías: por un lado mediante la atribución de la legislación al Parlamento como el órgano de la representación del pueblo, legitimado mediante una elección directa, y la vinculación de todos los otros órganos del Estado a las leyes establecidas de este modo (art. 20.3 LF); y por el otro mediante una responsabilidad sancionada democráticamente, con los controles correspondientes, y adecuada para el tipo de tareas asumidas<sup>30</sup>.

Esta responsabilidad incumbe a los representantes del pueblo cara al pueblo mismo, y se hace efectiva a través de las elecciones periódicas (art. 38.1 LF). Para el Gobierno y los Ministros se plantea ante la representación del pueblo en una doble dirección: de una forma inmediata en lo que concierne a su propia acción, y de

funcionarios que realizó el Gobierno a favor de una «comisión para acuerdos» dentro de la Administración, que estaba compuesta de forma paritaria por la Administración y por los consejos de personal, y se proponía como independiente en su actividad y libre de todo control.

29. El BvG en dos sentencias sobre el nombramiento de jueces de tribunales de honor (*BverfGE*, 26, 186 [194-197]: *Ehrengerichtshöfe für Rechtsanwälte*; 27, 312 [320 s.]: *Kassenärztliche Sozialrichter*) ha declarado que, según su intención, los derechos de propuesta definitiva son algo conforme a la Constitución, pero con la limitación de que las listas de propuesta, aunque tienen que contener al menos una mitad más de propuestas de los puestos de juez que han de ocuparse, no pueden ser definitivas. La Administración encargada del nombramiento tiene que poder exigir otras propuestas, cuando a su juicio la propuesta original no contenga suficientes candidatos adecuados, porque solo así se asegura de forma suficiente la influencia estatal en el nombramiento de los jueces.

30. Cf. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, pp. 63 s., donde sin embargo no se distingue entre legitimación democrática orgánico-personal y material o de contenido.

una forma mediata para los órganos y cuerpos administrativos subordinados a él, en la medida en que están sometidos a un poder de dictar instrucciones o de inspección por parte del Gobierno o de los ministros. Ambas formas se hacen efectivas mediante los derechos de control y de destitución reservados a la representación del pueblo. La finalidad y la necesidad de la facultad de dictar instrucciones —más allá del mero hacer posible la dirección unitaria de la acción del poder ejecutivo— se basan precisamente en que a través de ella se asegura que el poder ejecutivo actúe «en el espíritu de la representación del pueblo» (L. von Stein)<sup>31</sup>.

Bajo el punto de vista de la legitimación democrática material o de contenido existe una correlación entre la responsabilidad democrática y la dependencia de instrucciones, por un lado, y la vinculación a la ley, por el otro. Así, en el caso de la Jurisdicción, en el que no son de aplicación la responsabilidad democrática y la sujeción a instrucciones debido a lo específico de su función y a su garantía, tiene que darse, como correlato necesario de esta independencia y precisamente por exigencias del criterio democrático, una vinculación estricta a la ley (determinada materialmente), sin que quede margen de juego alguno<sup>32</sup>. Y, a la inversa, allí donde la ley no establece explícitamente la finalidad y el contenido, sino que señala solo el marco y los límites de la acción (ejecutiva) del Estado o, de un modo especial, donde atribuye delegaciones o ámbitos de discrecionalidad no determinados de un modo preciso, entonces, de acuerdo con el criterio material o de contenido, la responsabilidad y la dependencia de instrucciones aparecen como algo ineludible para que se mantenga la legitimación democrática.

Si faltaran ambas —la estricta vinculación a la ley y la responsabilidad equipada con sanciones—, entonces se abriría la puerta a una tendencia hacia la formación de ámbitos de decisión exentos de legitimación democrática. Y este supuesto sólo puede darse en casos y de forma excepcionales, por razones de carácter ineludible basadas en el tipo de actividad (por ejemplo, en materia de concursos u oposiciones), o bien en prescripciones jurídico-constitucionales específicas (como, por ejemplo, la del art. 5.1.2 LF para la radio y televisión públicas), pero tales casos no pueden ser establecidos por disposición propia del legislador o del ejecutivo mismo.

31. L. von Stein, *Die Verwaltungslehre* I/1, 1869, pp. 345 ss.

32. M. Kriele, *op. cit.*, p. 64.

bb) Cooperación y posible sustitución  
entre las diversas formas de legitimación democrática

Para que exista una legitimación de la acción del Estado por parte del pueblo tienen que operar conjuntamente los componentes orgánico-personal y material o de contenido de la legitimación. Pues, tomada en sí misma, la legitimación orgánico-personal solo contribuye a que las personas o los titulares de la decisión que ejercen el poder del Estado estén legitimados por el pueblo en su acceso al puesto. Y si no se quiere que el poder ejerza el dominio de forma autónoma, independiente en su contenido de la voluntad del pueblo, es además necesaria la legitimación material o de contenido que se establece mediante la vinculación al legislador democrático y a sus leyes, así como a través de su responsabilidad, ya sea directa o indirecta.

Ambas formas, puesto que se refieren al mismo objetivo de una legitimación democrática efectiva de la acción del Estado, son factores de legitimación que no operan por separado ni de forma paralela, sino que su acción está de algún modo engranada. Por eso ninguna de ellas puede sustituir a la otra por completo, sino solo en una determinada proporción, esto es, en tanto en cuanto no se ponga en cuestión la efectividad de la legitimación democrática (el nivel de legitimación) exigida por el artículo 20.2 LF<sup>33</sup>.

No es posible entrar aquí en detalles sobre la cuestión de en qué medida cabe esta sustitución ni hasta dónde llegan sus límites. Pero en cualquier caso, por ejemplo, puede afirmarse que la constitución de órganos que actúan con independencia en el aspecto material exige que se garantice de forma muy amplia su legitimación orgánico-personal, y requiere también que se regule y delimite legalmente su ámbito de acción<sup>34</sup>. Por otra parte, y en sentido inverso, si existe una legitimación material o de contenido que determine estrictamente, mediante regulaciones legales, el contenido de la acción y las competencias de supervisión que corresponden a las instancias legitimadas democráticamente, entonces puede ser admisible que de un modo

33. Vid. la justificación de esta afirmación que ofrece Ernst Thomas Emde en *Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung*, cit., pp. 327-336; vid. también BVerfGE 83, 60 (72).

34. Por ello resulta exigible, por ejemplo, que en las comisiones para la selección de jueces se dé una plena legitimación orgánico-personal (cf. más arriba notas 24 y 27), puesto que en sus decisiones sobre política de personal son independientes desde el punto de vista material y no están sometidos a inspección alguna ni a responsabilidad (parlamentaria).

puntual participen grupos sociales en la configuración personal de los órganos o en la elección del titular del órgano.

De acuerdo con todo esto, al configurar de una forma más concreta el principio democrático, la Ley Fundamental prevé por regla general la cooperación de ambas formas de legitimación. Así la Jurisdicción obtiene su legitimación democrática, desde el punto de vista orgánico-personal, mediante la designación o el nombramiento (democráticamente legitimados) de los jueces, y desde el punto de vista material o de contenido, mediante la vinculación estricta del juez a la ley (art. 97 LF) junto a su correlato de la independencia frente a instrucciones<sup>35</sup>. Este último aspecto de la legitimación presupone sin duda que las leyes a las que el juez está sometido han de poseer un grado de determinación de su contenido y de explicitud de su sentido que haga posible una aplicación interpretativa (que no obstante va más allá de una mera subsunción)<sup>36</sup>.

El Ejecutivo está sometido a la legitimación orgánico-personal a través de la elección del Canciller Federal por el Parlamento (art. 63 LF), del nombramiento de los Ministros por este (art. 64), y de la selección de los funcionarios por el correspondiente Ministro del ramo. Por otra parte, está también sometido a la legitimación material o de contenido a través de la vinculación a las leyes (art. 20.3 LF), así como a través de la responsabilidad parlamentaria del Gobierno y los Ministros (art. 65 LF), que se extiende a la actuación de toda la Administración subordinada a ellos por medio de la facultad de dirección y de dictar instrucciones que corresponde a los Ministros. Este tipo de Administración ministerial existía ya antes de la Ley Fundamental, pero entre tanto esta la ha establecido normativamente como la forma propia del poder ejecutivo (civil) (arts. 65, 85 adpos. 3 y 4, y 86 LF).

En el supuesto de los órganos de la Administración que actúan con libertad frente al poder ministerial de dar instrucciones, a los cuales corresponde en consecuencia una facultad de decisión autónoma (los denominados ámbitos libres frente al Ministerio), esta responsabilidad se interrumpe y se corta la cadena de legitimación. Y por lo que se refiere a la Administración del Estado (a diferencia

35. Vid. K. Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, 1960, pp. 105 ss. y 112 ss.

36. Si el legislador rehúsa la tarea de crear leyes con estas características, como corresponde a su función, entonces la responsabilidad que se plantea por el hecho de que las funciones políticas de decisión y de configuración se desplacen hacia la jurisprudencia no es imputable a los tribunales, que se ven confrontados con ella de forma inevitable, sino al legislador.

de lo que ocurre en las formas de administración autónoma reconocidas y aseguradas jurídico-constitucionalmente), no existe ninguna reserva jurídico constitucional en su favor, ni tal cosa podría tampoco tratar de deducirse a partir de una renuncia del Parlamento a su competencia de control<sup>37</sup>. Ahora bien, estos ámbitos de decisión libres frente al Ministerio pueden estar justificados allí donde la tarea transferida y delimitada mediante ley exija por su propia naturaleza y de forma necesaria una libertad frente a instrucciones, como ocurre por ejemplo en materia de concursos u oposiciones o en el supuesto de instancias de control internas de la Administración, pero nunca fuera de estos supuestos.

En el caso de Administración local autónoma, cooperan ambas formas de legitimación: en lugar de la legitimación que deriva del pueblo en su conjunto, en tanto ésta se retrae y no se mantiene a través de la vinculación a las leyes, aparece una legitimación orgánico-personal y material o de contenido por medio de los ciudadanos del municipio o del distrito. Esta puede entenderse como algo estructuralmente afín a la legitimación del pueblo del Estado<sup>38</sup>, y en este sentido ha sido reconocida por el legislador constituyente como una legitimación que procede del «pueblo» (art. 28.1.2 LF). Por el contrario, en la Administración funcional autónoma no existe una legitimación de esta clase<sup>39</sup>. En estas formas de la Administración funcional autónoma se ha establecido con mayor rigor la vinculación a la ley y las facultades estatales de inspección, con lo cual se facilita una legitimación material o de contenido correspondientemente más densa. En cualquier caso, hasta donde alcanza el reconocimiento expreso en el artículo 87.2 LF de determinadas ramas de este tipo de Administración autónoma, esta forma resulta admisible dentro del marco señalado y con independencia de la existencia de un déficit de legitimación democrática<sup>40</sup>.

### 1.3. El pueblo como titular y como punto de referencia de la legitimación democrática

Con independencia de la forma en que pueda aparecer, la legitimación democrática del ejercicio del poder del Estado tiene siempre

37. Así lo entiende E. Klein, *Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes*, 1974, pp. 191 ss.

38. *Vid. infra*, pp. 72 ss.

39. *Vid. infra*, pp. 174 ss.

40. Cf. sobre ello E. Th. Emde, *Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung*, cit., pp. 364-373.

que partir del pueblo y tiene que poder reconducirse a él. No basta que se refiera a algunos grupos o a una pluralidad de hombres. El concepto del pueblo, como punto de partida y como referencia de la legitimación democrática, es un concepto fundamental de la democracia.

- a) El concepto democrático del pueblo: el pueblo del Estado como comunidad de destino político

La democracia como forma de Estado y de Gobierno tiene su punto de referencia personal en el pueblo del Estado, esto es, en aquel conjunto de hombres que, como unidad política de acción, forman parte del Estado y lo sostienen. Este conjunto de hombres se define en el momento inicial, y se delimita por el vínculo jurídico de la ciudadanía, cuyo contenido es el *status* de pertenecer a la asociación de aquellos que sostienen la organización del dominio que ejerce el Estado<sup>41</sup>. Los ciudadanos están vinculados de un modo esencial con la vida y la suerte política del Estado que ellos forman y sostienen, y en esa medida aparecen también como una comunidad política con su propio destino. Toman parte en sus éxitos y logros de igual forma que en sus debilidades internas y en los peligros que le amenacen desde fuera. Lo que le ocurra políticamente al Estado en el interior o desde el exterior, lo que derive de él hacia dentro o hacia fuera, tienen que soportarlo y son responsables de ello. Constituyen el pueblo político, del que según el artículo 20.2 de la Ley Fundamental deriva, y desde el cual se ejerce, el poder del Estado<sup>42</sup>.

La opinión, no pocas veces mantenida, de que lo propio de la democracia es que todos los afectados por el dominio del Estado tengan que legitimarlo<sup>43</sup>, pasa por alto la naturaleza política

41. R. Grawert, «Staatsvolk und Staatsangehörigkeit», en *HdbStR* I, 1987, apdo. 14, núm. marg. 11 ss.; J. Isensee, «Staat und Verfassung», en *ibid.* I, apdo. 13, núm. marg. 112 s.

42. La regulación del artículo 116 LF no se opone a ello. En este precepto, y en relación con las situaciones que se produjeron después de la Segunda Guerra Mundial, el legislador constituyente declara a un grupo de personas (los llamados *Statusdeutschen*) miembros del pueblo del Estado (*Deutsche*), sin tomar en consideración su condición de ciudadanos, y les confiere la titularidad de los derechos vinculados a esta condición.

43. Cf. sobre ello J. Agnoli y P. Brückner, *Die Transformation der Demokratie*, 1968; Fr. Naschold, *Organisation und Demokratie*, 1968; O. Negt, *Keine Demokratie ohne Sozialismus. Über den Zusammengang von Politik, Geschichte und Moral*, 1976, pp. 461 ss.; W. Abendroth, *Antagonistische Gesellschaft und politische De-*

de la asociación que es el Estado, y de la democracia como forma de Estado y de Gobierno: en la medida en que el mundo, como *pluriversum* político, se encuentra ordenado a través de Estados que aparecen como las unidades determinantes de acción, y estos Estados están organizados y delimitados entre sí como unidades políticas del conjunto de hombres que los soporta, el concepto de pueblo tiene y mantiene así su carácter y su naturaleza política. Su disolución en un derecho de la humanidad solo sería posible cuando la vida en común de los hombres se formara a partir de una sociedad universal de todos los hombres y su correspondiente Estado mundial. Pero esta idea, igual que la de la cancelación de todo dominio, pertenece naturalmente al reino de la utopía.

De la misma forma, tampoco son «el pueblo» todos aquellos que —en cualquier agrupación— se encuentran «abajo», es decir, como ciudadanos individuales frente a la Administración o a los correspondientes funcionarios, o incluso frente al legislador, como por ejemplo, en las iniciativas ciudadanas, los grupos de base o los afectados por medidas estatales. Pueblo en el sentido democrático significa el conjunto de los ciudadanos (del Estado) tal y como se presentan en su ciudadanía activa, de la cual su condición de ciudadano individual es solo una parte. Los ciudadanos individuales agrupados arbitrariamente a partir del pueblo siguen siendo individuos (*singuli*), incluso cuando al reunirse y actuar se convierten en *pouvoirs de fait*. Ni son el pueblo ni representan al pueblo<sup>44</sup>.

Forma parte del concepto democrático del pueblo el que los derechos de participación democrática, incluyendo el derecho de sufragio activo y pasivo, presupongan la pertenencia al pueblo del Estado. El derecho de sufragio no es un derecho de los hombres, sino un derecho de los ciudadanos. Y esto se aplica con carácter necesario para las elecciones a la Dieta federal y a las Asambleas de los Estados. También se mantiene en pie esta exigencia para el caso de las elecciones a los Consejos municipales, desde el momento en que la autonomía de la Administración local se entiende —por ejemplo, en relación con el artículo 28.1

*mokratie*, 1972. También en este sentido E. Th. Emde, *op. cit.*, pp. 606 ss. Una crítica detallada a este concepto de democracia por referencia a los afectados puede encontrarse en R. Rhinow, «Grundprobleme der schweizerischen Demokratie», en *Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins* 118 (1984).

44. Sobre los diferentes significados del término «pueblo» en el marco de una Constitución democrática, *vid.* C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, apdo. 18.

LF— como parte de la estructura democrática del Estado, y no solo como la organización de una Administración que actúa únicamente en un mero sentido ejecutivo, o de una autonomía prepolítica<sup>45</sup>.

A los extranjeros no se les puede reconocer el derecho de sufragio (político). Y a este efecto no puede representar un cambio sustancial el que se posea el *status* derivado de un permiso de residencia, con el que se admite la estancia duradera de un extranjero en la República Federal. Es verdad que el sentido propio del principio democrático, y de la idea de libertad que está incluida en él, exige establecer una relación de congruencia entre el titular de los derechos democráticos y los sometidos de forma duradera a un determinado dominio estatal; y, desde luego, desde este principio tampoco es aceptable la existencia de una pluralidad de súbditos sin derechos políticos que se vea sometida al pueblo del Estado que ejerce el dominio democráticamente.

Es este un problema que tiene que resolverse mediante una política de acogida y de naturalización, y no mediante la mera ampliación del derecho de sufragio. Pues hasta que no se convierte en miembro del Estado mediante la naturalización (y su correspondiente disposición a hacerlo), al extranjero le falta la pertenencia y la vinculación a la suerte política del pueblo como comunidad. Pese a su integración económica e incluso social, y aunque se vea afectado por las medidas de la Administración, desde el punto de vista político sigue siendo un «huésped»; no está vinculado de modo existencial con el destino político del pueblo en el que vive, no se

45. En el primer sentido ahora de forma expresa *BverfGE* 83, 37 (54), que en base a la prescripción del artículo 28.1.2 LF ha declarado inconstitucional *de constitutione lata* un derecho de sufragio para los extranjeros en el ámbito de los entes locales. Puesto que la inconstitucionalidad no se ha deducido del artículo 20.2 LF, parece que no puede excluirse una reforma de la Constitución, como se indica también en la misma Sentencia (*ibid.*, p. 59). Sobre la discusión doctrinal en torno al derecho de sufragio de los extranjeros *vid.* por una parte B. O. Bryde, «Ausländerwahlrecht», en *JZ*, 1989, pp. 257 ss.; H. Rittstieg, *Wahlrecht für Ausländer*, 1981; M. Zuleeg, *DVBl*, 1974, p. 341 (349); G. Schwerdtfeger, *Gutachten zum 53. DJT I*, 1980, S. A. 110. Por otra parte, resolución del Departamento de Extranjeros, núm. 17, 53, *DJT II*, 1980, S.L. 289; y también A. V. Mutius, *Gutachten zum 53. DJT 1980 I*, S.E. 212; H. Quaritsch, «Staatsangehörigkeit und Wahlrecht», en *DÖV* 1983, pp. 1 ss.; J. Isensee, «Abschied der Demokratie vom Demos», en *Staat, Kirche, Wissenschaft. Festschrift für P. Mikat*, 1989, pp. 705 ss. Sobre la discusión misma cf. M. Birkenheier, *Wahlrecht für Ausländer*, 1976, pp. 103 ss. (rechazándolo) y D. Breer, *Die Mitwirkung von Ausländern an der politischen Willensbildung in der Bundesrepublik Deutschland durch Gewährung des Wahlrechts, insbesondere des Kommunalwahlrechts*, 1982, pp. 105 ss. (en sentido afirmativo).

puede descartar el regreso a su patria, con la que le une el vínculo de la ciudadanía<sup>46</sup>.

Un problema especial se plantea con los extranjeros pertenecientes a la Comunidad Europea con derecho de residencia. Este derecho de residencia no incluye como tal los derechos políticos en el Estado en el que se asientan<sup>47</sup>. Ahora bien, todo este proceso se mueve en dirección hacia la formación de una población común entre los Estados de la Comunidad y apunta, para el caso de un asentamiento duradero, a un reconocimiento (recíproco) de los derechos políticos en el Estado que los recibe. Para ello, sin embargo, tendría que alcanzarse en la Comunidad, y ponerse en práctica, el nivel propio de una organización federal.

b) La ausencia de legitimación democrática  
en los grupos y asociaciones sociales

Si la legitimación democrática se refiere al pueblo en su conjunto, los grupos y organizaciones de ciudadanos no pueden apelar a ella, aun en el supuesto de que incorporen un número considerable de ellos. Lo que les hace unirse son determinadas características (de tipo profesional), intereses económicos o sociales o aspiraciones espirituales o culturales, y en su caso políticas. Se forman en el ámbito de la sociedad y derivan su legitimación de la libertad (jurídico-fundamental) de los individuos para actuar, para organizarse, para defender y hacer valer intereses o concepciones comunes. De esta forma pueden influir también en el proceso abierto de la formación de la opinión y de la voluntad, en el que participan y del

46. Sobre este problema cf. la ponencia de Josef Isensee, «Die Staatliche Stellung der Ausl nder in der Bundesrepublik Deutschland», así como la discusión posterior, en *VVDStRL* 32 (1974), pp. 91 ss. y 108 ss. En particular, el problema de los extranjeros de segunda generación, que se encuentran plenamente integrados en las condiciones de vida de la República Federal y tienen en ella el centro de su vida, tiene que resolverse mediante la posibilidad de una naturalización más fácil y mediante la recomendación de que utilicen esa posibilidad, o bien mediante la adopción de elementos propios del *ius soli* en las causas de la adquisición de la nacionalidad (cf. *BverfGE* 83, 37 [52]). Pero si el extranjero no est  dispuesto a ser naturalizado, ni est  dispuesto a tomar la decisión de pertenecer al pueblo de la República Federal, entonces no hay desde ningún punto de vista razón jurídica alguna para que se le permita tomar parte en los derechos políticos de participación.

47. El artículo 7 *EWGV* prohíbe ciertamente la discriminación por razones de nacionalidad, pero esto es solo aplicable a aquellos supuestos a los que se extiende el ámbito de aplicación del Tratado (la implantación de un mercado común). Cf. sobre ello *BverwG*, en *DVBL* 1985, p. 169.

que son parte —como mediadores—. Pero el que lleven a cabo esta actividad no les legitima para ocupar el lugar del conjunto de los ciudadanos del Estado, ni siquiera aunque dispongan de un potencial «democrático» considerable. Desde el punto de vista democrático son y siguen siendo *pouvoirs de faits*: sus fines y aspiraciones no son algo ya de por sí legitimado democráticamente, sino que en cualquier caso están necesitados de la legitimación democrática del conjunto de los ciudadanos<sup>48</sup>.

La exigencia de una democratización de las asociaciones políticas más influyentes resulta así problemática en su propio planteamiento<sup>49</sup>. Sin duda esta propuesta toma pie en el problema que plantea el crecimiento del poder y de la influencia política de los grupos y asociaciones, que en la democracia moderna es consecuencia necesaria del hecho de que parte de las decisiones políticas se refiere a objetivos propios del Estado social y prestacional. Pero el intento de legitimar democráticamente esta posición de poder a través de una democracia interna de los grupos y asociaciones no resuelve, sin embargo, el problema. Desde un punto de vista democrático la legitimación que se obtendría con ello solo sería una legitimación aparente. Pues esta sigue siendo una legitimación interna de los grupos o asociaciones que concierne a los intereses o funciones de los correspondientes miembros o interesados, pero que no contiene ninguna referencia al conjunto de los ciudadanos.

El sentido de esta exigencia de democratización se traduce en un intento de reforzar la posición jurídica individual de los miembros y de evitar que la estructura interna de la asociación se convierta en una oligarquía. Y este es un efecto indudablemente positivo. Pero si se lo presentase como una pretensión de legitimación democrática, la de dar validez a una cierta participación en la formación de la voluntad política, entonces no se estaría engranando a estas asociaciones en la estructura democrática de la Constitución, sino que se les atribuiría, más allá de su poder sectorial de

48. Esto vale a pesar de la creciente interrelación entre Estado y economía en la democracia del Estado prestacional, así como a pesar de la importancia política que cobran a partir de ello las asociaciones económico-sociales y los grupos de intereses. Cf. sobre ello E. W. Böckenförde, «Die politische Funktion wirtschaftlich- sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie», en Íd., *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., pp. 408 ss. Vid. además R. Herzog, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 220-225; H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, 1966, pp. 379-407.

49. Una panorámica con indicación de las diferentes posiciones puede encontrarse en G. Teubner, «Verbandsdemokratie durch Recht? (Die Diskussion um ein Verbändegesetz in demokratischer Sicht [1957-77])», en R. Steinberg (ed.), *Staat und Verbände*, 1985, pp. 257-283.

influencia política, una especie de mandato político general. Todo ello llevaría a que estas organizaciones, entre ellas por ejemplo los sindicatos, asumieran una posición análoga a, y una relación de competencia con, las instancias políticas legitimadas a través de la democracia representativa, a que estas mismas se vieran debilitadas y, además, a que se dificultara su función fáctica y necesaria de mediadoras en la formación de la voluntad política.

### c) La legitimación democrática de la Administración autónoma

Las formas específicas de legitimación que caracterizan a la organización de los distintos tipos de Administración autónoma no se refieren al pueblo como a un todo. Su punto de referencia personal se basa en un tipo de generalidad distinta, pues está formada por sus propios miembros o por representantes de intereses. En qué medida pueda hablarse aquí de una legitimación comparable a la democrática es algo que resulta cuestionable, y a lo cual no puede responderse de una forma unitaria. Además no cabe ignorar la diferencia que existe entre la autonomía de la Administración local y la de las entidades de la Administración funcional autónoma.

#### aa) La autonomía de la Administración local

La legitimación de las corporaciones representativas locales y del titular del cargo municipal elegido directamente emana del conjunto de los ciudadanos del municipio o del distrito. Esta legitimación no se articula en razón de unas determinadas características personales (profesión), de unas funciones e intereses de los individuos o de una agrupación que responde a estos supuestos, sino que representa más bien una generalidad no determinada, una generalidad que se vincula meramente al hecho de pertenecer por residencia al municipio o al distrito, que son unidades descentralizadas de la Administración y constituyen corporaciones territoriales. Sobre esta base, todos los ciudadanos se encuentran implicados e incluidos de modo igual, sin que quepa atender a diferencias derivadas de características personales, de función o de intereses. Este es el correlato de que la autonomía de la Administración de los municipios (y correspondientemente de los distritos, aunque en forma más débil) se extienda a «todos los asuntos propios de la comunidad local» (art. 28.2 LF).

En lo que se refiere tanto a las tareas como a los órganos con legitimación personal, lo que entra en juego aquí no son las pecu-

liaridades de determinados grupos de individuos del pueblo, que además no dejan en esto de ser tales individuos singulares, sino que se trata de una generalidad al margen de cualquier grupo, de carácter indeterminado y basada en la igualdad. En ella está presente un componente que tiene una estructura semejante a la asociación política del Estado y que permite considerar a los ciudadanos del municipio o del distrito, si se quiere expresar así, como un «subconjunto» del pueblo<sup>50</sup>. La legitimación que otorgan estos ciudadanos no es ciertamente una legitimación del pueblo mismo, pero es una legitimación que surge de un conjunto dentro del pueblo y que está configurada con criterios de igualdad. Por eso, dentro del ámbito de acción perfilado por las leyes estatales y regulado en parte como autónomo, puede defenderse que existe una legitimación democrática y que esta puede legitimar a los municipios como partes de la estructura democrática del Estado.

En esta dirección apunta también la exigencia formulada en el artículo 28.1 LF de que el «pueblo» tiene que tener en los Estados, en los distritos y los municipios una asamblea representativa constituida a través de elecciones. Esta expresión no tiene el sentido de configurar a los distritos y los municipios como una comunidad política en sí misma, algo así como si los convirtiera en un tercer pilar de la estructura federal del Estado, y atribuyera a los ciudadanos del distrito y de los municipios la misma naturaleza que al pueblo, pero en formato reducido<sup>51</sup>. Antes bien, se trata de prescribir una estructura de legitimación paralela a la del pueblo del Estado<sup>52</sup> y de expresar que la autonomía de la Administración local representa una porción de democratización de la Administración, en tanto la generalidad local de ciudadanos participa activamente en la realización de las tareas de la Administración pública<sup>53</sup>. Es consecuente con ello también el que la autonomía de esta Administración quede vinculada a las leyes —legitimadas por el pueblo del

50. Así Roman Herzog, en Maunz y Dürig, comentario II al artículo 20, núm. marg. 56. Coincidente con esta posición también K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., apdo. 18, III, 3, p. 633; con alguna reserva H. H. Klein, «Demokratie und Selbstverwaltung», en *FS für Ernst Forsthoff*, 1972, pp. 183, 185; sobre el estado de la discusión cf. recientemente J. Oebbecke, *Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung*, cit., pp. 88 s.

51. R. Grawert, «Staatsvolk und Staatsangehörigkeit», cit., apdo. 14, núm. marg. 25.

52. Vid. *BverfGE*, 83, 37 (53, 55).

53. Sobre ello, recientemente, A. Janssen, *Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts*, 1990, apdo. 4.

Estado— y sujeta a la supervisión correspondiente, y que se la cualifique como una Administración autónoma, esto es, como algo que forma parte del poder ejecutivo en su conjunto.

*bb)* La Administración funcional autónoma

A diferencia de lo que ocurre en la Administración local, la Administración funcional autónoma se ocupa de tareas que no se especifican en relación con ámbitos territoriales (ni implican competencias universales, como en el caso de los municipios), sino de acuerdo con unas determinadas funciones que se atribuyen a los titulares de tal Administración autónoma<sup>54</sup>. A ella pertenecen por ejemplo los Colegios o Cámaras profesionales (de artesanos, abogados, médicos, de industria o comercio), las instituciones de la seguridad social, la oficina federal para el empleo, pero también las Universidades con carácter de autónomas. Sus órganos de decisión, y esto forma parte de su autonomía, se reclutan a partir de aquellos que se ven afectados por las tareas que desempeñan estas administraciones, los cuales, por regla general, están organizados corporativamente y tienen la condición de miembros de tales instituciones.

La legitimación que se da aquí no es en sí misma una legitimación democrática, en el sentido de que derive del pueblo, ni muestra ningún componente estructural semejante a esta. Se trata de una legitimación autónoma (en su caso, y dependiendo de la especificidad de la institución, corporativa), cuyos titulares son grupos determinados de individuos (personas privadas) que se delimitan conforme a características específicas de tipo personal, de función o de intereses: son lo que se llama grupos sociales. Les falta, pues, la referencia a una generalidad de los ciudadanos formada con independencia de estas características. Aun cuando se constituyen como una corporación que tiene, a través de una ley estatal, competencias para la realización autónoma de tareas administrativas, con ello no se convierten en un todo que pudiera considerarse estructuralmente emparentado con el pueblo del Estado. No forman, pues, un «subconjunto» del pueblo<sup>55</sup>.

54. La Administración funcional autónoma puede describirse con E. Th. Emde (*Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung*, cit., p. 9) como una Administración que se articula en relación con tareas determinadas y no según ámbitos territoriales, que opera mediante personas jurídicas de Derecho público, no obligadas por instrucciones técnicas en su campo, y cuyos órganos de decisión se reclutan a partir de los afectados, usualmente de entre sus miembros.

55. En sentido distinto Roman Herzog, en Maunz y Dürig, comentario II al art. 20, núm. marg. 56, y también en *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 244, que

La designación de los titulares de la Administración funcional autónoma no es expresión de una articulación democrática de la Administración o de una participación democrática. Su significado, e incluso su justificación, reside más bien en la incorporación y en la participación responsable de los afectados en la realización descentralizada de tareas administrativas que les afectan (la denominada regulación o disciplina de ámbitos sociales)<sup>56</sup>. En esta justificación pervive la idea del autogobierno tal como la expuso R. von Gneist: el autogobierno de la sociedad a través de cargos estatales, que se realiza de acuerdo con leyes del Estado y a través de representantes de la sociedad como funcionarios honoríficos del Estado<sup>57</sup>.

Para la legitimación democrática de la Administración funcional autónoma no cuentan las formas de legitimación autónomas que operan en ella, ni siquiera como una legitimación compensatoria<sup>58</sup>. La legitimación se produce por lo tanto solo como legitimación material o de contenido a través de la ley estatal y de las directrices contenidas en esta, así como a través de la inspección estatal ejercida con responsabilidad democrática. Pero con ello se sigue manteniendo un déficit de legitimación democrática.

Desde el punto de vista del principio democrático, la autonomía de la Administración funcional no puede, pues, ser libremente ampliada y configurada, ni siquiera por el legislador. Por una parte, el establecimiento de una Administración autónoma requiere justificación. Y esta puede derivar de un reconocimiento constitucional

considera a todas las corporaciones y organizaciones, cuyos miembros han de serlo por ley, con carácter obligatorio como «subconjunto» del pueblo, y también en el sentido de que a partir de ellas puede surgir una legitimación democrática; *vid.* también J. Oebbecke, *Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung*, cit., p. 90. En el sentido aquí expuesto H. H. Klein, «Demokratie und Selbstverwaltung», cit., p. 183.

56. Esta expresión ha sido utilizada por primera vez por Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* I, Parte general, 1950, p. 344, y en su 10.<sup>a</sup> ed., 1973, p. 476. Cf. también A. Köttgen, «Der Einfluss des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung»: *JöR NF II* (1962), p. 173 (pp. 228 ss.).

57. R. von Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 2<sup>a</sup> 1879, pp. 286 ss.

58. Por eso las formas de legitimación autónoma tampoco están sometidas al mandato democrático de la igualdad, sino que permiten diferenciaciones en la estructura de su legitimación. E. Th. Emde rechaza esta posibilidad (*op. cit.*, pp. 421 ss.) porque, partiendo de un concepto inadecuado de democracia cercano al de la democracia de los afectados, considera que la legitimación autónoma es también una forma de legitimación democrática (compensadora), que está prescrita en lo fundamental por el Derecho Constitucional y que en consecuencia está sometida esquemáticamente a sus exigencias, especialmente al mandato estricto de igualdad.

expreso, como ocurre en el caso del artículo 87.2 LF, o de necesidades objetivas y específicas, como corresponde al supuesto de hacer posible el disfrute de derechos fundamentales mediante una organización común, por ejemplo a través de las Universidades. Por otra parte, para que el déficit de legitimación democrática sea lo más reducido posible, su configuración está sometida a límites. Y esta limitación actúa en una doble dirección<sup>59</sup>: las tareas, la organización y las competencias del titular de la Administración funcional autónoma tienen que estar reguladas por ley en una amplia medida, y han de limitarse a los asuntos propios de los que se integran en tales organizaciones. No se les pueden encargar tareas que afecten de modo relevante a la generalidad o que tengan trascendencia política. Además es imprescindible la existencia de una inspección jurídica del Estado, que se ejerza desde la responsabilidad democrática y que controle de un modo efectivo el cumplimiento de estas obligaciones legales, relativamente amplias, de la Administración funcional autónoma.

## 2. *Democracia como autogobierno y autodeterminación*

La democracia como forma de Estado y de Gobierno contiene en sí misma la idea de la libertad política; esta aparece como reflejo del principio de la autodeterminación y del autogobierno de los individuos y del pueblo. Es así como alcanza una justificación y una fuerza ideal que la sitúan más allá de su reducción a una mera ponderación de fines y la hacen resistente frente a cualquier intento en esta dirección.

### 2.1. La relación positiva entre la democracia y el concepto moderno de libertad

La vinculación de la democracia a la libertad se establece a través del concepto moderno de libertad, que incorpora la referencia a la libertad subjetiva como autonomía de los individuos. La libertad es entendida y postulada como libertad frente a toda determinación heterónoma, tanto en lo que se refiere al pensamiento como a la acción. El individuo, como señor de sí mismo, ha de ser también

59. Acertadamente expuesto en E. Th. Emde, *Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung*, cit., pp. 377-381, y desarrollado en parte por H. H. Klein, «Demokratie und Selbstverwaltung», cit., pp. 180-185.

su propio legislador: no asume (heterónomamente) límites para su acción por parte de un poder o autoridad ajenos, sino que se los da (autónomamente) a sí mismo. Correspondientemente los órdenes social y el político no tienen su fundamento y su contenido en algo dado previamente, ya sea en la naturaleza humana o en la voluntad creadora divina, sino que se justifican y se determinan por aquellos que viven en y bajo ese orden<sup>60</sup>.

Esta idea de libertad está ya presente en la teoría del contrato de sociedad y de gobierno, tal como fue desarrollada en el marco de la teoría del Estado del Derecho racional<sup>61</sup>. Precisamente la utilización de la figura del contrato significa que al comienzo, antes de toda obligación social y política, se encuentra el individuo aislado, el individuo libre referido a sí mismo. El Estado surge solo a partir de la decisión de las voluntades de tales individuos, determinada por criterios de razón y de adecuación a fines, y con ello de la facultad de disposición propia de los individuos que, de este modo, confirman su libertad originaria y consienten en su limitación. Igualmente las tareas y los fines del Estado están a su disposición, puesto que estos se establecen en el contrato mismo de fundación del Estado.

Para este concepto de libertad, la democracia aparece como la forma del dominio político que se adecúa a la libertad: de acuerdo con la idea de autonomía que se formula en la época moderna, el orden vigente es creado por aquellos que se encuentran sometidos a él<sup>62</sup>. La democracia puede aparecer así como mediadora entre la permanencia del dominio político, esto es, entre la existencia de relaciones de subordinación, de mando y obediencia, y el principio de la libertad individual y de la autodeterminación.

En este contexto se hace patente cómo la democracia moderna tiene sus raíces y sus componentes básicos en el individualismo liberal. Así lo pone resuelta y claramente de manifiesto la exigencia categórica de la razón propuesta por Kant: que lo propio del concepto de ciudadano es que «no tenga que obedecer a otra ley que a aquella a la que ha dado su asentimiento»<sup>63</sup>, aun cuando esta idea pueda haber sido entendida originalmente solo en un sentido transcendental. Es esta idea la que ha dado al movimiento político libe-

60. Chr. Starck, «Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee», en *HdbStR* II, 1987, apdo. 29.

61. *Vid. supra*, pp. 48 ss.

62. H. Kelsen, *Demokratie und Sozialismus*, ed. de N. Leser, 1967, p. 11; *Íd., Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929, pp. 5 ss.

63. I. Kant, *Metafísica de las costumbres* [1797], Parte I, apdo. 46.

ral del siglo XIX su *pathos* y la que ha impulsado su tendencia hacia la democracia. Para Lorenz von Stein, que fue tanto un discípulo de Hegel como un seguidor de Kant, la «forma verdadera y libre» del Estado es solo aquella «en la que, gracias a la Constitución, la unión de todas las voluntades individuales en una voluntad general personal se produce a través del acto libre de la autodeterminación de cada individuo»<sup>64</sup>.

## 2.2. La metamorfosis de la libertad individual en libertad democrática

El principio de la libertad individual y de la autodeterminación no puede sin embargo hacerse valer en la democracia de un modo inmediato. Opera más bien de una forma mediata, dada la necesidad de una ordenación vinculante de la vida en común; y afecta y obliga al individuo como miembro de la comunidad política. Esta mediación se lleva a cabo a través de dos pasos sucesivos, y en ellos se produce una especie de metamorfosis de la libertad individual.

### a) El paso de la libertad como autonomía individual a la libertad de la participación democrática

El primer paso consiste en que, en la configuración y el establecimiento de un orden común de la vida social, la libertad entendida como autonomía individual de las personas se hace libertad democrática de participación. Esta incluye el derecho y la libertad de cooperar en el establecimiento del orden común al que uno está sometido, y se forma a partir de los denominados derechos fundamentales democráticos, que abren la puerta a esta cooperación y la garantizan<sup>65</sup>. Junto al derecho de sufragio y de acceso a los cargos públicos se encuentran también justamente los derechos fundamentales que se refieren a la comunicación, como son la libertad de opinión (incluyendo la libertad de información y de prensa), la libertad de reunión y la libertad de asociación. Estos derechos, utilizando la expresión que el Tribunal Constitucional ha acuñado

64. L. von Stein, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage* III, 1921, ed. de Salomon (reimpr. 1959), p. 124.

65. Estos derechos fundamentales democráticos no deben confundirse con la teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales, que se utiliza para la interpretación de la libertad jurídico-fundamental. Vid. sobre ello E. W. Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation» [1974], en *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., pp. 117 ss.

en relación con la libertad de opinión, tienen el carácter de derechos «constitutivos por antonomasia» para la democracia<sup>66</sup>. Constituyen el fundamento jurídico de un proceso abierto de formación de la opinión y de la voluntad políticas, que hace posible la participación de todos y que es imprescindible para la referencia de la democracia a la libertad<sup>67</sup>.

Las libertades de opinión (incluyendo la libertad de prensa e información), de reunión y de asociación son derechos fundamentales de naturaleza tanto liberal como democrática. Pero esta doble naturaleza no implica que cada una de ellas tienda a garantizar un contenido diferente; antes bien, como derechos fundamentales de libertad son derechos unitarios, que despliegan su contenido garantista en una doble dirección: por una parte, hacia la protección de las libertades comunicativas de los individuos contra intentos de intromisión y abuso por parte del Estado y, por otra parte, también hacia la puesta en marcha de un proceso abierto de formación de la opinión y de la voluntad políticas de abajo arriba, es decir, desde los individuos y desde la sociedad hacia el poder político de decisión del Estado.

El que estos derechos fundamentales no garanticen solo libertades «pre-estatales», sino también y de un modo especial la libertad política, es algo de lo que siempre se ha sido consciente. Por ello han sido reconocidos siempre como derechos de los ciudadanos o de los alemanes, y no como derechos humanos<sup>68</sup>. Solo la Ley Fundamental se ha distanciado de esta tradición en lo que se refiere a las libertades de opinión, información y prensa (art. 5.1 LF), mientras que en la regulación de las libertades de reunión y asociación (arts. 8 y 9 LF) se sigue atribuyendo la titularidad solo a los alemanes.

#### b) El paso de la libertad de participación democrática a la libertad de la autonomía colectiva

En el segundo paso, la libertad democrática de participación que corresponde a todos los ciudadanos se presenta como el soporte de

66. *BverfGE* 7, 198 (208) (*Lüth-Urteil*) y desde entonces doctrina consolidada. Cf. *BverfGE* 12, 113 (125); 20, 56 (97); 35, 202 (221 s.), 59, 231 (166).

67. Vid. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., apdos. 5, II, 4.

68. Vid. el par. 143 de la Constitución de la Paulskirche, edición de E. R. Huber, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte* I, 1978, pp. 375 ss.; artículo 118 de la Constitución de Weimar.

la libertad autónoma colectiva del pueblo en su conjunto. La voluntad común democrática, que surge sobre la base de la libertad de participación democrática, no está vinculada previamente a contenido alguno, pues su contenido se establece a partir del proceso libre y abierto de la formación de la voluntad política y de la toma de decisiones estatales. La libertad como autonomía individual de las personas se traslada así a la comunidad política y reaparece en la libertad autónoma colectiva del pueblo soberano.

La libertad democrática entraña, pues, una facultad de disposición sobre el orden político y jurídico. Y, de acuerdo con ello, las exigencias jurídicas que se derivan del principio de la libertad para la democracia tienen que ver con el modo y el procedimiento a través del cual se constituye la voluntad común democrática: tienen que ver con el hecho de que este procedimiento se basa en la libertad democrática de cooperación de todos los ciudadanos y tiene su fundamento en los derechos fundamentales democráticos<sup>69</sup>. Desde sí mismos estos derechos no prefiguran el contenido de las decisiones que surgen del ejercicio del poder democrático, sino que solo aseguran la posibilidad de renovar tales contenidos o de mantener los existentes. De este modo, y por lo que se refiere a los contenidos, la democracia es formal y abierta: en la forma del dominio democrático los contenidos responden en cada caso a lo que los ciudadanos (libres) o sus representantes deciden incorporar, y que se mantendrá mientras siga habiendo consenso al respecto.

A estas afirmaciones se opone la idea de que la democracia que establece la Ley Fundamental incluye también una «concepción valorativa llena de contenidos materiales»<sup>70</sup> y que, por lo tanto, no puede definirse solo en un sentido formal. Y esto puede ser verdad, pero no atina con el aspecto decisivo. Sin duda la democracia de la Ley Fundamental, tal y como ella misma la establece y configura, está sujeta a obligaciones y limitaciones en relación con determinados contenidos, como resulta por ejemplo de los artículos 1.1, de los derechos fundamentales, 20.3 y 79.3. Se trata, pues, de una democracia que está obligada al respeto de la dignidad humana y vinculada a los principios del Estado de Derecho y del Estado social.

Pero la cuestión que importa aquí tiene que ser, sin embargo, la de si esto ha de considerarse ya como un contenido del principio

69. *Vid. supra*, pp. 78 ss.

70. E. Benda, «Demokratie II», en *Staatslexikon I*, ed. Görresgesellschaft, 1984, col. 1193.

democrático, el cual, según el artículo 29.2 LF, se establece como un elemento formal del ordenamiento constitucional, o bien si tal contenido solo puede entenderse como resultado de la interrelación entre diferentes principios formales, que se encuentran vinculados y se equilibran entre sí<sup>71</sup>. El orden fundamental de la democracia libre, en el sentido del artículo 21.2 LF, se plantea para el Tribunal Constitucional como «una ordenación del dominio propia del Estado de Derecho y sobre la base de la autodeterminación del pueblo a través de la voluntad de la correspondiente mayoría, de la libertad y la igualdad»<sup>72</sup>; y con ello se define como una combinación de elementos democráticos y del Estado de Derecho.

Las cláusulas de intangibilidad del artículo 79.3 LF no son un reflejo de la libertad democrática, sino más bien una limitación sustantiva de esta, en tanto se sitúan más allá de las condiciones constitutivas de la formación democrática de la voluntad. Tienen como objetivo impedir una «revolución legal», esto es, una transformación que destruya por medios legales los fundamentos del orden político y jurídico, y por eso pretenden vincular jurídicamente también a las generaciones futuras<sup>73</sup>. Son en realidad un signo de que una comunidad política —en este caso la del pueblo alemán después de 1918 y, especialmente, después de la perversión del ordenamiento estatal en la época de 1933-1945— ha perdido la confianza en sí misma.

### 2.3. Las condiciones procedimentales de la formación democrática de la voluntad política

En la democracia el principio de la libertad, como hemos expuesto, se concreta en contenidos que afectan a las condiciones procedimentales de la formación de la voluntad política. Se orienta hacia un determinado método en la toma de decisiones políticas. Y este se asegura a través de garantías formales y procedimentales: la libertad de la participación democrática de todos los ciudadanos en la formación de la voluntad política y las correspondientes garantías complementarias de la libertad de opinión, de prensa e información, de reunión y asociación. Este fundamento garantiza una apertura duradera del proceso político; hace que las decisiones a favor de un determinado contenido, se hayan tomado en un sen-

71. *Vid. infra*, pp. 118 ss.

72. *BverfGE*, 2 (12 s.) sobre prohibición del SRP.

73. P. Kirchhof, «Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten», en *HdbStR* I, 1987, apdo. 19, núm. marg. 31 ss.

tido o en otro, puedan ser revisables, puedan ser puestas en cuestión, ser consideradas de nuevo, modificadas o confirmadas. La democracia no puede considerarse cancelada por el mero hecho de que se tomen decisiones injustas por su contenido, pero sí cuando se pone en cuestión o se vacía este fundamento.

De ello se sigue que para asegurar la democracia y la libertad democrática hay que proteger el proceso de la formación de la opinión y la voluntad políticas frente a excesos de poder y monopolios que pongan en cuestión su carácter de proceso libre y abierto. Y esto vale tanto cara al poder de los *media*, al poder de la prensa y de la información, que no pocas veces se encuentra fundido con el poder económico, como cara al poder de los partidos políticos. Pero la vía para lograrlo no puede ser la de suprimir en este ámbito, o en general, toda formación de poder —pues este es a menudo una expresión de una actividad más intensa y comprometida con la libertad—, sino estableciendo límites para el ejercicio del poder allí donde se impida seriamente, o se excluya, la posibilidad del acceso y de la participación de otros<sup>74</sup>. En definitiva, todo depende de que se mantenga en su plena integridad la garantía de la libertad establecida democráticamente, y esta consiste en que la libertad de uno sea compatible con la libertad (igual) del otro.

### 3. *La igualdad de los derechos políticos de participación*

Democracia e igualdad están estrechamente vinculadas. La posesión del poder de ejercer el dominio político y el punto de partida para la legitimación de este poder no puede atribuirse a unos pocos, sino a todos los miembros del pueblo en común y del mismo modo. La igualdad de los derechos políticos es así imprescindible para la democracia. Pues si la democracia se funda en la libertad y en la

74. Para los partidos políticos este problema ha encontrado su solución en el reconocimiento de su derecho a la igualdad de oportunidades y a la ampliación de esta más allá de la participación en las elecciones. Cf. algunas de las decisiones sobre esta materia: *BverfGE* 6, 273 (280); 8, 51 (64, 67); 20, 56 (116); 44, 125 (146 s.); 47, 198 (225 s.); 52, 63 (89). En el campo de la prensa y de algunos *media* en particular las soluciones adecuadas están por llegar. La literatura sobre este tema es inabarcable, y las propuestas son de lo más variado, cf. por ejemplo W. Hoffmann-Riem, «Massenmedien», en *HdbVerfR*-II, 1987, apdo. 35. Sobre las razones que explican la dificultad de encontrar aquí una solución adecuada, *vid.* E. W. Böckenförde, «Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht» [1975], en *Staat, Verfassung und Demokratie*, cit., pp. 275 ss.

autodeterminación<sup>75</sup>, tiene que tratarse en ella de una libertad igual y de una autodeterminación para todos; democracia significa también, aquí y siempre, igualdad en la libertad.

### 3.1. El objeto de la igualdad democrática: los derechos políticos de participación

La igualdad que implica y exige la democracia se refiere a la posibilidad de alcanzar (o mantener) el poder político que se ejerce en los órganos y los cargos estatales. Y su principio fundamental es el de asegurar la igualdad de oportunidades para ejercer el poder político<sup>76</sup>. De acuerdo con ello, la igualdad se extiende a todos los derechos que hacen posible llegar al poder político o que tienen a este como su objeto: a los derechos políticos de participación. Entre ellos se cuentan el derecho de sufragio (activo y pasivo) (art. 38.1 LF), el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 33.2) y la participación en los derechos de la libertad democrática (arts. 5.1, 8.1, 9 LF), como base de una libertad democrática de participación igual. Además, y tomando pie en lo anterior, se incluye también la igualdad de los partidos políticos y, en especial, su derecho a la igualdad de oportunidades (art. 3.1 en relación con el 38.1 y 21 LF). La igualdad democrática es igualdad política, y como tal no puede equipararse a la igualdad jurídica general. Lo que ella hace es establecer la igualdad jurídica para un ámbito determinado, esto es, para el de la participación en la formación de la voluntad política y el ejercicio del dominio, y por lo tanto no incluye la exigencia de que también tenga que aplicarse a todos los otros ámbitos de la vida y a todas las materias, como por ejemplo al acceso a la profesión de hombres y mujeres o al derecho de familia. La igualdad democrática tampoco significa igualdad social. Puede coexistir con la existencia de estratificaciones dentro de un pueblo, e incluso con diferencias entre ricos y pobres. Ahora bien, la igualdad de los derechos políticos de participación descarta todos los obstáculos que se oponen a la realización de la igualdad social. Tiene como efecto el que los distintos aspectos de la vida social, incluido el establecimiento de la igualdad social, puedan convertirse, sin impedimentos, en el contenido de la política, y de hecho esto es así a menudo en la lucha por el consenso de los electores. Bajo las

75. *Vid. supra*, pp. 76 ss.

76. Sobre el significado de la «igualdad de oportunidades en la contienda por el poder político», *vid.* C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, 1932, pp. 30-40.

condiciones de la moderna sociedad industrial esto conduce generalmente al Estado de bienestar autorreferencial<sup>77</sup>.

### 3.2. La singularidad de la igualdad democrática

La igualdad democrática se caracteriza específicamente por que es una igualdad estricta (esquemática); es, además, una igualdad específica diferente de la igualdad general entre los hombres.

#### a) La igualdad esquemática

El criterio sobre el que se apoya la igualdad democrática es únicamente el de ser ciudadano, la pertenencia a la comunidad política del pueblo. No admite graduación o diferenciación alguna según criterios de dignidad, mérito, experiencia, formación o rendimiento. Y en esa medida no se trata de una igualdad ponderada, proporcional, sino de una igualdad estricta, esquemática, y tiene un carácter formal<sup>78</sup>. En esto consiste el rasgo igualitario de la democracia: en tanto afecta a la toma de decisiones vinculantes, no puede ni quiere ponderar a los ciudadanos o sus votos, sino solo contarlos<sup>79</sup>.

Para que el derecho de sufragio satisfaga las exigencias de la libertad democrática no basta con que se configure como general, es decir, que se atribuya a todo ciudadano que haya alcanzado la edad electoral —cosa que se puede constatar sin posible arbitrariedad—, y que se encuentre en plena posesión de sus facultades espirituales, sino que además los votos no pueden tener un valor diferente. Estas exigencias se cumplen de manera diferente en el sufragio mayoritario y en el proporcional, de acuerdo con el correspondiente sistema electoral. En el sistema electoral mayoritario se mantiene el valor numérico igual de los votos y se añade el mandato de que los distritos electorales (uninominales) tengan una magnitud aproximadamente igual. En el sistema electoral proporcional al criterio del valor numérico igual se añade el de la igualdad

77. N. Luhmann, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, 1981, pp. 7-41.

78. El Tribunal Constitucional ha afirmado y mantenido esta posición en jurisprudencia constante. Cf. entre otras *BVerfGE* 6, 84 (91); 11, 266 (272); 11, 350 (361); 14, 121 (132); 28, 220 (225); 44, 125 (146); 58, 177 (190); 82, 322 (337); y especialmente en relación con la financiación de los partidos políticos, *BVerfGE* 8, 51 (69); 24, 300 (360); 52, 63 (88); 73, 40 (71 ss.).

79. U. K. Jacobs, «Man soll Stimmen wägen und nicht zählen», über fragwürdige Begrenzungen des Mehrheitsprinzips», en *NJW* 1989, pp. 3205 ss.

de posibilidades de éxito de los votos atendiendo a la distribución de los escaños entre los distintos partidos<sup>80</sup>.

Las cláusulas que establecen una barrera electoral para la participación en la distribución de escaños o bien el reparto proporcional representan una quiebra de la igualdad democrática. Y, en consecuencia, solo pueden ser admisibles por razones de peso y como una excepción rigurosamente limitada, por ejemplo para mantener la capacidad de formación de mayorías en el Parlamento, que se vería en peligro si se produjera una fragmentación extrema de los partidos. La admisión por el Tribunal Constitucional de la barrera del 5% (en relación con el cómputo de votos en los Estados o a nivel federal)<sup>81</sup> puede considerarse justificada desde este punto de vista. Pero ello no excluye que pueda entenderse como algo problemático si se atiende a otro aspecto, el de que con ello se dificultan las innovaciones políticas y se puede acentuar la esclerotización del sistema de partidos<sup>82</sup>. En cualquier caso esta fórmula representa el límite extremo admisible de quiebra del principio de igualdad.

Para los partidos políticos, que colaboran en la formación de la voluntad política del pueblo, la igualdad democrática se manifiesta, por un lado, en su igual derecho a participar en las elecciones y en la formación de la voluntad política, y, por el otro, en su derecho a la igualdad de oportunidades<sup>83</sup>. Este derecho corresponde a los partidos en tanto mediadores de la voluntad de los ciudadanos en el Estado; tiene por lo tanto su fundamento en el derecho democrático de los ciudadanos a una participación igual en la formación de la voluntad política, y deriva de él. El derecho a la igualdad de oportunidades no contiene por lo tanto una exigencia de igualdad absoluta o esquemática para todo partido; se trata de una igualdad diferenciada según el número de partidarios o de votos, y tampoco se plantea como una igualdad que afecta a los resultados sino solo a las oportunidades<sup>84</sup>. Esta es la razón de que, por ejemplo, en la atribución de tiempos de emisión en

80. *BverfGE* 1, 208 (244 ss.), que se mantiene como jurisprudencia constante; y recientemente *BverfGE* 79, 169 (170 s.).

81. *BverfGE*, 1, 208 (256); y en un sentido menos firme 82, 322 (338).

82. E. Friesenhahn, «Parteien und Parlamentarismus nach dem Grundgesetz», en A. Randelzhofer (ed.), *Deutsch-spanisches Verfassungsrechtskolloquium vom 18-20 Juni 1980 in Berlin*, 1982, p. 23 (35), afirma que no puede «justificarse como racional».

83. Ph. Kunig, «Parteien», en *HdbStR* II, 1987, apdo. 33, núm. marg. 62 ss.

84. H. H. von Arnim, «Der strenge und der formale Gleichheitssatz», en *DöV* 1984, p. 85 (87).

la radio y la televisión resulte indicada una diferenciación entre los partidos sobre la base de un cálculo de cuotas<sup>85</sup>.

La igualdad democrática opera también en todo lo que se refiere a la posición y los derechos de los parlamentarios en la representación del pueblo. Y esto es así debido a la naturaleza representativa de la representación del pueblo. Si los parlamentarios constituyen en conjunto «la representación del pueblo» autorizada por la ciudadanía activa, y si precisamente por ello pueden representar al pueblo como unidad, a cada parlamentario individual le corresponde el mismo derecho (democrático) a participar en las sesiones y en las decisiones de la representación popular. Este derecho no se justifica solo porque esté recogido en el Reglamento de las Cámaras, sino que es anterior a éste: el Reglamento solo regula la forma y el modo de ejercerlo. En él pueden incluirse desde luego ciertas limitaciones que resultan de que los derechos de los miembros del Parlamento se ejercen necesariamente en común, pero no es admisible una privación plena de este derecho en la práctica —por ejemplo, para los parlamentarios sin fracción<sup>86</sup>.

En lógica correspondencia con lo anterior, es fundamental que las fracciones, como unidades de la acción parlamentaria de los grupos de parlamentarios, tengan acceso a todos los órganos de deliberación del Parlamento (comisiones) —en proporción a su fuerza—. Y de esta exigencia pueden deducirse limitaciones para la autonomía reglamentaria del Parlamento. Las desviaciones del principio de la igualdad democrática solo son admisibles por razones específicas, como pueden ser la del igual peso de los votos o las exigencias funcionales ineludibles para el trabajo de la representación del pueblo. En este sentido hay que entender que el principio de igualdad democrática no se respeta cuando se niega el *status* de fracción, y los derechos de participación en el trabajo parlamentario derivados de aquel al grupo de parlamentarios de un partido, que en las elecciones ha superado la barrera del 5%, tenga o no en el Parlamento el 5% de los puestos<sup>87</sup>. Y, del mismo modo, la com-

85. Esta es la auténtica justificación del resultado al que llega el Tribunal Constitucional en su *BverfGE* 14, 121; la argumentación que aparece en ella (pp. 135-138) no permite verlo así con claridad.

86. *Vid. BverfGE* 80, 188 (217 ss.) y sobre ello H. Schultze-Fielitz, *DöV* 1989, pp. 829 ss.

87. Así también E. Friesenhahn, «Parteien und Parlamentarismus nach dem Grundgesetz», cit., pp. 35 s., 111, que en parte va aún más lejos; cf. también las contribuciones a la discusión de S. Magiera y E. W. Böckenförde, en A. Ranzelzhofer (ed.), *Deutsch-spanisches Verfassungsrechts-kolloquium...*, cit., pp. 100 y 104. En

posición de las comisiones parlamentarias tiene que establecerse de tal forma que toda fracción pueda participar en su trabajo<sup>88</sup>.

b) Igualdad específica (sustancial)

La igualdad democrática es así una igualdad específica, en el sentido de que no entronca con la igualdad general entre los hombres, sino solo con la pertenencia a la comunidad política del pueblo. Se distingue por tanto de forma esencial de la igualdad general entre los hombres, que constituye la base y el soporte de los derechos humanos generales, pero no de los derechos políticos<sup>89</sup>.

La pertenencia a la comunidad política del pueblo se determina formal y jurídicamente por la condición de ciudadano. La ciudadanía en su conjunto constituye el pueblo político, que se delimita hacia fuera como unidad frente a otros hombres y grupos de hombres, se organiza hacia dentro a través del Estado y se gobierna a sí misma sobre la base de los derechos políticos iguales de participación.

En consecuencia no se entra en contradicción con la igualdad democrática cuando un pueblo político, o bien un Estado organizado democráticamente, somete al orden vigente en él a otros hombres que residen en su territorio sin atribuirles derechos políticos de participación. Solo podría incurrirse en esa contradicción si la base y el punto de referencia de la igualdad democrática no fuera la pertenencia al pueblo, sino solo la condición de afectado por el dominio del Estado.

Sin embargo el carácter específico de la igualdad democrática no se agota en esto. Más allá de la pertenencia jurídica formal que va unida a la condición de ciudadano, apunta a un cierto sustrato material, a una igualdad sustancial, como se la ha denominado, en la que reposa en último extremo la pertenencia al Estado. La igualdad en este sentido ha de entenderse como referida a una homogeneidad prejurídica. Y es en esta donde se apoya aquella homogeneidad relativa que es el único cimiento sobre el que es posible construir una organización democrática del Estado configurada desde la igualdad estricta de los derechos políticos de participación: los ciudadanos se

sentido distinto sin embargo la decisión del Bayerischer Verfassungsgerichtshof de 30 de abril 1976 (*VerfGHE* 29, 63), apelando en esencia al alcance de la autonomía parlamentaria.

88. Sobre la cuestión de las posibles excepciones a ello *vid. BverfGE* 70, 324 (362 ss.).

89. Cf. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., pp. 226 s.

saben «iguales» y de acuerdo sobre cuestiones de principio del orden político; consideran la experiencia y la vivencia de sus conciudadanos como algo no existencialmente distinto o extraño, y están dispuestos sobre esta base a compromisos y a una aceptación leal de las decisiones de la mayoría<sup>90</sup>.

Esta homogeneidad puede deberse a la existencia de una religión común, de un lenguaje o una cultura comunes, o bien de convicciones políticas comunes. En la democracia moderna, tal y como se desarrolló en y a partir de la Revolución francesa, se funda básicamente en la homogeneidad nacional, y la presupone<sup>91</sup>.

En los Estados donde no existe una homogeneidad nacional, o en los que se ha producido una amplia inmigración, a menudo se plantean problemas políticos de considerable intensidad, tanto más cuanto que el concepto de la nación, un concepto acuñado política e históricamente, no es unívoco. Al concepto político de nación de los franceses (y ampliamente también de los países anglosajones), según el cual la nación se basa en la actitud política común de querer vivir bajo una determinada configuración del Estado, se opone el concepto étnico-cultural de nación de los alemanes y de los pueblos de la Europa central y oriental, que se funda en el lenguaje, la historia y la cultura comunes<sup>92</sup>. En la nación política se puede entrar, es posible asimilarse a ella, pero en la nación étnico-cultural se nace.

Los problemas que se refieren a la homogeneidad nacional pueden resolverse mediante soluciones distintas. Por un lado pueden salvarse creando una nueva identidad político-nacional común, una nueva nación-estado que se constituye por encima de las diferentes nacionalidades étnico-culturales (como es el caso de Suiza) o bien absorbiendo a estas (como en Estados Unidos). Por otro lado puede establecerse una organización estatal que se articule en regiones federativas o autónomas, y que garantice la existencia de un espacio político para lo que hay en él de singularidad étnica cultural. Si no se tiene éxito en una u otra de estas soluciones, o si no

90. *Vid. infra*, pp. 92 ss.

91. R. Grawert, «Staatsvolk und Staatsangehörigkeit», cit., apdo. 14, núm. marg. 8 ss.

92. Sobre la formación del concepto de nación en sus diferentes formas y efectos ver desde una perspectiva general, E. Lemberg, *Geschichte des Nationalismus in Europa*, 1950; de forma especial sobre la diferencia entre el concepto de nación francés-occidental y alemán, *vid.* también E. W. Böckenförde, «Die Einheit von nationaler und konstitutioneller Bewegung im deutschen Frühliberalismus», en *Íd.* (ed.), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, 1981, pp. 27 s.

se llega a una combinación relativa de ambas (ejemplo: Irlanda del Norte), existirá el peligro constante de que la nación dominante trate de imponer por la fuerza la asimilación o el exilio, o de que la mayoría o las minorías nacionales intenten separarse. La historia del siglo XX muestra ejemplos suficientes de ello<sup>93</sup>.

### 3.3. Consecuencias sobre el ejercicio del dominio y sobre el principio de gobierno de la democracia

La igualdad de los derechos políticos de participación para todos los ciudadanos condiciona de un modo especial cómo se ejerce el dominio y cómo se define el principio de gobierno en la democracia. Su consecuencia es que el dominio tenga solo un carácter funcional, y ha dado lugar al surgimiento del «liderazgo» como principio de gobierno.

#### a) El carácter funcional del dominio

Sobre la base de la igualdad política de todos los ciudadanos el ejercicio del dominio político no es un derecho que pueda corresponder a nadie como algo propio, sino una función que alguien ejerce desde la ciudadanía y para los ciudadanos. La competencia para ejercer el dominio no es algo que derive del propio ser o de determinadas cualidades especiales, sino que procede del reconocimiento y del asentimiento de los dominados: es por tanto una tarea encomendada y revocable. En eso consiste la repetidamente evocada unidad de dominio y dominados<sup>94</sup> que caracteriza a la democracia. Entre gobernante y gobernados no existe ni puede surgir una diferencia cualitativa. Quien es gobernante hoy puede ser mañana gobernado, y en ambas posiciones se encuentra bajo el marco de la igualdad política democrática.

En este sentido es correcto afirmar que la democracia se caracteriza por la identidad entre gobernantes y gobernados. La definición de Carl Schmitt, ampliamente criticada, de que la democracia es la «identidad entre dominio y dominados, entre gobernantes y gobernados»<sup>95</sup>, solo expresa esta idea y nada más. En ella no se

93. Para la etapa posterior a la Primera Guerra Mundial *vid.* las indicaciones de Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., pp. 231 ss. Más ejemplos pueden encontrarse en el campo de la historia contemporánea.

94. Hans Kelsen habla en *Demokratie und Sozialismus*, cit., p. 14, de «identidad entre sujeto y objeto del dominio», de «dominio del pueblo sobre el pueblo».

95. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., p. 234.

niega que exista una diferencia entre gobernar y ser gobernado, cosa que está dada inevitablemente con el ejercicio del dominio del Estado, ni tampoco la existencia de una distinción y una diferenciación entre gobernantes y gobernados. Solo se afirma, y se mantiene, que gobernar y ser gobernado no expresa ni da lugar a la existencia de una diferencia cualitativa, que los gobernantes «permanecen según su propia sustancia en la igualdad y la homogeneidad democráticas», y que, con ello, pueden diferenciarse respecto de los gobernados pero «solo dentro de la permanente homogeneidad del pueblo»<sup>96</sup>.

La consecuencia jurídica de todo ello es que los cargos que llevan consigo el ejercicio de competencias centrales del dominio político, y en particular los de la representación popular o del Gobierno, se proveen por un tiempo limitado y mediante una elección, o a través de un procedimiento análogo al de la designación por elecciones. Además tiene también relevancia el que exista la posibilidad de que sus titulares puedan ser relevados de los cargos de este tipo. En este sentido es frecuente que se haya previsto la existencia de un instituto específico que permita hacer efectivo el relevo, como lo es la moción de censura en el sistema parlamentario de gobierno. E incluso la existencia de mandatos de corta duración, junto a la necesidad de una renovación no prefigurada de antemano, tiene la función de hacer posible una retirada de la confianza a través de las elecciones. Del mismo modo la duración de la legislatura (para la representación del pueblo) y el mandato de los cargos no pueden ampliarse de modo arbitrario<sup>97</sup>. Ambas cosas, la elección por un tiempo limitado y la posibilidad del relevo, impiden la consolidación institucional de las posiciones de dominio alcanzadas, y confirman su naturaleza de ser un «dominio temporal» revocable.

La posibilidad del relevo que resulta del ejercicio de la igualdad democrática ha de diferenciarse de aquellos procedimientos que se

96. *Ibid.*, pp. 235 y 236. Es significativo del carácter emocional de la polémica que ha prendido sobre esta definición el que sus autores no estén dispuestos a conocer con exactitud el texto que es objeto de discusión.

97. En la República Federal de Alemania la duración del mandato electoral se ha movido entre cuatro y cinco años; en Estados Unidos el mandato de los miembros de la Cámara de Representantes se extiende solo a dos años, en Inglaterra existe el límite máximo de cinco años, aunque en la práctica, y debido al derecho de disolución, el del Primer Ministro es regularmente más corto. Sobre la discusión en torno al mandato electoral del *Bundestag* alemán cf. el Informe final de la Comisión para la Reforma constitucional (*Beratungen und Empfehlungen zur Verfassungsreform*, 1 [*Zur Sache* 3/76], pp. 100-102).

establecen para el cese de los cargos (como es el de la acusación a los Ministros o al Presidente, el *impeachment* en los Estados Unidos). En estos supuestos se trata de una finalización del mandato por motivos jurídicos, ya sea por infracción de una ley o de la Constitución o de una acción punible, y a través de un procedimiento formal. Por el contrario, el relevo efectuado bajo la fórmula de la no reelección puede producirse en razón de apreciaciones políticas o de adecuación a objetivos, y en ese caso es solo la otra cara del asentimiento que se exige para el ejercicio del dominio político.

#### b) El «liderazgo» como principio de gobierno

Puesto que la democracia, en virtud de la igualdad democrática, no permite un ejercicio duradero del dominio por parte de determinadas personas, su principio de gobierno es el del liderazgo (*leadership*)<sup>98</sup>. Este se basa en el reconocimiento libre de los seguidores y, además, está sometido a la competencia por el liderazgo que, por cierto y dada la ausencia de un dominio asegurado institucionalmente, se mantiene como una competencia continuada. Esta se manifiesta en el proceso abierto de formación de la voluntad política, que es un rasgo esencial de la democracia. El *leader* tiene que someterse de modo permanente a la crítica de sus seguidores, así como a la de los posibles competidores por el liderazgo. Un gobierno democrático es por lo tanto solo Gobierno en tanto mantenga un apoyo político institucionalizado —ya sea de la representación del pueblo, ya de los propios ciudadanos—, y se encuentra en continua pugna política espiritual por mantener este apoyo. Las instituciones jurídicas y los procedimientos de la organización democrática del dominio lo aseguran así normativamente, como consecuencia de los principios de la libertad y la igualdad democráticas.

El principio de gobierno del liderazgo es la razón del dinamismo de la democracia. Debido a que la igualdad política de los ciudadanos opera como principio de su organización y de su legitimación, la democracia vive continuamente en el presente. Para las decisiones políticas que han de tomarse en ella no hay ningún tipo

98. El concepto de liderazgo es una categoría sociológica que tiene sentido para la delimitación respecto del dominio institucionalizado. Sobre su uso cf. H. Kelsen, *Demokratie und Sozialismus*, cit., pp. 79 ss., y F. A. Hermens, *Demokratie und Kapitalismus. Ein Versuch zur Soziologie der Staatsformen*, 1931, pp. 5 ss., 22 ss.

de vinculación institucionalizada al pasado o al futuro. Lo decisivo es el consenso actual en cada caso. Y sobre este actúa la opinión pública —con sus fluctuaciones y sus tendencias al voto—, así como la constante pugna por el mantenimiento o la consecución del liderazgo. Es cierto que también caben aquí otras formas de legitimación, como por ejemplo la que puede plantearse desde la responsabilidad y la preocupación por las generaciones futuras. Pero estas no tienen en sí mismas un carácter decisivo, sino solo accidental, esto es, solo lo tienen en tanto y mientras sean asumidas por la voluntad actual de consenso. Y esta voluntad ha de lograrse una y otra vez<sup>99</sup>. Para la forma de gobierno democrático este hecho tiene determinadas consecuencias: en ella está siempre presente la tendencia a realizar aquello que es actual en cada momento y a dar primacía a lo que se plantea a corto plazo, a los problemas de los que puede esperarse una solución rápida o que pueda hacerse efectiva dentro del mandato electoral. El preocuparse por las generaciones venideras es algo ajeno a ella.

#### 4. *La democracia como sistema de la decisión mayoritaria*

La democracia como forma de Estado y de Gobierno no se basa en el principio de la decisión de la mayoría como si este fuera un último recurso<sup>100</sup>. Este principio no es para la democracia una mera solución técnica de necesidad, en el sentido de que de otra forma no se podría llegar a ninguna decisión, sino que es algo que se adecúa a ella de forma estructural. Su fundamentación, y también su límite, derivan de los principios fundamentales del orden democrático.

##### 4.1. La justificación de la decisión mayoritaria

El que la decisión de la mayoría sea una necesidad interna para la democracia resulta tanto del principio de la libertad y de la autodeterminación<sup>101</sup> como del principio de la igualdad democrática<sup>102</sup>. Si la libertad democrática de participación tiene que valer para todos

99. Sobre los interesantes problemas que surgen aquí bajo el punto de vista de la dogmática constitucional *vid.* P. Henseler, «Verfassungsrechtliche Aspekte zukunftsbelastender Parlamentsentscheidungen»: *AöR* 108 (1983), pp. 489 ss.

100. H. Kelsen, *Demokratie und Sozialismus*, cit., pp. 9 s., 53 s.

101. *Vid. supra*, pp. 76 ss.

102. *Vid. supra*, pp. 82 ss.

los ciudadanos, y no solo para unos pocos, entonces para establecer un determinado contenido del ordenamiento vigente resulta necesario al menos, y justamente, el asentimiento de la mayoría. Si se exigiera menos se perjudicaría a quienes se oponen a ese contenido, y si se exigiera más se perjudicaría a quienes lo respaldan.

Y lo mismo se exige desde la igualdad. Si todos los ciudadanos han de disponer de los mismos derechos políticos de participación, para que tengan también las mismas oportunidades de influir políticamente, toda opinión política tiene que ser pesada como igual. Ninguna diferenciación cualitativa, ya sea en base a la intensidad de la participación en el proceso político democrático o en base a la vieja distinción del Derecho canónico entre la *pars sanior* y la *pars maior*, se sostiene aquí<sup>103</sup>. Partiendo de la igualdad democrática, los votos —considerados desde una perspectiva jurídica— solo pueden ser contados, no ponderados. Y, según ambos principios, para llegar a una decisión es necesaria la mayoría de los votos, e incluso es suficiente. Los libres e iguales mantienen el dominio y lo soportan también solo como libres e iguales<sup>104</sup>.

La exigencia de mayorías cualificadas para tomar determinadas decisiones no significa, por regla general, ni un reforzamiento ni un plus de democracia. Sirve para proteger a las minorías y para asegurar con más intensidad la persistencia de las correspondientes materias. Estas se sustraen al poder de decisión de mayorías cambiantes y escasas, y claro está, en la medida en que tal cosa ocurra, se consolidan al mismo tiempo como garantías de un *statu quo* o de quienes resulten favorecidos por ellas.

Desde el principio del Estado de Derecho esto puede considerarse como algo natural para limitar y contrarrestar el poder demo-

103. La justificación de la decisión mayoritaria de forma primaria a partir de la libertad individual puede verse en H. Kelsen, *Demokratie und Sozialismus*, cit., pp. 9 s.; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrecht der BRD*, cit., apdo. 5, II, 1; *vid.* también W. Heun, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, 1983, pp. 93 ss.; P. Badura, «Die politische Freiheit in der Demokratie», en *Ein Richter, ein Bürger, ein Christ. FS für H. Simon*, 1987, pp. 193 ss.; como referido primariamente a la igualdad política *vid.* G. Leibholz, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 1967, p. 151; U. Scheuner, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, 1973, pp. 45 s. Sobre el estado de la discusión *vid.* también H. Dreier, «Das Majoritätsprinzip im demokratischen Verfassungsstaat», en *ZParl* 1986, pp. 94 ss.; además, R. Zippelius, *Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie (Abhandlungen der Geistes- und sozialwissenschaftlichen Klasse/Akademie der Wissenschaften und Literatur, Jahrgang 1987, núm. 11*, especialmente pp. 12-21.

104. En este sentido H. Jahrreiß, «Demokratie, Selbstbewußtsein – Selbstschutz» [1950], en *Íd.*, *Mensch und Staat*, 1957, p. 89 (105).

crático en determinados campos y ámbitos de la vida, de un modo especial en el de los derechos de libertad. Y desde un punto de vista democrático las mayorías cualificadas se justifican en todo caso allí donde pueda estar en peligro el contenido nuclear del ordenamiento democrático mismo, como pueden ser los derechos de libertad democrática o los desarrollos del principio de igualdad democrática. También tiene sentido como protección de las minorías por lo que se refiere a determinados grupos de ciudadanos en los que no está dada aquella homogeneidad prejurídica con el resto de los ciudadanos que constituye el presupuesto material de la igualdad democrática<sup>105</sup>. En este supuesto puede ser aceptable la solución de reconocer ámbitos de autonomía y, con ello, de establecer un recorte limitado del poder democrático del Estado en su conjunto para determinar estas materias<sup>106</sup>.

El derecho de la mayoría a tomar decisiones vinculantes no puede ser puesto en cuestión tomando pie en la idea de que la democracia debe basarse de modo continuado en el consenso y de que, sobre todo en cuestiones de importancia política, debe estar orientada a lograr el consenso. Desde luego las decisiones democráticas tienen su punto de partida en, y se plantean desde, la participación de todos y el derecho a una igual cooperación política; surgen por tanto a partir de un proceso abierto y público de la formación de la voluntad política y de la búsqueda (parlamentaria) de la decisión, que está asegurado y configurado mediante un procedimiento. Y, de esa forma, están presentes en él también impulsos hacia el acuerdo y el compromiso, hacia una influencia recíproca entre mayoría y minoría. Pero al término de este proceso, sin embargo, resulta necesaria la posibilidad de, e incluso el derecho a, llegar a una decisión. Y el que esta se sujete a la regla de la mayoría es una consecuencia necesaria de la libertad y la igualdad democráticas de los ciudadanos o de sus representantes. En cuántas de estas decisiones pueda aspirarse al consenso y buscarlo, en cuántas de ellas se esté dispuesto a no hacer uso de la propia mayoría en favor del acuerdo y del compromiso, es algo que depende de la cultura política democrática y del espíritu en el que se desenvuelve la democracia<sup>107</sup>.

105. *Vid. supra*, pp. 87 ss.

106. Ejemplos de ello pueden ser la creación de la región autónoma del Tirolo Sur en Italia, o la regionalización en Bélgica.

107. En un sentido parcialmente distinto K. Hesse, *Grundzüge...*, cit., apdo. 5, II, 1, acentuando el principio del acuerdo.

## 4.2. Los límites de la decisión mayoritaria

Del mismo modo que la libertad y la igualdad confieren su fundamento al principio de la decisión mayoritaria, también le imponen sus límites. La democracia no se complace con un absolutismo de la mayoría, ni siquiera con la dominación de la mayoría.

### a) Límites externos de la decisión mayoritaria

Los límites externos del principio de la mayoría consisten en excluir que esta se imponga en cada caso jurídicamente como algo absoluto. Si toda convicción política ha de respetarse como jurídicamente igual, y si corresponde a todos los ciudadanos la misma libertad política de participación, entonces no cabe de que la actual mayoría se imponga a sí misma como el todo, y de que, haciendo uso de las ventajas que la posesión legal del poder le atribuye, cierre tras de sí la puerta abierta a través de la que ella misma entró<sup>108</sup>.

El derecho de la mayoría a tomar decisiones vinculantes de modo general y a disponer de la legalidad se basa precisamente en que ella se encuentra con la minoría en una situación de (continua) competencia por el liderazgo político, y esta tiene las mismas oportunidades para convertirse en mayoría. Si se ponen en cuestión las condiciones para que la minoría pueda seguir siendo una mayoría potencial, no solo se produce un quebrantamiento del *fair play* democrático, sino que se saca de quicio el principio democrático<sup>109</sup>. Los derechos de la libertad democrática, la igualdad de los derechos políticos de cooperación<sup>110</sup>, forman parte de ese núcleo no disponible para la decisión democrática mayoritaria<sup>111</sup>, y entre ellos se cuenta de modo especial la igualdad de oportunidades que ha de plasmarse en la configuración del derecho electoral y del derecho de los partidos políticos.

Tomando pie en un tipo de razones distintas se pueden aducir otros límites jurídicos para la decisión mayoritaria. Pero en tal caso no es posible apelar al principio democrático, como se establece en

108. Expresado de forma clásica por Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, cit., pp. 30-40 («Legalität und gleiche Chance der Machtgewinnung»).

109. En esta dirección apunta también la descripción que se hace del orden fundamental de la democracia libre en *BverfGE* 2, 1 (12); la democracia naufraga en la dictadura de la mayoría.

110. *Vid. supra*, pp. 78 s.

111. *Vid. supra*, pp. 82 ss.

la Ley Fundamental (art. 20.1 y 2). En particular, más allá de los límites trazados por el legislador constituyente en los artículos 79.2 (reforma constitucional) y 79.3 (cláusula de intangibilidad)<sup>112</sup>, no cabe deducir de este principio ningún mandato jurídico en favor de la necesidad de un grado mayor de consenso para la toma de decisiones políticas de envergadura o irreversibles. Otra cuestión sería la de si un mandato de este tipo tiene sentido como máxima de prudencia política y de cultura política democrática<sup>113</sup>.

### b) Límites internos de la decisión mayoritaria

Los límites internos del principio de la mayoría aparecen como condiciones de la eficacia de los límites externos. Entre ellos se incluye el de que nadie pueda pretender que su propia concepción y objetivos sean los únicos válidos, y el de que no se rehúse conceder a la concepción del oponente político la dignidad de la discusión o incluso su derecho a la vida democrática. Esto no impide que otras concepciones y objetivos puedan considerarse como falsas, peligrosas y dignas de ser combatidas. Solo implica la renuncia a atribuir a las propias concepciones políticas y a las propias propuestas de solución una pretensión de validez objetiva que excluya la discusión y el compromiso. De otra forma se negarían al mismo tiempo la libertad y la igualdad políticas del que piensa de forma distinta, y en último extremo se negaría su reconocimiento como sujeto en el proceso político.

En esa medida se puede afirmar que la democracia va unida al relativismo. Pero se trata de un relativismo que no afecta a la concepción del mundo, sino solo a una dimensión político-pragmática<sup>114</sup>. Y si, en contra de ello, un grupo o la mayoría pretende

112. Vid. sobre esta discusión por un lado los trabajos de B. Guggenberger y Claus Offe en el volumen colectivo editado por este último, *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*, 1984, pp. 8 ss., 150 ss., 184 ss., 207 ss.; por otra parte H. Sahner, «Sozialer Wandel und Konsens – Zur Legitimationsproblematik des Mehrheitsprinzips», en Hattenhauer y Kaltefleiter (eds.), *Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung*, 1986, pp. 93 ss.; H. Oberreuter, «Mehrheiten und Minderheiten in der parlamentarischen Demokratie», en Íd. (ed.), *Wahrheit statt Mehrheit. An den Grenzen parlamentarischer Demokratie*, 1986, pp. 67 ss. Ver además P. G. Kielmannsegg, «Das Recht der Mehrheit und die rechte Mehrheit», en M. Salewski y M. Schröder (eds.), *Dienst für die Geschichte. Gedenkschrift für Walther Hubatsch*, 1985, pp. 301 ss.

113. Vid. *supra*, pp. 92 s.

114. En esta ideareside el acierto fundamental de la tesis de que el relativismo es una concepción del mundo que la democracia presupone, defendida por H. Kelsen, *Demokratie und Sozialismus*, cit., pp. 101 s., y G. Radbruch, «Die politischen

atribuir a su propia concepción un valor ideológico absoluto, entonces no es que le falte solo la disposición para llegar a compromisos, sino que le falta sobre todo el respeto a la igualdad de oportunidades de otros en la pugna por alcanzar el poder político. En este caso la disposición a entrar en coaliciones y a moverse en el terreno democrático se convierten en un mero compromiso táctico, que solo se justifica y se mantiene porque, y en tanto que, no se es (aún) lo suficientemente fuerte para ejercer el dominio en solitario. Ya la mera expectativa fundada de que el respeto a los límites externos de la decisión mayoritaria no esté asegurada hace vacilar la lealtad democrática y provoca la desintegración de la democracia<sup>115</sup>.

El Tribunal Constitucional ha reconocido acertadamente el significado de estos límites internos del principio de la mayoría en su sentencia sobre la prohibición de la KPD (Partido Comunista Alemán). La prohibición no se ha apoyado en que, por ejemplo, la KPD negara la propiedad privada o la libertad de profesión, sino en que su actividad y sus fines resultan incompatibles con el principio democrático de la libertad y la igualdad; pues pretende atribuir a su concepción política, el marxismo-leninismo, una validez única y absoluta y solo ve en su oponente político al enemigo al que habría que privar políticamente de sus derechos en la ocasión más próxima posible<sup>116</sup>.

#### 4.3. Democracia y cuestiones no susceptibles de decisión

En los últimos años, y en conexión con el debate sobre el rearme y la confrontación sobre el almacenamiento de residuos atómicos, se ha defendido la idea de que hay cuestiones cuya trascendencia política y cuya naturaleza de irreversibles hace que no sean susceptibles de decisión mediante el principio de la mayoría<sup>117</sup>. Esta idea, si se toma en serio, cancela la capacidad de funcionamiento de la

Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts», en G. Anschütz y R. Thoma (eds.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts* I, 1930, apdo. 25, p. 289.

115. Vid. sobre ello Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, cit., pp. 37 s.

116. *BverfGE*, 5, 85 (198-200, 224-227).

117. C. Offe, «Politische Legitimation durch Mehrheitsentscheidung?», en Guggenberger y Offe (eds.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*, cit., pp. 150 ss., 164 s.; B. Guggenberger, *Die Macht der Minderheit*, cit., pp. 207 ss., 211; H. Simon, «Fragen der Verfassungspolitik», en P. Glotz (ed.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 1983, pp. 99 ss. En otra dirección G. Folke Schuppert, «Rechtsstaat – Sozialstaat – Demokratie», en *FS Simon*, cit., p. 173; y en un sentido crítico R. Zippelius, *Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie*, cit., pp. 34 ss.

democracia como forma de Estado y de Gobierno. Una comunidad política no puede elegir o escoger las cuestiones sobre las que tiene que decidir; estas cuestiones se le plantean desde la situación política en la que se encuentra y desde los problemas que le salen al paso y que requieren regulación.

Sea cual sea la forma en que se plantee esta decisión, si se acepta que tales cuestiones no son susceptibles de decisión, esto no quiere decir en realidad que no se tome una decisión, sino que se decide de un modo indirecto, esto es, en el sentido de mantener el *statu quo* o de no actuar en este terreno. Y esto se produce no por la voluntad de la mayoría, sino en todo caso por la de una pequeña minoría, que ha conseguido imponer con éxito la «imposibilidad de votar» y que obtiene con ello un privilegio que es contrario a la igualdad democrática.

Si esta tesis de la existencia de cuestiones no susceptibles de decisión solo se dirige contra la facultad de decisión de los representantes elegidos por el pueblo, proponiendo su desplazamiento en favor de una decisión directa del pueblo, será una tesis defendible en el ámbito de la política constitucional, pero no dejará de ser una tesis inconsistente. Pues también la decisión del pueblo se toma mediante votación por mayoría. Si se dirige contra toda posibilidad de decisión en general, tomando pie por ejemplo en que una decisión semejante podría poner a prueba la unidad de la comunidad, o en que podría ejercer una presión masiva sobre las conciencias, entonces lo que se está haciendo es poner en cuestión el presupuesto de la democracia en un pueblo, esto es, la existencia de aquella homogeneidad prejurídica y relativa<sup>118</sup>; y entonces ese pueblo es acreedor de una forma de gobierno distinta. Pero puede ser también expresión de la ilusión, propia de una mentalidad apolítica, de que un pueblo puede eludir su implicación en lo político por el hecho de que para las decisiones políticas existencialmente graves postula para sí la utopía de un discurso libre de dominio.

### III. LOS PRESUPUESTOS DE LA DEMOCRACIA COMO FORMA DE ESTADO Y DE GOBIERNO

Desde la perspectiva del Derecho del Estado, el análisis de los principios jurídicos y de los rasgos que caracterizan a la democracia como

118. *Vid. supra*, pp. 96 s.

forma de Estado y de Gobierno constituye un aspecto central y básico. Pero si este análisis no quiere quedar confinado en sus propios límites, tiene también que preguntarse por los presupuestos sobre los que reposa una forma de Estado y de Gobierno de este tipo, tanto más cuanto que de su presencia depende la posibilidad de que exista y funcione como principio de la organización del ejercicio del dominio. Esta es la otra cara del hecho de que la democracia no sea un dato apriorístico o una simple posibilidad en la vida en común de los hombres, sino un resultado del desarrollo histórico y de la cultura política.

Dentro de estos presupuestos de la democracia se encuentran componentes que, aunque no estén formulados expresamente y residan en el terreno previo al Derecho constitucional, están presentes en ella al lado de aquellos otros rasgos estructurales que se han hecho explícitos en forma normativa e institucional<sup>119</sup>. En la etapa de la aparición y del desarrollo inicial de la democracia moderna se los supuso como algo dado, en parte porque se entendía que no cabía discusión sobre ellos y por lo tanto no había necesidad de articularlos, y en parte porque quedaban al margen como elementos extrajurídicos. Y sin embargo forman parte de las magnitudes que determinan a la democracia como forma de Estado y de Gobierno.

### 1. *Presupuestos socioculturales*

Los presupuestos socioculturales de la democracia apuntan en una doble dirección. Afectan por un lado a la estructura y a la configuración del orden de la sociedad para y sobre la que se organiza la democracia como forma de Estado y de Gobierno, y por el otro a aspectos que son propios de la esfera espiritual y de la formación de los ciudadanos, y que son igualmente necesarios para la democracia.

Presupuestos sociales de carácter esencial para la democracia son la existencia de una cierta estructura emancipatoria de la sociedad, la ausencia de formas teocráticas de religión dotadas de una

119. Vid. D. Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, 31950, pp. 79 ss. («Die Polarität des Sozialen»), 92 ss. («Kompensatorischer Charakter der Ambiance»), sobre la compensación de la forma democrática de Estado en el ámbito extrajurídico, pp. 135 ss. Vid. también sobre este problema J. Isensee, «Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens», en *NJW*, 1977, pp. 545 ss., desde un punto de vista sociológico, S. Martin Lipset, *Soziologie der Demokratie*, 1962, pp. 33 ss.

pretensión de dirección justificada como universal, y la existencia de una homogeneidad relativa dentro de la sociedad.

### 1.1. Presupuestos sociales

#### a) La estructura emancipatoria de la sociedad

La democracia no puede prender allí donde la sociedad aparece configurada a través de una estructura patriarcal de estirpes y de parentesco, en la que el individuo, con su persona y en cuanto tal, se integra de acuerdo con un *status*. Y lo mismo ocurre cuando se da una articulación estamental fija y consolidada mediante dominio, como existió en Europa antes de la Revolución francesa; o bien en el supuesto de una articulación de la sociedad en castas, como en parte es todavía el caso en la India actual.

La libertad democrática y la igualdad de los derechos políticos de cooperación no tienen aquí posibilidad alguna de desarrollo. Ambas presuponen que los individuos están en la sociedad básicamente por sí mismos, y que como tales están reconocidos como sujetos jurídicos capaces de una acción libre. De ahí que cuando se encuentran mediatizados en su facultad de decisión, y cuando su igualdad política está parcelada a tenor de la pertenencia a una familia, a una estirpe, a un estamento o a las castas con sus correspondientes obligaciones, ya ocurra esto de forma jurídica expresa ya a través de costumbres profundamente enraizadas, falta una condición previa necesaria para la formación de la voluntad democrática. En este contexto la democracia exige una estructura emancipatoria de la sociedad, y sin ella no puede realizarse<sup>120</sup>.

En una estructura de organización por familia, parentesco o estirpe que se mantenga intacta es prácticamente inimaginable que el individuo vote políticamente en contra de la opinión del padre, del jefe de la tribu o del de más edad del grupo; por regla general se orientará de forma espontánea según la concepción de estos. El vasallo difícilmente puede presentarse en la discusión política pública en una posición contraria a su señor o incluso competir con él por un cargo político. Y a quien pertenece a la casta de los parias le falta desde un principio la posibilidad de un acceso igual a los

120. Un documento significativo, claro e indirecto de ello es la exposición de la democracia americana de comienzos del siglo XIX por Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Parte I, cap. 2, Parte II, cap. 1-3 y 6. Cf. además, R. Dahrendorf, *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*, 1968, pp. 71 ss.

cargos políticos, le falta sin más la igualdad de derechos políticos de participación.

b) La ausencia de formas teocráticas de religión

De forma análoga tampoco se dan los presupuestos para la realización de la libertad democrática y de la igualdad política cuando en la sociedad opera una forma teocrática de religión, que sostiene la pretensión de dirigir el comportamiento de los hombres desde criterios que se entienden como válidos universalmente incluso en el ámbito político. Pues aquí lo que importa no es solo proclamar la voluntad divina como algo dado a través de una revelación que está fijada de un modo concreto y cognoscible; ni siquiera interesa hacerla valer en la vida en común como exigencia para la acción de los hombres, se trata más bien de darle una vigencia inmediata más allá de cualquier mediación creadora y de cualquier decisión por parte de los individuos. Esto no puede ocurrir más que mediante la fijación autoritaria y concreta —como vinculante y obligada— de esa voluntad divina por una instancia llamada a ello, legitimada de un modo especial e integrada por uno o varios hombres. Los derechos democráticos de participación y decisión se convierten entonces —hasta donde llega la voluntad divina— en formas vanas y externas.

Todas las religiones fundamentalistas, o aquellas que se entienden como tales porque resultan determinantes para la sociedad o porque se reconocen incluso como religión del Estado, eliminan de raíz las bases sobre las que podría operar una formación política de la voluntad democrática. Este es hoy el caso en las sociedades acuñadas por el Islam. Pero tampoco la relación de la democracia con la religión cristiana, como una religión dogmática con pretensiones universales, está por principio libre de problemas, aunque hoy esta relación pueda verse de forma más distendida. A ello ha contribuido el que, en la doctrina cristiana misma, los mandatos que en las Sagradas Escrituras expresan la voluntad de Dios y, en el ámbito católico, los principios del Derecho Natural, se han entendido y reconocido, más allá de sus escasas prescripciones negativas («no le está permitido»), como normas de principio que necesitan de una concreción más precisa y de una traducción que atienda a las situaciones y relaciones cambiantes.

Llevar esto a cabo aparece primariamente como una tarea propia de la razón práctica basada en el saber, que desborda la competencia de la mera proclamación doctrinal autoritaria reali-

zada por la jerarquía de la Iglesia<sup>121</sup>. Y en el curso de su elaboración —en el ámbito católico con más dificultad que en el de la confesión evangélica, donde se abrió camino la idea del sacerdocio general de los creyentes— se han impuesto y consolidado las ideas de independencia y autonomía de los seglares en la realización del mensaje cristiano en el mundo<sup>122</sup>. El seguimiento y la realización de la voluntad divina ya no se sustrae aquí a la formación de la voluntad democrática en virtud de una fijación previa y autoritaria de su contenido, sino que puede hacerse realidad por los cristianos como ciudadanos en y a través de un proceso de formación de la voluntad.

### c) Homogeneidad relativa dentro de la sociedad

Por otra parte, para que pueda existir como tal, la democracia política presupone necesariamente que exista un cierto grado de convicciones fundamentales comunes entre los ciudadanos sobre el tipo y la ordenación de su vida en común, e igualmente no deben darse contradicciones económico-sociales extremas. Las formas democráticas para constituir la unidad y para formar la voluntad, que se basan en una libertad igual y en la igualdad política de todos los ciudadanos y que no están vinculadas a otras prescripciones previas de contenido, solo pueden crear y mantener la integración y la paz necesarias en la comunidad política, pese a las contradicciones de intereses y a los conflictos sociales dados, cuando les subyace una homogeneidad, ciertamente no absoluta —pues cancelaría la libertad—, pero sí relativa. Esta, como «condición compensadora» de la libertad democrática<sup>123</sup>, impide una escisión y un desgarramiento de la unidad política estatal en confrontaciones no conciliables.

Pero ¿en qué consiste esa homogeneidad relativa? Se pone de manifiesto como un estado psicológico social, en el que las contra-

121. E. W. Böckenförde, «Politisches Mandat der Kirche?» [1969], en *Íd.*, *Kirchlicher Auftrag und poli-tisches Handeln*, 1989, pp. 91 ss.; G. Ebeling, «Kirche und Politik», en *Íd.*, *Wort und Glaube III*, 1975, pp. 593 ss.; M. Honecker, *Sozial-ethik zwischen Tradition und Vernunft*, 1977, pp. 41 ss., 63 ss.

122. Concilio Vaticano II, Decreto *Apostolicam Actuositatem*, núm. 2, 3 y 5; decisivo en esta dirección es el Discurso pronunciado en Limerick (USA) el 1 de octubre 1979 por el papa Juan Pablo II, en *L'Osservatore Romano*, ed. alemana de 19 de octubre 1979. *Vid.* también E. W. Böckenförde, «Staat- Gesellschaft -Kirche» [1982], en *Íd.*, *Religionsfreiheit. Die Kirche in der modernen Welt*, 1990, pp. 176 ss.

123. *Vid.* D. Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, cit., pp. 141 ss.; H. Heller, «Politische Demokratie und soziale Homogenität» [1928], en *Íd.*, *Gesammelte Schriften II*, 1971, pp. 423 ss.; *Íd.*, *Europa und der Faschismus* [1931], en *ibid.*, pp. 469 s.

dicciones y los intereses políticos, económicos, sociales e incluso culturales existentes aparecen trabados mediante una conciencia común del nosotros, una voluntad común susceptible de ser actualizada<sup>124</sup>. Pero, ciertamente, ese estado psicológico social no es sin embargo independiente de los factores que él mismo tiene que salvar.

Las desigualdades económicas y sociales, que surgen en una sociedad de clases desarrollada, o incluso, por ejemplo, la exclusión de partes completas de la población del desarrollo económico y del bienestar, pueden neutralizar —de acuerdo con las correspondientes preferencias en la sociedad— la existencia de las actitudes que son necesarias para el nacimiento de este tipo de voluntad común. Y esto puede impedir la formación o la permanencia de este «sentimiento del nosotros», o incluso puede llevar a que surja un sentimiento de comunidad diferente que se desgaje de la comunidad actual (solidaridad negativa) y asuma para sí una cualidad política. En sentido inverso, si existe una homogeneidad relativa, desde ella será posible elaborar y superar tensiones y diferencias de diverso alcance, manteniendo al mismo tiempo su delimitación frente a lo que es ajeno a ella. En esencia esta homogeneidad relativa equivale a aquella homogeneidad prejurídica a la que se aludía como base metajurídica de la igualdad democrática<sup>125</sup>.

Ahora bien, hay que distinguir entre el grado de homogeneidad relativa que se presupone para que pueda existir un Estado como unidad política pacificada, y aquel grado de homogeneidad que constituye el presupuesto de la democracia como forma de Estado y de Gobierno. Desde luego la mera unidad política del Estado como tal presupone ya una cierta homogeneidad relativa, pues no se puede vivir con o bajo un exceso de disociaciones y antagonismos<sup>126</sup>. Solo así se puede excluir la existencia de grupos guiados por el criterio «amigo-enemigo» en el seno del Estado, y se puede alcanzar esa predisposición a cooperar que permite llevar a cabo las tareas necesarias y la solución de los conflictos que son ineludibles para la existencia de un Estado.

Pero la homogeneidad relativa que exige la democracia va sin embargo un poco más lejos. Para resolver los conflictos y las contradicciones de intereses, el establecimiento del orden en y bajo el cual se vive ha de llevarse a cabo, y ha de poder realizarse, desde

124. H. Heller, «Politische Demokratie...», cit., p. 428.

125. *Vid. supra*, pp. 87 ss.

126. H. Heller, «Staat» [1931], en *Íd.*, *Gesammelte Schriften* III, cit., pp. 17 s.

y a través de la libertad e igualdad democráticas de los ciudadanos, esto es, exige un consenso positivo más elevado. No sin razón Rousseau defiende la idea de que la democracia como forma de gobierno presupone una gran sencillez de costumbres y una casi completa igualdad en situación y patrimonio. Y, por su parte, Montesquieu reconoció en la virtud el principio que hace posible la democracia; la virtud se concibe aquí como una orientación, de acuerdo con el propio interés, que opera sobre la base de la igualdad (incluso de una aproximada igualdad en lo tocante a la posesión) y de la sencillez como condiciones básicas de la democracia<sup>127</sup>.

Las raíces sobre las que se forma y se desarrolla esta homogeneidad relativa pueden ser de distinta naturaleza. Pueden tomar pie en la singularidad y en la tradición étnico-culturales, en la historia política vivida en común, en una religión común o en una conciencia nacional común, entre otras. Al principio, y por algún tiempo, aparece como algo dado. Pero puesto que se presenta también esencialmente como una coincidencia de las conciencias, puede también surgir y desarrollarse paulatinamente, puede incluso ser instaurada —en mayor o menor medida—, o finalmente también puede imponerse mediante una «recreación» de la conciencia por inductación ideológica. En cualquier caso es susceptible de ser cultivada y estimulada. El sistema de formación y de educación que exista en una sociedad tiene un significado especial para la persistencia, el desarrollo o la destrucción de la homogeneidad relativa en ella, pues es en él donde se pueden aportar o no elementos de homogeneidad para las generaciones venideras; y, sin duda, hoy también tienen un especial significado para ello los medios de comunicación, con su fuerza y su poder de sugestión.

La homogeneidad relativa como presupuesto de la democracia permite aclarar también el significado que tiene para la democracia el tantas veces mentado «acuerdo sobre lo que no es susceptible de decisión»<sup>128</sup>. Este acuerdo puede ser entendido solo en último extremo como un límite postulado frente a la aplicación del principio de la mayoría<sup>129</sup>; pero fundamentalmente representa, sin embargo, un presupuesto de la democracia, que proporciona la base para que el sistema de la decisión mayoritaria propio de la democracia se

127. J.-J. Rousseau, *Contrat Social*, Libro III, cap. 4; Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Libro III, caps. 2-3; libro V, caps. 3-6.

128. A. Arndt, en *Christlicher Glaube und politische Entscheidung*, 1957, p. 157, y en el mismo sentido, íd., «Demokratie – Wertsystem des Rechts», en *Notstandsgesetze – aber wie?*, 1960, p. 12.

129. *Vid. supra*, pp. 95 ss.

pueda realizar sin fricciones y sin poner en cuestión la lealtad democrática. El acuerdo se manifiesta, por un lado, en unas convicciones comunes básicas, y por lo tanto en un acuerdo sobre contenidos, y, por el otro, en un acuerdo sobre aquello que —bien por sí mismo o bien en base a las diversas concepciones y convicciones— no debe convertirse en objeto de votación (esto es, en prescripción vinculante), y queda de esta forma confiado a la libertad de los individuos o a un diálogo abierto.

Pero el que aquí se trate de un presupuesto de la democracia, y no de algo que pueda establecerse democráticamente, puede entenderse con más claridad si se ponen de manifiesto los presupuestos bajo los que —por ejemplo al modificar o reformar la Constitución— se plantea de forma expresa la concreción de ese acuerdo sobre contenidos o sobre lo que no se puede decidir. Pues si la concreción y el carácter vinculante que se pretenden lograr tienen que alcanzarse a través de una votación —de acuerdo con las reglas de la mayoría—, entonces es evidente que no existe el acuerdo: aquello que no se puede decidir solo se delimita y se regula como tal mediante votación.

Por lo demás no debe pasarse por alto que la determinación de aquello que no se puede decidir no puede hacerse arbitrariamente; solo se puede aplicar a aquellos ámbitos que, en una comunidad política, puedan quedar al margen de toda coacción sobre acciones y decisiones sin que se corra ningún peligro<sup>130</sup>. No es en modo alguno una vía para salirse o quedar al margen de lo político por el procedimiento de establecer cuestiones indecidibles.

## 1.2. Presupuestos espirituales y de la formación cultural

Aun cuando la estructura de la sociedad y la mentalidad de los miembros de la sociedad sean de un tipo tal que permita el desarrollo de la formación democrática de la voluntad política, para que de hecho se dé esta, además de estos elementos tienen que estar presentes en los ciudadanos y en la sociedad otros presupuestos de tipo espiritual que se refieren a su formación, a su cultura y a la comunicación entre ellos.

### a) Un sistema educativo desarrollado

Bajo las circunstancias de la vida moderna, la democracia exige en primer término la existencia de un sistema educativo desarrollado.

130. *Vid. supra*, pp. 97 s.

Si los ciudadanos han de decidir desde su propio juicio, y a través del ejercicio del poder político, sobre la legitimación o deslegitimación de una determinada línea de dirección, esto presupone un cierto grado de conocimiento, de saber y de capacidad de juicio desarrollada. Esto no significa que haya que «intelectualizar» la democracia. Pues también el sano entendimiento humano (*common sense*), que es importante para una formación democrática de la voluntad y que se desarrolla a partir de la elaboración de la experiencia, necesita de las bases de un conocimiento y de un saber tanto como de la formación de una capacidad de juicio.

El analfabetismo es enemigo de cualquier democracia y de cualquier desarrollo de la democracia. Si existe y se mantiene una situación de este tipo, los ciudadanos no tienen la posibilidad de ejercer de forma autónoma sus derechos político-democráticos, es decir, según un juicio propio y formado a partir de una información previa. Las elecciones y las votaciones se mantendrán aquí en el estadio de la mera aclamación (emocional) y, sobre esta base, quien ejercerá la política será un estrato reducido, y con ello privilegiado, de gente dotada de formación y patrimonio, hasta cierto punto de una forma autónoma y sustraída a una legitimación objetiva.

La democracia y la organización de un sistema educativo general —con acceso igual a los centros y, en esa misma medida, con libertad respecto al coste de la escolarización— van así unidas de la forma más estrecha. Ya la Constitución francesa de 1791 prescribía la organización de una enseñanza pública y gratuita en los niveles de la enseñanza obligatoria para todos (Tít. I). Y también el movimiento social del siglo XIX, con el fin de abrir el acceso a la formación para las clases no poseedoras, planteó como un postulado de la democracia una exigencia de libertad frente a los costes de la escolarización, es decir, la exigencia de una enseñanza general a costa del Estado. Para Lorenz von Stein esta exigencia forma parte también de la idea de Constitución de una república no fundada en la posesión industrial<sup>131</sup>.

#### b) Información y comunicación dentro de la sociedad

Para que la formación democrática de la voluntad política sea viable de un modo real, junto a la cultura y al saber que fundamentan

131. L. von Stein, *Geschichte der sozialen Bewegung...*, cit., pp. 177 ss., especialmente p. 184.

la capacidad de formar un juicio propio tiene que ser posible la información y la comunicación en la sociedad. Solo una información abierta sobre hechos, propuestas y programas, un intercambio de perspectivas y opiniones en la discusión pública pone también a los ciudadanos en situación de ejercer y hacer efectivo el derecho de determinación política que la democracia les atribuye.

Con una información bloqueada, o sin una opinión pública, no puede existir la democracia; lo más que puede haber en tal caso será una fachada que oculta otros contenidos políticos. La afirmación del Tribunal Constitucional de que el derecho fundamental de la libertad de opinión, de prensa y de información tiene un carácter por antonomasia constitutivo para la democracia<sup>132</sup>, no hace sino describir un componente inexcusable de la libertad democrática. Pero además en esta afirmación se incluye la idea de que la existencia *de facto* de aquello que debe protegerse en este derecho fundamental, esto es, la libre información y comunicación, es un presupuesto imprescindible de la posibilidad de la democracia<sup>133</sup>.

Todo ello remite una vez más al significado nuclear que tiene para la democracia actual la garantía de una información y una comunicación libres y abiertas frente a las formas de poder y a la estructura oligopolista de los medios de comunicación<sup>134</sup>. Y esta cuestión no se refiere aquí solo a la radiodifusión pública, sino también a la privada que opera en el mercado, así como a la tendencia creciente a la concentración en el ámbito de la prensa.

## 2. Presupuestos político-estructurales

Los presupuestos político-estructurales de la democracia se refieren a la cualidad, al tipo y al alcance de las decisiones que hay que tomar en el marco del ejercicio del poder político. Estas tienen que tomarse de tal forma que su legitimación material y su orientación puedan aparecer también como derivadas de la voluntad del pueblo, como dirigidas y avaladas por este.

Dejando ahora de lado la pregunta sobre la necesidad de una delegación de la decisión fundada en la confianza, que en realidad es

132. *BverfGE* 7, 98 (208) (*Lüth Urteil*).

133. *Vid.* sobre este problema C. Schmitt, *Verfassungslehre*, <sup>5</sup>1970, pp. 246 ss.

134. Entre los escritos recientes, ver el interesante trabajo de K. Eichenberger, «Beziehungen zwischen Massenmedien und Demokratie», en *FS für Leo Schürmann*, Freiburg (Suiza), 1987, pp. 405 ss.

inevitable bajo la existencia de condiciones político-sociales diferenciadas, todo esto reposa sobre un determinado presupuesto: el de que existe una relación, en principio (aún) racional, por una parte entre el saber y la experiencia de los ciudadanos (o de los titulares de la decisión legitimados por ellos) y, por la otra, entre las cuestiones planteadas en la decisión y sus consecuencias. Si falta esta relación, entonces no existe la posibilidad de determinar y dirigir el contenido de la acción del poder del Estado a través de los titulares democráticos, o legitimados democráticamente, de la decisión, y del mismo modo los controles democráticos ruedan en el vacío. Por debajo de las formas democráticas, que se convierten en mera fachada, se imponen entonces otros detentadores del dominio ya no legitimados democráticamente, que quedan fuera de la responsabilidad institucional exigible a través de los procedimientos previstos.

Desde esta perspectiva es necesario sacar a la luz tres cuestiones que se refieren a diferentes aspectos de la vigencia de estos presupuestos político-estructurales de la democracia y que, sin embargo, tienden a difuminarse hoy de un modo creciente. Es en ellas donde se plantean algunos de los problemas básicos de la democracia moderna. Y en la base de estas cuestiones se encuentra la pregunta de si, y en qué medida, la democracia puede persistir y mantenerse como algo vivo incluso bajo las condiciones propias de las estructuras tecnocráticas de una civilización técnico-científica<sup>135</sup>.

## 2.1. ¿Es posible un juicio propio sobre las cuestiones que se someten a la decisión política?

En el modo de organizar la formación democrática de la voluntad y la distribución de las competencias para tomar decisiones se presupone que los llamados a decidir en cuestiones políticas tienen capacidad para entender objetivamente sobre las materias incluidas en la decisión, para formar un juicio desde su propio conocimiento, experiencia y ponderación, y para asumir la correspondiente responsabilidad. Solo así la formación de la voluntad y la búsqueda de decisiones democráticas pueden ir unidas a una expectativa fundada de que las mismas responden a una acción racional y responsable, basada en un examen de la cuestión y en una ponderación racionales que la hacen susceptible de ser impuesta.

135. Vid. H. Schelsky, *Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation*, 1961; E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, pp. 30 ss.; G. Rickert, *Technokratie und Demokratie*, 1983.

Frente a ello, la democracia moderna se caracteriza por una creciente especialización de los conocimientos sobre las distintas materias (competencia profesional) y de la correspondiente capacidad de decisión. La razón de que sea así hay que buscarla en las peculiaridades propias de la realidad de la vida actual, que se presenta como una civilización científico-técnica, en sí misma altamente organizada y diferenciada. Sus procesos de trabajo y producción, así como sus sistemas de acción, reposan en la capacidad de argumentación dentro de ramas especializadas de la ciencia, y por ello solo pueden ser reguladas, transformadas o desarrolladas de esta forma. Ninguna decisión política de alcance puede ya tomarse «without foundation in expert knowledge».

Y esta circunstancia vale hoy no solo para determinados campos de la política y de la actividad profesional, sino que prácticamente se impone en todos los ámbitos. Vale tanto para establecer el tipo de construcción que requieren los ingenios atómicos como para decidir sobre los sistemas armamentísticos y sobre las estrategias orientadas hacia la disuasión; vale tanto para la elección e introducción de métodos de indagación como para combatir las amenazas contra el medio ambiente, tanto para la adaptación y el desarrollo de la seguridad de las pensiones como para la protección de la salud y la aprobación de los medicamentos.

Lo que resulta problemático aquí no es que la fundamentación misma de las decisiones políticas tenga que basarse necesariamente en el conocimiento, sino que este asume hoy una dimensión y una complejidad especiales. Sobre esta base surge, por un lado, una creciente discrepancia entre el saber especializado y su coordinación y, por el otro, entre la decisión política y la responsabilidad.

El conocimiento especializado tiene solo funciones de asesoramiento, se articula en consejos, gremios de expertos y comisiones especiales, pero no se encuentra implicado en los mecanismos de la responsabilidad legitimada democráticamente. Por su parte los órganos políticos legitimados para tomar la decisión no tienen, por regla general, ese saber superior que haría posible la integración y coordinación del saber especializado con los objetivos políticos, y que podría permitir ponderar de forma autónoma el margen de juego que queda abierto para la decisión. De esa forma el poder de configuración política que se les atribuye constitucionalmente se desplaza de un modo inadvertido hacia los expertos<sup>136</sup>.

136. D. Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, cit., p. 106, considera que «el mayor poder en lo social» es el criterio que decide sobre la soberanía del

Esta disminución de la propia capacidad para enjuiciar las cuestiones que se plantean en la decisión política se produce hoy en todos los niveles de la formación de la voluntad y de la decisión democráticas: el Ejecutivo pierde la posición de un «tercero que está por encima» de los expertos e informantes, y pasa a depender del conocimiento especializado que está disponible en la economía y en la sociedad, pero que no es políticamente neutral sino que a menudo se encuentra vinculado a intereses. El Parlamento, por su parte, comparte esta dependencia, pues está referido al trabajo previo de especialistas y al trabajo auxiliar de la burocracia; y, si quiere elevarse por encima de esta situación, necesita a su vez de expertos especializados (ahora de una fracción) que, siendo solo individuos, asumen sin embargo una posición especial frente al resto de los representantes parlamentarios. Y esta individualización impide una formación general de la voluntad en el Parlamento. Por lo que se refiere a los electores, y prescindiendo de excepciones, el ámbito de su propia experiencia y juicio está hoy en principio ampliamente rebasado; se ven así dependientes de la información que les proporcione la dirección política o los medios de comunicación, sin poder verificar por sí mismos su contenido. Con ello se favorece la tendencia a orientar las elecciones según consignas en lugar de plantear cuestiones objetivas, y en esa medida las elecciones se hacen también dependientes de meras inclinaciones y simpatías.

## 2.2. ¿Es posible aún delimitar la interdependencia de las decisiones políticas?

El desarrollo de la sociedad industrial se caracteriza por una creciente diferenciación en numerosos subsistemas y procesos de acción orientados funcionalmente, así como por un grado cada vez más elevado de organización<sup>137</sup>. Este hecho lleva a un aumento de la interdependencia entre todos los ámbitos de la vida y las materias. Y en la medida en que esta interdependencia se amplía hasta el extremo en que cualquier cosa se encuentra vinculada con todo lo demás, las decisiones políticas sobre las distintas materias se

poder del Estado en el interior; E. Forsthoff constata una transformación del edificio constitucional democrático por la creciente dependencia de las decisiones políticas respecto del conocimiento especializado, en «Strukturwandlungen der modernen Demokratie», publicado en Íd., *Rechtstaat im Wandel*, 1976, pp. 90 ss.; W. Brohm, «Sachverständige Beratung», cit., apdo. 36, núm. marg. 31 ss.

137. N. Luhmann, «Gesellschaft, Soziologie des politischen Systems», en Íd., *Soziologische Aufklärung*, 1971, pp. 137 ss., 154 ss.

vuelven considerablemente más difíciles. Pues el amplio alcance de sus consecuencias y de sus conexiones solo es perceptible de forma muy limitada y, en la medida en que lo es, solo lo es para los que están en ello. En lógica correspondencia estas se hacen también políticamente menos dominables. Lo que se ve afectado con ello, en primer plano y de forma general, es la capacidad de decisión de las instancias del Estado. Y en la democracia esta situación se agudiza de un modo especial.

Con más intensidad que otras formas de Estado y de Gobierno, la democracia está referida a la reducción de complejidad, pues de ello depende que las decisiones sobre las distintas materias sean accesibles para los procesos de formación de la voluntad y de decisión democráticas. Y en tanto esta reducción ya no se logra, o solo se consigue de forma insuficiente, los órganos democráticos pierden la capacidad de tomar decisiones que marquen el futuro; se ocupan más bien de lo que «aún» es perceptible y de lo que (en apariencia) es dominable; se atienen así a detalles y a síntomas. El resultado es que las relaciones dadas, por lo que se refiere a su racionalidad funcional y a su interrelación, quedan abandonadas a un decurso autónomo. El control democrático, que corresponde en primera línea al Parlamento, pierde por entero su eficacia<sup>138</sup> y amenaza convertirse en una cáscara vacía que solo sirve de coartada.

### 2.3. ¿Es posible dirigir los subsistemas sociales mediante decisiones políticas?

La diferenciación de la sociedad moderna en numerosos subsistemas que actúan autónomamente según su propia lógica funcional tiene una consecuencia más: disminuye la posibilidad de que sean dirigidos mediante decisiones políticas con carácter vinculante general, que es precisamente la condición de que se realice la pretensión propia del ejercicio del dominio del Estado. Cada uno de estos subsistemas relativamente autónomos —economía, cultura, ciencia, comunicación, salud, etc.— trata de influir desde su propia lógica material sobre el sistema político, en este caso sobre la formación democrática de la voluntad organizada y la búsqueda de decisiones, con el fin de defender al propio sistema frente a limitaciones o injerencias que le amenazan y —de forma continuada— para lograr

138. Sobre el significado fundamental del control (parlamentario) para la democracia ver K. U. Meyn, *Kontrolle als Verfassungsprinzip*, 1982, pp. 183 ss.

una estabilización de sus propias condiciones de funcionamiento<sup>139</sup>. Si el sistema político quiere mantener aquí esa capacidad de dirección que hace posible establecer regulaciones abarcales, buscar un equilibrio o plantear limitaciones y cambios frente a los subsistemas, necesita de una autonomía y de un punto de referencia que le permita no depender de uno o varios subsistemas.

Y esto no es fácil bajo ninguna forma de Estado y de Gobierno, pero en la democracia plantea problemas específicos. Pues la democracia, como organización que tiende a alcanzar, a ejercer y a legitimar el poder político desde la voluntad del pueblo, fácilmente cae bajo la lógica funcional de la lucha por llegar al poder y mantenerse en él en condiciones de competencia, que se realiza periódicamente y que se orienta hacia la voluntad de los electores. En la medida en que domina esta lógica funcional —y está en la naturaleza de la democracia que domine—, el poder político de decisión organizado democráticamente se convierte en un mero subsistema entre otros y actúa en consecuencia, sin una lógica objetiva que los trascienda y se desvincule de ellos.

El sistema político trata de elaborar los efectos y las exigencias que surgen de los otros subsistemas —en los que se mueven los propios dispensadores de su legitimación, los ciudadanos, bajo sus correspondientes roles—, y trata así de reaccionar de tal modo que su propia estabilidad y su lógica funcional no se vean puestas en cuestión. En este contexto no puede surgir un poder de decisión que abarque a los otros subsistemas, que los regule y los mantenga dentro de sus límites, que es lo que constituye el signo propio de un poder organizado del dominio del Estado<sup>140</sup>. El sistema político se mantiene, y se fija a estrategias limitadas de adaptación, teniendo en cuenta únicamente las consecuencias cercanas para las elecciones.

Se podrían despachar estas consideraciones entendiéndolas como una mera construcción intelectual alejada de la realidad. Pero que son algo real, y hasta qué punto lo son, puede hacerse patente,

139. El análisis de la realidad social actual, que Luhmann ha planteado repetidamente en términos de la teoría de los sistemas, refleja así una situación real, que no puede ignorarse por la dificultad del lenguaje desde el que se propone. Cf., por ejemplo, N. Luhmann, «Soziologie als Theorie sozialer Systeme», en Íd., *Soziologische Aufklärung*, 1971, así como los trabajos aludidos en la nota 137. Vid. además «Komplexität und Demokratie», en Íd., *Politische Planung*, 1971, pp. 35 ss.

140. Este es el resultado, más implícito que expreso, de la reciente investigación de N. Luhmann en *Ökologische Kommunikation*, 1986, que para ser entendido correctamente en lo que tiene de desafío ha de ser leído *analíticamente* (y no como una construcción abstracta de la teoría de los sistemas).

por ejemplo, si se analiza el modo de actuar de los órganos del Estado legitimados democráticamente frente al reto ecológico y sus situaciones límite, o bien frente a la ineludible reorganización de la financiación de las pensiones sobre la base de un contrato que abarca a tres generaciones, así como —en el ámbito europeo— frente al patente sinsentido de la política comunitaria en lo que se refiere al mercado agrario.

### 3. Presupuestos éticos

La pervivencia de la democracia como forma de Estado y de Gobierno depende también de presupuestos éticos. Y entre estos presupuestos pueden incluirse, por un lado, la efectividad de un *ethos* democrático entre los ciudadanos y en los cargos políticos, y, por el otro, la disposición de estos últimos a tomar decisiones políticas desde el interés común de todos.

#### 3.1. La efectividad de un *ethos* democrático

La democracia como forma de organizar la cooperación de los hombres en la legitimación y ejercicio del dominio político no se aplica solo a aspectos orgánico-institucionales y de procedimiento, sino que afecta también a determinados modos de comportarse los hombres. Estos modos de comportamiento, en los que se incorporan los principios y los criterios de ordenación de la democracia, constituyen el *ethos* de la democracia. Y este *ethos* no es otra cosa que la cultura política en la que aquella vive y se apoya. Las piezas sobre las que está construida la presuponen como principio sustentador, y su observancia es lo único que hace posible internamente la existencia de esta ordenación del Estado<sup>141</sup>.

El contenido del *ethos* democrático se desarrolla así a partir del reconocimiento de los principios estructurales sobre los que se basa la democracia, especialmente la libertad democrática y la igualdad política. Y de acuerdo con ello se trata de un *ethos* de la interlocución (*Partnerschaft*).

141. Vid. sobre ello E. W. Böckenförde, «Das Ethos der modernen Demokratie und die Kirche» [1957], en Íd., *Schriften zu Staat – Gesellschaft – Kirche* I, 1988, pp. 27 ss. Sobre la distinción entre *ethos* y *Ethik* vid. W. Schöllgen, «Ethik und Ethos», en *FS für Fritz Tillmann*, 1949, pp. 419 ss.; M. Honecker, «Demokratisches Ethos in der Sicht christlicher Ethik», en Íd., *Sozialethik zwischen Tradition und Vernunft*, cit., pp. 101 ss.

Los componentes específicos de este *ethos* pueden describirse como sigue:

— El respeto a las convicciones políticas y al derecho igual a la vida política del otro, aun cuando se rechace con firmeza, o incluso se combata, el contenido de sus concepciones. La condición previa para ello es la de renunciar a la pretensión ideológica de atribuir un carácter absoluto a las propias concepciones y objetivos.

— El estar abierto a la argumentación y al compromiso en la confrontación política en torno a la búsqueda de una decisión. Si lo propio de la democracia es un derecho igual a participar en la formación de la voluntad política, esto exige que se pregunte y se busque en común la decisión correcta para los problemas existentes; el recurso final a la propia mayoría, que es posible en la democracia, no puede plantearse al comienzo sino solo al final. Pues, siendo la deliberación compartida y la confrontación con los otros el lugar donde ha de realizarse el derecho igual a la participación, estas tienen que realizarse desde la disposición a escucharse recíprocamente y, en su caso, a llegar a compromisos.

— La lealtad frente a las decisiones de la mayoría que se toman en el marco de la Constitución mientras se mantengan vigentes. Esta lealtad tiene también que mantenerse, y de un modo especial, cuando la decisión que se ha tomado va en sentido contrario a la propia concepción política y no se está de acuerdo con su contenido; también entonces ha de asumirse y seguirse de forma leal en su ejecución. En compensación, existe en todo momento la posibilidad de cambiarla cuando se alcance la mayoría.

— El reconocimiento sin reservas de las reglas de juego democráticas, y de un modo especial de la igualdad de oportunidades para obtener el poder político. Este reconocimiento constituye el núcleo del *ethos* democrático. La igualdad de oportunidades para conseguir el poder político no puede ser puesta en cuestión a ningún precio, ni siquiera para asegurar o imponer «valores absolutos». Sin ella no solo se cancela la igualdad democrática, sino que decae también la razón por la que la minoría ha de respetar y seguir las decisiones de la mayoría; y en tal caso la democracia queda en el aire. En este sentido es evidente que el *ethos* de la democracia es necesariamente un *ethos* de la interlocución: este soporta y permite sin duda la oposición política, pero no la hostilidad política. La confrontación política y la lucha política se desenvuelven en el terreno de la igualdad de oportunidades para alcanzar el poder político, no a su costa.

Las desviaciones más clásicas en este terreno se presentan como manipulaciones del derecho electoral o de los reglamentos de trabajo de las Cámaras: la mayoría intenta cambiar de forma unilateral las condiciones bajo las cuales ha llegado al poder político y lo ha ejercido hasta ese momento. Y tales manipulaciones afectan al núcleo mismo de la democracia<sup>142</sup>.

La única razón que puede justificar que no se reconozca al oponente político la igualdad de oportunidades para alcanzar el poder político es su rechazo a reconocer esta igualdad de oportunidades: la interlocución presupone reciprocidad. Ahora bien, la decisión sobre si se da o no este caso no puede, sin embargo, ser dejada en manos de los participantes en la confrontación política, y especialmente no en la del que tenga la mayoría en ese momento, pues con ello el principio quedaría en la práctica sin ningún valor. La decisión, si parece necesaria, tiene que ser tomada a través de un procedimiento formal y por una instancia que no participe en la lucha política actual y que sea, por lo tanto, independiente.

### 3.2. Disposición a tomar decisiones políticas desde los intereses comunes de todos

La efectividad de este *ethos* democrático afecta a uno de los componentes de los presupuestos éticos de la democracia: se refiere a los fundamentos y al procedimiento de formación de la voluntad democrática. Pero junto a él hay que incluir además una determinada orientación ética que se refiere al contenido mismo de las decisiones que han de tomarse a través de la vía democrática.

#### a) La referencia normativa de las decisiones políticas

Esta orientación no puede reducirse en un sentido primario al interés propio de uno mismo o a la utilidad individual. Los ciudadanos ejercen sus derechos democráticos con el fin de determinar conjuntamente las decisiones correctas y necesarias para la ordenación de la vida en común de todos, esto es, lo hacen en un sentido racional. Actúan, pues, no como meros titulares de intereses personales, sino como miembros del pueblo (ciudadanos del Estado) con

142. También pueden producirse deformaciones por parte de los ciudadanos, por ejemplo cuando a causa de la inscripción de varios domicilios se obtiene y se utiliza un doble derecho de sufragio en las elecciones estatales o federales. Ahí se produce una clamorosa ruptura de la igualdad democrática.

responsabilidad cara al todo social y político. Y si en estas decisiones de lo que se trata es de establecer los presupuestos y el marco desde los que se pueden perseguir los propios intereses y la propia utilidad, en tal caso no es posible tomar como patrón estos mismos intereses o utilidad, como si pudiera suponerse que a partir de ellos se establece el orden general de un modo autorregulativo. Antes bien, resulta necesaria la existencia de una orientación normativa superior, cuyos objetivos son precisamente la delimitación y el equilibrio de intereses y pretensiones divergentes, la solución de los conflictos de intereses y sobre todo los presupuestos comunes de una vida en común ordenada.

De un modo específico esta orientación se presenta como ineludible en las circunstancias propias de la sociedad industrial actual. En una amplia proporción, la sociedad actual no puede caracterizarse como un sistema autorregulativo, sino que necesita de una coordinación, de una integración y de una regulación del equilibrio que viene de fuera; no se caracteriza tampoco por un equilibrio de intereses, y por ello es necesaria la existencia de contrapesos sociales y de regulaciones tendentes a la redistribución que no pueden surgir desde ella misma<sup>143</sup>. Durante mucho tiempo al aludir a esta orientación se ha utilizado el término de bien común. Pero aunque en esencia designe algo correcto, este concepto ha caído en descrédito después de que se utilizara de manera deformada en la etapa nacionalsocialista y de que se haya abusado de él ideológicamente. Desde un enfoque actual, y sin segundas, se podría hablar de «interés común de todos» o de «demandas de la generalidad de los ciudadanos».

Esta orientación normativa no quiere decir simplemente que haya que olvidar los propios intereses y necesidades. Solo significa que los intereses tienen que implicarse en un proceso de mediación tendente a lo general, y que este proceso tiene un punto de referencia más amplio, que va más allá de esos intereses y necesidades. En él tienen derecho a estar presentes los intereses propios, pero incluye además el equilibrio necesario entre ellos y, sobre todo, aquellos presupuestos y condiciones-marco comunes de tipo jurídico, político y socio-económico que preceden a la actividad libre, a la persecución de intereses individuales, y la hacen posible. Representan el interés común de todos los ciudadanos.

143. Vid. M. Drath, voz «Staat 1», en *Evangelisches Staatslexikon*, 3<sup>1987</sup>, cols. 3306 ss.

- b) La actualización de la referencia normativa en los ciudadanos y en los dirigentes políticos

La actualización de esta referencia normativa se plantea de forma diferente para los ciudadanos y para las personas que ejercen la dirección política (representantes). Para los ciudadanos, se trata de que en las elecciones y las votaciones orienten sus decisiones según la referencia normativa indicada. Se trata, pues, de que participen en ellas ciertamente como «ciudadanos interesados» (Drath), pero, además, de que vayan más lejos y actúen con responsabilidad cara a las exigencias del todo, tal como ellos lo vean, y que, de este modo, actualicen en sí mismos al *citoyen* y no solo al *homme*<sup>144</sup>.

Por el contrario, para los dirigentes políticos, en tanto representantes, esta exigencia se plantea en el sentido de que se comporten y actúen como dignos de confianza, es decir, como alguien que defiende y representa no solo los diferentes intereses y necesidades, sino también su mediación con lo general, su mediación con las condiciones-marco necesarias para la convivencia política de la comunidad<sup>145</sup>; y, si se hace así, esto provoca una respuesta correspondiente en los ciudadanos.

144. Las dificultades que plantea esto no pueden ser ignoradas. En la sociedad moderna, como sociedad burguesa basada en la apropiación (y hoy bajo la forma de la sociedad industrial), como lo planteó Marx correctamente, el punto de partida y la unidad básica es el individuo no como *citoyen* integrado y vinculado políticamente, sino como *homme* «natural», libre para la persecución autónoma de sus propios intereses y equipado con derechos fundamentales liberales (cf. K. Marx, *La cuestión judía*). Esto determina su forma de pensar y acuña la construcción y los objetivos de la formación de la voluntad política, tanto más cuanto que, como se presupone hoy de modo general, la legitimación del Estado solo se acepta como basada «en la voluntad de los hombres» (cf. el Preámbulo del proyecto constitucional de Herrenchiemsee). La orientación hacia lo general tiene aquí que desarrollarse con dificultad, pues no encuentra base y apoyo desde un principio en la conciencia general; se ve sometida además al peligro de mantenerse como algo abstracto y meramente postulado, porque apenas puede plantearse institucionalmente de forma gradual y concreta, sino que se concentra casi por entero en los actos electorales que se producen cada cuatro o cinco años y en las confrontaciones políticas que preceden a estas. Supone una exigencia excesiva para el ciudadano el que en el día electoral se vea elevado a la condición de ciudadano del Estado, cuando en lo demás puede y ha de actuar siempre como «ciudadano interesado», y constantemente se le trata y se le evoca como tal. También la orientación hacia lo general, si es que puede ser algo real, necesita de ejercicio y experiencia, de una conformación gradual a través del ejercicio concreto de responsabilidades.

145. Sobre la necesidad y el contenido de una representación democrática de este tipo, que es imprescindible para cualquier democracia, *vid.* «Democracia y representación», *infra*, pp. 133 ss.

En este caso lo decisivo es que se presenten con claridad a los ciudadanos las cuestiones que se plantean en su acción representativa. Pues forma parte de la existencia política de la ciudadanía activa el que, para que esta pueda dar a su voluntad una expresión concreta y determinada, se le hayan hecho previamente propuestas y que estas hayan calado<sup>146</sup>. Si los dirigentes políticos no ofrecen estos planteamientos, si no tienen el coraje suficiente y orientan sus propuestas solo y primariamente de acuerdo con los intereses individuales de los electores o de los grupos electorales, los ciudadanos no tienen la posibilidad de obrar de otra forma, esto es, no tienen la posibilidad de orientarse según los intereses de la generalidad. La responsabilidad de que se logre que la democracia funcione desde sus presupuestos éticos corresponde por tanto en primer término a los grupos que ejercen la dirección política, a los representantes legitimados democráticamente<sup>147</sup>.

#### IV. LA RELACIÓN DE LA DEMOCRACIA CON EL ESTADO DE DERECHO, LA FORMA REPUBLICANA Y EL ESTADO SOCIAL

La democracia como forma de Estado y de Gobierno no es el único principio que configura el ordenamiento constitucional de la República Federal de Alemania. Junto a él se encuentran —como principios conformadores y determinantes— el principio del Estado de Derecho (art. 20.3 en conexión con el art. 28.1 LF), la decisión en favor de la forma republicana (art. 20.1 en relación con art. 28.1 LF) y el principio del Estado social (arts. 20.1 y 28.1 LF).

Y, enlazando con ello, surge la pregunta de en qué relación se encuentran estos principios entre sí, tanto desde un punto de vista material como jurídico. ¿Apunta su contenido en la misma dirección o más bien en sentidos contrapuestos? ¿Se condicionan o se equilibran recíprocamente? ¿Existe entre ellos una relación de jerarquía? Solo si se da una respuesta clara a estas cuestiones es posible entender qué significa que se hable de la República Federal y de su ordenamiento constitucional como de una «Democracia con Estado de Derecho y Estado social» o como de un Estado de Derecho republicano, democrático y social (art. 28.1 LF).

146. E. Kaufmann, *Zur Problematik des Volkswillens*, 1931, pp. 272, especialmente 275 ss.; C. Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., pp. 277 s.

147. E. W. Böckenförde, «Demokratische Willensbildung und Repräsentation», en *HdbStR* II, 1987, apdo. 30, p. 42.

## 1. Democracia y Estado de Derecho

De acuerdo con su contenido, la democracia y el Estado de Derecho no operan ni en sentido coincidente ni contrapuesto, sino que responden a una finalidad diferenciada. Se encuentran por lo tanto en una relación que se caracteriza tanto por poseer rasgos comunes como elementos que se oponen<sup>148</sup>.

### 1.1. Los rasgos diferenciales de la democracia y el Estado de Derecho

La democracia responde a la pregunta de quién es el portador y el titular del poder que ejerce el dominio estatal, no a la de cuál es su contenido; y, por lo tanto, se refiere a la formación, a la legitimación y al control de los órganos que ejercen el poder organizado del Estado y que llevan a cabo las tareas encomendadas a este. Es así un principio configurador de carácter orgánico y formal<sup>149</sup>.

El Estado de Derecho, por el contrario, responde a la cuestión del contenido, del ámbito y del modo de proceder de la actividad estatal. Tiende a la limitación y vinculación del poder del Estado, con el fin de garantizar la libertad individual y social —particularmente mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales, la legalidad de la Administración y la protección jurídica a través de tribunales independientes<sup>150</sup>—, y en esa medida es un principio configurador de naturaleza material y procedimental.

Pero solo de la conexión entre ambos principios surge el Estado de Derecho democrático que prevé la Ley Fundamental. En consecuencia no se puede excluir que exista un vector común en el que confluyen postulados de la democracia y del Estado de Derecho, y en virtud del cual ambos se encuentran engranados; de ahí

148. Una perspectiva general sobre el Estado de Derecho en el sentido en que se recoge en la Ley Fundamental puede encontrarse en E. Schmidt-Aßmann, «Der Rechtsstaat», en *HdbStR* I, 1987, apdo. 24.

149. *Vid. supra*, pp. 55 ss. y 76-81 ss.

150. E. Schmidt-Aßmann, «Der Rechtsstaat», cit., apdo. 24 y especialmente núm. marg. 33 ss. Sobre el desarrollo histórico del concepto del Estado de Derecho, y específicamente sobre la secuencia que va del Estado de Derecho como concepto referido a una «especie» nueva de Estado hasta el concepto formal y material del Estado de Derecho, *vid.* «Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho», *supra*, pp. 17 ss.; ver además U. Scheuner, «Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland» [1960], en Íd., *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, pp. 185 ss.

que entre democracia y Estado de Derecho exista una afinidad (limitada).

Por lo que se refiere a su realización, el Estado de Derecho no está vinculado de una forma necesaria a la democracia; puede estar presente también en otras formas de Estado, como ocurrió en la Monarquía constitucional alemana del siglo XIX. Y, en sentido inverso, no toda democracia es ya por sí misma una democracia con Estado de Derecho, una democracia constitucional. La medida en que una democracia pueda serlo es algo que depende del tipo y de la cantidad de obligaciones y limitaciones propias del Estado de Derecho que se incorporen en ella<sup>151</sup>.

El concepto de democracia, tal y como se ha desarrollado en Estados Unidos, se orienta desde un principio hacia una forma liberal de democracia basada en los derechos de los individuos. Y esto depende, y no en último extremo, de las condiciones específicas del nacimiento de la democracia americana: esta se construyó a partir del rechazo de los abusos del gobierno de la madre patria inglesa sobre la «libertad y propiedad» de los habitantes de los Estados de Nueva Inglaterra, y no a través de luchas políticas dentro de estos Estados. De acuerdo con ello —y en estrecha conexión con las ideas de John Locke ampliamente operantes entonces— solo se estableció un *government* con la función de garantizar y asegurar aquello que se consideraba como derechos naturales ya dados de los individuos.

Tampoco se llegó a instaurar aquí ese poder del Estado dotado de carácter soberano, y situado por encima de la tradición jurídica, que se fue imponiendo en Europa. En realidad esto no fue necesario, pues a diferencia de lo que ocurrió en las democracias burguesas de Europa, aquí no hubo que imponer ni asegurar ningún tipo de reforma social y política contra la resistencia de los estratos hasta ese momento privilegiados, y tampoco tenían que hacer frente a las complicaciones que derivan de las relaciones exteriores con otros Estados<sup>152</sup>. Así pues, este concepto de democracia no puede trasladarse sin más a la idea y práctica del Estado que surge en la tradición de la Europa continen-

151. Fundamental aquí W. Kägi, «Demokratie und Rechtsstaat. Antinomie und Synthese», en *FG für Z. Giacometti*, 1953, pp. 107 ss.

152. *Vid. supra*, pp. 48 ss., y D. Grimm, «Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition», en *Id.*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, pp. 53, especialmente 66 s.

tal, y que está siempre imbricada con la cuestión de la soberanía, y aún lo está hoy.

## 1.2. Rasgos comunes a la democracia y el Estado de Derecho

Existe un campo en el que la democracia y el Estado de Derecho se solapan y cubren el mismo contenido: es el del grado en el que ambos se refieren a la libertad de los ciudadanos —aunque lo hagan con fines diferentes—. En la democracia esto se pone de manifiesto en lo que atañe a los derechos de la libertad democrática (libertad de opinión, prensa, información, reunión y asociación), que constituyen un soporte imprescindible de la libertad de participación democrática<sup>153</sup>. Ahora bien, estos derechos de libertad son también fin y contenido del Estado de Derecho, aunque no lo sean desde luego como referidos específicamente a la formación democrática de la voluntad política, sino desde el punto de vista general del *status* de libertad de los ciudadanos<sup>154</sup>. Los derechos de libertad democrática constituyen así un vector común entre democracia y Estado de Derecho, son un nexo de unión decisivo entre ambos. Y al mismo tiempo ponen de relieve en qué se distinguen democracia y dictadura (de la mayoría), y cómo la democracia misma se revela como vinculada a la libertad, incluso y precisamente como principio formal de organización.

No obstante, a pesar de representar un nexo de unión entre democracia y Estado de Derecho, los derechos democráticos de libertad han de entenderse como derechos fundamentales de carácter unitario. No les corresponde, en ese sentido, un doble contenido, divergente según sea la dirección en la que se apliquen, sino más bien una doble función. Y esta se desarrolla sobre la base del contenido (unitario) que tienen como derechos de libertad<sup>155</sup>.

153. *Vid. supra*, pp. 78 ss.

154. Chr. Starck, «Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee», cit., apdo. 29, núm. marg. 2 ss.; E. Schmidt-Assmann, «Der Rechtsstaat», cit., apdo. 24, núm. marg. 31 s.

155. El que se definan de un modo diferenciado los límites de los derechos de libertad según los fines a los que responde el uso de la libertad es algo problemático y que afecta negativamente a la identidad de estos derechos. Cf. *BverfGE* 7, 198 (112) (*Lüth-Urteil*) y 34, 269 (283) (Caso Soraya); U. Diederichsen y P. Marburger, «Die Haftung für Demonstrationsschäden», en *NJW*, 1970, pp. 777, especialmente 781; A. Dietel y K. Gintzel, *Demonstrations- und Versammlungsfreiheit. Kommentar*, 81985, apdo. 15, núm. marg. 50. *Vid.* especialmente el análisis del problema de H. H. Klein, «Öffentliche und private Freiheit»: *Der Staat* 10 (1971), pp. 164 ss.

## 1.3. La conexión entre democracia y Estado de Derecho

## a) La vinculación de la división de los poderes al principio democrático

La relativización del poder del Estado, a la que tiende el Estado de Derecho a través de la forma en que articula los poderes<sup>156</sup>, encuentra sus límites en la vigencia del principio democrático: este exige una legitimación democrática para todo ejercicio del poder del Estado, esto es, exige que proceda del pueblo y que pueda retrotraerse a él (art. 20.2.1 LF). En consecuencia la articulación de los poderes ha perdido el fin que tuvo en su origen, tal y como aparecía en Montesquieu e incluso todavía en el siglo XIX<sup>157</sup>, es decir, el de establecer una distribución política del poder entre las distintas fuerzas político-sociales, y en consecuencia ha de replantearse como una articulación de funciones.

El principio de la división de poderes no aparece como algo opuesto al principio democrático, como un criterio de legitimación propio e independiente para el ejercicio del poder del Estado, de tal modo que fuera necesario llegar a un equilibrio entre ambos. Antes bien sus efectos solo se despliegan dentro del principio democrático y en su terreno.

En caso contrario, el legislador constitucional tendría que haber previsto esta concurrencia de criterios de legitimación, y la forma en que está redactado el artículo 20.2 LF no lo refleja así: en él se expresa precisamente que el principio de la división de poderes no puede hacerse valer en oposición y en competencia con el principio democrático, sino precisamente tomando a este como marco y como base. Es solo el pueblo el que ejerce el poder del Estado a través de los denominados «órganos específicos» que actúan como órganos suyos<sup>158</sup>. La división de poderes se ha concebi-

156. Vid. también E. Schmidt-Assmann, «Der Rechtsstaat», cit., apdo. 24, núm. marg. 46 ss.

157. Sobre Montesquieu en este sentido U. Lange, «Teilung und Trennung der Gewalten bei Montesquieu»: *Der Staat* 19 (1980), pp. 213 ss. Sobre la teoría del (derecho del) Estado del siglo XIX H. Fenske, voz «Gewaltenteilung», en O. Brunner, W. Conze y R. Koselleck (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe* II, 1975, pp. 923 ss., especialmente 945 ss., así como H. Boldt, *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, 1975, pp. 91 ss.

158. R. Herzog, señala acertadamente (en Comentario II al art. 20, núm. marg. 52, en Maunz y Dürig, *op. cit.*) que el artículo 20.2 LF es una «regulación plena», que vale sin la posibilidad de excepciones (además la constitución lo establece

do y planteado aquí, pues, como una articulación de funciones y, en consecuencia, no existe ningún título jurídico que permita que algunos ámbitos del ejercicio del poder del Estado se liberen de la exigencia de la legitimación democrática. Y esta idea está en consonancia también con la tradición constitucional del principio democrático<sup>159</sup>.

Estas afirmaciones no suponen que se olvide el efecto de limitación y moderación que corresponde al principio de la división de poderes. Solo quiere decir que este principio tiene que imbricarse en la estructura de la constitución democrática, en vez de hacerse valer contra ella. El objetivo de la articulación de los poderes, tal como se establece en la Ley Fundamental, no consiste en organizar de una determinada manera o en establecer contrapesos para un tipo cualquiera de poder del Estado, sino en hacerlo para un poder del Estado legitimado y constituido democráticamente, y de esta forma conseguir establecer un sistema de *checks and balances* sobre la base del principio democrático<sup>160</sup>.

La orientación funcional de la articulación de los poderes y su relación con el principio democrático tienen un significado práctico de especial relevancia. La orientación funcional excluye que la ocupación por personas de cada uno de los poderes pueda considerarse como una tarea que les corresponde y que se ejerce por ellos de modo autónomo, es decir, al margen de la legitimación y la responsabilidad democrática. Y esto tiene una especial importancia en la cuestión de la incorporación de personas al poder judicial<sup>161</sup>. Pues de otra forma las competencias de decisión que residen en las funciones separadas se independizarían como ámbitos de

expresamente), sin que sea solo una regulación de principio abierta y necesitada de concreción (*vid.* especialmente núm. marg. 37).

159. Esta tradición tiene su inicio en el artículo 3 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation; nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément». Y se mantiene en el Título III, artículos I-III de la Constitución francesa de 1791, en el artículo 25 de la Constitución belga de 1831, y en los artículos 18 y 19 de la Constitución francesa de 1848. Menos expresa es su plasmación en los artículos 1, 2 y 5 de la Constitución de Weimar.

160. No es, pues, inconsecuente que en H. V. Mangoldt y F. Klein (*Das Bonner Grundgesetz* I, 1956, nota al art. 20, pp. 598 s.) se trate a la división de poderes en el marco y como concreción de la democracia, no separada de ella como elemento del Estado de Derecho. Roman Herzog (*Allgemeine Staatslehre*, cit.) lo analiza sin que forme parte del principio del Estado de Derecho.

161. Más detalladamente E. W. Böckenförde, *Verfassungsfragen der Richterwahl*, cit., pp. 65 s., 68 s.

poder político autónomos en manos de determinados grupos, estratos, etc.

Su relación con el principio democrático excluye que, desde el punto de vista de la distribución política de los poderes, las fuerzas sociales y los grupos de poder políticamente relevantes, como sindicatos, empresarios, iglesias, prensa, asociaciones económicas, funcionarios, etc., se conviertan por sí mismos en partícipes del poder de decisión del Estado. Con ello se perdería la unidad del poder del Estado que se establece y constituye democráticamente en favor de un neocorporativismo político<sup>162</sup>.

No obstante, de esta forma queda sin resolver en su aspecto esencial el problema de la influencia dominante de los partidos políticos en las funciones del Estado<sup>163</sup>. Esta influencia no es como tal algo contrario al principio democrático, pues los partidos políticos se presentan por su parte como mediadores de la voluntad del pueblo y logran su capacidad de influir solo según el apoyo que encuentren en los electores. Pero tiene el efecto de socavar la idea fundamental de la división de poderes, esto es, la de una separación y equilibrio entre los diferentes poderes.

Ahora bien, si hay voluntad para ello, este efecto negativo puede ciertamente ser evitado con el mismo principio democrático. Baste aquí señalar el significado que para la división de poderes tienen las consultas y decisiones directas del pueblo como instrumento para equilibrar y controlar el poder de los partidos, o bien la elección popular directa de cargos de la Administración, tal como se ha practicado con buenos resultados (en Baviera y Baden-Württemberg). Otro ejemplo que podría citarse sería el de hacer efectivas las prescripciones jurídicas, muchas veces no respetadas, a las que está sometida la política de personal en materia de funcionarios y jueces a tenor del artículo 33.2 LF, mediante la admisión de las correspondientes reclamaciones contra la ilegalidad de la concurrencia con los que solicitan el traslado.

162. En el ordenamiento constitucional de la República Federal de Alemania se plantea sin embargo un problema de importancia que tiene su base en la identificación parcial entre Estado y economía, y que es consecuencia de las tareas derivadas de la garantía del Estado social que se plantean al Estado actual. Cf. E. W. Böckenförde, «Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie», en *Staat, Verfassung und Demokratie*, cit.

163. Cf. W. Weber, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 1970, pp. 36 ss., así como las ponencias de M. Stolleis, H. Schäffer y R. A. Rhinow, «Parteienstaatlichkeit – Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaates?», en *VVDStRL* 44 (1986), pp. 7 ss., 46 ss., 83 ss.

b) Limitación de la democracia por las garantías del Estado de Derecho

Las garantías del Estado de Derecho, tales como el reconocimiento de derechos fundamentales de tipo material y procesal<sup>164</sup>, la garantía de terminadas formas de organización y tipos de procedimiento, la separación de la legislación y la ejecución de la ley, o la prohibición de la retroactividad, entre otras, no solo configuran de un modo más preciso el poder de decisión del Estado legitimado democráticamente, es decir, no solo lo ajustan a un orden y le dan forma, sino que además lo vinculan y limitan en cuanto a su contenido y alcance. La Ley Fundamental ha reforzado expresamente estas vinculaciones y limitaciones al hacerlas valer también para el legislador (art. 1.3 LF), y al hacer que puedan ser exigidas judicialmente a través del control constitucional de normas (arts. 93.1.2 y 100 LF) y del recurso de amparo constitucional (art. 93.1.4 a LF). La democracia se convierte así en una democracia «moderada», limitada y equilibrada a través del Estado de Derecho.

Las vinculaciones y limitaciones del poder del Estado procedentes del Estado de Derecho están ya contenidas en parte en el principio democrático, en la medida en que los derechos de libertad e igualdad democráticos son condiciones constitutivas de la democracia misma<sup>165</sup>. Pero, más allá de esto, estos derechos representan auténticas limitaciones para el poder político que ejerce el dominio constituido democráticamente. Esto resulta particularmente evidente en el supuesto de los derechos fundamentales que afectan a los ámbitos de la libertad personal y social (como por ejemplo los arts. 4 y 6.2-4 LF), a la ordenación de la vida económica y social, así como a los supuestos regulados en los artículos 14 y 12 y —con algunos límites— el artículo 9 LF, e incluso a las garantías institucionales, como por ejemplo la del funcionariado (art. 33.5 LF). La voluntad de configuración política, a pesar de su legitimación democrática, encuentra en ellos límites y medida. Y esto vale en todo caso en tanto los derechos fundamentales y las garantías análogas a estos se entienden y se aplican primariamente, o incluso como mandatos del Estado de Derecho, con el significado de derechos de defensa que cumplen una función delimitadora frente a las injerencias del poder del Estado.

164. E. W. Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation» [1974], en *Staat, Verfassung und Demokratie*, cit., pp. 117 ss.

165. *Vid. supra*, pp. 121 ss.

En la medida en que el poder político de decisión legitimado democráticamente se ve limitado por esta vinculación del ámbito competencial al Estado de Derecho, la libertad de los ciudadanos se ve afianzada, por así decirlo, en una doble dirección<sup>166</sup>. Por una parte todas las decisiones que toma y puede tomar el Estado tienen que poder retrotraerse a la libertad de participación democrática que corresponde a los ciudadanos como miembros de la comunidad estatal, y tienen que legitimarse a partir de ella. Y, por otra parte, el poder de decisión del Estado como tal tiene limitaciones a las que está sometido en favor de la libertad de los individuos —con independencia de su organización democrática—. Si no se respetan estas limitaciones apelando al carácter democrático del poder de decisión del Estado, que implica en sí mismo la cooperación de los ciudadanos, la libertad se reduce entonces a la mera libertad de participación democrática. Y en tal caso ya solo existiría como libertad en el proceso democrático, pero no como libertad frente a este proceso; el individuo se convertiría por entero y únicamente en un eslabón de la comunidad político-democrática o bien del colectivo democrático.

## 2. *Democracia y República*

La relación de la democracia con el principio de la forma republicana del Estado es diferente dependiendo de si el concepto de República se entiende en un sentido formal o material.

### 2.1. El concepto formal de República y la democracia

Como concepto formal, la República se define por su oposición a la Monarquía<sup>167</sup>. El Estado como República se caracteriza por el hecho de que se define negativamente frente a la Monarquía. Y esta oposición tiene su origen en Maquiavelo cuando, al introducir el término de República como concepto político del Derecho del Estado<sup>168</sup>, se refiere con él por igual al titular del poder del Estado.

166. *Vid.* con mas detalle, y bajo el punto de vista de la distinción entre Estado y sociedad vinculado a las garantías del Estado de Derecho, E. W. Böckenförde, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*, 1973, pp. 35 s.

167. *Vid.* también W. Henke, «Die Republik» en *HdbStR* I, 1987, apdo. 21, núm. marg. 7.

168. N. Machiavelli, *Il principe* [1513], caps. 1 y 2.

y al jefe del Estado. En la historia política de la época el monarca era al mismo tiempo titular del poder del Estado y del Gobierno así como jefe del Estado. Pero el contenido de este concepto se ha restringido con el desarrollo hacia la democracia, en el que se hizo posible la existencia de configuraciones distintas de la Monarquía como forma externa del Estado. El concepto de República se vincula hoy solo al de la Jefatura del Estado y a la forma exterior del Estado que aquella condiciona<sup>169</sup>.

De acuerdo con esta definición, entre democracia y principio republicano no se da una relación de competencia ni son algo idéntico; afectan a cosas distintas, sin que sus contenidos se entremezclen. La decisión en favor de la forma republicana del Estado que se recoge en el artículo 20.1 LF prescribe para la República Federal de Alemania (y a través del art. 28.1 LF) una Jefatura del Estado no monárquica. El principio democrático no se ve afectado ni reforzado con ello, pues la República en este sentido podría configurarse también como una aristocracia o como una democracia popular bajo la forma de una dictadura del proletariado. Por el contrario, sí se excluye con él la posibilidad de una democracia con «un vértice monárquico», como existe hoy por ejemplo en Gran Bretaña o en los Estados escandinavos.

## 2.2. El concepto material de República y la democracia

En la discusión jurídico pública de los últimos años, sin embargo, el concepto de República se utiliza y se define en un sentido material<sup>170</sup>. La clave de esta definición —defendida por Cicerón, y más tarde acentuada sobre todo por Kant— es la idea de que el Estado es una comunidad pública (*res publica*): en ella el dominio no debe ejercerse según los intereses de los individuos o de un determinado grupo, sino en razón de lo que es mejor para la comunidad<sup>171</sup>; además la constitución del Estado se comprende como una ordenación de los cargos públicos a través de la ley —sobre la base de la libertad e igualdad de los ciudadanos—, con tareas y competencias específicamente circunscritas, y en la que no se ejerce un dominio personal sino que se persiguen objetivos en interés del orden y la libertad en la vida en común; finalmente, implica una forma corres-

169. R. Herzog, *Allgemeine Staatslehre*, cit., comentario III, núm. marg. 5 ss.

170. W. Henke, «Die Republik», cit., apdo. 21, núm. marg. 8 ss.

171. *Vid.* entre otros J. Isensee, «Republik – Sinnpotential eines Begriffs», en *JZ* 1981, pp. 249 ss.

pondiente de entender el Estado como *res publica* por parte de los ciudadanos.

La República aparece aquí propiamente no como forma de Estado, sino como una especie nueva de Estado (como régimen político); el concepto opuesto no es ya la Monarquía, sino el despotismo o el dominio de algún grupo. Se refiere, pues, a la razón de ser misma del dominio del Estado, al principio que conforma su contenido y a su configuración concreta de acuerdo con este principio. En este concepto de República están incluidos —relativizando la forma de Estado— elementos del Estado de Derecho, pero, más allá de esto, tiene la función de establecer una orientación normativa para la finalidad de la acción del Estado. Y en este sentido la democracia puede y debería ser republicana, pero no tiene que serlo para que sea democracia.

Este concepto material de República no es un concepto propio de la dogmática del Derecho del Estado, sino más bien un concepto de la teoría del Estado. No se utiliza ni se establece como tal en la Ley Fundamental, y de modo específico este contenido no puede situarse como la base desde la que han de interpretarse los artículos 20.1 y 28.1 LF, porque en ellos el término republicano se entiende y se utiliza en un sentido formal. Por lo tanto no cabrá extraer de él consecuencias jurídicas adicionales, a no ser que estén ya normadas en algún otro precepto de la Constitución. Jurídicamente solo se puede utilizar como un concepto que sistematiza *ex post* aquellos elementos configuradores establecidos en otro lugar<sup>172</sup>.

### 3. *Democracia y Estado social*

El principio del Estado social no se refiere a elementos estructurales de tipo institucional o legitimador, ni tampoco a garantías delimitadoras, como las que están incluidas en el principio del Estado de Derecho. Se plantea más bien como un fin del Estado y como un mandato de acción para los órganos del Estado<sup>173</sup>, que se orienta hacia la desaparición del antagonismo y la desigualdad social en

172. Sobre la distinción entre conceptos capaces de una sistematización *ex post* y conceptos normativos fundamentales, que aparecen en la Constitución misma como expresión de las decisiones normativas fundamentales del legislador constituyente y que por tanto son susceptibles de una concreción ulterior, y, en su caso, diferente en atención a las diversas circunstancias político sociales, *vid.* E. W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, <sup>2</sup>1981, p. 388, nota 44.

173. H. F. Zacher, «Das soziale Staatsziel», en *HdbStR* I, 1987, apdo. 25.

la sociedad, así como a asegurar para todos los supuestos sociales imprescindibles para la realización de la libertad. Forman parte de él, pues, el equilibrio social y la redistribución social, así como la garantía de un mínimo en la participación en los bienes necesarios para la vida<sup>174</sup>. La relación de la democracia con el Estado social se determina desde este contenido.

### 3.1. La democracia como impulsora de la realización y ampliación del mandato de acción contenido en el Estado social

Entre la democracia y el Estado social no existe una relación de equilibrio o de limitación recíproca, sino una relación unilateral de impulso y apoyo que parte de la democracia. En la medida en que en la democracia la formación de la voluntad política se basa en la igualdad política de todos los ciudadanos y, con ello, en el derecho de sufragio general e igual así como en una competencia continua y abierta por el liderazgo político<sup>175</sup>, está dada la posibilidad de que los problemas e intereses sociales se conviertan en cuestiones políticas y sean así los temas sobre los que se centra la confrontación política. Esta posibilidad se vuelve políticamente ineludible allí donde la desigualdad social existe en una medida relevante, donde los afectados por ella no constituyen solo una pequeña parte de la población y sin relevancia para la lucha por la mayoría. El Estado social aparece de esta forma como una consecuencia política que deriva de la lógica objetiva de la democracia<sup>176</sup>.

La afinidad entre la democracia y el Estado social tiene como consecuencia un aumento de las tareas del Estado en las que se pone de manifiesto la efectividad del empuje de lo social. El contenido de los mandatos de acción del Estado social se amplía más allá de la defensa frente a situaciones sociales de necesidad y seguridad cara a los riesgos sociales existenciales, que fue su fin originario, y abarca también, impulsado por expectativas crecientes, la defensa y protección frente a riesgos sociales normales así como la

174. Esta idea básica del Estado social se formuló y justificó ya tempranamente en el movimiento social del siglo XIX: «La libertad solo es una libertad real en la medida en que incluye sus propias condiciones, los bienes materiales y espirituales como presupuesto de la autodeterminación» (L. von Stein, *Geschichte der sozialen Bewegung...*, cit., p. 104).

175. *Vid. supra*, pp. 82 s. y 89 ss.

176. También esto fue anticipado en el siglo XIX por L. von Stein. Cf. su idea de la «democracia social» en *Geschichte der sozialen Bewegung...*, cit., pp. 206 s.

garantía de que se mantenga o aumente el nivel de vida. Esto lleva a un cambio de signo en la actividad del Estado, que pasa de ser meramente represiva, esto es, dirigida a la defensa frente a perturbaciones, a asumir un carácter preventivo, esto es, a orientarse según fines positivos, cosa que lleva en sí la necesidad de suprimir límites y de orientarse según lo que es deseable. Al término de este desarrollo puede encontrarse un «Estado cuantitativamente total surgido de la debilidad», que asume de forma creciente más tareas sociales y se encarga de ellas porque (ya) no tiene fuerza política para rechazarlas como tareas del Estado<sup>177</sup>.

Otro problema que se plantea en la ampliación de la actividad social del Estado es el de la consiguiente dependencia del Estado respecto de una economía expansiva, cuya aportación (creciente) se hace imprescindible con el fin de obtener los recursos necesarios para la realización de las tareas de garantía del Estado social, sin tener que intervenir en la asignación de bienes vigente. Y esto conduce a una identificación parcial entre Estado y economía, y a que el poder y las posiciones de influencia económico-sociales se transformen en un poder (indirecto) de decisión política<sup>178</sup>.

### 3.2. La ausencia de límites para el mandato de acción del Estado social por parte de la democracia

El principio democrático abre políticamente la puerta a la realización del principio del Estado social, y en el fondo la hace necesaria, pero no contiene en sí mismo ninguna disposición legitimadora ni institucional que apunte a su posible limitación. Una limitación semejante solo puede producirse desde el punto de vista democrático a partir del consenso político necesario, al que están sometidas las decisiones que han de legitimarse democráticamente. Ahora bien, el consenso político democrático tiene sin embargo una tendencia no solo a ampliar los fines de la acción orientada hacia el Estado social, sino también a procurarse los medios necesarios para ello mediante un recurso progresivamente agotador al producto social o mediante intervenciones redistribuidoras en la asignación existente de los bienes.

177. La fórmula «quantitativ totaler Staat aus Schwäche», en C. Schmitt, «Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland» (1933), en Íd., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, pp. 359 ss., especialmente 361 s.; *vid.* también P. Koslowski, Ph. Kreuzer y R. Löw (eds.), *Chancen und Grenzen des Sozialstaates*, 1983.

178. Sobre ello más detalladamente E. W. Böckenförde, *Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände...*, cit., pp. 460-468.

Para resolver la cuestión de los límites y el equilibrio de las actividades y fines del Estado social solo se puede contar con la eficacia de las garantías del Estado de Derecho, y ello porque, y en la medida en que, estas delimitan el poder político de decisión legitimado democráticamente. En este terreno, junto al criterio de la proporcionalidad en relación con las limitaciones de las libertades jurídico-fundamentales, es decisiva sobre todo la garantía de la propiedad tal y como se recoge en el Estado de Derecho. El contenido y los límites que establece esta garantía determinan al mismo tiempo las posibilidades y los límites de esa acción del Estado social, que se orienta hacia el equilibrio social y la redistribución en la sociedad.

El modo, y también el alcance, de la coexistencia entre el Estado de Derecho y el Estado social dependen esencialmente de la medida en que el Estado de Derecho deje abierta la puerta a una intervención apropiadora sobre el producto social con cargo a prestaciones económicas públicas incluso con fines de redistribución<sup>179</sup>. Si ocurre así, el Estado social puede realizarse bajo la forma del Estado fiscal y puede asumir el incremento de su presupuesto como instrumento para la redistribución social. En relación con esta cuestión, resulta significativo que el Tribunal Constitucional, a lo largo de una jurisprudencia constante, tome como punto de partida que el objeto de la protección que se establece en el artículo 14 LF no es el patrimonio como tal, sino derechos singulares vinculados al patrimonio; y que, por lo tanto, el que se impongan obligaciones de aportación económica que no limiten o supriman tales derechos no afecta de modo fundamental a la garantía de la propiedad<sup>180</sup>. Y se ha mantenido en esta posición incluso a pesar de las opiniones en contra de la doctrina jurídica constitucional y fiscal<sup>181</sup>.

179. Fundamental aquí E. Forsthoff, «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats» [1954], en *Íd.*, *Rechtsstaatim Wandel*, <sup>2</sup>1976, pp. 65 ss., esp. 85 s.; K. Vogel, *HdbStR I*, 1987, apdo. 27, núm. marg. 69 ss.

180. *BverfGE* 4, 7 (17); 30, 250 (271 s.); 65, 196 (209); 72, 175 (193 ss.); 75, 108 (154).

181. *Vid.* entre otros P. Kirchhof y H. H. von Arnim, «Besteuerung und Eigentum»: *VVDStSL* 39 (1981), p. 213, especialmente 193 ss., 287, 299 ss.; P. Kirchhof, en P. Kirchhof y H. Söhn (eds.), *Einkommensteuergesetz. Kommentar*, 1987, núm. marg. 153 ss. sobre el apdo. 2.



## DEMOCRACIA Y REPRESENTACIÓN. CRÍTICA A LA DISCUSIÓN ACTUAL SOBRE LA DEMOCRACIA

En la actual discusión científica sobre la democracia hace falta menos discurso enfático sobre los derechos humanos, menos intentos de subsumirlo todo bajo su temática, y más observación pura y simple, más ajustarse a la realidad analizándola receptivamente en la teoría. Las consideraciones que siguen intentan responder a esta exigencia. Enlazan con una de las «dificultades» tradicionales de la teoría de la democracia: con la cuestión de en qué relación se encuentran la democracia y la representación. Cuando la representación aparece como una necesidad de la democracia, ¿significa en realidad un déficit de esta?, ¿o bien constituye por el contrario la representación un momento ineludible e irrenunciable de la democracia real y, en consecuencia, esta solo puede obtener su legitimidad a través de la práctica de la representación?

En una primera parte (I) quisiera hacer referencia a la esencia y al concepto de la democracia, en la parte segunda (II) a la representación en la democracia, y, a modo de conclusión, en la tercera parte (III) ofrecer algunas consideraciones sobre las dificultades actuales de la representación democrática.

### I. EL CONCEPTO DE DEMOCRACIA

#### 1. *La cuestión de la esencia de la democracia*

La pregunta por la esencia de la democracia tiene una respuesta ampliamente extendida: en esencia la democracia significa autogobierno del pueblo, decisión autónoma sobre sus propios asuntos.

No decide nadie que se contraponga al pueblo, revestido de alguna autoridad propia frente a él, sino que es el pueblo mismo, los ciudadanos, los que han de decidir. Y en consecuencia la democracia en sentido auténtico, pleno, es la democracia directa, la unidad (identidad) de gobernantes y gobernados. Kurt Eichenberger ha constatado que esta concepción de la democracia es también la más extendida y dominante en Suiza:

Lo que era y sigue siendo aún hoy la forma de Estado verdadera, auténtica, eficaz, la que hay que esforzarse por alcanzar, para el «hombre de calle»..., pero también para muchos miembros de la Administración e incluso para algunas orientaciones doctrinales, es la democracia directa. La definición de la democracia que propone C. Schmitt como «identidad de gobernantes y gobernados» es la expresión de lo que siente en su corazón el ciudadano medio suizo tanto del siglo XIX como del XX<sup>1</sup>.

Con independencia del grado efectivo de aceptación de que goza esta idea hay una serie de razones que prestan también plausibilidad teórica y legitimidad a esta concepción de la democracia directa o inmediata como la forma auténtica de la democracia. Tres de estas razones han de destacarse:

a) La tradición que deriva de la naturaleza de la democracia ateniense en la época clásica, esto es, en los siglos V y IV antes de Cristo. De acuerdo con esta tradición, la decisión sobre todas las cuestiones esenciales correspondía en Atenas a la Asamblea del pueblo, formada por todos los ciudadanos de pleno derecho. El dominio político estaba en sus manos bajo la forma de una democracia directa<sup>2</sup>.

b) La tesis de Rousseau, uno de los padres de la democracia moderna, de que la soberanía no es susceptible de transmisión, de que reside de forma inalienable en el pueblo. Rousseau define la soberanía del pueblo como algo inalienable y en consecuencia también como algo no susceptible de ser representado<sup>3</sup>.

1. K. Eichenberger, *Der Staat der Gegenwart*, Basel-Frankfurt a. M., 1980, p. 96.

2. Ver, por ejemplo, la descripción de la democracia ateniense que ofrece H. Kurz, *Volkssouveränität und Volksrepräsentation*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1965, pp. 28 ss. Sobre la composición de la población del Ática, de la cual un tercio o incluso un cuarto a lo sumo eran ciudadanos atenienses, *vid.* V. Ehrenberg, *Der Staat der Griechen*, Zürich-Stuttgart, <sup>2</sup>1965, pp. 37 ss.; T. Tarkianen, *Die athenische Demokratie*, München, 1972, pp. 48 s., 51 s.

3. J.-J. Rousseau, *Contrat Social*, Libro III, cap. 15.

c) El desafío de la Comuna de París en 1871 según la descripción de Marx, la cual aparece como ejemplo de un sistema de dominio democrático y autónomo que se realiza de forma directa. En Marx la Comuna no se entiende como un proceso de transformación revolucionaria del poder del Estado existente, que habría de mantenerse en cuanto tal; aparece más bien como una revolución contra el Estado mismo, orientada a la destrucción de «esta máquina abominable del dominio de clase» y a su sustitución por el dominio autónomo y directo del pueblo —la identidad entre gobernantes y gobernados<sup>4</sup>.

Estas claves promueven y ofrecen legitimación para un concepto de la democracia según el cual su esencia reside en el ejercicio autónomo y directo del dominio por parte del pueblo y sin salir de él, y no en la constitución de órganos de dirección del pueblo que actúan por sí mismos, esto es, que actúan para el pueblo y como pueblo, aunque sigan siendo responsables frente a él.

Desde este concepto de democracia, la democracia indirecta o representativa solo se justifica a base de argumentos puramente técnicos o de hecho: porque es inevitable dadas la amplitud del territorio de las comunidades políticas modernas y la elevada cifra de su población. Pero en este sentido, y en relación con la idea misma de la democracia, aparece como una forma inferior, como una «segunda vía» que no puede ocultar su déficit de verdadera democracia. Esta idea mantiene su vigencia dentro de la democracia indirecta representativa cuando se entiende que cualquier elemento de democracia directa que se incorpora a la articulación de sus órganos tiene una legitimidad mayor, representa «un plus de democracia». En este contexto, y en lo que se refiere a la configuración de los órganos, la tendencia es, si no a prescindir por entero de los elementos de representación y mediación, sí desde luego a restringirlos y minimizarlos.

Este concepto de la democracia constituye también en nuestros días el fundamento del movimiento en favor de una democracia de base. Para este movimiento la democracia significa participación desde abajo, participación de los individuos (como la base de los afectados) en todas las decisiones que les conciernen. Y se ve en ello también una vía para la solución del problema del dominio: de

4. K. Marx, «Erster Entwurf zum *Bürgerkrieg in Frankreich*», en K. Marx y F. Engels, *Werke XVII*, Berlin (Este), 1962, pp. 541 s.; Íd., *Der Bürgerkrieg in Frankreich*, *ibid.*, pp. 338 s.

lo que se trata es de su autosuperación, de una cancelación, en último extremo, del dominio. Está aquí en juego la «participación de todos los ciudadanos (afectados) en un proceso de decisión que se aclara a través de la discusión»<sup>5</sup>, y que por ello pierde su carácter de ejercicio del dominio.

## 2. *Crítica al concepto de la democracia directa y de la identidad*

En lo que sigue quisiera a someter a discusión crítica este concepto de la democracia que se ha expuesto aquí brevemente. La crítica se dirige contra la idea de que la democracia directa sea la forma auténtica de la democracia, y sostiene que dicha idea se basa en un concepto irreal de la democracia; irreal, por cierto, no solo en un sentido pragmático, porque no pueda realizarse en la práctica política, sino también en un sentido teórico. Esta tesis puede parecer demasiado exigente, y en consecuencia requiere una justificación más detallada.

a) Una primera razón para justificarla puede tomar pie en el análisis de las condiciones que afectan a la expresión y a la realización de la voluntad del pueblo. Cuando hablamos de la voluntad del pueblo, surge siempre la pregunta de si esta es algo que realmente existe, o si no se tratará más bien de una ficción. ¿Se puede hablar de la voluntad del pueblo como otra cosa que como una designación de un conjunto puramente ideal, que engloba a un gran número de voluntades individuales que son las únicas a las que se puede atribuir realidad? La experiencia confirma que algo así como la voluntad del pueblo existe, y es capaz de expresarse, como una magnitud real, y como una magnitud política real; pero confirma también que, en cuanto tal, no puede existir como algo separado e independiente de las voluntades individuales. Esta voluntad del pueblo es perceptible, por ejemplo, en la voluntad común de ser un pueblo, y de serlo en una voluntad que vive dentro de una pluralidad indeterminada; en la voluntad de pertenecer a un Estado común; en la voluntad de configurar y ordenar las condiciones sociales y políticas de la vida en común<sup>6</sup>.

Ahora bien, esta voluntad del pueblo tiene una naturaleza singular. Su peculiaridad consiste en que por sí misma es algo informe,

5. W. Euchner, «Demokratiethoretische Aspekte der politischen Ideengeschichte», en G. Kress y D. Senghaas, *Politikwissenschaft*, Frankfurt a. M., 1969, p. 45.

6. E. Kaufmann, *Zur Problematik des Volkswillens*, Berlin, 1921, ahora en U. Matz (ed.), *Grundprobleme der Demokratie*, Darmstadt, 1973, pp. 22 ss.

difuso, necesitado siempre de que se le dé forma. Contiene en sí posibilidades, pero son solo posibilidades de concreción que necesitan actualizarse. El que se convierta en algo efectivo depende de que se le pregunte. La dirección y la manera en que se concreta su actualización están determinadas por quién pregunta y de qué modo se pregunta; o, formulado de modo más expresivo: depende de cómo se le haga hablar. La voluntad del pueblo no existe como algo ya acabado en sí y que solo necesita ser evocado; antes bien, su determinación concreta se produce y actualiza con preguntas y modos de recabar información que en alguna medida prefiguraran ya su contenido. Esta voluntad del pueblo, que ha de articularse y determinarse, tiene, pues, necesariamente, el carácter de una respuesta<sup>7</sup>.

El ejemplo más claro de lo que acabamos de señalar puede encontrarse en la figura de las consultas populares. En el supuesto de una decisión popular se apela al pueblo para que tome una decisión vinculante, pero este decide sobre una cuestión que se le plantea desde fuera, esto es, desde otra instancia. El pueblo no puede influir sobre el contenido ni sobre la formulación de la pregunta; solo puede responder con un «sí» o un «no». El problema decisivo aquí es por lo tanto el del derecho a plantear la pregunta: ¿quién tiene el derecho a plantear una consulta al pueblo, en qué circunstancias, en qué momento y con qué formulación<sup>8</sup>?

Esta dependencia respecto de la clase de pregunta no afecta solo a las decisiones populares, sino que vale también, frente a la opinión que sostiene una amplia mayoría, para el derecho de petición del pueblo. Toda petición del pueblo depende de una iniciativa que la pone en marcha. Es esta la que establece el planteamiento de la petición popular. Y esta iniciativa es siempre asunto de unos pocos, ya sean personas individuales, ya sea un grupo determinado. La diferencia con la consulta popular reside solo en que en la petición popular el derecho a plantearla ya no se limita a uno o a algunos órganos estatales, sino que es libre. Y, en este sentido, al admitir las peticiones del pueblo se reconoce una posición potencial de poder político de

7. *Ibid.*, p. 26.

8. W. Weber, *Mittelbare und unmittelbare Demokratie*, 1959; Íd., *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, Berlin, 1970, pp. 185 s.: «Una votación popular es siempre una respuesta a una pregunta. El contenido de esta respuesta depende de forma decisiva de bajo qué circunstancias, sobre qué materia y de cómo se formule la pregunta al pueblo. Por ello la decisión sobre la realización de una consulta popular, sobre el momento, el objeto y el modo de hacerlo forma parte de las más relevantes funciones constitucionales».

importancia para un número determinado de ciudadanos o para grupos sociales, de lo que es buena muestra la práctica de la democracia a través de consultas populares en Suiza<sup>9</sup>.

b) El segundo de los argumentos en favor de la tesis propuesta toma pie en la discusión y en los resultados de la teoría pluralista de la democracia, tal y como se ha desarrollado esta de modo especial en los Estados Unidos<sup>10</sup>. La teoría pluralista de la democracia tomó la participación y la relevancia de los intereses generales como punto de partida y como modelo para el proceso de la formación de la voluntad política —cosa que en último extremo se corresponde con un enfoque vinculado a la democracia directa—. No obstante, la observación y el análisis empíricos llevaron ya entonces a constatar la existencia de una estructura basada en elites: solo determinadas elites agotan las posibilidades de participación dadas y articulan de esa forma sus intereses. Con ello alcanzan una posición de primacía en el proceso político, un proceso que se desarrolla en el nivel municipal no menos que en el estatal<sup>11</sup>.

Otro de sus resultados apuntaba a que la realización y la utilización del marco general de esa participación política basada en un pluralismo de intereses provoca una segmentación de la formación de la voluntad política<sup>12</sup>. Si los grupos de intereses dados son los factores determinantes y constitutivos de la formación de la voluntad política, entonces al proceso político le falta el espacio necesario para resolver los conflictos de carácter fundamental. Estos quedan desplazados, porque solo pueden articularse mediante una movilización del conjunto de los ciudadanos, y esta movilización conjunta entraría en contradicción con la articulación y la confrontación de los intereses específica en cada caso, haciendo saltar su sistema.

También para esta tesis puede ofrecerse una explicación aclaradora: tampoco el planteamiento de los conflictos de carácter fundamental, en los que todos se encuentran implicados, se hace

9. Vid. sobre ello por ejemplo L. Neidhart, *Plebiszit und pluralitäre Demokratie*, Bern, 1970; J. F. Aubert, «Le référendum populaire dans la révision total de 1972/74»: ZSR 93/1 (1974); K. Eichenberger, *Der Staat der Gegenwart*, cit., pp. 103 s.

10. Vid. R. W. Scharpf, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, Kronberg, 1975, pp. 29 ss., y epílogo.

11. Este era el importante resultado, en el marco de la teoría pluralista de la democracia, de la investigación de R. A. Dahl, *Who Governs? Democracy and Power in an American City*, New Haven, 1961.

12. Vid. F. W. Scharpf, *op. cit.*, pp. 48 ss.

por sí mismo, sino que necesita en cualquier caso de órganos de dirección que los propongan como preguntas y los formulen como problemas susceptibles de discusión y decisión. Ahora bien, esto plantea sus dificultades en un marco político de participación que se realiza sobre la base del pluralismo de intereses. La confrontación sobre y con conflictos de tipo fundamental no se enfrenta a uno u otro interés específicamente, sino que se entremezcla con estos intereses, y el resultado es que el potencial de disposición para articular estos conflictos políticamente se ve poco a poco absorbido y ahogado por aquellos.

La pregunta por la razón última a la que se debe esta situación conducía a la idea, documentada empíricamente, de que el interés en la participación política no tiene para los ciudadanos un carácter fundamental, en el sentido de que se superponga a y domine sobre todos los demás intereses. Más bien se da en competencia con otros intereses de los individuos, y esta situación de concurrencia es precisamente algo fundamental<sup>13</sup>. La vida de los individuos no se agota en la participación política, y tampoco tiene en ella su centro de gravedad —en oposición quizá a la democracia ateniense, cuyos ciudadanos disponían, como señores, de esclavos y servidumbre—. La actividad política y la movilización que prende en ella es, de modo casi natural, asunto de minorías. Y esto es así especialmente en materia de asuntos políticos cotidianos, aun cuando hoy haya aumentado la trascendencia de los efectos y el significado de estos. A todo ello se añade además la cantidad y la complejidad reciente de las decisiones que han de tomarse; ambas cosas contribuyen a «profesionalizar» aún más la participación.

También de esto se desprende una importante consecuencia. Es cierto que el postulado de la posibilidad general de la participación política para los individuos (y de un marco jurídico-constitucional que se configure de modo correspondiente) remite, visto desde fuera y en un sentido normativo, a una democracia directa, pero en la realidad política, sin embargo, con ello sólo se está justificando una legitimación y un campo de juego apropiado para el desarrollo de las posiciones de poder y de influencia políticos de las minorías activas. El manto de la democracia directa vela la estructura oculta de la representación que se desarrolla en esta situación.

c) La tercera de las razones puede encontrarse al analizar la forma bajo la que existe la realidad social, así como la naturaleza

13. Sobre ello, *ibid.*, pp. 57 ss.

propia de las formaciones sociales y políticas como unidades organizadas de acción y efectividad, una idea que debemos a H. Heller<sup>14</sup>. En su análisis se aborda el problema de la democracia directa desde el punto de vista de la ciencia social y de la teoría de la organización, y desde ahí se replantea la pregunta por su fundamento.

Heller se plantea la cuestión de la génesis y la existencia de las unidades sociales y políticas en la vida en común de los hombres. Para él estas unidades no surgen ni se mantienen como unidades dotadas de una sustancia propia, ni como basadas meramente en representaciones subjetivas, sino como unidades de acción y efectividad. Aparecen a través de procesos de organización, esto es, a través de la unificación, la dirección —articulada de un modo determinado— y la correspondiente actualización de una pluralidad de acciones y comportamientos humanos<sup>15</sup>. El resultado es un nexo de acción en el que una diversidad de acciones se unifica en una estructura de acción, y es a partir de ella como surge la unidad más o menos articulada de sus efectos. Si no se produce esta unificación ni se impone una orientación dentro de una estructura de acción, solo queda la mera coexistencia de individuos que actúan para sí y sin coordinación. El grupo, como una unidad delimitada, solo se da mediante una interacción dirigida y referida a los individuos entre sí: es a través de ella como se lleva a cabo, como se establece y se mantiene la unidad del grupo (como una unidad de acción y efectividad).

El supuesto de un equipo de fútbol o de una compañía de soldados que se encuentra en marcha constituye un buen ejemplo. Solo a través de una dirección unitaria, que orienta y refiere el comportamiento de algunos o de muchos individuos hacia determinados fines, se forma y se mantiene una unidad de acción que es perceptible desde fuera y que opera como tal.

Ahora bien, el que estas unidades de acción lleguen a producirse depende a su vez de la existencia de uno o varios órganos de dirección que asuman esa función de unificación y de organización a través de la cual cobra realidad la unidad de su eficacia<sup>16</sup>. Eso sí, el mero ejercicio de esta función no es ya expresión de que exista previamente una unidad, sino solo de que esta se produce como un nexo de efectos unificados, dirigidos y acuñados de un modo de-

14. H. Heller, *Staatslehre*, Leyden, <sup>3</sup>1971, pp. 81 ss., 228 ss.

15. *Ibid.*, pp. 83 ss., y referido al Estado en p. 231.

16. *Ibid.*, pp. 88 s., 230.

terminado mediante aquella. Y Heller añade con razón<sup>17</sup> que la voluntad de unión que existe entre todos los participantes (la llamada voluntad de asociación) tampoco es suficiente para dar lugar a una unidad de acción y de efectividad de este tipo. Para que llegue a formarse una unidad de acción es preciso además que se haya tomado una decisión conforme a un plan sobre el tipo y el fin de la ordenación común, sobre la orientación material de la actualización que ha de realizarse y mantenerse en común (y de ese modo también sobre la exclusión de otras posibilidades), así como sobre los medios que han de utilizarse para ello.

Ahora bien, en esta acción necesaria de los órganos de dirección estos proceden actuando por sí mismos, con autonomía. Su actuación puede verse estimulada, o incluso puede considerarse como inducida de modo evidente por la situación dada y por sus desafíos, por la existencia de una determinada voluntad o por un elenco de expectativas. Pero en cualquier caso tiene que producirse como una iniciativa concreta y determinada en sus contenidos, pues solo así da lugar a, y desarrolla, la unificación de la voluntad y la unidad de sus efectos; ella misma es algo creativo, no mera ejecución o aplicación de lo ya establecido<sup>18</sup>. Esto explica una de las peculiaridades que afectan necesariamente al modo en que operan y como se conforman en la realidad las unidades sociales y políticas de acción: por su propia naturaleza, en ellas se da de modo continuo y con carácter necesario una relación entre pregunta y respuesta, entre la acción de unos pocos y la aprobación o reprobación de muchos.

El mismo Heller ha aplicado estas ideas a la democracia como forma de Estado y de Gobierno. En su teoría del Estado se incluye la siguiente afirmación:

También en la democracia con igualdad de oportunidades el pueblo sólo puede ejercer su dominio por medio de una organización del mismo. Toda organización necesita de una autoridad, y todo ejercicio del poder está sometido a la ley de su uso por un número reducido; aquellos que ejercen el poder unificado en la organización tienen siempre que disponer de un cierto grado de libertad de decisión, y con ello de un poder no vinculado democráticamente<sup>19</sup>.

17. *Ibid.*, pp. 89-90.

18. *Ibid.*, p. 233.

19. H. Heller, *op. cit.*, p. 247; cf. además H. Heller, «Politische Demokratie und soziale Homogenität», en U. Matz (ed.), *Grundprobleme der Demokratie*, Darmstadt, 1973, p. 10.

Y destaca que esto vale tanto para la configuración del Estado como para la estructura del poder en los partidos políticos.

### 3. *El concepto y la construcción de la democracia como forma de Estado*

¿Qué consecuencias tiene esta argumentación para el concepto y para la realidad de la democracia?

a) El resultado podría resumirse en que la democracia como concepto propio de una forma de Estado no puede ser entendido en el sentido de la democracia directa. El *plébiscite de tous les jours* no es una forma de Estado (C. Schmitt). Si se hiciera así, se tomaría como punto de partida para la construcción del concepto algo que es demostrablemente irreal, y consecuentemente se formaría un concepto de la democracia cuyo contenido nuclear (y cuyo auténtico *telos*) carecería por principio de la posibilidad de su realización. Cara a este concepto, cualquier forma real de la democracia se convertiría en una mala realidad, en algo deficitario o incluso ilegítimo; y esa democracia permanentemente incumplida aparecería como un componente ineludible del concepto de democracia. No veo que esto pueda tener sentido para la construcción científica de un concepto.

Si la democracia, como forma de Estado, representa una forma de dominio político y un modo de organizar el dominio, entonces bajo cualquier circunstancia tiene que constituirse una unidad de decisión y de acción, y tiene que surgir un sistema para lograr una unificación relativa de la voluntad<sup>20</sup>. Para ello resulta necesaria, e incluso ineludible, la existencia de órganos de dirección que actúen por sí mismos y que, en esa medida, habrán de tener un carácter representativo. Estos órganos son condición de la posibilidad de una organización democrática del dominio. Y, desde luego, no como una «segunda vía» o como una concesión a condiciones meramente técnicas, basadas en el número o en el territorio, sino como una necesidad en sentido originario.

La tarea de una organización democrática de la comunidad política no consiste por lo tanto en desmontar ese poder de dirección independiente de instrucciones, así como a los representantes que actúan por sí, ni siquiera reducirlo al mínimo imprescindible—como aproximación a la democracia auténtica—. La tarea consis-

20. H. Heller, «Politische Demokratie...», cit., p. 10.

te más bien en admitir la existencia de ese poder de dirección y de esos representantes, en conferirles estabilidad en lo posible, pero, al mismo tiempo, en someterlos a la legitimación democrática en un proceso abierto de formación de la voluntad democrática, así como en vincularlos a la responsabilidad y a los controles democráticos, para que su acción pueda valer como una acción autorizada por el pueblo y en nombre del pueblo, e incluso simplemente para que esa acción pueda darse<sup>21</sup>. Es este concepto realizable de la organización y del ejercicio democrático del dominio, que implica a la representación como elemento constitutivo de la democracia, el que tiene que incorporarse y expresarse en el concepto de la democracia, y no un modelo utópico basado en la ilusión y pensado a la contra de la realidad y de las condiciones de realización de la democracia.

b) Los elementos específicos de una organización democrática realizable del poder del Estado se pueden resumir en tres condiciones básicas<sup>22</sup>.

1) En ella, en primer lugar, tiene que ser posible una permanente remisión al pueblo del poder de decisión y de dirección de los órganos representativos que actúan por sí; esto es, tiene que incorporar la existencia de una estructura jurídico-legitimadora del poder del Estado y de los cargos públicos que opere de abajo arriba<sup>23</sup>.

2) En segundo lugar, ha de excluir que los representantes que actúan por sí mismos se deslicen hacia una posición de soberanía, por lo que su poder de dirección no debe configurarse sino como una competencia adecuada al cargo y limitada jurídicamente.

3) Y, en tercer lugar, tiene que incluir también la posibilidad de que el poder de decisión y dirección representativo se pueda corregir y contrapesar democráticamente, ya sea mediante la posibilidad de retirar a los representantes, ya sea mediante la decisión directa sobre ciertos asuntos por el pueblo mismo. Esta decisión directa

21. En este sentido la conclusión final del informe de la *Enquetekommission Verfassungsreform* del *Bundestag*. BT-Drs, VII/5914: «Beratungen und Empfehlungen zur Verfassungsreform (I), Parlament und Regierung». Sobre el asunto tratado aquí 3/76, p. 49.

22. Vid. sobre ello también H. Heller, «Politische Demokratie...», cit., pp. 10-11; y M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, 1975, pp. 244-246.

23. R. Herzog, Comentario al artículo 20 LF, en Maunz, Dürig, Herzog y Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, núm. marg. 48 ss., habla atinadamente del principio de una «cadena de legitimación democrática».

por el pueblo —los denominados componentes plebiscitarios de la democracia— desempeña así un papel en la organización democrática del poder del Estado: no como un principio fundamental de su construcción, sino como un elemento corrector o de contrapeso. Es en este sentido como pueden y como deben incorporarse estos componentes en la organización constitucional democrática<sup>24</sup>.

¿Cuál es, pues, el resultado de una organización democrática y realizable de este tipo para la ordenación del Estado y el ejercicio del poder del Estado? La consecuencia es que con ella se crea una autorización democrática que se configura jurídicamente y que se otorga de manera continua y reiterada para los órganos de dirección y para su poder de dirección, siendo así que estos tienen que actuar ineludiblemente por sí mismos, si es que ha de ser posible la unidad de acción del Estado. En la medida en que esta autorización no se lleva a cabo de una sola vez y al modo de una enajenación, como ocurre en Th. Hobbes<sup>25</sup>, sino que se realiza de un modo continuado, la misma se concreta en formas de rendir cuentas y exigir responsabilidades, y de esta forma se establecen las bases para que exista un nexo de imputación. Los órganos de dirección que actúan por sí mismos, autorizados de esta forma, actúan en nombre del pueblo y para el pueblo, lo representan como organizado en una unidad política de acción. En este sentido son representantes del pueblo, y el poder del Estado así organizado es un poder democrático-representativo.

## II. LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Con ello queda abierta sin embargo la pregunta sobre si, al establecerse una relación de responsabilidad de este tipo, se hace también efectivo el que los contenidos de la voluntad del pueblo estén re-

24. Y esto vale también para el acto constituyente y la reforma constitucional. En este sentido uno de los aspectos que más se ha criticado del Informe final de la *Enquetekommission Verfassungsreform* del *Bundestag*, señalado además por uno de sus miembros, es el de que en él la cuestión de la participación del pueblo en la reforma de la Constitución no se ha tomado en consideración, a diferencia de lo que ocurre con las formas plebiscitarias de participación para la legislación ordinaria.

25. Cf. Th. Hobbes, *Leviathan*, cap. 17: el núcleo del contrato de sujeción que fundamenta el Estado reside en: «to appoint one Man, or Assembly of man, to beare their Person; and every one to owne, and acknowledge himself to be the Author of whatsoever he, that beares their Person, shall act or cause to be acted...» (cursiva del autor); *vid.* también la clara exposición de H. Hoffmann, *Repräsentation*, Berlin, 1974, pp. 382-392, y especialmente 386 ss.

presentados en la acción de los órganos de dirección del Estado. Sería difícil discutir que la relación de responsabilidad, que se establece con los mencionados actos de legitimación y con ese nexo de imputación, puede derivar hacia una mera delegación de voluntad en cierto modo en blanco, sin que en ella se pueda rastrear pretensión alguna de hacer valer y representar la voluntad real del pueblo tanto en su diversidad como en las decisiones comunes vinculantes. Por eso resulta fundamental la pregunta por el significado de la representación para la democracia, siempre que se entienda esta como un dominio que ejerce realmente el pueblo.

### 1. *Los diferentes conceptos de representación*

Pero para aclarar esta cuestión hay que preguntarse primero por el concepto de la representación. En la discusión actual de la teoría del Estado y de la Constitución el término «representación» se utiliza generalmente en dos sentidos<sup>26</sup>.

a) En un sentido formal se habla de representación para referirse a la autorización que los órganos de dirección, que actúan por sí, obtienen del pueblo, esto es, de los ciudadanos. Representación designa, pues, el nexo de legitimación y de imputación que existe o se establece entre la acción de los órganos de dirección y el pueblo: los órganos de dirección actúan de forma representativa en nombre del pueblo y como pueblo; su acción tiene la fuerza de obligar al pueblo<sup>27</sup>. Es en este sentido como hemos estado hablando aquí de representación (como representación formal).

26. No es posible entrar aquí a analizar la diversidad de variantes del significado del concepto de la representación, que surgen sobre todo en la discusión de la teoría del Estado de los siglos XIX y XX. Una confrontación crítica con las teorías de la representación de comienzos del siglo XX puede verse en H. J. Wolff, *Theorie der Vertretung*, Berlin, 1934, pp. 16-91; esta discusión sobre la representación se recoge y se prosigue en J. H. Kaiser, voz «Repräsentation» en *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft* VI, 1961, especialmente pp. 865 ss., y en P. Badura, comentario a artículo 38 LF, en *Bonner Kommentar*, reed. 1966; núm. marg. 23-34.

27. En este sentido la Constitución francesa de 1791, en su Título III, arts. 2-4, habla del Cuerpo Legislativo y del Rey como *représentants* de la Nación francesa, en los que se ha «delegado» el *pouvoir législatif* y el *pouvoir exécutif*. Y también para J. C. Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht* I, 1962, pp. 478 ss., en la representación se trata primariamente de una relación de autorización e imputación entre la acción de individuos (como órganos) y el pueblo como unidad y conjunto, rechazando así el denominado principio estamental de la representación particular; en el mismo sentido, y vinculado a la idea de la personalidad del Estado, los relevantes trabajos de O. von Gierke, *J. Althusius und die Geschichte der naturrechtlichen Staats-*

b) Por el contrario, el concepto material de representación se refiere a que en la acción legitimada y autorizada siempre por el pueblo se actualizan y se manifiestan los contenidos de la voluntad de este. Conforme a esta idea, la representación consiste en que, y está dada cuando, la acción de los órganos de dirección se configura de tal forma que los individuos y los ciudadanos en su conjunto (el pueblo) pueden reconocerse en esa acción, tanto en sus diferentes concepciones como en aquello que quieren y que mantienen como correcto en común. Incluye también el que los individuos —en cuanto representados, y no en un sentido meramente formal— consideren que sus representantes tratan y resuelven todas las cuestiones que afectan a su convivencia, y, ciertamente, que lo hacen de un modo que, con independencia de las diferencias de opinión y de concepción, permite y hace surgir una identificación con esta forma de tratar y decidir tales cuestiones. Junto a la competencia de los representantes para imponer obligaciones externas (para ordenar), aparece así la capacidad de generar aceptación y una disposición al seguimiento<sup>28</sup>.

La representación en este sentido material es un proceso, o más exactamente, un proceso político-espiritual; no se da simplemente como reflejo o manifestación de un ser que existe por sí mismo, aunque sea invisible<sup>29</sup>, sino que puede surgir, puede descomponerse o incluso desaparecer. Desde un punto de vista jurídico y con medios jurídicos se lo puede hacer posible, pero lo que no se puede es garantizarlo: tiene que cobrar forma en y a partir de la acción de los representantes.

c) Ambas formas de representación son necesarias para una democracia real. En la representación formal la democracia en-

*theorien* [1880], Berlin, <sup>4</sup>1929, pp. 211 ss., y *Das deutsche Genossenschaftsrecht* I, 1868, pp. 822 ss. En G. Jellinek este concepto de representación se presenta como jurídicamente formalizado y despolitizado, *Allgemeine Staatslehre*, <sup>3</sup>1914, p. 566 (en la definición introductoria) y más adelante en pp. 582 ss.

28. Básico en este contexto M. Drath, «Die Entwicklung der Volksrepräsentation» [1954], en H. Rausch (ed.), *Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und der Repäsentativverfassung*, Darmstadt, 1968, pp. 275 ss., 292 ss.; *vid.* además S. Landshut, «Der politische Begriff der Repräsentation» [1964], en *ibid.*, pp. 491 ss., y las indicaciones de U. Scheuner en «Das repräsentative Prinzip in der modernen Demokratie», en *FS für Hans Huber*, Bern, 1961, pp. 140 s. Debo a mi colega W. Hennis, de Friburgo, la referencia a la capacidad de obligar a otros como componente de la representación.

29. En este sentido «estático» es como concibe aún C. Schmitt el concepto de la representación (*Verfassungslehre*, Berlin, <sup>5</sup>1970, pp. 209 s.), y siguiéndole J. H. Kaiser, voz «Repräsentation», *op. cit.*, col. 865.

cuentra la forma jurídica apropiada para establecer la relación de autorización, de legitimación y de imputación. La representación formal, desde luego, confiere a la estructura democrática del Estado su forma exterior, pero nada más que esta forma. Solo la existencia añadida de la representación material hace que se den las condiciones para que la democracia, a pesar de su estructura representativa formal, no degenera en un dominio individual o de grupos ejercido por delegación, o en un absolutismo cambian-te de la mayoría; solo esta representación material hace que la democracia sea la realización del dominio del pueblo y de la participación política de los individuos. En este sentido, también en la democracia y a través de la representación (formal) se constituye un dominio, pero la representación (material) sirve para limitar y vincular ese dominio a los contenidos de la voluntad del pueblo. Toda democracia se encuentra abocada a este proceso de mediación, ya que no es realizable como democracia directa o de la identidad.

## 2. *Contenido y realización de la representación democrática*

Pero ¿cómo se realiza y se estabiliza esta representación material?

a) W. Hennis ha llamado la atención sobre la importancia del concepto del «cargo» para la democracia representativa<sup>30</sup>. Creo que con él se obtiene un punto de partida adecuado. Si la posición de los órganos de dirección que actúan por sí y como representantes en un sentido formal se concibe como un cargo, entonces se tiene la clave para que esa posición de libertad respecto de vinculaciones particulares y de imperativos de las bases —necesaria como presupuesto de la acción representativa— no derive hacia la arbitrariedad, hacia la voluntad «desnuda» de los titulares individuales del dominio. Al concepto de cargo le corresponde la idea de su utilidad para otros, de su orientación según tareas y responsabilidades que son distintas de los propios intereses<sup>31</sup>, le corresponde la idea de un fideicomiso (*Trusteeship*).

30. W. Hennis, «Amtsgedanke und Demokratiebegriff», en *Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für R. Smend*, Tübingen, 1962, pp. 51 ss., *passim*. En el mismo sentido, y enlazando con ello, M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, cit., pp. 242 s.

31. Vid. H. J. Wolff y O. Bachhof, *Verwaltungsrecht* II, München, 1976, apdo. 73, I, pp. 28-32; vid. también H. Krüger, *Staatslehre*, Stuttgart, 1966, especialmente pp. 258 ss.

Trasladado este concepto a la acción de los órganos de dirección representativos, significa que lo determinante no es la mera voluntad propia o natural de los individuos que actúan, sino una voluntad pública, propia de un cargo, que está orientada hacia las exigencias de la generalidad, hacia las demandas del pueblo en su conjunto, y que realiza una tarea objetivada. La acción se orienta desde un punto de referencia que no es igual a la voluntad natural y a los intereses naturales, y hace real así el sentido de obligación y de deber que está contenido en él.

b) Pero ¿en qué consiste ese punto de referencia más amplio de una representación democrática? Aquí se plantea un problema que aún hoy se resiste a ser resuelto. Por una parte, para que se realice la representación material es necesario elevarse por encima de la mera voluntad empírica natural y de las vinculaciones dadas con ella; pero, por otra parte, esta orientación y esta vinculación no pueden entenderse como un título que justifique que la acción de los órganos de dirección y su contenido se sustraigan al proceso democrático de confrontación y formación de la voluntad. Si fuera así, la exigencia de la representación material solo serviría para encubrir una definición de los intereses públicos, de las demandas de la generalidad, del bien común, etc., de carácter autoritario, esto es, desligada del pueblo y del proceso democrático. Ese punto de referencia más amplio no puede, pues, buscarse al margen de una referencia al pueblo, y, por cierto, no a la idea de un pueblo ideal o hipotético, sino al pueblo real. Solo entonces la representación material será también representación democrática<sup>32</sup>. Ahora bien, ¿cómo se podría determinar este punto de referencia, sin que por su parte se reduzca de nuevo a una voluntad empírico-natural, esto es, a la voluntad empírico-natural de los muchos, y también sin que la representación

32. Esta conexión, necesaria para la representación democrática, se pasa por alto no pocas veces en la discusión sobre la representación. Se toman valores, ideas o el bien común de una forma inmediata como punto de referencia de la representación, y con ello la representación se desvincula más o menos del proceso político democrático. Cf. por ejemplo G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems*, Berlin, 1929, pp. 32 ss.; y de forma semejante en su enfoque W. Hennis, «Amtsgedanke und Demokratiebegriff», cit., pp. 54 ss. También la distinción entre la voluntad «empírica» y la «hipotética» del pueblo, que E. Fraenkel señala en su «Die repräsentative und plebiszitäre Komponente im modernen Verfassungsstaat», en H. Rausch (ed.), *Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation...*, cit., pp. 330 ss., lleva en sí la tendencia a una desvinculación del proceso democrático.

acabe en demoscopia<sup>33</sup>? La discusión sobre la representación de los últimos decenios permite aquí, a mi juicio, dar un paso más y ofrecer quizá una solución al problema. En esta discusión ha quedado en claro que ese punto de referencia más amplio de la representación democrática material contiene y tiene que contener necesariamente un momento normativo, es decir, un momento que remite más allá de la esfera de la voluntad empírica natural y de las correspondientes delegaciones de voluntad.

Vale la pena seguir con detalle los dos desarrollos que se han producido a lo largo de esta discusión: el de Alemania, planteado de forma preferente en el terreno teórico, y el de Norteamérica, más centrado en la investigación empírica. El desarrollo de la discusión alemana tiene su punto de partida en la idea de que resulta problemático comprender la representación como manifestación o incorporación de ideas o valores intemporales, tal y como se defiende aún en G. Leibholz<sup>34</sup>; y, por otra parte, en la consideración de que la representación no debe reducirse a una mera «defensa» de voluntades empíricas individuales.

Así, para C. Schmitt, la representación no está referida a la voluntad empírica de todos los individuos, ni siquiera a la voluntad empírica del pueblo, sino al pueblo como unidad política, que es algo diferente del pueblo en su existencia natural<sup>35</sup>. En E. Kaufmann la representación tiene su punto de referencia en una voluntad del pueblo que está acuñada por el espíritu del pueblo, entendiendo este como la fuerza espiritual real que determina a los individuos y a la que el representante da forma y articula en sí misma<sup>36</sup>. Para S. Landshut, en la representación no se hace presente y efectiva una voluntad empírica psicológica del pueblo, sino el principio regulativo, la idea directriz de la vida (político-pública), a partir de la cual la vida de una pluralidad se entiende como algo común: lo general y lo común donde un pueblo en sus muchos individuos se ve y se encuentra a sí mismo como comunidad<sup>37</sup>.

33. Cf. sobre ello W. Hennis, *Meinungsforschung und repräsentative Demokratie*, Tübingen, 1957.

34. G. Leibholz, *op. cit.*

35. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, <sup>5</sup>1970, cit., pp. 212 y 210.

36. E. Kaufmann, *Zur Problematik des Volkswillens*, cit., pp. 22 s.

37. S. Landshut, *Der politische Begriff der Repräsentation*, cit., pp. 492 ss. J. Kaiser actualiza el concepto de la representación en otra dirección, refiriéndose a la representación de las fuerzas e intereses sociales en y frente al Estado. Después de que se modificara la posición de los partidos políticos mediante su elevación al

El desarrollo de la discusión norteamericana trata de superar la antinomia que se plantea entre la representación meramente formal, en la que se atribuye a los legitimados por su elección una plena libertad de acción, en el sentido de una acción fiduciaria individual y autónoma, y la representación vinculada a instrucciones, que se corresponde con la idea del mandato imperativo y de la participación política general. Su concepto fundamental es el de la *responsiveness* o «receptividad»<sup>38</sup>. Resumiendo y simplificando un tanto, «receptividad» significa una sensibilidad y una disposición por parte de los representantes a asumir los deseos e intereses de los representados, unidas ambas a la correspondiente capacidad de percibirlos. Ahora bien, esto no se traduce en una mera relación de dependencia y en que el representante se limite simplemente a la ejecución de tales intereses, sino que este conserva iniciativa y capacidad para anticipar las necesidades e intereses, así como la disposición, en caso de intereses y exigencias divergentes o incompatibles, a llegar a decisiones objetivas que se orienten según la idea de un equilibrio justo o de un interés superior común a todos.

Considerado con más detalle, este concepto ocupa una posición intermedia, determinada normativamente, entre las posiciones extremas de la representación formal del mandato libre y la posición del mandatario vinculado a instrucciones. Si se reflexiona sobre este concepto de «receptividad» se llega a una vieja idea presente en la discusión sobre la representación, y que se debe a Hegel. Según él la representación presupone la existencia de una relación extrajurídica específica, que se funda y se manifiesta en la confianza. «Se confía en un hombre desde la suposición de que tratará mis asuntos como si fueran los suyos propios, y de que lo hará con su mejor saber y su mejor conciencia». Representar no tiene entonces el significado de que «uno está en lugar del otro», sino el de que

ámbito de lo estatal, la representación de la sociedad se polariza sobre las asociaciones y los grupos: no puede realizarse en una institución estatal, sin solo fácticamente como *représentation de fait*. Cf. J. Kaiser, voz «Repräsentation», cit., col. 867, y también su *Die Repräsentation der organisierter Interessen*, 1979, pp. 338 ss. Prosiguiendo la tradición de la problemática constitucional del siglo XIX, tampoco aquí ocupa un lugar central el problema de la representación democrática.

38. Vid. H. Eulau *et al.*, «The Role of the Representative: Some Empirical Observations on the Theory of Edmund Burke»: *Am. Pol. Science Review* 53 (1959), pp. 742 ss.; Íd., «Changing Views of Representation», en De Sola Pool (ed.), *Contemporary Political Science: toward empirical theory*, New York, 1967, pp. 53 ss.; H. Eulau y Paul D. Karps, «The Puzzle of Representation Specifying Components of Responsiveness»: *Legislative Studies Quarterly* 2 (1977), pp. 233 ss.

el interés, el asunto que nos importa, está «realmente actualizado» en el representante<sup>39</sup>.

Ambos desarrollos de la discusión remiten a un concepto de la representación que incorpora en sí un momento normativo superior. Ahora bien, se trata de un momento normativo que no reposa en sí mismo, que no hay que buscar en ideas en sí o en valores basados en un deber abstracto, sino que se retrotrae al pueblo y a los ciudadanos mismos y que establece de esa forma una mediación entre sus necesidades e intereses y las ideas que los vinculan entre sí. Y al mismo tiempo, la representación aparece como un proceso (dialéctico), esto es, no se reduce a una mera manifestación y actualización de algo ya dado<sup>40</sup>. Es algo que se produce a través de una determinada acción de los representantes y que debe responder a exigencias específicas en lo que se refiere a su contenido: ha de implicar los (diferentes) intereses y necesidades en su actuación y en su toma de decisiones, y, al mismo tiempo, ha de hacer que se manifieste y actualice aquello que los ciudadanos consideran y sienten como vinculante para todos en la ordenación de su vida en común (y no es ajeno a todo ello también un determinado tipo de equilibrio y negociación entre los intereses y necesidades). Precisamente así se logra que los individuos se reconozcan en la acción de los representantes, se vean representados y se sientan obligados en su interior.

c) El proceso de la representación democrática y su estructura pueden describirse con claridad a partir de este planteamiento. Representación democrática significa la actualización y la manifestación de la identidad misma del pueblo, sita en los ciudadanos, y significa asimismo la actualización y la manifestación de una cierta idea, viva en la conciencia de los ciudadanos, sobre cómo deben tratarse las cuestiones generales y cómo debe llevarse a cabo la mediación entre las necesidades e intereses y lo general. Está presente cuando, en la acción de los representantes, en sus reflexiones, en sus decisiones y en sus consultas al pueblo, los individuos reconocen su propio yo como ciudadanos (*citoyen* en sí) y el pueblo reconoce su propia identidad (*volonté générale*)<sup>41</sup>. Aparece, pues,

39. G. W. F. Hegel, *Grundzüge der Philosophie des Rechts*, ed. Gans, <sup>3</sup>1951, par. 309 Zus., par. 311 Anm.

40. M. Drath desarrolla sistemáticamente este carácter de la representación en su «Die Entwicklung der Volksrepräsentation», cit., pp. 273 ss., 292-296.

41. *Vid.* M. Drath, *op. cit.*, pp. 295-296. Que este análisis y explicación de la representación no solo son apoyados sino que son realmente fundamentados por los resultados de la moderna psicología social, ha sido señalado recientemente con

como el proceso de mediación hacia lo general que sustentan los ciudadanos, y su naturaleza se manifiesta aquí como *volonté générale*, a diferencia de la *volonté de tous*. En este sentido la representación democrática puede lograrse, puede consolidarse, pero también puede diluirse y desintegrarse.

### 3. La representación democrática y el problema de la disociación

El conocimiento de las peculiaridades y de la forma en que se realiza la representación democrática (material) proporciona una idea clave sobre la significación fundamental inherente a la democracia bajo su forma de democracia representativa. La democracia, que se construye sobre formas de la representación e incluso que se remite a ellas, acepta que exista la disociación y asume también que esta se mantenga abierta<sup>42</sup>. La formación de la voluntad política y el ejercicio del dominio en ella están configurados de tal forma que la disociación entre *homme* y *citoyen*, y la correspondiente disociación entre *volonté de tous* y *volonté générale* en el pueblo, no solo no se niegan, ni se dejan de lado en la organización, sino que son plenamente asumidas.

La democracia de la identidad considera que la disociación está resuelta ya en la decisión que se toma estando presente el pueblo, y, por su parte, las formas autoritarias de lo político sustraen la solución de este problema al proceso político, y en su lugar lo remiten a una persona o a un grupo reducido de personas (los órganos de dirección). Frente a ello la democracia representativa mantiene abierta la solución de esta cuestión y la remite al interior del proceso político: la actualización y la efectividad de la identidad del pueblo se hacen posibles institucional y procedimentalmente a través del proceso abierto de la representación, pero al mismo tiempo tiene que producirse y realizarse en este proceso. Lo que se le plantea al individuo en su vida como tarea y como problema, lo que tiene que ser resuelto por él en libertad, reaparece de modo correlativo en el proceso organizado de la vida de la comunidad política<sup>43</sup>. En esa medida la representación democrá-

agudeza por D. Suhr, «Repräsentation in Staatslehre und Sozialpsychologie»: *Der Staat* 20 (1981), pp. 517 ss.

42. Sobre el concepto de la *Entzweiung*, vid. J. Ritter, «Entzweiung», en *Historisches Wörterbuch der Philosophie* II, Basel-Stuttgart, 1972, cols. 566-571.

43. Aquí se pone de manifiesto el profundo sentido de la afirmación, en principio ambigua, de L. von Stein de que el Estado como forma de una comunidad de hombres representa «una forma superior de la personalidad», en la que reaparecen

tica puede concebirse como un proceso dialéctico del grupo consigo mismo<sup>44</sup>.

Con ello está dada la posibilidad real de llegar a una solución positiva y productiva del problema de la disociación. Pues el otro polo de la disociación no existe sólo como exigencia de los individuos a sí mismos, sino que está también presente en la autonomía institucional de los órganos representativos de dirección, y precisamente en los integrantes de estos órganos accede a una existencia personal. Estos aparecen como persona pública frente al yo y a la identidad naturales<sup>45</sup>. Y esto facilita en cierto modo la articulación del propio yo y de su identidad: sus pretensiones pueden alcanzar expresión pública a través de los representantes, y pueden ser formuladas por ellos como una pregunta a los muchos, que solo necesita de su aprobación. No se plantea la necesidad y la dificultad de producir y de alcanzar lo general a partir de la inmediatez de esos muchos.

La cuestión que se plantea aquí podría también formularse en dirección inversa: una vez que ha entrado en juego y se asume la disociación —y una vez que, con ello, han de resolverse los conflictos sociales, económicos y políticos—, el que el dominio político se oriente de acuerdo con las concepciones que vinculan comunitariamente a los ciudadanos y con los principios de la dirección de la vida pública no es algo que se establezca por sí mismo, esto es, a partir de la identidad y de la inmediatez del pueblo. Antes bien, es algo que siempre tendrá que lograrse, que siempre tendrá que producirse conscientemente. Y para que pueda lograrse el presupuesto es una autonomía relativa de la toma de decisiones políticas frente a la inmediatez democrática, y consiguientemente su configuración representativa<sup>46</sup>. Esta posibilidad tiene que ser asumida, y debe ser asumida de un modo especial, por los órganos de dirección llamados a actuar por sí mismos y liberados para ello bajo la

los momentos y las manifestaciones vitales de la personalidad individual. Cf. L. von Stein, *Die Verwaltungslehre* I, Stuttgart, <sup>2</sup>1869, cap. 1.

44. H. Krüger, *Staatslehre*, <sup>2</sup>1966, p. 241. Por supuesto que en él este proceso se ve primariamente como un proceso de «autorresarcimiento» de los individuos y del pueblo, con lo que el problema se desplaza ampliamente al terreno de la moral y la educación.

45. *Vid.* sobre ello H. Krüger, *op. cit.*

46. Así el propio Rousseau, a quien no se puede atribuir una oposición sin más a la democracia indirecta, aduce en contra de la democracia como forma de gobierno que la misma presupone una gran sencillez de costumbres, cosa que no se compagina con negociaciones difíciles, y una casi plena igualdad en cuanto a posición y patrimonio. Cf. *Contrat social*, Libro III, cap. 4.

forma del «mandato libre» en el Parlamento y el Gobierno: ellos tienen que querer ser también representantes del pueblo (en el sentido material). Si ellos mismos no hacen efectiva esta posibilidad, entonces la representación (material) no se realiza y el pueblo pierde la posibilidad de articularse a sí mismo<sup>47</sup>.

### III. PROBLEMAS ACTUALES DE LA REPRESENTACIÓN DEMOCRÁTICA

Puesto que la representación democrática no está dada ya en firme con la mera existencia de los procedimientos democráticos de legitimación, de formación de la voluntad y de decisión, sino que ha de ser establecida y realizada, hay que preguntarse cuáles son las consecuencias que acarrearán sus insuficiencias y su descomposición. Con ello llegamos a los problemas y las dificultades que se plantean para la representación democrática en el momento actual.

Las consecuencias de un déficit de la representación democrática pueden presentar en cada caso intensidades y formas diversas. Hoy en día se ponen de manifiesto especialmente en la creciente presentación de iniciativas ciudadanas, y también en el distanciamiento respecto de los partidos políticos o de la política en general<sup>48</sup>. Si las expectativas que los individuos o los ciudadanos en su conjunto proyectan sobre la representación se ven defraudadas por la acción de los representantes, entonces no podrán reconocerse en la acción de estos, y ello suscitará inevitablemente dudas sobre el sentido o incluso sobre la legitimidad del procedimiento democrático de la formación de la voluntad y de sus decisiones.

Pero el que se produzca esta decepción y el que, consiguientemente, se dificulte la posibilidad de identificación, no depende de que en cada caso individual se dé una coincidencia plena sobre el contenido de los argumentos utilizados por los representantes y sobre sus decisiones; no está aquí en cuestión el mito de la concordia o incluso de la conformidad<sup>49</sup>. Insistiendo una vez más, lo

47. Vid. E. W. Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlin, 1978, pp. 38 ss.

48. La expresión «tedio estatal», bajo la que se discute generalmente este fenómeno, no designa el problema de forma adecuada. No se trata de tedio respecto del Estado, sino respecto del sistema de dominio de los partidos, debido al constatado déficit de representación democrática material en la actuación de los partidos políticos.

49. En este terreno hay que señalar la necesidad de evitar malentendidos románticos o también totalitarios. Acertadamente, M. Drath, «Die Entwicklung der

decisivo es que las cuestiones que hay que tratar se elaboren y se resuelvan de un modo que, incluso persistiendo diferencias de opinión, sea viable y se refuerce la idea de que se trata de asuntos que afectan al común y que se deciden desde este punto de vista; se trata en suma de que se dé una mediación hacia lo general.

Y en este sentido la representación democrática no puede sustituirse por nada; sus fallos o su descomposición afectan de un modo absoluto a la legitimidad de la democracia y, con ello, a la disposición a someterse a los procedimientos existentes y a las decisiones tomadas. La responsabilidad sobre el destino de la democracia, sobre su éxito o su ruina, reposa por tanto en primera línea sobre los órganos representativos de dirección, sobre los representantes parlamentarios elegidos y responsables, sobre el Gobierno y —en una democracia basada en el Estado de partidos— sobre los partidos políticos<sup>50</sup>.

Ahora bien, estas consideraciones pueden suscitar la impresión de que los problemas teóricos y político-prácticos de la democracia se desplazan sin más al ámbito de la moral; de que se elude un análisis en profundidad del déficit de la democracia representativa y se sustituye por una apelación moral. E incluso puede plantearse otra objeción: si la realización efectiva de la representación democrática (material) forma parte de las condiciones de funcionamiento y de legitimación de la democracia representativa, ¿tiene esta en principio más posibilidades reales de realización que el concepto de la democracia directa y de la identidad que ha sido descartado previamente? Y planteado así, ¿no se construye también ella sobre premisas y supuestos ilusorios?

Este tipo de objeciones no deben tomarse a la ligera: ponen de relieve una vez más el problema de la democracia como forma de Estado y de Gobierno. La crítica al concepto de la democracia directa como forma auténtica de la democracia se basaba<sup>51</sup> en que está en contradicción con las condiciones de formación y manifestación de la voluntad del pueblo y de la forma de existencia de las unidades políticas de acción, tal como resulta comprobable desde

Volksrepräsentation», cit., pp. 292-296. Vid. también K. Eichenberger, *Der Staat der Gegenwart*, cit., p. 510.

50. U. Scheuner señala de forma enérgica la responsabilidad de los Parlamentos: «Es algo plenamente acertado mantener que el destino del Estado moderno basado en la libertad está inextricablemente unido con el de sus Parlamentos» («Das repräsentative Prinzip in der modernen Demokratie», cit., p. 246).

51. *Vid.*, *supra*, apdo. I, 2 sobre la crítica al concepto de la democracia directa y de la identidad.

la perspectiva de la ciencia y la teoría social. Pero los problemas que afectan a la realización de la democracia representativa tienen una naturaleza distinta. No se mueven en el ámbito de los hechos y posibilidades efectivos de la estructura social, sino en el plano ético-normativo.

El que tales hechos y posibilidades ético-normativas formen parte en todo caso de las condiciones de realización de una forma de Estado puede parecer en principio paradójico. No obstante, en esta afirmación solo reaparece la vieja experiencia, ciertamente olvidada en la teoría del Estado y de las formas de Estado a partir del siglo XIX<sup>52</sup>, de que una ordenación aceptable de la vida en común de los hombres no puede crearse y articularse solo a través de aspectos referentes a la organización, la participación, la legitimación y la existencia de controles, esto es, mediante disposiciones de carácter racional-funcional. Más allá de esto necesita también de orientaciones, concepciones y realizaciones de tipo ético-normativo. Aquello que tiene una importancia crucial en la vida de los individuos, aquello que decide sobre el éxito o el fracaso de su vida, no puede ser irrelevante ni quedar olvidado en la vida política común de los hombres. En la vida organizada en común las configuraciones institucionales desempeñan un papel relevante como puentes que conducen de la orientación a la realización; impiden que la orientación ético-normativa se quede en un simple postulado abstracto y facilitan su realización práctica, desde luego sin ahorrarle a nadie el esfuerzo de esta<sup>53</sup>.

En la democracia esta imprescindible orientación ético-normativa adquiere forma efectiva en la representación democrática. Lo peculiar de esta forma consiste en que ciertamente está soportada por un procedimiento (formal), pero en cambio lo está mucho menos en el plano institucional, ya que esencialmente la tarea de crear esa forma está desplazada al interior del propio proceso abierto de la política: tiene en él la oportunidad de realizarse, pero tam-

52. Un buen ejemplo de ello puede verse en la exposición de las formas de Estado en G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 669-736.

53. Aristóteles percibió este nexo de ideas, y precisamente por ello establece desde este criterio la diferencia entre las formas «buenas» y degeneradas de la *polis* (*Política*, Libro III, cap. 7 [1279 a]). L. von Stein lo recoge, refiriéndose al Estado de la monarquía constitucional del siglo XIX, al describir el concepto del cargo y de su naturaleza desde su tarea de «representar la idea verdadera y pura del Estado dentro del Estado frente a aquellos elementos que [...] quieren explotar el poder y el derecho de los cargos en favor de sus propios intereses» (*Die Verwaltungslehre*, cit., p. 208).

bién el riesgo de que esto no ocurra. En realidad, para que se logre esta posibilidad tienen que superarse dos dificultades que no deben ser infravaloradas.

Una de ella consiste en la falta de formas previas de la representación como mediación hacia lo general, algo que sí se daba, al menos como idea, en las antiguas corporaciones<sup>54</sup>. La sociedad actual está organizada y estructurada de forma individualista y desde un pluralismo de intereses. Las asociaciones o grupos consideran que su propia tarea, o incluso su obligación, no es otra que la de hacer valer sus propios intereses, de luchar para que se reconozcan y para imponerlos. Abandonan así la consideración de lo general a las instancias estatales, y ciertamente aceptan sus decisiones en el marco del orden democrático. Pero esto significa que la mediación hacia lo general solo queda concentrada en, y ha de ser llevada a cabo por, los órganos estatales de dirección y en el ámbito de la política; no puede realizarse de forma escalonada y paso a paso. Y con ello resulta evidente que los órganos representativos se ven a menudo; o quizá continuamente, sobrecargados; la tarea y las exigencias propias de la acción representativa, que se les impone casi en exclusiva a ellos, se vuelven demasiado pesadas.

La otra dificultad resulta de que los órganos representativos de dirección en la representación del pueblo y en el Gobierno se encuentran en una competencia abierta sobre su posición, y de que el mantenimiento de esta posición depende de los votos de los electores<sup>55</sup>. Y el empeño que requiere la acción representativa no se ve facilitado con ello. La apelación a la identidad natural de la *volonté de tous*, que promete un éxito en apariencia más cómodo y a corto plazo, en lugar de la apelación a la identidad auténtica de la *volonté générale*, se ofrece una y otra vez como un escape, y la democracia no conoce prescripción institucional alguna que pueda

54. También aquí hay que remitirse a G. W. F. Hegel (*Grundzüge der Philosophie des Rechts*, cit., pars. 254-256), a una parte de su *Filosofía del Derecho* aún no estudiada a fondo. La corporación es para él el eslabón ineludible de la mediación entre sociedad civil y Estado, en la medida en que en ella la actividad orientada a la ganancia se desvía de los objetivos meramente privados y se eleva a la actividad consiente en favor de un objetivo común. Con ello no trata Hegel, en modo alguno, de mantener el orden prerrevolucionario, sino de atribuir a las formas antiguas que continúan existiendo un nuevo sentido, ganado a partir de la disociación aparecida entre Sociedad y Estado, y de atribuirles una nueva tarea, la del «desarrollo de la eticidad inmediata a través de la disociación de la sociedad civil» (par. 256, nota).

55. Vid. sobre ello el análisis fundamental, aún no superado, de J. A. Schumpeter, *Kapitalismus, Sozialismus, Demokratie*, 1972, pp. 427 ss.

impedirlo. La cuestión de que se logre la representación democrática queda por tanto abierta y, de modo especial, se convierte en un problema peliagudo cuando hay que tomar decisiones que afectan de un modo incisivo a los individuos o a los grupos.

Si en una democracia faltan personas o grupos con el valor suficiente para estar a la altura del desafío de la acción representativa y de las correspondientes consultas al pueblo; si no las hay en el Parlamento, en el Gobierno y en los partidos políticos, entonces la democracia degenera rápidamente en formas de autoservicio político, o —en el supuesto de decisiones difíciles— entra en una situación agónica, y no habrá modo de detener o enderezar esto institucionalmente. Esta labilidad de la democracia pertenece a su propia naturaleza; es algo que nunca se podrá eliminar ni por debates ni por medidas organizatorias mientras sigamos pisando suelo democrático. Un pueblo que organiza y establece su vida política democráticamente tiene que tener la fuerza y la disposición adecuadas para perseverar. La democracia, vista así, es una forma de Estado ambiciosa, incluso probablemente difícil; su condición de existencia es que existan unos amplios cimientos de cultura política.

## EL PODER CONSTITUYENTE DEL PUEBLO. UN CONCEPTO LÍMITE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Me interesa analizar el tema a lo largo de cuatro pasos sucesivos. El primero se refiere al problema y al concepto del poder constituyente; el segundo, al del titular (el sujeto) del poder constituyente; el tercero se centra en el análisis de la actuación y las formas de acción del poder constituyente del pueblo, y finalmente el cuarto paso plantea la pregunta por las posibles limitaciones jurídicas de este poder constituyente.

### I. EL PROBLEMA Y EL CONCEPTO DEL PODER CONSTITUYENTE

1. La Constitución —entendida aquí y en lo sucesivo como Constitución jurídica— se concibe hoy como el orden jurídico fundamental del Estado o, más aun, como el orden jurídico fundamental de la comunidad, al que se atribuye un rango especial, frente a las leyes y al resto de las fuentes del derecho, y un efecto de irradiación sobre todas las ramas del ordenamiento jurídico<sup>1</sup>. Ahora bien, ¿de dónde le viene a la Constitución (jurídica) esa mayor validez y esa eficacia? Pues desde luego ella no está simplemente ahí, por sí misma, como un fenómeno originario que no se remite ya nada más.

1. Entre otros, *vid.* W. Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945; *Íd.*, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens*; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, <sup>15</sup>1985, p. 10.

En este punto y en los siguientes solo se aportarán notas para las indicaciones que resulten necesarias.

La Constitución —como se pone de manifiesto echando un simple vistazo a la historia constitucional— surge más bien dentro de un proceso histórico político determinado, se ve sostenida y configurada por determinadas fuerzas, y en su caso puede ser también invalidada<sup>2</sup> por ellas. Tanto su pretensión de validez como su cualidad jurídica especial no derivan del mero *factum* de su nacimiento, sino de una magnitud que la precede y que aparece como un poder o autoridad especial. Desde la Revolución francesa a esa magnitud se la denomina poder constituyente (*pouvoir constituant*)<sup>3</sup>. La pregunta por el poder constituyente, que es la que ha de ocuparnos ahora, contiene, pues, en sí misma la cuestión del origen y la razón de la validez de la Constitución jurídica.

Es esta una cuestión de naturaleza jurídico-constitucional, puesto que deriva de la misma Constitución; pero al mismo tiempo es algo más. En la medida en que se remite al fundamento, a la fuerza y a la legitimación de las que deriva la Constitución, rebasa el ámbito del derecho positivo vigente (aquí por lo tanto de la Constitución jurídica existente) del que ella parte. Ahora bien, y pese a todo: esta cuestión mantiene su significado jurídico-constitucional. También el fundamento del derecho pertenece al derecho, como ha señalado acertadamente W. Henke<sup>4</sup>.

Ningún ordenamiento jurídico vigente se sustrae a la necesidad de fundamentarse y legitimarse a partir de datos prejurídicos; de otra forma perdería su fuerza y su pretensión de vigencia. La remisión del derecho al derecho puede hacerse, sin duda, dentro del ordenamiento jurídico, por ejemplo entre reglamento y ley, o entre ley y Constitución; pero esta remisión no cabe ya para el escalón superior del ordenamiento jurídico<sup>5</sup>. La vinculación del derecho a

2. Vid. sobre este aspecto H. von Wedel, *Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung*, 1976, pp. 85 ss., referido a los momentos constituyentes de 1848/1849, 1918/1919, 1948/1949.

3. Sobre el desarrollo de la teoría del *pouvoir constituant* antes y durante la Revolución francesa, vid. la obra fundamental de Egon Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der Französischen Revolution*, 1905.

4. W. Henke, en *Der Staat* 7 (1968), p. 171; pero vid., también, W. Henke, en *Der Staat* 19 (1980), p. 181.

5. Esta afirmación ni siquiera ha sido discutida por H. Kelsen, precisamente porque este mantiene de forma consecuente su normativismo orientado desde una perspectiva positivista. Cf. H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1923, pp. 9-10: «Es extraordinariamente significativo que la pregunta por el comienzo y el final, por la génesis y la destrucción del deber ser solo puede responderse en la medida en que se sale del mundo del deber ser y se entra en el del ser; y que la

datos prejurídicos, el problema del *missing link* entre normatividad y facticidad, se da en el caso de la Constitución de forma ineludible. Tiene en ella, y justamente en ella, su posición sistemática.

2. Como cuestión límite del Derecho constitucional, la pregunta por el poder constituyente puede plantearse desde distintas perspectivas. Si se atiende a un punto de vista genético, la cuestión gira en torno al origen histórico-político de la Constitución, a su aparición y a las fuerzas que participaron en ella. Desde el punto de vista de la teoría del derecho lo que se plantea es la pregunta por el fundamento normativo de la validez de la Constitución, del que deriva la pretensión de tal validez. Si esta pregunta va más allá del terreno formal, entonces se pasa a una perspectiva propia de la filosofía del derecho, la cual se interesa por el fundamento de la validez normativa de la Constitución. Y si la Constitución se entiende, como ocurre hoy día, como el orden jurídico fundamental de la comunidad, la pregunta se amplía hasta cuestionar el fundamento jurídico (material) del derecho en general.

En una dirección semejante, aunque no igual, la teoría de la Constitución se ocupa del tema de la instancia y de la fuerza subyacente que presta a la Constitución su legitimación (democrática) y su legitimidad. Pero, finalmente, la pregunta puede ser planteada también desde el punto de vista de la dogmática constitucional, y entonces lo que interesa es la posibilidad de diferenciar entre una reforma ordinaria de la Constitución, que se realiza a través del poder de reforma previsto en la propia Constitución, y una reforma fundamental que altera el núcleo esencial de la Constitución o que incluso la deroga. Aquí se indagará esta posibilidad de diferenciar entre ambas desde el punto de vista de que este último supuesto ya no corresponde al poder de reforma, sino que está reservado solo al legislador constituyente (al *pouvoir constituant*).

Para un análisis que se oriente desde la perspectiva del Derecho del Estado, que es el que me interesa ahora, tienen relevancia las cuestiones que se plantean la teoría de la Constitución y la dogmática constitucional sobre el poder constituyente. En el terreno del Derecho del Estado el concepto del poder constituyente se presenta, por un lado, como referido a la legitimación, a la justificación

misma pregunta planteada en relación con el ser obliga a entrar en el mundo del deber ser. De ello resulta claramente que la cuestión [...] de la génesis y la destrucción del deber ser no se asienta únicamente en el plano de la observación dirigida ya solo al campo del deber ser, dentro del método de conocimiento normativo».

de la validez normativa de la Constitución —más allá de la explicación de su aparición— y, por el otro, como un concepto dogmático constructivo, cuyo objetivo consiste en estabilizar esa validez.

Para la teoría y para la dogmática constitucionales no basta una definición del poder constituyente como la norma fundamental presupuesta, que hay que asumir con carácter de hipótesis para explicar el hecho de la validez normativa de la Constitución, como se insinúa en el normativismo de Kelsen<sup>6</sup>. Pues en ella solo se formula la pregunta por la legitimación, y la respuesta queda sin embargo en el aire.

Tampoco es suficiente ver en el poder constituyente sólo un fundamento normativo ideal, por ejemplo de tipo iusnaturalista, que en cada caso es necesario asumir, y que presta o retira a la Constitución su vinculatividad normativa. El poder constituyente se reduciría aquí a un punto de anclaje ideal normativo para la Constitución, y con ello quedaría a un lado por principio la conexión entre lo fáctico y la legitimación normativa, que es de lo que se trata en este concepto. El concepto se apartaría de la esfera de lo político, a la que no obstante pertenece de forma necesaria. La Constitución no obtiene su firmeza normativa y su fuerza reguladora de una norma jurídica superior a ella o de una sanción especial, que no entra dentro de lo posible, sino de una idea de orden que se hace firme normativamente a través de una decisión de la voluntad política, sustentada por el pueblo o por los grupos y fuerzas determinantes en la sociedad.

La fuerza que hace surgir y que legitima a la Constitución tiene que representarse por lo tanto, o al menos también, como una magnitud política<sup>7</sup>. Las ideas de justicia y de lo recto, las ideas propias de un orden político, solo cobran fuerza configuradora y legitimadora para la vida en común de los hombres cuando son mantenidas por hombres o grupos de hombres como una convicción viva, y se integran en una fuerza o en una magnitud política que las sostiene. El poder constituyente —como concepto de la teoría y la dogmática constitucionales— no puede así ser definido como una norma fundamental hipotética, ni tampoco únicamente como una norma fundamental de Derecho natural. Tiene que entenderse también como una magnitud política real que fundamenta la validez normativa de la Constitución. Como tal no puede existir

6. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1960, pp. 203 s.

7. Así lo ve acertadamente —bajo el punto de vista del poder constituyente del pueblo— R. Eckertz, *Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen als Grenzproblem des Rechts*, 1986, pp. 222-224.

dentro o sobre la base de la Constitución, por ejemplo, como un «órgano» creado por la Constitución, sino que tiene que preceder a la Constitución y a los *pouvoirs constitués* normados y limitados por ella. Es precisamente esta posición previa y superior frente a los *pouvoirs constitués* lo que constituye el carácter específico del poder constituyente.

3. Una vez realizadas estas necesarias delimitaciones y estas aclaraciones previas, se puede intentar ofrecer una definición del poder constituyente: el poder constituyente es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez<sup>8</sup>. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede. Pero, cuando se manifiesta, influye sobre él y opera también dentro de él según la forma que le corresponda para actuar.

## II. EL TITULAR (SUJETO) DEL PODER CONSTITUYENTE

1. La mera pregunta por el titular o el sujeto del poder constituyente implica que puede haber una diversidad de titulares. Y, no obstante, esto plantea ya aquí un problema. El concepto de poder constituyente es, por su origen y contenido, un concepto democrático y revolucionario, que solo tiene su lugar en conexión con una teoría de la Constitución democrática. Fue desarrollado por primera vez en 1788-1789 por el abate Sieyès. Su intención era la de oponer al dominio del monarca y de las instituciones de la monarquía, basadas en el derecho y la tradición, el poder político de decisión originario y no vinculado de la nación como la fuerza que crea la Constitución<sup>9</sup>.

8. Esta definición se diferencia de la que ofrece C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1970, p. 75, en la medida en que no se limita al aspecto de la toma de decisiones políticas, sino que atiende también a los aspectos de la producción, el mantenimiento o la superación de la pretensión normativa de validez. El poder constituyente se concibe así como un concepto referido a la legitimación. Otras definiciones, en U. Steiner, *Verfassungsgebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes*, 1966, pp. 82 s., 91; D. Murswiek, *Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1978, pp. 163 s. Cf. también K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* I, 1977, apdo. 512, pp. 120 ss., así como —escéptico frente al concepto en general— K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, cit., pp. 16 s.

9. K. Loewenstein, *Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789, 1922*, pp. 49 ss.

Al definir el contenido del *pouvoir constituant*, el abate Sieyès (él mismo teólogo) transfirió al pueblo determinados atributos de Dios, tal y como se habían desarrollado en la teología cristiana: *potestas constituens, norma normans, creatio ex nihilo*. El sentido de esta transposición de conceptos teológicos a categorías políticas —un caso de «teología política» por excelencia<sup>10</sup>— es claro: al pueblo, entendido como un sujeto humano, se le debe reconocer pleno poder de disposición sobre la configuración del orden político y social, debe considerársele como su creador en sentido estricto<sup>11</sup>. El orden social y político ya no se determina de acuerdo con una ordenación divina de la naturaleza y del mundo, sino que los hombres, desde su voluntad y su decisión soberana, toman en sus manos su propio destino y la misma ordenación del mundo.

Un concepto de poder constituyente así entendido era algo incompatible con el poder que correspondía a los monarcas, ya que su posición de dominio, incluso al sostener su soberanía hacia el exterior, se movía en un nexo de fundamentación completamente distinto. No obstante, en la época que sigue a 1815, en la confrontación entre monarquía y soberanía del pueblo como dos principios políticos formales, también los monarcas pretendieron asumir el poder constituyente. Ahora bien, este hecho sólo da fe de hasta qué punto los nuevos principios de ordenación que surgieron en la Revolución francesa se habían convertido ya en algo indiscutible. La posición del monarca ya no se podía defender de forma plausible más que adoptando los conceptos y las posiciones jurídicas fundamentales desarrolladas a partir del principio de la soberanía del pueblo e intentando reclamarlas para el monarca<sup>12</sup>. Y objetivamente esto no podía resultar.

El monarca, cuya posición reposaba sobre una instauración configurada jurídicamente, esto es, sobre una institución monárquica basada en un orden determinado de sucesión, no puede ser concebido también como el origen y la fuente, como aquello que no tiene forma y sin embargo da forma al orden jurídico y político, tal y como ocurre con la Constitución. Un poder constitutivo del monarca como este no se puede fundamentar en el marco de un orden del mundo legitimado por Dios, en el que el monarca y su

10. C. Schmitt, *Politische Theologie*, 1934, pp. 49 ss.

11. C. Schmitt, *Die Diktatur*, 1928, pp. 142 s.; E. W. Böckenförde, «Organ, Organismus, Organisation, politischer Körper VII-IX», en *Geschichtliche Grundbegriffe* IV, pp. 567-569.

12. Dicho sea esto como desarrollo de las consideraciones que expone C. Schmitt en las pp. 80 s. de su obra citada *supra* en nota 8.

familia podían aparecer como legitimados de forma sacral, es decir, como representantes o delegados de la voluntad omnipotente de Dios. Para una ordenación secular del Estado esto ya no es posible. En su *Teoría del Estado* Hermann Heller habla de la «dificultad insuperable que se plantea, en el marco de una concepción inmanente de lo universal, al querer atribuir el poder constituyente por la gracia de Dios a una familia»<sup>13</sup>.

2. De acuerdo con todo ello, a la hora de señalar quién es el titular (sujeto) del poder constituyente, solo puede entrar en consideración el pueblo. El poder constituyente es conceptualmente poder constituyente del pueblo. Pero ¿qué significa pueblo en este contexto?

El concepto de pueblo no se agota en el de la ciudadanía activa (de los legitimados para participar en las elecciones), por mucho que esta mantenga su relevancia. Tampoco se identifica con el significado de pueblo en un sentido natural o étnico: como un grupo de hombres vinculados por un lenguaje, una procedencia o una cultura comunes. Con el término de pueblo se asocia más bien la idea del pueblo en sentido político, de la nación, esto es, de un grupo de hombres que se delimita y se reúne políticamente, que es consciente de sí mismo como magnitud política y que entra en la historia actuando como tal. Este pueblo en sentido político puede, pero no tiene que ser al mismo tiempo un pueblo en sentido natural. Suiza es el ejemplo más claro de ello<sup>14</sup>.

También puede ser titular del poder constituyente un determinado grupo o un estrato social que exista en el pueblo. Pero esto solo puede ocurrir cuando al mismo le es posible presentarse con éxito como representante del pueblo político y, con ello, obtener reconocimiento. En tal caso está en lugar del pueblo, el cual se mantiene como auténtico titular del *pouvoir constituant*. Esta era la posición del Tercer Estado (la burguesía) en la Revolución francesa<sup>15</sup>.

En la teoría política del marxismo-leninismo el poder constituyente corresponde al proletariado. El proletariado, que ha pasado por la alienación extrema, encarna la voluntad real y verdadera de

13. H. Heller, *Staatslehre*, 1971, p. 278.

14. A ello corresponde la distinción entre nación-estado y nación-cultural, tan usual en la bibliografía.

15. Así fue políticamente postulado y al mismo tiempo desarrollado en el panfleto de E. Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état?*, que apareció a comienzos de 1789 (al principio de forma anónima) y que actuó como detonante de la situación.

los hombres, ya no enajenada por un condicionamiento clasista, y es en esa medida representante del pueblo en su conjunto<sup>16</sup>. Por su parte el proletariado tiene su unidad de acción en el Partido Comunista, que constituye su vanguardia y, por lo tanto, en el momento de consumir la acción político-práctica, le corresponde a este el ejercicio del poder constituyente.

3. El poder constituyente del pueblo, como concepto del Derecho del Estado y del Derecho Constitucional, desempeña su papel no solo en Francia, sino también en el desarrollo constitucional alemán. Se apela a él por primera vez en el movimiento constitucional del año 1848. La exigencia y la convocatoria de elecciones para el Parlamento de la Paulskirche se realiza para elegir una «Asamblea Nacional (alemana) constituyente», y la Asamblea Nacional elegida apela al poder constituyente de la nación, que asume para sí<sup>17</sup>. La Constitución de Weimar proclama en su Preámbulo el poder constituyente del pueblo alemán como su auténtico fundamento («El pueblo alemán [...] se ha dado esta Constitución»).

La Ley Fundamental apela a este poder constituyente de un modo aún más claro: lo aduce de forma expresa en el Preámbulo refiriéndose a su propia fundamentación y legitimación, y de un modo indirecto también en el artículo 146, cuando se refiere al término de su vigencia por medio de una decisión del pueblo alemán en su conjunto<sup>18</sup>. Con ello se están reconociendo los concep-

16. Una justificación para ello puede encontrarse en K. Marx, *La ideología alemana*, 1.ª Parte; se formula política y programáticamente en el *Manifiesto del Partido Comunista*. La indicación de la posición del Partido Comunista como vanguardia del proletariado, también en esta misma obra.

17. Tanto las resoluciones del Parlamento de 31 de marzo y 1-4 de abril, como la resolución federal del 7 de abril de 1848 hablan de la «asamblea nacional (alemana) constituyente»: cf. E. R. Huber (ed.), *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte I*, 1961, pp. 171, 174. Y la promulgación de la Constitución del *Deutsches Reich* de 28 de marzo 1849 comienza con esta frase: «La asamblea nacional alemana constituyente ha decidido...» (*ibid.*, p. 304).

18. En el preámbulo se dice: «[...] el pueblo alemán de los Estados [...], en virtud de su potestad constituyente y con el fin de establecer una nueva ordenación del Estado en esta etapa transitoria, se ha dado a sí mismo esta Ley Fundamental de la República Federal de Alemania» [N. del T.: El Preámbulo ha sido modificado posteriormente por el Tratado de Unión de 31 de agosto de 1991, ampliando la referencia del poder constituyente y de la vigencia de la Constitución a «todo el pueblo alemán»]. El artículo 146: «Esta Ley Fundamental dejará de regir el día en que entre en vigor una Constitución que haya sido libremente aprobada por el pueblo alemán» [N. del T.: La nueva redacción dada a este precepto de la Ley Fundamental en base al artículo 4 del Tratado de Unión es la siguiente: «La presente

tos de poder constituyente y de pueblo, en cuanto titular necesario del poder constituyente, como magnitudes propias del Derecho del Estado. Y si echamos un vistazo a las constituciones de los Estados, la referencia al poder constituyente del pueblo aparece bajo formas distintas. Algunas Constituciones, como la de Baden-Württemberg, apelan a él de forma expresa, otras, de acuerdo con su objeto, se remiten al pueblo del Estado correspondiente<sup>19</sup>. Es digno de mención aquí el Preámbulo de la Constitución de Hessen, en el que se habla de que «Hessen» se ha dado la siguiente Constitución. Aquellas constituciones que contienen solo un estatuto orgánico se consideran a sí mismas como una ley ordinaria y renuncian a señalar una fundamentación más amplia de su legitimación.

### III. LA ACCIÓN Y LAS FORMAS DE ACTUACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE DEL PUEBLO

Al prestar atención al tercero de los temas que planteábamos, el de la acción y las formas de actuación del poder constituyente del pueblo, se pone en seguida de manifiesto un problema fundamental del concepto del poder constituyente: el de que su naturaleza lo hace aparecer como un concepto límite del Derecho constitucional<sup>20</sup>.

1. Como *pouvoir constituant* que precede a la Constitución jurídica, el poder constituyente del pueblo no puede ser regulado jurídicamente por la Constitución misma ni, en consecuencia, pueden establecerse de un modo fijo sus formas de manifestación. Tiene y mantiene siempre un carácter originario, inmediato e incluso elemental; y de acuerdo con ello, es él mismo quien es capaz de buscar y crear sus propias formas de manifestarse —precisamente como magnitud política—. Pero, entonces, ¿es posible utilizar en general el poder constituyente del pueblo como una magnitud y un

Ley Fundamental, que se aplicará a todo el pueblo alemán una vez consumadas la unidad y la libertad de Alemania, dejará de regir el día en que entre en vigor una Constitución que haya sido aprobada libremente por el pueblo alemán].

19. Constitución del *Land* Baden-Württemberg de II.II.53, Preámbulo; Constitución del Estado libre de Bayern, Preámbulo («el pueblo bávaro se ha dado [...] la siguiente Constitución democrática»); Constitución del Estado Nordrhein-Westfalen, Preámbulo («los hombre y mujeres del Estado Nordrhein-Westfalen se han dado esta Constitución»); Constitución de Rheinland-Pfalz, Declaración inicial («el pueblo de Rheinland-Pfalz se ha dado a sí mismo esta Constitución»).

20. Así la Constitución de la ciudad libre y hanseática de Hamburgo, la Constitución provisional de Niedersachsen y el Estatuto del Estado de Schleswig-Holstein.

concepto del Derecho del Estado? ¿Puede haber una magnitud en el Derecho del Estado que se sustraiga a toda vinculación a una forma y a un procedimiento, a una limitación y encauzamiento dados? Y, una vez que ha legitimado y otorgado validez a la Constitución, para que pueda asegurarse la validez y la persistencia de la Constitución cara a las acciones de las fuerzas políticas no limitadas normativamente y por lo tanto no previsibles, ¿no tendrá entonces que silenciarse al poder constituyente?

Esta solución puede ofrecerse como un modo de proteger la Constitución jurídica frente a los imponderables de lo político —y así lo sostiene expresamente M. Kriele<sup>21</sup>—. Pero, desde el punto de vista del Derecho del Estado, esta solución reposa sobre un artificio y una ficción jurídica. Si, para que la Constitución y sus pretensiones de validez puedan legitimarse, es necesario (también) que el poder constituyente del pueblo actúe como una magnitud y una fuerza política reales, entonces no puede ser reducido jurídicamente a la nada una vez que ha actuado; es y sigue estando presente como esa magnitud y esa fuerza.

Es una idea sorprendente la de pensar que la legitimación necesaria de la Constitución —reconociendo expresamente que es necesaria— pueda reducirse a un único momento, al de su génesis (revolucionaria), y que a partir de ahí la Constitución pueda valer en cierto modo como algo autónomo, con independencia de la persistencia de esta legitimación<sup>22</sup>. Si a la Constitución le faltara el que sus decisiones fundamentales se vieran sostenidas de forma permanente y renovada por las convicciones jurídicas y políticas vivas en una comunidad concreta unificada como Estado, la Constitución misma entraría inevitablemente en un proceso de erosión: su normatividad se desvanecería entre convicciones políticas constitucionales contradictorias que desean un orden distinto, o bien se vería abandonada a una apatía general.

¿Cuál es realmente el problema que está planteado aquí? El problema reside básicamente en que el poder constituyente del pueblo como magnitud y como fuerza política elemental persevere, en lo posible, en lo que manifestó y decidió en un determinado momento, y que esto ocurra sin que pierda con ello su condición de magnitud y fuerza política. Formulada en el contexto del Derecho del Estado, la cuestión que se plantea es la de cómo es posible

21. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, 1981, apdo. 66, pp. 260 ss.

22. Críticamente sobre ello, *vid.* también H. Quaritsch, «Der fortschreitende Verfassungsstaat»: *Der Staat* 17 (1978), pp. 427 s.

que la Constitución jurídica, sin desvincularse de su legitimación por el poder constituyente, pueda no obstante proteger el fundamento y la persistencia de su validez frente a las oscilaciones de un poder no vinculado normativamente, de un poder que puede manifestarse y se manifiesta en acciones y emociones políticas elementales, o incluso simplemente en una «vida» que fluye sin cesar.

Si no se quiere rehuir el problema, hay que asumir que este objetivo no puede alcanzarse nunca de forma absoluta. Si el poder constituyente del pueblo tiene por sí mismo la fuerza de legitimar la Constitución jurídica —y se puede apelar a él para ello—, entonces hay que reconocer que tiene también la fuerza de cancelar esta legitimación, ya sea por completo y de forma abrupta (eliminación de la Constitución), ya sea por partes y sucesivamente (vaciamiento de la Constitución). En este sentido hay que reconocer que la política es el destino de todos nosotros<sup>23</sup>, y de un modo especial en una época democrática.

No es posible, por principio, romper la imbricación de un concepto límite y fundamental del Derecho del Estado con lo político. Lo que sí se puede lograr, y lo que representa un cometido importante del Derecho del Estado, es lo siguiente: que las acciones del poder constituyente del pueblo, que no cabe excluir nunca, puedan ser limitadas de algún modo y, mediante disposiciones adecuadas, se logre que sus manifestaciones, cuando aparecen, desemboquen en procedimientos preparados a tal efecto, que sean encauzadas a través de ellos y que, haciéndose valer a través de estos cauces, tengan también abierta de este modo la posibilidad de su actualización. Interesa, pues, ahora prestar una atención más detallada a esta cuestión.

2. Para lograr el objetivo de limitar y canalizar el poder constituyente, pero sin pretender desconectarlo, hay diferentes vías y posibilidades:

a) Una de estas vías es la de distinguir y delimitar el *pouvoir constituant* de los *pouvoirs constitués*. Esta distinción representa una pieza clásica del trabajo jurídico conceptual sobre el Derecho del Estado democrático<sup>24</sup>. Desde el momento en que los poderes regulados, y en esa medida limitados, por la Constitución —inclu-

23. En este sentido también W. Henke, en *Der Staat* 19 (1980), pp. 208 ss.

24. C. Schmitt, «Die legale Weltrevolution»: *Der Staat* 17 (1978), pp. 321 ss. (p. 337); K. Stern *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., apdo. 513 b, pp. 125 ss.; y desde un punto de vista histórico para la época de la Revolución francesa, K. Loewenstein, *Volk und Parlament...*, cit., pp. 278 ss.

yendo aquí al poder legislativo y al poder de reforma de la Constitución— son delimitados por el poder constituyente del pueblo y por la soberanía del pueblo incorporada en él, y en la medida en que con ello se excluye su acceso al núcleo y al conjunto de la Constitución, se consiguen tres cosas:

1) se refuerza la validez normativa de la Constitución, puesto que todos los poderes constituidos, esto es, los portadores concretos del poder político condensado en las funciones del Estado, se ven sometidos a la Constitución;

2) se reconoce la necesidad y la existencia de un poder legitimador supremo (como magnitud política real); y

3) finalmente, se restringe la capacidad de esta magnitud política para intervenir en cualquier momento sobre la Constitución jurídica legitimada por él, por ejemplo, bajo el ropaje de la reforma legal de la Constitución o del quebrantamiento constitucional.

Las acciones que afectan de modo sustancial a la Constitución se ven de esta forma reducidas a situaciones extraordinarias, y necesitan de una especial energía para hacerse valer frente a la vida constitucional organizada, vinculada al derecho y a los procedimientos.

b) Una segunda vía consiste en el desarrollo y en la práctica de aquellos procedimientos democráticos que sirven para una más precisa articulación, preparación o realización de las decisiones del titular del poder constituyente. Las manifestaciones del *pouvoir constituant*, especialmente cuando se plantean en conexión con una transformación profunda de la Constitución o con una derogación de la Constitución vigente hasta el momento, tienen un carácter elemental. Normalmente solo tienen un significado unívoco cuando se plantean de modo negativo, pero cuando, por el contrario, asumen una formulación positiva, su sentido queda, más allá de la mera indicación de una determinada dirección, como algo difuso y dependiente de planteamientos previos. Por ello la clave está en sacar lo antes posible estas manifestaciones de su indeterminación y en traducirlas a formulaciones determinadas y a un orden realizable. Y esto puede llevarse a cabo mediante acciones previas y preparatorias, o mediante una acción posterior, en su fase de ejecución. Pero en ambos casos hace falta el procedimiento adecuado.

La praxis de los Estados democráticos, orientada según el modelo de la época de la Revolución francesa, ha configurado diferentes procedimientos para ello. Y C. Schmitt los ha descrito con detalle en su teoría de la Constitución<sup>25</sup>.

25. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., pp. 84-87.

1. *Primer procedimiento*: A través de una Asamblea Nacional constituyente, que se configura mediante elecciones democráticas y que decide por sí misma, e incluso promulga, la regulación de la norma constitucional —en ejecución más detallada de decisiones fundamentales ya tomadas—. En este supuesto no se incluye una confirmación o una decisión por el pueblo, entendido este como los ciudadanos legitimados para votar.

De esta forma surgió la Constitución de Weimar en el año 1919. Fue acordada y puesta en vigor por la Asamblea Nacional de Weimar, elegida de acuerdo con los principios de un derecho de sufragio general e igual. En la etapa revolucionaria previa (noviembre/diciembre de 1918) se habían ya tomado las decisiones fundamentales: se había excluido la Monarquía y se había acordado la forma de una República democrática; se había dejado de lado la forma del Estado unitario, e igualmente —con la misma convocatoria de las elecciones para la Asamblea Nacional— se había rechazado la fórmula del sistema de consejos, inclinándose a favor de una democracia parlamentaria. La Asamblea Nacional desarrolló en concreto estas decisiones.

2. *Segundo procedimiento*: Se convoca, o se elige democráticamente, una asamblea, una Convención como se denomina en este caso, para elaborar un proyecto de Constitución, y el texto constitucional se somete como propuesta al pueblo, quien decide por sí mismo sobre su adopción o rechazo.

Las Constituciones de los Estados del sur de Alemania (Baviera, Württemberg-Baden, Hessen, Rheinland-Pfalz), así como las de Bremen y Nordrhein-Westfalen, se elaboraron y decidieron por la Dieta de cada Estado, que tenía al mismo tiempo el carácter de una convención a la que correspondía la tarea de redactar un proyecto de Constitución, y luego fueron aprobadas mediante votación popular. Cuando se formó el Estado de Baden-Württemberg en el año 1952, reuniendo a los anteriores Estados de Baden, Württemberg-Baden y Württemberg-Hohenzollern, ya no se sometió a la aprobación del pueblo. La representación del pueblo elegida para la elaboración de la Constitución asumió la posición de una asamblea constituyente.

3. *Tercer procedimiento*: Votación general del pueblo sobre una propuesta para la reforma fundamental o la nueva elaboración de la Constitución jurídica, que parte de alguno de los órganos del Estado o de un número determinado de ciudadanos con legitimación electoral (la denominada iniciativa popular).

Este procedimiento se recoge en las prescripciones que la Cons-

titudin federal suiza dedica a su revisi3n total (arts. 119 ss.). La revisi3n total no est1 sometida a ninguna limitaci3n en cuanto a las materias o contenidos, sino solo a reglas de procedimiento, y por lo tanto abierta a la actuaci3n del *pouvoir constituant* a trav1s del refer1ndum constitucional. Cosa distinta es la posibilidad de las iniciativas populares de reforma constitucional, con la consiguiente votaci3n popular, que conocen algunas Constituciones de los Estados de la Rep1blica Federal, como ocurre por ejemplo en las de Baviera (arts. 74, 75.1) y Baden-W1rttemberg (arts. 60.1 y 64 III). Estas iniciativas populares se refieren siempre y 1nicamente a reformas de la ley constitucional, y se mantienen por lo tanto en el marco de un *pouvoir constitu1* sometido a la Constituci3n<sup>26</sup>.

4. *Cuarto procedimiento*: Votaci3n general del pueblo sobre un nuevo orden y una regulaci3n de la Constituci3n que se plantea de modo unilateral y que, propuesta por regla general por los ocupantes del poder del Gobierno, es al menos dudosa en cuanto a su legalidad.

Este procedimiento, que se aproxima o equipara a la legitimaci3n plebiscitaria de un Estado imperial, se utiliz3 especialmente en los plebiscitos napole3nicos de los a1os 1799, 1802, 1804, 1815, as1 como en los plebiscitos de Napole3n III de 1851 y 1852. Suele plantearse especialmente en el caso de gobiernos o r1gmenes revolucionarios, que quieren que el pueblo legitime los hechos llevados a cabo, o incluso para los actos revolucionarios de gobiernos legales, cuando se quiere superar as1 la ilegalidad inicial de estos. En la Francia de la V Rep1blica el general De Gaulle, como jefe del Estado, sometió a confirmaci3n mediante un plebiscito la renuncia a la provincia de Argelia como parte de Francia, acordada por 1l en el Tratado de Evian, y que era inadmisibile seg1n la Constituci3n<sup>27</sup>.

c) Junto a estos diversos modos de preparar las manifestaciones del *pouvoir constituant* o de reconducirlas a una ordenaci3n realizable, existe a1n una tercera v1a para mantener abierta la capacidad de acci3n del *pouvoir constituant* sin renunciar, al mismo tiempo, a limitarlo y canalizarlo. Esta posibilidad consiste en asu-

26. As1 resulta expresamente del art1culo 75, I, 2 de la Constituci3n de Baviera y del art1culo 64, I, 2 de la Constituci3n de Baden-W1rttemberg, seg1n los cuales las reformas constitucionales, incluso las que proceden de una iniciativa popular, no pueden ir en contra de la «concepci3n fundamental democr1tica» o, en otras palabras, en contra de «los principios del Estado democr1tico y social de derecho».

27. Refer1ndum de 8 de abril 1962, cf. P. Gaxotte, *Histoire des fran1ais*, Paris, 1972, p. 801. Seg1n el art1culo 69.4 de la Constituci3n francesa de 1958 no cabe iniciar ni llevar a cabo un procedimiento de reforma de la Constituci3n que afecte a la «integridad del territorio del Estado».

mir que el pueblo no organizado pueda ejercer su influencia en el marco de la Constitución. En la medida en que ejerce las posibilidades que se le hayan abierto de este modo, el pueblo «vive» la Constitución y renueva su legitimación en un consenso actualizado.

Tales posibilidades están dadas, por un lado, a través de la garantía de la libertad de opinión (pública), de prensa y de reunión: con ellas el pueblo no organizado se puede articular, aunque lo haga de un modo difuso. Se realizan también, por otro lado, a través de las elecciones, consultas y decisiones populares en las que se dan para la ciudadanía activa, esto es, para el pueblo organizado, posibilidades jurídicas de influir e intervenir. Siempre que el pueblo se pone en acción como una magnitud organizada bajo la forma de la ciudadanía activa, en esa acción participa de algún modo y está presente el pueblo no organizado del *pouvoir constituant*. Es evidente que en la realidad política del Estado se puede establecer jurídicamente una diferencia entre el pueblo como órgano y el pueblo como soberano; pero ambos no pueden separarse como si fueran dos magnitudes reales distintas. Los dos son en último extremo el mismo «pueblo»<sup>28</sup>.

3. Volvamos ahora nuestra atención a la Ley Fundamental y a las Constituciones de los Estados, en lo que se refiere a la acción y las formas de actuación del poder constituyente del pueblo.

a) La Ley Fundamental ha acogido conscientemente la distinción entre *pouvoir constituant* y *pouvoir constitué*. Ha configurado el poder de reforma de la Constitución en el artículo 79.3 como una competencia limitada, en el sentido de un *pouvoir constitué* que está sometido a la Constitución, y ha abierto un campo de acción expreso para el *pouvoir constituant*, aunque solo para el supuesto del artículo 146, esto es, para el caso de la elaboración de una Constitución para el conjunto de Alemania.

De esta forma, y tomando pie en la experiencia de cómo se eliminó por vía legal la Constitución de Weimar, la Ley Fundamental ha optado con toda claridad por limitar y canalizar el poder constituyente del pueblo. Si se considera a la Ley Fundamental misma como legitimada por el poder constituyente del pueblo alemán, como lo hace el Preámbulo, entonces se puede argumentar que el *pouvoir constituant* ha dado con ello su asentimiento a su

28. K. Stern, en *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., apdo. 5, I, 3b, considera que en todo caso opera «el mismo pueblo», pero piensa que puede aclarar y resolver el problema en un sentido constructivista.

permanente limitación<sup>29</sup>. Pero, sin duda, esta limitación mantiene la naturaleza de una autovinculación y por lo tanto, dado que el *pouvoir constituant* no está sometido a la Constitución sino que antes bien la legitima y le presta su fundamento, no puede considerarse como una vinculación jurídica que se le impone. Ahora bien, y pese a todo, esta limitación no carece por entero de significación. Pues con ella la Constitución pone a disposición de los poderes constituidos una serie de argumentos efectivos cara a su confrontación con las manifestaciones del *pouvoir constituant*. El listón que tienen que superar las acciones del *pouvoir constituant* se ha elevado claramente más que nunca<sup>30</sup>.

La Ley Fundamental no ha hecho más que abrir apenas la puerta a las posibilidades indirectas de manifestación del pueblo no organizado, ha hecho apenas efectiva la posibilidad jurídica de influir para la ciudadanía activa, por ejemplo, a través de la legislación popular o el referéndum constitucional, entre otras, para así vincularlo a la Constitución en una dirección legitimadora. En esa medida, y como consecuencia de la decidida configuración representativa de la democracia, solo le queda su participación en las elecciones que se celebran cada cuatro años. Además, en la articulación de su voluntad política el pueblo como magnitud y como fuerza política no organizada está referido al instrumento de la opinión pública —ciertamente difusa—, cuyas posibilidades de formación y de acción se encuentran garantizadas expresamente en la Constitución. Pero si pensamos en otras formas de manifestación, en formas más elementales que el *pouvoir constituant* tantea cuando se vuelve activo y se hace presente políticamente, entonces hay que reconocer que no existen procedimientos que lo canalicen. Y para la Ley Fundamental esto puede representar un serio problema.

b) Las Constituciones de los Estados son menos tímidas en lo que se refiere a las posibilidades jurídicas de acción del pueblo organizado, admitiendo también que se incorpore a ellas el pueblo no organizado. Algunas prescriben que toda reforma constitucional tiene que ser aceptada a través de una decisión popular<sup>31</sup> y, más allá

29. Críticamente sobre ello D. Murswiek, *Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz...*, cit., pp. 180 ss.

30. *Vid.* D. Murswiek, *op. cit.*, pp. 226 ss.; Th. Maunz y G. Dürig, Comentario al artículo 79, núm. marg. 30, en Maunz y Dürig, *Grundgesetz*.

31. En este sentido la Constitución del Estado libre de Baviera (art. 75.2), la Constitución de la ciudad hanseática y libre de Bremen (art. 125.3, excepto en el caso de que la ciudadanía haya asentido de forma unánime a la reforma constitucional), la Constitución del Estado de Hessen (art. 123.2).

de esto, la mayoría de las Constituciones de los Estados conoce la iniciativa popular legislativa y, en parte también, la iniciativa para reformas constitucionales<sup>32</sup>.

En estos procedimientos de legislación popular aparece con extrema claridad la conexión entre las acciones del pueblo organizado, que es un órgano constitucional (*pouvoir constitué*) y está sujeto a la Constitución, y las manifestaciones del (pueblo) no organizado que es el titular del *pouvoir constituant* y soberano. En cuanto órgano jurídico constitucional, el pueblo sólo puede moverse en el marco y dentro de los límites de la Constitución. Y, de acuerdo con ello, sus iniciativas están sujetas a la verificación y al control de su constitucionalidad. Ahora bien, el que una decisión tomada de modo vinculante por el pueblo pudiera ser luego declarada nula e inconstitucional por un tribunal que juzga en nombre del pueblo, es algo que plantea problemas teóricos y político-prácticos de difícil solución<sup>33</sup>. Estos problemas surgen precisamente porque, en una decisión o manifestación de la voluntad en la que se apela al pueblo (organizado) como ciudadanía activa, siempre —como hemos señalado— entra en juego y está presente el pueblo como soberano.

La solución jurídica a este problema pasa por verificar la constitucionalidad de la legislación popular y de la iniciativa popular antes de que se llegue a la decisión del pueblo, tal y como prevén con profusión las regulaciones de los *Länder*<sup>34</sup>. Esta verificación no afecta a la decisión del pueblo mismo, sino solo al planteamiento de la cuestión al pueblo. Y este planteamiento no procede del pueblo mismo, sino de los órganos constitucionales competentes

32. Así las Constituciones citadas en la nota 31 (Baviera, art. 74; Bremen, art. 123; Hessen, art. 124) así como las Constituciones de Baden-Württemberg (art. 59.2), de Nordrhein-Westfalen (art. 68), de Rheinland-Pfalz (art. 109) y del Sarre (art. 99).

33. En su famosa decisión de 16 de noviembre 1962 el *Conseil Constitutionnel* francés se ha declarado incompetente para entrar a juzgar sobre leyes que son expresión directa de la voluntad soberana del pueblo («expression directe de la souveraineté nationale»). Cf. L. Favoreu y L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris, 1979, pp. 176-185. La cuestión que dio pie para esta declaración fue la introducción, por De Gaulle y mediante un plebiscito directo, de la elección del Jefe del Estado por el pueblo, ignorando las prescripciones sobre la reforma constitucional (art. 59.1-3). Sobre ello, *vid.* H. W. Ehrmann, «Verfassungsgerichtsbarkeit im Frankreich der Fünften Republik»: *Der Staat* 20 (1981), p. 373 (376 ss.).

34. *Vid.*, por ejemplo, artículo 71.1 de la Ley electoral de Baviera de 6 de marzo 1974 (GVBl, p. 133); apdo. 3, 2 de la Ley sobre iniciativa y decisión popular de Hessen de 16 de mayo 1950 (GVBl, p. 103); apdo. 1 de la Ley sobre el procedimiento de las decisiones e iniciativas populares de Nordrhein-Westfalen de 3 de agosto 1951 (GSNW, p. 60).

para ello o bien, en el caso de las iniciativas populares, de un determinado número de ciudadanos o de grupos de ciudadanos. Vincular su acción a la Constitución y controlarla desde esta no arroja ningún problema que afecte al pueblo como soberano. De este modo se puede lograr que solo se planteen al pueblo como órgano del Estado (y como soberano presente también en él) propuestas constitucionales para que responda y decida. Pero para ello es imprescindible una verificación y un enjuiciamiento previos, y no *a posteriori*, de la propuesta que vaya a formularse al pueblo.

#### IV. LA LIMITACIÓN JURÍDICA DEL PODER CONSTITUYENTE

1. Si se toma como punto de partida el sentido originario que tiene el concepto del *pouvoir constituant* en una Constitución democrática y para una teoría de la Constitución democrática, entonces no puede señalarse para él ningún límite jurídico previo. La Constitución jurídica surge y se legitima por un acto originario del poder constituyente, no es algo previo a este. También la idea de la soberanía del titular del poder constituyente y la traslación de atributos divinos a él, a las que hemos aludido, excluyen toda vinculación jurídica previa para el *pouvoir constituant*.

No obstante, en esta teoría del *pouvoir constituant* no hay cabida para algo así como una magnitud o una fuerza arbitraria, incluso caprichosa. Y ello por dos razones. Una de ellas, porque el *pouvoir constituant*, como su propio nombre indica, está determinado por una voluntad de Constitución. Y «Constitución» significa ordenación y organización jurídica del poder político del Estado. Significa también, con ello, su articulación y limitación, pues ambas son algo inmanente a toda ordenación jurídica, con independencia de la forma o el modo en que se configure esta ordenación. Un poder absoluto, y que quiera seguir siendo absoluto, no cabe en una Constitución<sup>35</sup>. De esta forma, en el concepto mismo del poder constituyente está ya incluida y presupuesta una cierta medida de constitucionalidad, y esta representa una delimitación frente al ejercicio arbitrario del poder o frente al dominio puro y duro de la arbitrariedad.

La otra razón puede salir a la luz evocando la referencia de

35. Significativamente en la Alemania que siguió a 1933 no se intentó, ni era posible, incorporar el poder del *Führer* que Hitler asumió en una Constitución, ni se intentó elaborar una «Constitución» para este *Führerstaat*. E. R. Huber, en su *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 21939, p. 230, describe el poder del *Führer* como «abarcante y total; [...] libre e independiente, exclusivo e ilimitado».

Sieyès a la Nación como titular del poder constituyente. Con este concepto no se pensaba en la voluntad natural de una población empírica, sino en la conciencia conjunta del pueblo que se ha vuelto consciente de sí mismo como sujeto político. La Nación en este sentido se configura como voluntad política desde concepciones y convicciones culturales, éticas y espirituales. La «voluntad de la Nación» no se entendía como la mera adición de voluntades particulares de muchos (*volonté de tous*), sino como una voluntad común (*volonté générale*) en el sentido de Rousseau, en la que se expresaban los principios reconocidos para la configuración y la dirección de la vida pública<sup>36</sup>.

2. Ahora bien, la experiencia, entre tanto, de situaciones de degeneración de la soberanía, o incluso de casos de degradación de los soberanos democráticos, y, junto a ello, la disminución de la confianza en unas concepciones fundamentales comunes e indubitables, han hecho que en el momento presente —sobre todo a partir de 1945— se plantee el interrogante de si no habrá que trazar límites e imponer vinculaciones al *pouvoir constituant* recurriendo a principios elementales de justicia o a un Derecho natural. Las vinculaciones y límites que se postulan así para el poder constituyente se entienden, bien como obligaciones jurídicas impuestas desde fuera, en virtud de un derecho suprapositivo, bien como limitación interna de esa libertad del *pouvoir constituant* en sí mismo omniabarcante. Hoy es sobre todo el reconocimiento de los derechos humanos lo que se postula como vinculación jurídica impuesta o como limitación interna del *pouvoir constituant*<sup>37</sup>. Pero no cabe entrar aquí a discutir la cuestión de una vinculación del *pouvoir constituant* al Derecho internacional, que representa un problema especial.

En una de sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional Federal afirma que no es posible imponer limitaciones desde fuera a una asamblea constituyente que está en posesión del *pouvoir constituant*; pero señala también que este se encuentra vinculado a «los principios jurídicos suprapositivos que preceden a todo derecho escrito» (*BverfGE*, I, 14 [61]). Y en una sentencia algo posterior (*BverfGE* 3, 225 [232 s.]), al aludir a este nexo de fundamen-

36. Sobre el significado normativo de la *volonté générale* de Rousseau, *vid.* I. Fetscher, *Rousseaus politische Philosophie*, 1960, pp. 111 ss.

37. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, cit., pp. 262 s.; Th. Maunz y G. Dürig, *Grundgesetz*, cit., núm. marg. 26; en sentido crítico B.-O. Bryde, Comentario al artículo 79, núm. marg. 24-27, en I. V. Münch (ed.), *Grundgesetz-Kommentar* III, <sup>3</sup>1983.

tación, se dice que por el hecho de «que el legislador de la Ley Fundamental haya introducido en sus decisiones fundamentales normas que se caracterizan como supralegales», ello no quiere decir que pierdan su carácter específico, esto es, su naturaleza supralegal. Y esto quiere decir que estarían a disposición del legislador constituyente sólo en su configuración específica, esto es, solo en tanto en cuanto este no rebasara los «límites últimos de la justicia». En otra sentencia del año 1959 (*BverfGE* 10, 59 [81]) el Tribunal asume una posición de confirmación y de reserva al mismo tiempo, pues rechaza que la verificación jurídico-constitucional pueda orientarse por concepciones iusnaturalistas, debido a que tal comprobación se excluye ya «por la pluralidad de teorías del Derecho natural que aparece tan pronto como se abandona el ámbito de los principios jurídicos fundamentales».

En estas tesis queda poco claro qué tipo de derecho y qué tipo de validez jurídica se mienta al referirse a esos principios jurídicos suprapositivos y al carácter vinculante que se postula para ellos. En realidad, aquí se mantiene oculto lo que constituye el verdadero problema. Pues una validez jurídica, entendida en el sentido de una obligación existente que pueda exigirse jurídica y procedimentalmente, presupone ya que forma parte del ordenamiento jurídico positivo, en este caso de la Constitución vigente. Y, por su parte, esta solo surge y se legitima por el titular del poder constituyente.

Si, por el contrario, la validez jurídica se entiende solo en el sentido de una apelación al titular del poder constituyente y, consiguientemente, su exigibilidad jurídica depende de que este haya respondido a ella, entonces la validez jurídica concreta depende de nuevo de su reconocimiento y de su plasmación positiva por el titular del poder constituyente mismo. Si falta este reconocimiento y su positivación, el resultado puede traducirse en un defecto de legitimidad del acto del poder constituyente, e incluso en que se ponga en cuestión también la vinculatividad de la Constitución que ha surgido de este modo, pero ello no contribuye ni a dar validez ni a convertir en derecho exigible los principios jurídicos correspondientes.

Con su tesis de que el titular del *pouvoir constituant* no está sometido a ninguna vinculación externa, sino únicamente a «principios jurídicos suprapositivos», el Tribunal Constitucional Federal ha ofrecido quizá una formulación del problema y de su solución más clara de lo que él mismo pretendía. Los principios jurídicos suprapositivos, si se los toma en serio, no son (aún) parte del derecho positivo, sino precisamente pre-positivos; preceden al derecho positivo y le prestan la legitimación necesaria. Hermann

Heller habla acertadamente de estos principios jurídicos como principios éticos del derecho y como normatividades extrajurídicas<sup>38</sup>. Son ellos los que prestan a los principios jurídicos positivos la fuerza de una obligación ética, o se la niegan. Una pequeña parte de ellos tiene para Heller una naturaleza apriorista, pero en general poseen un carácter vinculado al contexto cultural, y en esa medida son algo que puede cambiar históricamente. Tienen su lugar en la conciencia ética y moral de la sociedad (de los ciudadanos). Y a partir de ahí actúan como fuentes y como orientación del derecho positivo, pero sin ser por eso parte de él.

3. Desde estas consideraciones se impone la sospecha de que la cuestión de la vinculación sustantiva del poder constituyente, que ha de impedir la arbitrariedad del *pouvoir constituant*, está mal planteada cuando se formula como una pregunta por la vinculación necesaria a un derecho preexistente<sup>39</sup>. Una pregunta de este tipo sería quizá posible en el marco de una concepción y de una interpretación del mundo que tuviera pretensiones de vinculatividad, y que concibiera a Dios como fundamento y fuente del derecho, ya sea de forma inmediata, porque ha sido otorgado y revelado por Él, ya sea de forma mediata, a través de una «naturaleza» creada por Dios y dotada de un *telos* racional propio. Una vez que se ha abandonado la vinculatividad de esta concepción e interpretación del mundo —y este es el caso siempre que se le atribuye al pueblo, como parte de su condición soberana, el concepto del poder constituyente—, ya no puede hacerse valer un derecho que preceda al poder constituyente, que lo vincule con carácter previo.

Pero la pregunta está mal planteada también por otra razón: en ella se presupone que la voluntad del titular del poder constituyente es en principio enteramente libre y no tiene atadura alguna, que por así decirlo está normativamente vacía, que solo se la puede determinar normativamente en un sentido material y que solo se la puede vincular a un deber ser jurídico aportándolo desde fuera. A este planteamiento le subyace la escisión entre ser y deber ser propia del dualismo metodológico que deriva de los postulados neokantianos, pero que no atina con la realidad de la vida humana y de la vida en común. La voluntad y las concepciones del *pouvoir constituant* en una situación concreta no tienen en modo alguno mero carácter fáctico, no

38. H. Heller, *Staatslehre*, cit., pp. 255 ss., p. 222.

39. Las siguientes consideraciones pueden entenderse también como respuesta a la visión del problema que propone W. Henke en *Der Staat* 19 (1980), pp. 204-211. Cf. también H. Heller, *op. cit.*, pp. 277 s.

están vacías de ética y moral; antes bien, se encuentran determinadas también por ideas espirituales sobre el orden, por concepciones y principios éticos y morales, por impulsos políticos que están presentes y vivos en el pueblo o en la Nación<sup>40</sup>.

Ningún derecho suprapositivo, ninguna concepción política sobre el orden, se convierte en algo concreto y operativo mientras alguna fuerza política e histórica no la hace suya, la defiende y la mantiene como concepción y convicción propias, y la traslada así a la realidad política e histórica. Lo que importa pues es que, cuando el pueblo entra en acción como poder constituyente, haya en él una conciencia jurídica viva, existan ideas operativas sobre el orden y una voluntad ético-política de configuración, o, dicho más brevemente, que sea portador de un «espíritu» que pueda articularse en instituciones, reglas y procedimientos y que se configure de hecho así. Si no ocurre esto, entonces ningún postulado, por muy bien fundado que esté, podrá establecer la validez o la vigencia de algo que no está en el pueblo o en la nación como espíritu propio.

Cómo conseguir que un «espíritu» así se haga actual en un pueblo y se mantenga vivo en él, eso es ya una cuestión diferente y que desborda los límites de un análisis realizado desde la perspectiva del Derecho del Estado. Para lograr que exista ese «espíritu» ha sido sin duda un factor esencial, junto a otros, el reconocimiento de la idea de un orden divino del mundo, del que no se puede disponer y en el que el derecho tiene su fundamento. Pero entre tanto en el mundo moderno esta concepción se ha abandonado, y ha sido sustituida por un pluralismo de concepciones diversas dentro del cual ninguna puede pretender una vinculatividad exclusiva. En una situación semejante resulta decisivo el recurso a la herencia cultural y espiritual incorporada en la Nación. Y, ciertamente, esta herencia puede mantenerse a lo largo de las generaciones y puede convertirse en un suelo firme, pero también puede disolverse y desaparecer. El recurso a valores, o a valoraciones fundamentales, que hoy es tan frecuente, no contribuye en nada a la estabilización. Pues los «valores» son una categoría propia de aquello que vale; señalan, en forma muy abstracta, la existencia de un consenso previo o postulado, pero no pueden fundamentarlo desde sí mismos<sup>41</sup>.

40. Por lo que se refiere a la voluntad popular en general, *vid.* E. Kaufmann, «Zur Problematik des Volkswillens» [1931], en *Íd.*, *Gesammelte Schriften* III, 1960, p. 272.

41. E. W. Böckenförde, «Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Religion bei Hegel», en *Der Staat* 21 (1982), p. 481 (503), ahora en *Íd.*, *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, p. 115 (1241 s.).

## NOTAS SOBRE EL CONCEPTO DE «CAMBIO CONSTITUCIONAL»

### I. PLURALIDAD DE SIGNIFICADOS Y CONCEPTO DOGMÁTICO-CONSTITUCIONAL

Normalmente, cuando se habla de cambio constitucional el término se utiliza con significados diversos, lo que en general supone que están en juego diferentes conceptos del cambio constitucional. Ahora bien, si se pretende explicar este concepto en el marco de la dogmática del Derecho constitucional, no es posible elegir arbitrariamente alguno de estos significados, pues el concepto se mueve dentro de un marco de referencia determinado.

1. En la discusión científica, en la que ha participado también el homenajeado<sup>1</sup>, el término de cambio constitucional puede entenderse, en primer lugar, como cambio de la situación constitucional en la que se encuentra una comunidad política. Se trata entonces de que con el tiempo —a través de circunstancias o desarrollos políticos, jurídicos o económico-sociales— esta situación ha experimentado variaciones o incluso cambios profundos. El punto de referencia de este uso del concepto de cambio constitucional es un concepto científico-social de Constitución, en el sentido en que C. Schmitt habla de «la situación global de un orden o de una unidad política»<sup>2</sup>. Para esta situación global la Constitución jurídica

1. P. Lerche, «Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum», en *Festgabe für Th. Maunz 70. Geburtstag*, 1971, pp. 285 ss. [El presente artículo forma parte de un volumen de homenaje a este autor. N. d. T.]

2. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928 (1988), p. 4.

es solo un momento más, no el criterio determinante. Y en este sentido, por ejemplo, la recuperación de la unidad estatal de Alemania ha supuesto un cambio constitucional profundo donde los haya, con independencia de que la Ley Fundamental, que está vigente desde el 3 de octubre de 1990 también en los nuevos Estados, se mantenga en lo esencial sin modificaciones.

La pregunta por la naturaleza del cambio constitucional puede referirse también a la relación entre el Derecho constitucional y la realidad constitucional, en cuyo caso de lo que se tratará es de intentar aprehender la modificación de los efectos de la propia Constitución jurídica, o de alguna de sus garantías individuales, cara a la aparición de nuevas circunstancias políticas, socioculturales o incluso referentes al ámbito de la conciencia o del espíritu. El cambio constitucional no afecta aquí a la Constitución jurídica misma, a su contenido normativo, sino a la realidad (conformada constitucionalmente) que resulta de la aplicación o la realización de la correspondiente norma constitucional. Aquí está en cuestión la relación entre norma y realidad, entre ser y deber ser, que existe pese a los postulados neokantianos de la falta de vinculación o de un estricto dualismo entre ambos<sup>3</sup>.

El término de cambio constitucional puede utilizarse también para designar una modificación del significado de una norma constitucional<sup>4</sup>. Esta modificación del significado no es lo mismo que un cambio del contenido de la norma. Este es una condición posible, pero no necesaria, de aquel. La modificación del significado puede producirse por un cambio de las circunstancias en el ámbito real y de la vida al que se refiere la norma constitucional, y en tal caso lo que ocurre es que aparece una función nueva o distinta para la norma. El concepto de cambio constitucional que se vincula a la mera modificación del significado de la norma es entonces un concepto de trama gruesa que necesita de una ulterior precisión.

Finalmente se habla de cambio constitucional cuando se modifica el contenido de las normas constitucionales sin que se produzca una transformación del texto constitucional<sup>5</sup>. Cambio constitucional significa entonces una reforma «tácita» de la Constitución, que se produce de forma paralela o en lugar de la reforma de la

3. Vid. entre otros H. Heller, *Staatslehre*, 1934, pp. 250, 252 s.

4. En este sentido, por ejemplo, *BverfGE* 2, 380 (401).

5. K. Hesse, «Grenzen der Verfassungswandlung», en *Festschrift für U. Scheuner*, 1973, p. 128. En un sentido semejante, sobre la modificación del sentido de la norma constitucional en lugar de cambio de su contenido, vid. K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* I, <sup>2</sup>1984, pp. 160 s.

Constitución que está regulada formalmente en la norma fundamental y se encuentra vinculada a un procedimiento y a mayorías específicas: se produce en tal caso una reforma de la Constitución jurídica que afecta a su contenido normativo material, sin que se produzca una reforma formal<sup>6</sup>.

2. Cuál de estos contenido del concepto del cambio constitucional pueda utilizarse con sentido y de forma productiva en el contexto de las discusiones propias de la dogmática jurídico-constitucional es algo que depende decisivamente de las peculiaridades del ordenamiento jurídico constitucional mismo.

En un ordenamiento constitucional que no disponga de jurisdicción constitucional, tal y como ocurrió en el *Reich* alemán de 1871 y más adelante también bajo la Constitución de Weimar<sup>7</sup>, el concepto de cambio constitucional solo puede tener una mera función de constatación. Al Derecho constitucional le falta aquí el vínculo entre derecho y juez, que es esencial para un ordenamiento jurídico con validez jurídico-positiva garantizada. Su contenido normativo se realiza, por lo tanto, solo en y a través del proceso político, y consecuentemente en él no es posible una interpretación auténtica de la Constitución jurídica, pues esta solo puede darse a través de decisiones que tengan fuerza jurídica. En esta situación el criterio que resulta decisivo es simplemente el de que algo haya alcanzado una fuerza determinante y se haya impuesto en la correlación o confrontación de las fuerzas que participan en la vida constitucional.

Esta noción de cambio constitucional puede así englobar conceptualmente todo lo que representa u ocasiona alguna transformación en el ámbito constitucional: puede incluir el que se haya llevado a

6. Con ello no se decide aún sobre si una reforma formal de la Constitución jurídica solo es admisible cuando se modifica el texto de los valores constitucionales, como se establece en el artículo 79.1 LF, o si también puede producirse mediante una ley que se acuerde con la mayoría exigida para la de reforma constitucional. Esta última posibilidad regía bajo la Constitución de Weimar y llevó a la práctica de las denominadas rupturas constitucionales. Cf. E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789* VI, 1981, pp. 421 ss.

7. Las competencias del *Staatsgerichtshof* del *Reich* alemán (art. 108 de la Constitución de Weimar) eran muy limitadas; en materia de conflictos constitucionales sus competencias solo se extendían a los conflictos federativos entre el *Reich* y los Estados y a los de los Estados entre sí, así como a los conflictos constitucionales dentro de un Estado, pero no incluían los que pudieran producirse entre órganos del *Reich* ni el control de la constitucionalidad de las leyes. Cf. E. Friesenhahn, «Staatsgerichtsbarkeit», en Anchütz y Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* II, 1931, apdo. 98, pp. 529 s.

cabo la reinterpretación del contenido de una norma constitucional, el que una norma tenga (solo) efectos diferentes en una realidad transformada, el que se colmen lagunas existentes en el Derecho constitucional, o incluso también la no observancia de hecho, pero con éxito, de los mandatos constitucionales existentes. En este contexto el concepto de cambio constitucional no contiene elementos que permitan hacer distinciones jurídicas; tiene ciertamente un significado heurístico, pero solo como teoría constitucional.

Este planteamiento pone el cambio constitucional en pie de igualdad con la reforma expresa de la Constitución, sin hacerse preguntas ni sobre su constitucionalidad (*quis iudicabit?*) ni sobre los límites de un cambio lícito de la Constitución. Esto explica también que en la fase del constitucionalismo tardío<sup>8</sup> la teoría del Derecho del Estado haya ofrecido un tratamiento sólo «fáctico», hoy considerado insuficiente, del concepto del cambio constitucional. Y muy a menudo se pasa por alto también que las consideraciones de R. Smend y de su discípulo Hsü Dau-Lin sobre el cambio constitucional<sup>9</sup> —publicadas en 1928 y 1932— se refieren a un ordenamiento constitucional en el que no se ha instituido ni desarrollado una jurisdicción constitucional.

En un ordenamiento constitucional que dispone de jurisdicción constitucional, esto es, que atribuye a la Constitución los atributos de una ley<sup>10</sup> y que se convierte así plenamente en un ordenamiento jurídico constitucional, el concepto de cambio constitucional alcanza por el contrario los perfiles de un concepto dogmático. Ya no se limita a aprehender, como una mera constatación, las transformaciones del ordenamiento constitucional (incluidas las de la realidad constitucional), sin atender a sus causas y a la forma en que se producen, sino que se plantea la cuestión de su admisibilidad y de sus consecuencias jurídicas. Se ve, pues, inmerso en el campo de fuerzas de la interpretación constitucional y la reforma formal de la Constitución. La cuestión dogmática que se plantea aquí en el fondo es la de en qué medida, en un ordenamiento jurídico cons-

8. Vid. W. Fiedler, *Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung*, 1972, pp. 26 ss.; K. Hesse, «Grenzen der Verfassungswandlung», cit., pp. 128-131. A su conexión con un ordenamiento constitucional sin jurisdicción constitucional alude también Chr. Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht?*, 1972, pp. 148 s.

9. R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, pp. 78 ss.; Hsü Dau-Lin, *Die Verfassungswandlung*, 1932.

10. E. Forsthoft, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, 1959; también en *Rechtstaat im Wandel*, 1976, pp. 130 s.; K. Schlaich, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen»: *VVDStL* 39 (1981), pp. 106.

titucional que prevé y regula expresamente un procedimiento determinado para la reforma (del contenido) de la Constitución, es posible admitir un cambio de contenido al margen de este procedimiento, sin que la Constitución pierda con ello su pretensión de validez normativa y su vigencia positiva.

Planteado así dentro de este marco de referencia, el concepto de cambio constitucional tiene que ser precisado para que sea posible operar dogmáticamente con él. Y, de acuerdo con las consideraciones anteriores, se lo ha de entender y delimitar en el último de los sentidos indicados: el cambio constitucional se refiere a la modificación del contenido de normas constitucionales sin que se produzca una reforma del texto constitucional (en el procedimiento prescrito para ello). Los otros significados vinculados al término de «cambio constitucional» no quedan por ello privados de sentido; pero persiguen otros intereses de conocimiento, y deberían por lo tanto expresarse mediante fórmulas diferentes.

## II. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DOGMÁTICO-CONSTITUCIONAL

Si se toma este concepto de cambio constitucional como punto de partida de un análisis propio de la dogmática jurídico-constitucional, conviene hacer una serie de precisiones para que el concepto se defina y se delimite de un modo más riguroso. Pues comprobamos que en el uso de la terminología científica se designan como cambio constitucional algunos fenómenos que no tienen nada que ver con este concepto en su sentido jurídico-dogmático.

1. En primer término no estamos ante un cambio constitucional cuando se modifican los supuestos de hecho incluidos en la figura que tipifica una norma constitucional o bien una garantía jurídico-fundamental. Aquí no se modifica el contenido de la norma constitucional, su programa normativo, sino el contenido de aquello que se toma como referencia para la norma por considerarlo jurídicamente relevante, esto es, el ámbito de la realidad o de la vida que abarca la regulación de la norma<sup>11</sup>. Esto puede dar lugar a que

11. Sobre la expresión «programa normativo» (*Normprogram*) y su función en el marco de una teoría de la interpretación *vid.* F. Müller, *Juristische Methodik*, 1990, pp. 142 ss.; K. Hesse, *op. ult. cit.*, p. 138. En un sentido coincidente, D. Murswiek, *Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1978, pp. 118 s.

la norma constitucional tenga otros efectos en la realidad social, puede dar lugar a una «realidad constitucional» diferente y provocar un cambio de significado y de función de la norma constitucional. Pero, en todo caso, este cambio no deriva de una modificación del contenido de la norma, sino que surge de la misma norma cara a una realidad social que ha cambiado.

Un ejemplo claro de este supuesto puede verse en la modificación del supuesto «radiodifusión», que se toma como referencia en la garantía del artículo 5.1 y 2 de la Ley Fundamental (LF). El frenético desarrollo tecnológico que está teniendo lugar en el ámbito de los medios de comunicación ha dado lugar aquí a la aparición de numerosas y nuevas formas de comunicación mediática, y ha modificado las condiciones de la difusión de los medios existentes. Si se pretende definir ahora el contenido de la garantía de esa «libertad de comunicación radiofónica»<sup>12</sup>, habría que aclarar la cuestión de si los nuevos medios de comunicación caen aún bajo el concepto de «radiodifusión», que aparece en el artículo 5.1 y 2 LF, y de qué consecuencias jurídicas han de extraerse del contenido normativo de la libertad en cuestión frente a este cambio bajo las nuevas condiciones de la difusión<sup>13</sup>. Esto afecta a una modificación de los efectos que provoca la norma, y con ello a una configuración distinta de la realidad ordenada por la norma, pero no está implicado aquí un cambio del contenido mismo de la norma.

Otro ejemplo que puede aducirse es el de la garantía del derecho de asilo recogida en el artículo 16.2 LF. La promesa de protección para los perseguidos por motivos políticos contenida en este precepto alcanza y corresponde hoy, en un contexto aéreo mundial y de una movilidad liberalizada, a los perseguidos de todo el mundo, y asume así la función de un derecho de entrada

12. No es necesario entrar aquí en la discusión en torno al contenido de la «libertad de radiodifusión» —derecho de libertad individual, garantía institucional marco—. En esta discusión controvertida, llevada a término mediante informes, ha participado también P. Lerche. Cf., por ejemplo, P. Lerche, *Rundfunkmonopol, Zur Zulassung privater Fernsehveranstaltungen*, 1970; Íd., «Die Kirchen und die neuen Entwicklungen im Rundfunkbereich - verfassungsrechtlich gesehen», en *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche* 13, 1978, pp. 89; Íd., «Beteiligung Privater im Rundfunkbereich und Vielfaltstandard», en *NJW* 82, pp. 1976 ss. Sobre esta discusión bajo el aspecto del método de la interpretación ver el reciente trabajo de W. Brugger, «Rundfunkfreiheit und Verfassungsinterpretation»: *Forum Rechtswissenschaft* 25 (1991).

13. Vid. E. Benda, «Die Verfassung vor den Herausforderungen moderner Technologien (am Beispiel der Rundfunkfreiheit)», en H. P. Schneider y R. Teinberg (eds.), *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, 1990, pp. 3-11.

limitado —con independencia de las decisiones que existan sobre la política de inmigración—. Cambian así sus efectos y, sin duda, en una amplia medida. Pero no se trata de una norma distinta, sino de la misma norma, de la misma promesa de protección para todos los perseguidos por motivos políticos, que actualiza sus efectos y obtiene una nueva función. Precisamente por ello en estos momentos se reflexiona y se discute sobre la necesidad de una reforma formal del artículo que regula el derecho de asilo.

2. Tampoco se trata de un verdadero cambio constitucional cuando las normas constitucionales admiten, dentro de ciertos límites, la posibilidad de configurar de modos diferentes un ámbito de la realidad y de la vida, y el legislador hace uso de esta posibilidad. La modificación de su configuración legal, que puede llevar a cambios considerables en la realidad jurídica, no modifica las normas constitucionales mismas, sino solo el ordenamiento jurídico legal que se mantiene bajo la cobertura de unas normas constitucionales que permanecen idénticas.

Esta situación se pone de manifiesto con toda claridad en la garantía de la propiedad recogida en el artículo 14.1 LF. Ciertamente la propiedad se garantiza como un instituto jurídico, pero se dice al mismo tiempo que el contenido y los límites de la propiedad serán establecidos mediante ley, es decir, por el legislador. El legislador, de acuerdo con ello, tiene un amplio campo de juego para la configuración —cambiante— de la regulación de la propiedad, siempre que respete el reconocimiento de la propiedad privada como tal recogido en el artículo 14.1.1 LF, así como el mandato social contenido en el apartado 2 del artículo 14, y siempre que mantenga ambos en una proporción adecuada<sup>14</sup>.

Dentro de este marco, el legislador puede configurar el ordenamiento de la propiedad en un sentido «liberal» o bien con una mayor atención a su «vinculación social». Puede excluir ciertos bienes por entero del derecho de propiedad privada<sup>15</sup>, o puede crear formas específicas y diferenciadas de propiedad para determinados objetos de esta, según la intensidad de la utilidad privada y la propia capacidad de disposición, por ejemplo de modo general para la propiedad de bienes raíces o para la propiedad de viviendas

14. Es fundamental para la interpretación de la garantía de la propiedad y llega a una conclusión sistemática y dogmática la sentencia del TCF, *BverGE* 58, 300 (especialmente 336 s., 338). Cf. además W. Böhmer, «Eigentum aus verfassungsrechtlicher Sicht», en I. F. Baur (ed.), *Das Eigentum*, 1989, pp. 39, 46 ss.

15. *BverfGE* 58, 300 (339).

de alquiler<sup>16</sup>. De esta forma, y de acuerdo con la correspondiente orientación política del legislador, puede operarse un cambio en la ordenación de la propiedad, y con ello también en la «constitución de la propiedad» de la Ley Fundamental. Pero todo esto no implica un cambio en la garantía de la propiedad asegurada por la Ley Fundamental, que está precisamente abierta a esas posibles modificaciones.

3. No se puede hablar tampoco de cambio constitucional cuando se producen cambios al aplicar los conceptos constitucionales indeterminados que forman parte de una norma constitucional. Estos conceptos indeterminados no solo son susceptibles de una concreción más detallada, sino que la requieren. Esta concreción puede llevarse a cabo en diferentes direcciones, y estará siempre cubierta por la norma constitucional, que es ella misma indeterminada; pero no tiene rango constitucional y, como tal, no tiene la condición de materia constitucional<sup>17</sup>. El concepto constitucional indeterminado sólo perfila un marco recortado<sup>18</sup> por el núcleo del concepto, y dentro de él son defendibles en igual medida valoraciones, apreciaciones o configuraciones distintas. Si se lo toma en serio desde un punto de vista normativo y de la lógica lingüística, en él no cabe una única solución correcta<sup>19</sup>. Como concepto indeterminado sólo puede, y sólo pretende, vincular de forma indeterminada. La posibilidad de que se realicen diferentes concretizaciones es la consecuencia de su indeterminación, y por lo tanto estas no modifican el contenido (indeterminado) de aquel.

16. E. W. Böckenförde, «Eigentum, Sozialbindung des Eigentums, Enteignung [1972], en *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 1976, p. 318, especialmente 322 s., 327 s.

17. No obstante resulta problemático que el Tribunal Constitucional tome como fundamento de su decisión tales concretizaciones, que van más allá de la mera interpretación. El Tribunal Constitucional tiene que fijarlas como contenido de la Constitución, porque solo puede juzgar a partir de la Constitución, de su primacía sobre la ley y el ordenamiento jurídico legal. Cf. E. W. Böckenförde, «Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandsaufnahme und Kritik» [1976], en *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, pp. 79 s., así como la discusión entre Bachof, Böckenförde y Schlaich en *VVDStL* 39 (1981), pp. 172-187.

18. Sobre la distinción entre núcleo y ámbito del concepto y sobre su delimitación *vid.* D. Jesch, «Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht»: *AöR* 82 (1957), p. 163.

19. La posición y la praxis contrarias de los tribunales administrativos sobre el denominado «concepto jurídico indeterminado» es una postura ciertamente generada por cuestiones de competencia, pero objetivamente poco sólida; *vid.* últimamente E. Franssen, «Unbestimmtes zum unbestimmten Rechtsbegriff», en *Festschrift für W. Zeidler* I, 1987, pp. 429 ss.

A este campo pertenecen por ejemplo el concepto de los «asuntos propios de los entes locales», que aparece en el artículo 28.2 LF y que perfila el ámbito de autogobierno garantizado para los entes locales como una prescripción normativa dirigida al legislador que articulará el autogobierno de estos<sup>20</sup>. También las «exigencias del equilibrio económico general» del artículo 109.2 LF representan un concepto constitucional indeterminado, que tiende a concebirse como un mero fin constitucional<sup>21</sup>. De acuerdo con los cambios que se produzcan en la estructura económica en Alemania, en la interacción de la economía mundial y en las relaciones de interdependencia específicas, podrán sacarse conclusiones bien diferentes a la hora de orientar la acción sobre la coyuntura, y estas afectarán de modo diverso a la realidad económico-social.

4. Finalmente tampoco estamos ante un cambio constitucional cuando una norma constitucional remite en sus conceptos a circunstancias extrajurídicas, por ejemplo a concepciones sociales, éticas o de ideología política, y las incorpora con su contenido cambiante. Ciertamente, con esta fórmula se admite que desarrollos extrajurídicos puedan influir sobre el contenido de la norma constitucional, y que el contenido material concreto de la norma se modifique; pero esto es algo que está dispuesto y establecido por la norma misma, es algo que constituye, por decirlo así, su propio fin.

Se puede hablar aquí de conceptos «esclusa»<sup>22</sup>, en el sentido de que a través de ellos circunstancias y concepciones cambiantes adquieren relevancia jurídica en la Constitución. Estos conceptos contribuyen a que se mantenga la necesaria relación entre Derecho y realidad social; impiden que el Derecho se mueva en el vacío, operando al margen de la realidad social que él ha de regular, y garantizan de este modo su continuidad incluso ante el cambio de circunstancias. Es precisamente esta recepción del cambio en el ordenamiento constitucional, establecida de modo consciente, lo que constituye el contenido normativo y la finalidad de tales regulaciones: si a través de esta vía se produce un cambio en el contenido de la norma constitucional, no estamos ante un cambio constitucional, sino ante una mera realización de la Constitución.

Un supuesto clásico de concepto «esclusa» fuera del Derecho constitucional es el del «orden público» en la regulación de la ac-

20. Vid. *BverfGE* 79, 127 (151 s.), caso *Rastede*.

21. Cf. *BverfGE* 79, 311 (335, 338 y s.), caso *Staatsverschuldung*.

22. Sobre este tipo de conceptos y su aclaración, vid. E. W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, <sup>2</sup>1981, pp. 388 s.

ción de las fuerzas de seguridad del Estado. Con él se incorporan al ordenamiento jurídico las normas sociales, no escritas y cambiantes, que se consideran imprescindibles para el desarrollo de la vida en común tal y como se conciben en los distritos afectados<sup>23</sup>. Una función análoga corresponde en el Derecho constitucional al concepto de las «costumbres» del artículo 2.1 LF, que no se refiere a ninguna norma consuetudinaria determinada, sino a las normas éticas presentes (reconocidas) en la sociedad. Podría aludirse además al concepto del «Estado federal democrático y social» (art. 20.1 LF), a través del cual las sucesivas concepciones políticas e ideológicas sobre las tareas de garantía social que necesariamente ha de cumplir el Estado se introducen en un concepto jurídico-constitucional de sus objetivos<sup>24</sup>.

5. Más próximo al concepto de cambio constitucional, aunque se lo pueda y deba distinguir de él, es lo que se denomina «desarrollo jurídico» del Derecho constitucional. Se lleva a cabo bajo la forma de un desarrollo judicial del derecho, y en la República Federal de modo preferente a través del Tribunal Constitucional, aunque también puede realizarse a través de otros procesos propios de la praxis del Estado. ¿En qué consiste su diferencia con el cambio constitucional?

El desarrollo jurídico del Derecho constitucional es la tarea de completar y perfeccionar el Derecho constitucional dado, diferenciándolo y enriqueciéndolo mediante una interpretación y una aplicación prácticas que obtengan reconocimiento; se refiere también a la labor que se realiza en aquellos casos en los que hay un margen para la decisión<sup>25</sup>. Esta tarea se orienta por los datos previos de la Constitución y de sus prescripciones específicas, se ejerce a través de la interpretación y la aplicación del derecho, se ocupa de situaciones nuevas, y de esa forma se traduce en un desarrollo o perfeccionamiento<sup>26</sup>. Aquí el objetivo no es modificar la Consti-

23. Vid. Drews, Wacke, Vogel y Martens, *Gefahrenabwehr*, 1985, pp. 245 ss.

24. Más detalladamente vid. H. F. Zacher, «Das soziale Staatsziel», en Insenze y Kirchof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland I*, 1987, apdo. 25, núm. marg. 19 ss., 78.

25. El desarrollo del Derecho constitucional mediante precedentes tiene también aquí su lugar. Sobre su delimitación respecto del Derecho constitucional consuetudinario, vid. Chr. Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht?*, 1972, pp. 133 ss.

26. Sobre su delimitación respecto de la «concretización» vid. E. W. Böckenförde, «Grundrechte als Grundsatznormen» [1990], en *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, p. 186 y nota 85.

tución, aunque, advertida o inadvertidamente, ello puede producirse en una cierta medida. Pero es una medida considerablemente restringida, porque interpretación y aplicación, si responden a su propia denominación, se mantienen vinculadas al contenido normativo de los preceptos constitucionales específicos y a las decisiones fundamentales de la Constitución en su conjunto —en suma al sistema constitucional<sup>27</sup>.

El desarrollo jurídico del Derecho constitucional es así un aspecto del problema general del desarrollo extralegal del derecho dentro de un ordenamiento jurídico legal<sup>28</sup>. Es cierto que en este terreno se da una situación peculiar, que deriva de la indeterminación de no pocas normas de la Constitución, y que invita a pasar de una interpretación aplicadora a una concretización más o menos creativa, en la que se puede decidir así o de otra manera<sup>29</sup>. Pero, prescindiendo de ello, sigue en pie una diferencia típica en relación con el cambio constitucional como categoría dogmática. Una diferencia que, sin embargo, se cancela cuando, como hace P. Häberle<sup>30</sup>, la interpretación y el cambio constitucionales dejan de considerarse como campos delimitables y diferenciados dogmática y objetivamente, y que deben mantenerse diferenciados.

Para aclarar esta cuestión puede recurrirse al desarrollo de la vigencia de los derechos fundamentales bajo la Ley Fundamental<sup>31</sup>, pues en este desarrollo se han visto interconectados el cambio constitucional y el desarrollo jurídico del Derecho constitucional. En el curso de la interpretación de los derechos fundamentales se

27. El «sistema constitucional» se constituye, y se determina de modo preciso, a través de las decisiones fundamentales que configuran la Constitución y que están contenidas en la Constitución jurídica. Es la Constitución en cuanto diferente de las regulaciones individuales de la ley constitucional. Cf. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., apdo. 3, así como P. Badura, «Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts», en *Festschrift für U. Scheuner*, 1973, p. 19, y especialmente pp. 32 ss.

28. Básico sobre este desarrollo extralegal del derecho, que hoy aparece sobre todo como desarrollo judicial del derecho, es el trabajo de P. Badura citado en la nota anterior.

29. Esto es así en lo que se refiere a los derechos fundamentales, cuando y desde el momento en que estos dejan de concebirse solo como derechos de libertad frente al Estado y se entienden también como decisiones objetivas de valores, o como normas que tienen carácter de principios. Vid. sobre ello E. W. Böckenförde, «Grundrechte als Grundsatznormen», cit., pp. 185 ss.

30. P. Häberle, «Zeit und Verfassung» [1974], en Íd., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978, pp. 82 s.: «El problema del cambio constitucional se revela exclusivamente como un problema de *interpretación*».

31. Aquí en particular, y para lo que sigue, E. W. Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, 1990.

dio un paso en dirección al cambio constitucional, esto es, hacia una modificación del contenido so capa de interpretación, con la doble cualificación de los derechos fundamentales postulada en la sentencia del caso Lüth<sup>32</sup>, en la cual se los entiende no solo como derechos de libertad frente al Estado sino también como decisiones objetivas de valor o normas de principio, con validez para todos los ámbitos del Derecho.

Esta doble cualificación de los derechos fundamentales podía encontrar un apoyo expreso en la Ley Fundamental solo para el artículo 6.1, que según su formulación literal garantiza algo más que un derecho de libertad; pero, por lo demás, no podía considerarse fundado ni en el artículo 1.3 LF ni en el reconocimiento de los derechos humanos del artículo 1.2 LF. Sobre la base de esta nueva interpretación (material) de los derechos fundamentales, que implicaba un cambio constitucional, y por la vía del desarrollo jurídico del Derecho constitucional, se ha acabado por llegar a una ampliación interpretativa de esta (nueva) cualidad de los derechos fundamentales como normas objetivas de principio: se formularon el efecto de irradiación, el denominado efecto frente a terceros de los derechos fundamentales y los mandatos de acción y las obligaciones de protección en el ámbito jurídico fundamental<sup>33</sup>. No obstante, este desarrollo no era (ya) un cambio innovador del contenido, sino una aplicación y un desarrollo de lo ya establecido, y condujo ciertamente a una diferenciación y enriquecimiento más amplio de esta materia.

6. Pero lo que importa aquí, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, es diferenciar y delimitar los fenómenos expuestos respecto del cambio constitucional. Si se incluyeran dentro de este concepto solo porque se trata de modificaciones en el ámbito constitucional, el concepto se cargaría de sentidos múltiples y perdería con ello toda su claridad<sup>34</sup>. Incluiría también fenómenos cuya necesidad y admisibilidad en modo alguno pueden entrar en cuestión en el marco del ordenamiento constitucional vigente. La conse-

32. *BverfGE* 7, 198 (205 ss.).

33. E. W. Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik...*, cit., pp. 30-41.

34. Muy claramente así en Maunz y Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, 28/1990, apdo. 6 IV, pp. 49 s. Bajo el término «cambio constitucional» se engloban en esta posición la interpretación jurídica de los supuestos cuando queda un margen para la decisión, la analogía, el desarrollo del derecho mediante decisiones de la jurisdicción constitucional, la concretización de la Constitución por el legislador, así como el Derecho constitucional consuetudinario.

cuencia sería que este tipo de cambio constitucional tendría que admitirse, por principio, como ajustado al Derecho constitucional, y solo quedaría en pie el problema de trazar para él ciertos límites. Ahora bien, de esta forma queda oculto el auténtico problema que la dogmática plantea cara al concepto del cambio constitucional: el de la admisión, y no solo el de la mera limitación, de la modificación del contenido de las normas constitucionales sin que se reforme formalmente la Constitución.

### III. CAMBIO CONSTITUCIONAL E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Prescindiendo de la delimitación que se ha propuesto para el concepto de cambio constitucional, sigue en pie la necesidad de aclarar la relación entre este (como concepto de la dogmática constitucional) y la interpretación de la Constitución.

1. Para ello hay que partir de que la interpretación de la Constitución tiene que ver con la elucidación, el desarrollo y, en su caso, el perfeccionamiento de algo que está dado (normativamente) con anterioridad, y no solo de algo meramente propuesto. En ocasiones, y dependiendo de la mayor o menor determinación o indeterminación material de la norma constitucional, esto puede convertirse en un proceso difícil, en el que la interpretación se ve llevada a su límite. Ahora bien, aun en este supuesto, sigue siendo algo diferente de la reforma o de un desarrollo nuevo de lo dado con anterioridad. Y si se declara que esta diferenciación ha quedado superada, o que es irrealizable<sup>35</sup>, entonces se está cancelando también la posibilidad de distinguir entre interpretación y reforma constitucional: la competencia para la interpretación de la Constitución, que en la República Federal reside en el Tribunal Constitucional como intérprete último y auténtico, se va transformando sin solución de continuidad en una competencia para modificar la Constitución. Esto no solo implica

35. Esta es la tendencia subyacente, y en parte también explícita, de las afirmaciones al respecto de P. Häberle, en «Zeit und Verfassung», cit., p. 83, en «Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß», en *ibid.*, pp. 121 y especialmente 122 ss., o en «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», en *ibid.*, pp. 155-181. En un sentido crítico, E. W. Böckenförde, «Die Methoden der Verfassungsinterpretation...», cit., pp. 66 ss. Una posición más atenuada, pero en todo caso favorable a una estrecha conexión entre interpretación y cambio constitucional, en W. Höfling, *Offene Grundrechtsinterpretation*, 1987, pp. 187 s.

ignorar el artículo 79 LF, sino también una modificación *a posteriori* de la estructura constitucional de la articulación de los poderes que prevé la Ley Fundamental. Y esto no es jurídicamente aceptable.

2. Si se mantiene la necesidad de establecer una diferencia entre interpretación y cambio o reforma constitucional, las consideraciones que han desarrollado sobre esta materia Fr. Müller y K. Hesse<sup>36</sup> permiten dar un paso adelante.

Un momento esencial de la teoría de la interpretación constitucional que han propuesto es el de que en la interpretación no pueden mantenerse separadas la norma y la realidad que esta regula o ha de regular. Antes bien, el segmento de la realidad que se ve afectado por la regulación de la norma, por el denominado programa normativo —F. Müller habla del ámbito normativo (*Normbereich*)— aparece como un componente constitutivo objetivo de la norma misma<sup>37</sup>. La norma es en esa medida, y de forma necesaria, un modelo de regulación referido a, y por tanto también acuñado por, su objeto; lo regulador (el programa normativo) y lo regulado o por regular se corresponden entre sí, y no pueden ser aislados lo uno de lo otro.

Por ello es razonable que las transformaciones del ámbito normativo, esto es, de las circunstancias del objeto, de las condiciones vitales, etc., afectadas por el programa normativo, lleven a una modificación del efecto ordenador de la norma. Y si se calificara esto como una modificación del contenido de la norma, entonces se podría hablar de una modificación de la norma en el marco de la interpretación. Pero es claro que con ello se desdibuja toda distinción, así que no es una acepción recomendable, desde el momento en que el programa normativo como tal se mantiene inalterado. Además, el efecto ordenador de la norma no queda transformado por cualquier modificación de la realidad, sino solo por aquellos cambios que se producen en las circunstancias acogidas por el programa normativo, y para este el texto constitucional mantiene un significado constitutivo.

Lo decisivo es que el programa normativo de una norma constitucional no se transforme, sino que meramente se descubra su

36. F. Müller, *Juristische Methodik*, 1990, pp. 274 ss.; K. Hesse, «Grenzen der Verfassungswandlung», cit., pp. 137 ss.

37. F. Müller, *op. cit.*, p. 278. Es importante la distinción entre el ámbito normativo que crea derecho (prescripciones sobre plazos, reglas de procedimiento, etc.) y el que no crea derecho y que representa un segmento de la realidad social. Solo para este último se plantean los problemas específicos de la interpretación.

contenido dado y fijado, utilizando para ello los medios auxiliares reconocidos de la interpretación. Las modificaciones del efecto concreto de la norma, que se dan en el juego entre programa y ámbito normativo cuando se produce un cambio en este último, pueden ser precisamente el resultado de una interpretación ajustada de la norma, no de que se la ponga en cuestión. No modifican el texto de la norma, sino que se mantienen en el marco fijado por él. No obstante, pueden representar una incitación para emprender una modificación del programa normativo —aunque ahora ya por la vía de la reforma constitucional.

3. Una ampliación de la interpretación constitucional que vaya más allá de esta delimitación en dirección hacia una reforma de la Constitución solo resulta posible si se atribuye a la interpretación, como contenido normativo fundamental suyo, una función que corresponde, entre otras, a la propia Constitución jurídica: la de una integración duradera de la vida en el Estado cara al cambio de las circunstancias, y si se lleva esta atribución más allá de las prescripciones específicas de la Constitución, relativizándolas. Esto puede abrir la puerta a un «desarrollo fluido de la validez»<sup>38</sup> del Derecho constitucional dado —a un desarrollo de su contenido—, de la mano del criterio-función de dotar de sentido a la Constitución como un sistema de integración. Y si se asume este criterio como la norma fundamental de la Constitución, que engloba en sí a todas sus normas singulares, entonces será lógicamente posible calificar de interpretación lo que de hecho es una modificación del contenido de las determinaciones jurídico-constitucionales específicas a través de la aplicación o concretización de este principio normativo.

Este es en esencia el sentido de la propuesta de Rudolf Smend<sup>39</sup>. Pero él no contaba entonces con un Tribunal Constitucional como intérprete decisivo de la Constitución<sup>40</sup>. En la época

38. R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., p. 79.

39. *Ibid.*, pp. 78 ss. La orientación normativa decisiva de toda interpretación es la función de integración de la Constitución, que se concibe como un proceso continuo de realización y que se reproduce de forma permanente. Cf. E. W. Böckenförde, «Grundrechte als Grundsatznormen», cit., p. 73. Confluyen así el principio normativo de la interpretación y el análisis funcional propio de las ciencias empíricas, cuya cualidad normativa se postula. En un sentido crítico *vid.* K. Rennert, *Die «geisteswissenschaftliche Richtung» in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik*, 1987, pp. 309 ss.

40. Este hecho suele pasarse por alto con frecuencia. En 1928, en el contexto jurídico-constitucional existente cuando apareció «Verfassung und Verfassungs-

de Weimar su orientación fue proseguida por Hsü Da-Lin, y en la actualidad ha sido sobre todo Peter Häberle el que ha intentado desarrollar las consecuencias de su pensamiento en el marco de la teoría democrática.

Pero en este intento se diluye la diferencia entre interpretación y reforma de la Constitución<sup>41</sup>. Pues, de esta forma, se convierte en punto de partida de la interpretación constitucional —conscientemente entendida como algo en movimiento— el principio funcional del efecto más integrador posible de la Constitución, el cual, interpretado normativamente, puede acabar por hacer necesarias reformas constitucionales. El cambio constitucional a través de la interpretación será el camino indicado si la reforma formal de la Constitución no contribuye a la integración sino que se opone a ella. Pero entonces el Derecho constitucional, antes entendido como una fuerza configuradora y acuñadora tanto de la organización como de las instituciones, se transforma en un proceso político que se mueve por sí mismo. Queda a disposición del intérprete y en sus manos. ¿Es esto lo correcto?

recht», era el *Reichspräsident* el que podía aparecer en todo caso como intérprete, prescindiendo aquí de los conflictos entre Estados del *Reich*.

41. Peter Häberle defiende más allá de esto incluso una cierta identidad entre la interpretación constitucional y la acción constituyente entendida de modo pluralista. *Vid.* «Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung»: ZSR NF 97 (1978), p. 1, y especialmente pp. 31 ss.

## FUENTES

Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho.

[«Entstehung und Wandel des Rechtsstaatbegriffs» (1969), en *Staat, Verfassung, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991, con añadidos de la voz «Rechtsstaat» del *Historisches Wörterbuch der Philosophie*].

Democracia como principio constitucional.

[«Demokratie als Verfassungsprinzip» (1987), en *Staat, Verfassung und Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991].

Democracia y representación. Crítica a la discusión actual sobre la democracia.

[«Demokratie und Repräsentation (Zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion)» (1983), en *Staat, Verfassung und Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991].

El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho constitucional.

[«Die Verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts» (1986), en *Staat, Verfassung und Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991].

Notas sobre el concepto de «cambio constitucional».

[«Anmerkungen zum Begriff "Verfassungswandel"», en *Wege und Verfahren des verfassungsleben* (Festschrift für P. Lerche) ed. por P. Badura y R. Scholz, München, 1993].



## ÍNDICE

<i>Prólogo: Rafael de Agapito Serrano</i> .....	9
ORIGEN Y CAMBIO DEL CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO	17
I .....	18
II .....	24
III .....	34
IV .....	44
LA DEMOCRACIA COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL .....	47
I. Su conexión con el principio de la soberanía popular .....	48
1. El contenido del principio de la soberanía popular .....	48
2. Soberanía popular y poder constituyente del pueblo ....	50
3. El desarrollo de la soberanía popular en la democracia como forma de Estado y de Gobierno .....	52
II. La democracia como forma de Estado y de Gobierno ....	53
1. El pueblo como titular del poder del Estado .....	53
1.1. Su delimitación frente a otros titulares del poder del Estado .....	54
1.2. La necesidad de una legitimación democrática efectiva para el ejercicio del poder del Estado .....	55
1.3. El pueblo como titular y como punto de referencia de la legitimación democrática .....	66
2. Democracia como autogobierno y autodeterminación ..	76
2.1. La relación positiva entre la democracia y el concepto moderno de libertad .....	76

2.2. La metamorfosis de la libertad individual en libertad democrática .....	78
2.3. Las condiciones procedimentales de la formación democrática de la voluntad política .....	81
3. La igualdad de los derechos políticos de participación .	82
3.1. El objeto de la igualdad democrática: los derechos políticos de participación .....	83
3.2. La singularidad de la igualdad democrática.....	84
3.3. Consecuencias sobre el ejercicio del dominio y sobre el principio de gobierno de la democracia ..	89
4. La democracia como sistema de decisión mayoritaria ..	92
4.1. La justificación de la decisión mayoritaria .....	92
4.2. Los límites de la decisión mayoritaria .....	95
4.3. Democracia y cuestiones no susceptibles de decisión	97
III. Los presupuestos de la democracia como forma de Estado y de Gobierno .....	98
1. Presupuestos socioculturales .....	99
1.1. Presupuestos sociales .....	100
1.2. Presupuestos espirituales y de la formación cultural	105
2. Presupuestos político-estructurales .....	107
2.1. ¿Es posible un juicio propio sobre las cuestiones que se someten a la decisión política?.....	108
2.2. ¿Es posible aún delimitar la interdependencia de las decisiones políticas?.....	110
2.3. ¿Es posible dirigir los subsistemas sociales mediante decisiones políticas? .....	111
3. Presupuestos éticos.....	113
3.1. La efectividad de un <i>ethos</i> democrático .....	113
3.2. Disposición a tomar decisiones políticas desde los intereses comunes de todos .....	115
IV. La relación de la democracia con el Estado de Derecho, la forma republicana y el Estado social .....	118
1. Democracia y Estado de Derecho .....	119
1.1. Los rasgos diferenciales de la democracia y el Estado de Derecho .....	119
1.2. Rasgos comunes a la democracia y al Estado de Derecho .....	121
1.3. La conexión entre democracia y Estado de Derecho .....	122
2. Democracia y República .....	126
2.1. El concepto formal de República y la democracia	126
2.2. El concepto material de República y la democracia	127

ÍNDICE

3. Democracia y Estado social .....	128
3.1. La democracia como impulsora de la realización y ampliación del mandato de acción contenido en el Estado social .....	129
3.2. La ausencia de límites para el mandato de acción del Estado social por parte de la democracia .....	130
DEMOCRACIA Y REPRESENTACIÓN. CRÍTICA A LA DISCUSIÓN ACTUAL SOBRE LA DEMOCRACIA .....	133
I. El concepto de democracia .....	133
1. La cuestión de la esencia de la democracia .....	133
2. Crítica al concepto de la democracia directa y de la identidad .....	136
3. El concepto y la construcción de la democracia como forma de Estado .....	142
II. La representación política .....	144
1. Los diferentes conceptos de representación .....	145
2. Contenido y realización de la representación democrática .....	147
3. La representación democrática y el problema de la disociación .....	152
III. Problemas actuales de la representación democrática .....	154
EL PODER CONSTITUYENTE DEL PUEBLO. UN CONCEPTO LÍMITE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL .....	159
I. El problema y el concepto del poder constituyente .....	159
II. El titular (sujeto) del poder constituyente .....	163
III. La acción y las formas de actuación del poder constituyente del pueblo .....	167
IV. La limitación jurídica del poder constituyente .....	176
NOTAS SOBRE EL CONCEPTO DE «CAMBIO CONSTITUCIONAL»	181
I. Pluralidad de significados y concepto dogmático- constitucional .....	181
II. Delimitación del concepto dogmático-constitucional .....	185
III. Cambio constitucional e interpretación constitucional .....	193
<i>Fuentes</i> .....	197
<i>Índice</i> .....	199

## OTROS TÍTULOS

Jürgen Habermas

*Facticidad y validez.*

*Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho  
en términos de teoría del discurso*

Mauricio Fioravanti

*Los derechos fundamentales.*

*Apuntes de historia de las constituciones*

Nicola Matteucci

*Organización del poder y libertad.*

*Historia del constitucionalismo moderno*

Bartolomé Clavero

*Happy Constitution.*

*Cultura y lengua constitucionales*

Elías Díaz y Alfonso Ruiz-Miguel (editores)

*Filosofía política II.*

*Teoría del Estado*

Peter Häberle

*Libertad, igualdad, fraternidad.*

*1789 como historia, actualidad y futuro  
del Estado constitucional*

Antonio Manuel Peña Freire

*La garantía en el Estado constitucional de Derecho*