

NORMA BASICA, CONSTITUCION Y DECISION POR MAYORIAS

FRANCISCO J. LAPORTA

En el mes de diciembre de 1983 algunos estudiantes de la Facultad de Derecho me invitaron a pronunciar una conferencia para celebrar el quinto aniversario de la Constitución. Me pareció apropiado para ello intentar una identificación de la idea de Constitución por medio del análisis formal de normas jurídicas que, sin embargo, fuera capaz de distinguir con toda claridad una Constitución de significado democrático de una norma jurídica de máximo rango de un sistema no democrático. La idea me resultó atractiva porque en el marco de una enseñanza muy caracterizada por el legalismo formalista, una Constitución no pasa de ser simplemente la norma jurídica de más alto rango, lo que, aparentemente, no la diferencia de la norma superior de un ordenamiento jurídico autoritario.

La estrategia teórica que desarrollé para proceder a esa identificación diferenciadora consistió en tratar de aislar la norma más relevante de la Constitución mediante un expediente lógico característicamente kelseniano: hallar aquella norma de cuya validez dependiera la validez del mayor número de normas del sistema jurídico, incluidas las normas constitucionales mismas. Mediante tal procedimiento encontraba que el artículo 1.2 de la Constitución, que dice: «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado», era la norma más importante del sistema, y que a su vez representaba la reformulación del principio llamado de «libertad política». Para terminar argumentaba que este principio no se podía separar arbitrariamente de las «libertades civiles» de los ciudadanos, puesto que era imposible de comprender sin tales libertades. Mis objetivos críticos eran, por una

parte, los juristas teóricos que aún persisten en tratar de entender el derecho exclusivamente desde dentro del propio orden legal, y, por otra parte, los políticos que se autodenominan «liberales», que mantienen expresa o tácitamente que hay algunas libertades que están por encima de la decisión soberana, y muy concretamente los que mantienen que la libertad de mercado es una de ellas.

Desde entonces me han surgido fuertes dudas acerca de la corrección de algunos de mis argumentos, y aunque el núcleo del razonamiento sigue pareciéndome aceptable, siento la necesidad de manifestar esas dudas y de completar los argumentos para librarme de la sensación incómoda de haber tirado la piedra y escondido la mano, sobre todo ante una audiencia de estudiantes.

Lo que propuse para establecer la diferenciación entre una Constitución democrática y la ley fundamental de un orden autoritario fue un cierto tipo de juego teórico, consistente en tratar de encontrar lo que llamé la norma «más importante» del ordenamiento jurídico. Siempre he pensado que dentro de la misma Constitución se dan normas más importantes que otras, es decir, que la propia Constitución tiende a adoptar la misma forma piramidal que se ha dicho que tiene el ordenamiento jurídico en su conjunto. Algunos constitucionalistas actuales piensan de modo parecido y no es mayor novedad. Naturalmente, ésto no pretende querer decir (al menos por ahora) que se den diferencias de «rango» entre las normas constitucionales. No. De momento podemos aceptar que todos los preceptos de la Constitución tienen el mismo rango formal. Lo que llamé la «importancia» de las normas puede definirse si suponemos, como lo hacía Kelsen, que unas normas transmiten la validez a otras formando un conjunto de «cadenas de validez», de forma tal que si pierde su validez una de las superiores, pierden también su validez aquéllas otras que constituyen o forman los eslabones restantes de la cadena. Una norma, según este criterio supuesto, es muy importante si la cadena que va tras ella es muy larga, y es poco importante si esa cadena es corta. Por ejemplo, si pierde su validez el art. 26 de la Constitución, que prohíbe los tribunales de honor, no sucede gran cosa, pero si pierde su validez el art. 1.3, que afirma que la forma del Estado español es la Monarquía Parlamentaria, el asunto es, sin duda, mucho más grave, porque todo el título II, que se refiere a la Corona, y bastantes preceptos más, se

marcharían detrás de él o resultarían hueros. Aunque para el jurista ambos preceptos tengan el mismo rango formal, creo que puede decirse en cierto sentido que el segundo es más importante que el primero; al menos si aceptamos la teoría de Kelsen, asunto que, sin duda, se presta a todo tipo de discusiones.

Cuando realicé por primera vez la argumentación, llamé al criterio de importancia descrito «criterio de la derogación», afirmando que la caída consecutiva de normas se produciría si derogáramos la importante. Obviamente ésto no es correcto, porque puede derogarse con toda tranquilidad cualquier precepto constitucional y no pasa nada más, supuesto que no se deroguen también los demás. En el ejemplo anterior podemos decir perfectamente que el Estado español seguiría siendo una Monarquía parlamentaria aunque la Constitución no lo hubiera dicho así en el art. 1.3 o dejara de decirlo en un momento determinado. En cambio, si adoptamos como regla de nuestro juego el criterio kelseniano de la «transmisión de validez», se puede operar. Tomando como base ese criterio unas normas arrastran a otras, y de lo que se trataría es de ir a la búsqueda de lo que Kelsen llamó «norma fundamental».

En principio se me ofrecieron cuatro candidatas a norma «más importante». La primera de ellas surge, paradójicamente, fuera de la Constitución, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983 sobre la Ley orgánica de armonización del proceso autonómico (LOAPA). Esta sentencia, en uno de sus fundamentos jurídicos (núm. 4), considerando «los límites intrínsecos de la potestad legislativa del Estado», llega a la conclusión de que «el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas, cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución...». Parece que, en cambio, el propio Tribunal, como «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1 de su ley orgánica), sí puede dictar una sentencia interpretativa que profile un concepto o atribuya su sentido a un precepto de la Constitución. Al menos eso parece desprenderse de esta sentencia y de alguna otra anterior. Y si ésto es así, cabe perfectamente imaginarse que la norma más importante del ordenamiento no sea una norma constitucional, sino la interpretación que de la misma realice el Tribunal, es decir, su sentencia.

Esto, sin embargo, parece contrario al sentido común, y, en efecto, hay algunas razones que lo hacen insostenible al mismo tiempo que muestran lo poco convincente que es este fundamento jurídico. Veamos esas razones. En primer lugar, el Tribunal Constitucional mantiene que las Cortes no pueden dictar esas normas 'meramente interpretativas' porque si lo hicieran se colocarían en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste», o cruzarían «la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos». Pues bien, a mi juicio esto no puede ser mantenido razonablemente. No voy a detenerme aquí a considerar cómo el concepto de «poder constituyente» es una entidad metafísica de imposible concreción real (1), pero tampoco lo creo necesario. Basta con decir, para expresarlo de otra manera, que para que las Cortes se sitúen en el mismo plano normativo de la Constitución, tienen que pretender que sus 'normas interpretativas' sólo puedan ser derogables mediante el procedimiento previsto para la reforma constitucional. Si lo que emiten es una norma interpretativa susceptible de ser derogada por otra norma del mismo rango (por otra ley orgánica, por ejemplo), no se sitúan, evidentemente, en el plano normativo constitucional.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional distingue entre el desarrollo normativo de la Constitución, del que dice que «implica siempre una interpretación de los correspondientes preceptos constitucionales», y aquellas normas 'meramente interpretativas', «cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido..., etc.». Esta distinción también me parece difícil de aceptar. Los lingüistas, por ejemplo, distinguen entre «usar» un término del lenguaje y «mencionar» un término del lenguaje. Podemos ilustrar la distinción del Tribunal manejando ese criterio para distinguir entre «usar un criterio de interpretación» y «mencionar un criterio de interpretación». ¿Qué consecuencias *normativas* se producen por «mencionar» un criterio de interpretación tales que no se produzcan por «usarlo»? A mi juicio muy pocas o ninguna, y en todo caso irrelevantes. Entre fijar las competencias autonómicas usando un criterio y fijarlas mencionando además ese criterio no advierto consecuencias normativas

(1) Vir. por ejemplo, GENARO R. CARRIÓ, *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Editorial Astrea. Buenos Aires, págs. 28 y sigs.

distintas. Además, utilizar aquella distinción para declarar anticonstitucionales las normas 'meramente interpretativas' puede desembocar en una grave contradicción. Me refiero a que, argumentando consecuentemente, sería necesario declarar anticonstitucional el propio artículo 1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, puesto que establece un criterio 'meramente interpretativo' al atribuir al mismo Tribunal la función de «intérprete supremo» idea que no aparece en la Constitución. Pues, en efecto, tan meramente interpretativo es afirmar que 'el sentido único de un precepto es X' como afirmar que 'el sentido único de un precepto es el que determine el intérprete supremo'. Con ello puede que se derrumbe la posibilidad de emitir sentencias interpretativas sin incurrir en cierta contradicción.

La última razón para no compartir la doctrina que se contiene en ese fundamento jurídico de la sentencia nos llevará seguramente a no lamentar en exceso el que esa posibilidad se derrumbe. Al afirmar, como lo hace el Tribunal, que todo concepto o precepto jurídico tiene 'varios sentidos posibles' (todos ellos, como es obvio, constitucionalmente aceptables) expresa una idea que muy pocos dudarán, pero que nos suministra datos que suscitan el problema de fondo de la naturaleza y la misión del Tribunal Constitucional mismo. Si el Tribunal tiene como misión, como yo así lo creo, determinar si el sentido que se da a un precepto o concepto constitucional al desarrollarlo normativamente es *uno* de los 'posibles' sentidos que tiene, entonces nos encontramos ante un órgano jurisdiccional en sentido estricto. Por el contrario, si el Tribunal, mediante una sentencia interpretativa, validifica uno de esos varios sentidos 'posibles' como el único sentido legal o constitucional de ese precepto, entonces, por fuerza ha de haber elegido entre los varios caminos legales de desarrollar la Constitución, con lo que ha tomado una decisión política. Si toda esta argumentación es correcta (extremo que someto, naturalmente, a la crítica), nos lleva a mantener una afirmación contraria precisamente a la que se contiene en ese fundamento jurídico, a saber: que es más correcto afirmar que las Cortes sí pueden emitir normas meramente interpretativas, siempre que recojan uno de los sentidos posibles de un precepto, mientras que el Tribunal no puede hacerlo sin presentarse a sí mismo como un órgano de decisión política. Si es cierto

que parece existir en ciertas fuerzas políticas la tentación creciente de empujarle por esa vía, podría resultar conveniente que él mismo la cerrara con contundencia.

Todos esos argumentos invitan a no entretenerse más con la hipótesis de que sea una sentencia del Tribunal Constitucional la norma 'más importante'. La segunda candidata o las segundas candidatas que se nos presentan son las normas que prevén la reforma constitucional. El traerlas a colación no es fruto de la arbitrariedad, como trataré de demostrar. En primer lugar aduciré un argumento político y en segundo lugar un argumento lógico. El argumento político se ha suscitado a veces en relación con posiciones políticas de las llamadas «independentistas», y podría ser formulado así: «No se pretende que todos acepten la Constitución tal cual es, lo que se pretende es que aquel que quiera cambiarla siga el procedimiento de reforma previsto en ella». A mi juicio, ésta es una pretensión legal y razonable, y siempre me sorprende que cuando alguien expresa posturas independentistas o de corte no constitucional se alce en seguida un coro de voces pidiendo procesamientos. Opino que hay que aprender a distinguir con claridad el estar en desacuerdo con la Constitución del violar la Constitución, como hay que saber distinguir entre criticar el código penal y cometer un delito. La Constitución ampara a sus propios críticos, pero exige, desde luego, que si alguien quiere cambiarla se remita a los preceptos que tienen prevista su reforma.

Pero esta 'suená' a que esos preceptos son especialmente importantes.

Si tuviéramos que elegir entre una postura que aceptara bastantes preceptos de la Constitución pero no estuviera dispuesta a seguir las vías legales de reforma, y una postura que aceptase pocos preceptos de la Constitución pero estuviese dispuesta a seguir las vías legales para su reforma, seguramente nos inclináramos instintivamente por la segunda, intuyendo que en ella se respeta más la Constitución que en la primera. ¿Por qué es esto así? La respuesta nos puede venir del segundo argumento, del argumento lógico. Véamoslo. Suele aceptarse que una norma jurídica es estatuida o derogada mediante la decisión de una 'autoridad' que tiene facultad para hacerlo. Se acepta también

que una 'autoridad' así se constituye mediante ciertas 'normas de competencia'. De forma que en presencia de una norma cualquiera podemos saber si está vigente comprobando que ha sido dictada por una cierta autoridad, y sabemos que ésta es tal autoridad remitiéndonos a las reglas de competencia que la han constituido. Pues bien, si releemos los artículos 166 a 169 de la Constitución no podemos dudar de que se trata de un conjunto de normas de competencia que facultan a ciertos órganos mediante ciertos procedimientos para tomar decisiones normativas. Como quiera que tales decisiones consisten en normas que derogan preceptos constitucionales y en iniciativas que crean nuevos preceptos constitucionales, no podemos dejar de pensar que la 'autoridad' creada por esas normas de competencia tiene que ser la autoridad máxima del ordenamiento, dado que puede derogar y crear normas del máximo rango. Esa es quizás la razón por la que nuestra intuición al preferir la postura de quien acepta las vías legales de reforma constitucional es una intuición acertada: preferimos a aquellos que se someten a la autoridad suprema de la comunidad y postergamos a aquellos que tratan de ignorarla. Y esa es también la razón por la que las normas de reforma de la Constitución tienen que tener en esta reflexión sobre la norma 'más importante' una posición nada desdeñable. Sin embargo, cuando empezamos a movernos en los límites superiores del sistema legal no tardan en plantearse curiosos problemas de circularidad en la argumentación y enojosas cuestiones lógicas que parecen imposibles de desenmarañar.

En efecto, si aceptamos que la autoridad que se constituye en las normas de reforma constitucional es la máxima autoridad porque puede dictar y derogar las normas de máximo rango, ¿qué hemos de pensar de las normas que la hacen posible? Lógicamente tienen que haber sido dictadas por una autoridad todavía superior, la cual, a su vez, estaría constituida por normas de competencia superiores a ella, que nuevamente tendrían que haber emanado de una autoridad superiorísima, y así hasta el infinito. Cuando los juristas formalistas llegan a estos terrenos es cuando, invariablemente, suelen inventar entidades misteriosas, como la de «poder constituyente», «norma hipotética», etc., para tratar de solucionar la aporía. Pero los análisis de tales conceptos demuestran siempre que suele tratarse de convenciones profesionales para tapar los

agujeros teóricos que arrastran consigo los principios mismos de sus argumentaciones. En este caso el principio tácito que trata de mantenerse a toda costa es el que afirma que los juristas 'científicos' tienen que dar respuesta a todas las cuestiones jurídicas «desde dentro» del orden legal. Esto, sin embargo, no es más que una ilusión de la ciencia jurídica. Las normas de reforma constitucional y los problemas lógicos que suscitan (2) no pueden ser resueltos permaneciendo dentro del recinto legal, porque son problemas cuya solución nos 'expulsa' irremisiblemente del derecho hacia los hechos sociales, hacia las pugnas de la vida política y social.

El tercer candidato posible al puesto de honor del ordenamiento podría intentar obtenerse siguiendo el respetado proceder kelseniano de preguntarse por la norma que confiere validez a la propia constitución positiva, es decir, preguntándose por la «Grundnorm». Hay varias formulaciones de esa norma supuesta, pero todas ellas podrían ser sucintamente resumidas en un enunciado normativo parecido a éste: «La Constitución y las normas creadas de acuerdo con ella son normas jurídicas vinculantes». Si este enunciado fuera válido transmitiría su validez a la Constitución, y de ésta al resto de las normas. Pues bien, precisamente en la misma Constitución hay un precepto parecido; me refiero al art. 9.1: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». En relación con esta norma, de la que afirmé que era una «descripción de la norma fundamental», mis dudas han sido grandes. Desde luego, creo que no puede sostenerse que se trate de una descripción de norma alguna, porque una descripción de ese tipo no sería, para seguir usando el lenguaje kelseniano, una 'norma jurídica', sino una 'proposición jurídica', es decir, no pertenecería al lenguaje jurídico, sino al lenguaje de la ciencia del derecho, al lenguaje de los juristas. Sin duda es una norma, pero ¿qué clase de norma? Paradójicamente esta norma podría ser considerada muy importante, pero también espectacularmente insignificante. Me explico. Imaginemos una situación curiosa: Consideremos cualquier norma del ordenamiento jurídico, por ejemplo, el art. 1461 del C.c.: «el vendedor está obligado a la en-

(2) Vid. la discusión entre ROSS y HART, en ALF ROSS, *On self-reference and a difficult puzzle of Constitutional Law* (1967) y HERBERT L. A. HART, *Self-referring Laws* (1964).

trega de la cosa objeto de la venta», y supongamos que, sorprendentemente, el precepto siguiente del Código hubiera sido redactado así: «Los vendedores están sujetos al artículo anterior». Nos quedaríamos perplejos, porque parece obvio que lo que 'significa' el 1461 es, precisamente, que los vendedores están sujetos a lo que en él se dispone, y por tanto el extravagante legislador no habría hecho sino repetir dos veces el mismo precepto. Pero supongamos que, sin embargo, persiste en su actitud maniática y pretende introducir detrás de cada precepto del sistema otro que afirme: «Los X están sujetos al precepto anterior», repitiendo así casi todo el ordenamiento. Pero un asesor de su confianza, alarmado por el gasto de tiempo y de papel, logra convencerle de que sintetice todos esos preceptos segundos en uno solo que diga: «todos los ciudadanos están sujetos al ordenamiento jurídico». El legislador accede maravillado y piensa que con ese esfuerzo de síntesis ha dado un gran paso adelante, y, sin embargo, ese enunciado normativo sigue siendo redundante y superfluo. Si andando el tiempo fuera derogado inadvertidamente, no cabe duda de que todos los demás seguirían siendo preceptos jurídicos y, por tanto, los ciudadanos estarían sujetos a ellos. Al prescindir de él simplemente se ha eliminado una redundancia.

Cabría, no obstante, atribuir importancia al precepto enfocándolo de otra manera. En concreto, identificándolo con lo que Hart llama «regla de reconocimiento». Esta regla tiene como misión, según el pensamiento de Hart, identificar las normas que pertenecen al sistema, «reconocer» a las normas que son jurídicas para poder distinguirlas claramente de aquéllas que no lo son. La regla de reconocimiento sirve como instrumento de información acerca de cuáles son las normas jurídicas que integran el sistema. Y para que 'exista' un sistema jurídico es necesario que funcione la 'práctica social' de 'usar' una norma de este tipo como medio de identificación de las normas jurídicas. Para conocer qué normas tienen vigor como jurídicas los jueces, los funcionarios y también los ciudadanos, se remiten implícitamente a esa norma. Según Hart, la formulación de tal regla para Inglaterra sería algo así como: «Lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho en este país» (3), pero una reformula-

(3) HERBERT L. A. HART, *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, págs. 125 y sigs.

ción adaptada a nuestro medio podría ser: «las normas creadas de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución son el derecho de este país». Esto parece que puede ser el significado del art. 9.1 de la Constitución, y desde luego, a primera vista, hay que afirmar que si los jueces y los funcionarios no «usaran» esa norma para desarrollar su actividad, para identificarse a sí mismos como jueces y funcionarios y para gobernar las conductas de los ciudadanos, el orden jurídico empezaría a desmoronarse; es decir, si no se sujetaran a la Constitución y al resto del ordenamiento habría que empezar a sospechar que el sistema jurídico español era «otro» y no el basado en la Constitución. Desde esta perspectiva la norma en cuestión es, sin duda, importante; hasta tal punto que si no existiera explícitamente formulada tendría al menos que existir implícita en el «uso» cotidiano de los operadores jurídicos. Ahora bien, aquí también nos encontramos ya fuera del ordenamiento jurídico mismo. Estamos en el ámbito de las actitudes psicológicas colectivas, de los hechos sociales, de los usos cotidianos de aceptación colectiva del orden. En definitiva, en el mundo de los sentimientos compartidos y no en el de los preceptos legales.

Para conceder al art. 9.1 la máxima importancia, hay que hacerle representar el papel de norma fundamental kelseniana, es decir, de aquella norma que constituye el depósito de validez de todo el sistema, de modo tal que su pérdida de validez llevaría consigo el derrumbamiento total del sistema. Esto me parece impensable, porque para admitirlo sería necesario suponer que es *esa* norma la que transmite la validez a las demás, y resulta poco aceptable que un artículo de la Constitución confiera su validez a los otros. Y, sin embargo, también es verdad que Kelsen afirmaba que su norma fundamental tenía que ser eficaz para ser válida, y no cabe duda de que si el 9.1 deja de ser eficaz, es decir, si los ciudadanos y los poderes públicos no se someten a la Constitución y al ordenamiento, se produce un cambio global de sistema. Esta es la encrucijada de todo el formalismo: necesitar siempre remitirse a la existencia de una norma vinculante, válida, en vigor, como 'deber ser', y no encontrar sino conductas, acontecimientos, actitudes de hecho. La imposibilidad de casar estas dos cosas es la que determina el fracaso del legalismo, y en el caso presente lo que determina que el propio Kelsen, tras cincuenta años de debate para defender su

'Grundnorm', tenga que rendirse a la evidencia: «En mi doctrina la norma básica fue siempre concebida como una norma que no era el contenido significativo de un acto de volición, sino que estaba presupuesta por nuestro pensamiento. Debo ahora confesar que no puedo seguir manteniendo esta doctrina, que tengo que abandonarla. Pueden creerme, no ha sido fácil renunciar a una doctrina que he defendido durante décadas. La he abandonado al comprobar que una norma (*sollen*) debe ser el correlato de una voluntad (*wollen*). Mi norma básica es una norma *ficticia* basada en un acto de voluntad ficticio. En la norma básica se concibe un acto de voluntad ficticio que realmente no existe» (4). Esta confesión es interesante en extremo. Además del hermoso ejemplo de honestidad intelectual que representa, nos puede dar algunas claves importantes. Kelsen sigue utilizando la teoría de la voluntad, siguiendo una anticuada rutina dogmática, para explicar la idea de la producción normativa. Una norma sólo puede ser pensada como el producto o el contenido de un acto de voluntad; norma y volición son dos acontecimientos enlazados.

La teoría de la voluntad ha perdido hace mucho su prestigio en la teoría jurídica (5), aunque los juristas la siguen utilizando pertinazmente, pero en cierta manera nos proporciona algunos pequeños senderos para volver a llegar a los límites mismos del ordenamiento jurídico. Si la aplicaríamos literalmente a nuestro problema, tendríamos que decir que la norma 'más importante' del ordenamiento no es más que el producto de la voluntad 'superior' de una comunidad. Pero luego tendríamos que ponernos a buscar esa voluntad superior y me temo que nos sucediera lo mismo que con el 'poder constituyente' o el 'poder originario'; son todas ellas entidades sin domicilio conocido. Donde buscábamos una 'voluntad' lo más que nos encontramos son grandes actitudes compartidas por los seres humanos de una comunidad, expresadas incidentalmente en éste o aquél acontecimiento, a veces con gran firmeza y unanimidad, otras más tibiamente; comportamientos colectivos

(4) Tomado de ALBERT CALSAMIGLIA, *Kelsen y la crisis de la Ciencia jurídica*, Ed. Ariel, Barcelona, 1977, pág. 123.

(5) Cfr. por ejemplo, la posición del realismo escandinavo en SILVANA CASTIGNONE, *La macchina del diritto*. Edizioni di Comunità. Milano, 1974, páginas, 55 y sigs. y 141 y sigs.

muy generalizados, manifestaciones comunes, tendencias hondas que afloran en ocasiones especiales. Y todo ello, cuando se ve desde el prisma del derecho o se trata de relacionar con él, se especifica en la aceptación generalizada de algunos procedimientos de gobierno y en el rechazo de otros, en la adhesión a ciertas fuentes de decisión normativa y en la repulsa hacia otras y en otros fenómenos sociales similares.

Pues bien, todo eso es la base de sustentación del derecho, y cuando se da una situación en la que esa base de sustentación se refleja articuladamente a través de una serie de procedimientos y métodos específicos hasta adoptar la forma de algo que podríamos llamar una 'decisión' colectiva de apoyo y aceptación de unas normas o de rechazo de las mismas, es decir, cuando se da una situación en la que puede decirse, por impreciso que ello sea, que el 'pueblo decide' sobre la vigencia de las normas básicas, entonces podemos decir que nos encontramos en presencia de una sociedad regida por una ley fundamental democrática. En el caso contrario, es decir, cuando no se dan esos procedimientos específicos para articular la decisión colectiva, entonces nos encontramos frente a una norma de máximo rango, pero no ante una ley democrática. Algunos idearios políticos incluyen el primero de los dos supuestos como una auténtica exigencia ético-política que en el lenguaje técnico se expresa en el principio llamado «soberanía popular». La diferencia entre una Constitución democrática y una ley básica en un orden autoritario estribaría entonces en que en la primera se recoge y articula el principio de soberanía popular, mientras que en la segunda no. Evidentemente, no se trata de la simple mención del principio (cualquier norma puede mencionar retóricamente la idea) sino de la articulación normativa de todos los requisitos que le son inherentes y que luego analizaremos.

Nuestra cuarta y última candidata a norma 'más importante' sería, pues, aquella que reflejara la situación mencionada incorporando como exigencia política el principio de soberanía popular. En nuestro caso sería el artículo 1.2 de la Constitución: «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado». Su articulación completa necesitaría una reflexión independiente que no puede ser desarrollada aquí, aunque más tarde mencionaré algunos requisitos. Podemos probar inicial-

mente su buen funcionamiento como norma máxima mostrando que puede dar respuesta a algunas preguntas relativas a las otras candidatas. Si preguntamos el porqué de las competencias del Tribunal Constitucional o las razones de las diferentes vías de reforma constitucional, podemos responder diciendo que las cosas son así porque así lo dispone la Constitución. Pero si nos preguntamos por las razones de la tercera candidata, es decir, por las razones que apoyan el que estemos sujetos a la Constitución sería en cambio redundante que respondiéramos que así lo dispone la Constitución. El enunciado 'los poderes están sujetos a la Constitución porque lo dice la Constitución' es tautológico. En cambio, decir que están sujetos a la Constitución porque ésta es producto de una decisión de soberanía, resulta una respuesta adecuada y satisfactoria. De hecho, el mismo Preámbulo de la Constitución sugiere claramente que ésta es producto de una decisión de la Nación en «uso de su soberanía». El artículo 1.2 no vendría a ser sino la formulación legal del principio político que subyace a todo el ordenamiento, aceptado y compartido de hecho en la vida social.

Sucede, sin embargo, que nuestra llegada 'jurídica' al principio de soberanía popular no es motivo para tranquilizarse, porque tal principio, visto desde la óptica 'política', no es más que el comienzo de un nuevo itinerario analítico lleno de nuevos interrogantes y formado por una multitud de vericuetos, sobreentendidos y ficciones que han llevado a no pocos autores a renunciar a su uso por considerarlo un concepto carente de referencia empírica real (6). Además, las ficciones de los juristas están altamente formalizadas y racionalizadas, aunque sigan siendo ficciones, pero en el campo del discurso político las categorías más usuales son de una pasmosa imprecisión. La soberanía del pueblo es un concepto que va cristalizando históricamente en torno a la idea de «libertad política» hasta identificarse plenamente con ella (7). Y la expresión del antiguo principio político de que «lo que a todos atañe ha de ser aprobado por todos» mediante un término como el de «libertad» no ha

(6) Una obra muy influyente en este sentido, JOSEPH A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York, 1950 (Trad. esp. Aguilar, S. A., Madrid, 1968).

(7) Un libro clásico sobre el tema, A. J. Carlyle, *Political Liberty*, Oxford, 1941. Trad. esp. Fondo de Cultura Económica, México, 1942. Reimpresión 1982.)

contribuido precisamente a clarificar el problema. En efecto, no deja de resultar sorprendente que lo que, en sentido estricto, no constituye más que un 'método' para la toma de decisiones que afectan a todos se haya asociado tan universalmente a la idea de 'libertad'. Más bien podría decirse, al menos en principio, que el hecho de que una decisión proceda del 'pueblo', del sufragio o incluso del capricho individual, no nos dice nada sobre el contenido de tal decisión, y en concreto no nos dice nada sobre si tal decisión incrementa o reduce la libertad. No han faltado incluso quienes han aducido ejemplos de dictaduras plebiscitarias, y aunque en general los datos no son todo lo fiables que sería de desear, desde luego, lógicamente, no es impensable que tal cosa se produzca.

La solución a ese enigma es muy sencilla y conocida: se trata de una asociación histórica. Es una idea que se puede rastrear por lo menos hasta el mundo intelectual del estoicismo, la idea del hombre libre como aquel que guía su conducta por los dictados de su razón y desprecia las presiones e influencias exteriores. Es decir, la idea de lo 'libre' como aquello que se da normas a sí mismo y no es gobernado por dictados ajenos. La traslación de esta idea desde su marco de referencia individual a la comunidad humana es lo que determina históricamente que se llame sociedad política 'libre' a aquella que se da a sí misma las normas por las que se gobierna, y que se exprese como «libertad política» la idea de la soberanía popular. El momento de culminación de esa tradición es el siglo XVIII, en el que se define ya plenamente la idea con sus rasgos actuales, especialmente el rasgo de la soberanía a través de representantes y, sobre todo, el rasgo crucial de unir al principio mismo una legitimidad ética incondicionada. Montesquieu habla ya del primero de esos rasgos sin conciencia de ser novedoso: «Puesto que en un Estado libre todo hombre, considerado como poseedor de un alma libre, debe gobernarse por sí mismo, sería preciso que el pueblo en cuerpo desempeñara el poder legislativo. Pero como ésto es imposible en los grandes estados, y como está sujeto a mil inconvenientes en los pequeños, el pueblo deberá realizar por medio de sus representantes, lo que no puede hacer por sí mismo» (8). La tentativa teórica de tratar de dar un fundamento racional y moral incondicionado al principio en cuestión y, en consecuencia,

(8) Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, XI, 6.

al Estado soberano mismo, se debe, como es muy conocido, al pensamiento de Rousseau y, con una coherencia teórica impresionante, al pensamiento de Kant.

Lo que hace Kant para acometer ese paso es trasladar al Estado el esquema mediante el cual había descrito la estructura del individuo como agente moral, es decir, trasladar al Estado el principio moral del arbitrio del individuo bajo las leyes generales dictadas por la razón. De ello obtiene Kant la exigencia ética de que el pueblo que obedezca sea también legislador. Para Kant, una Constitución 'justa', la Constitución que preside el Estado ideal, la «república noumenon», es aquella «en que los que obedecen la ley, al mismo tiempo, reunidos, deben dictar leyes». El Estado obtiene, mediante esa traslación teórica, una justificación incondicional al ser el espacio posible en que los individuos se obedecen a sí mismos según leyes de libertad, es decir, por ser el espacio empírico de la moralidad. Por eso Kant no duda en llamar al derecho del que obedece a ser su propio legislador un derecho «sagrado», «por encima de cualquier precio», «que ningún gobierno, por muy benéfico que sea, puede tocar» (9). Con este planteamiento nuevo Kant va más allá de la vieja idea del contrato social, del consenso, porque desde su perspectiva ese contrato no es ya una necesidad prudencial inspirada en el instinto natural de seguridad que huye de las amenazas empíricas del estado de naturaleza, sino un postulado de la razón que expresa cómo *debe* decidir el pueblo en absoluto. Y debe decidir a través de una voluntad objetiva, la «voluntad unida», una voluntad tal que el sometimiento a la misma no resulta contradictorio con aquel principio de libertad de acuerdo con el cual «una persona no puede estar sometida a otras leyes que a aquéllas que se da a sí misma, bien sola, bien de consuno con otras» (10).

Pero esto no es un trabajo de historia. Si he elegido como modelo a Kant (menos influyente y conocido que Rousseau o Locke) ha sido porque nos suministra con su implacable rigor un punto de partida especialmente idóneo para internarse en una polémica cru-

(9) EMMANUEL KANT, *Si el género humano se halla en progreso constante hacia mejor* (1798), pár. 8 y nota 3 al pár. 6.

(10) Cfr. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, *La Filosofía del Estado en Kant*, Universidad de La Laguna, 1952, págs. 62 y sigs. La cita de Kant, tomada de la *Rechtslehre*, en pág. 74.

cial del pensamiento político contemporáneo. En relación con el principio de soberanía popular nos trata de sugerir con toda claridad que la decisión de la 'voluntad unida', es decir, la decisión democrática, ha de ser considerada como el principio necesario de legitimación moral del ejercicio del poder. El feroz ataque a que ha sido sometida esta idea por los modernos polemistas apunta a mostrar, por un lado, que una voluntad así constituida como unidad de decisión legítima puede, en tanto que presuntamente 'racional', ser utilizada tiránicamente para imponer cualquier política a condición de que se revista con un ropaje de racionalidad. Por otro lado se ha argüido que una unión tal de voluntades, en el supuesto de que exista tal cosa, puede producir una decisión que deborde todas las barreras de protección política que se supone deben acompañar y defender al individuo frente al poder. Es sobre todo a esta segunda argumentación a la que quiero referirme ahora.

Este segundo problema se suscita precisamente al definir una constitución democrática en función del principio de la soberanía del pueblo. Actualmente ese problema adopta la forma retórica de la contraposición entre la 'legitimación por mayorías' y la 'legitimación por libertades'; una polémica que ha sido específicamente caracterizada como la pugna entre 'los dos conceptos de libertad' (11), el concepto de libertad positiva como autonomía y el concepto de libertad negativa como no impedimento. La primera, que uso aquí como lo específicamente definitorio de una Constitución democrática, trata de extraer el principio legitimador de la conformación de la 'voluntad' que dicta la norma. La segunda, en cambio, no se cuestiona en principio el problema de quién legisla, sino solamente el de qué espacio no interferido nos dejan las leyes. Es pertinente volver sobre la polémica porque hoy reverdece la tradición del pensamiento liberal europeo y americano que pone el acento en la segunda libertad, la libertad como límite a la interferencia de las leyes (y, especialmente, como límite a la interferencia en la propiedad y en el mercado), mientras que minimiza y vigila desconfiadamente a la otra libertad, la libertad como participación en la edición de las leyes.

(11) Para un estudio de la polémica, vid. FRANCISCO J. LAPORTA, *Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político*, SISTEMA, núm. 52, enero de 1983.

Aunque las lecturas de Kant o de Rousseau que encuentran complacencias autoritarias en la idea de la voluntad general o la voluntad unida me parecen producto de la simple falta de comprensión de sus teorías, aquí voy a ocuparme de los problemas actuales, es decir en concreto, de la razón de ser de la tensión supuesta entre ambos principios de legitimación. Obviamente hay que empezar por limpiar los conceptos de todas aquellas connotaciones metafísicas que han sido justamente denunciadas. No se trata aquí de sustituir unas entidades ficticias por otras entidades también ficticias. «Soberanía» no es ninguna cualidad mágica inaprensible, sino una simple manera de hacer referencia al hecho de la aceptación como 'máxima' de una fuente de decisiones. Y «pueblo» no pretende ser, desde luego, un ente orgánico supra-individual y único con voluntad y razón. Si entendemos el término «soberano» como un modo de referirse a esa fuente cuyas decisiones son aceptadas como normas jurídicas de rango superior, y el término «pueblo» como el número (*contado uno a uno*) de los individuos (por ejemplo, mayores de edad y no incapaces) que forman una comunidad, lo que voy a llamar «soberanía del pueblo» es un principio político que consiste en atribuir justificación ético-política a una decisión normativa tomada por la mayoría de esos individuos, entendiendo que tal decisión no se destila en ningún alambique misterioso, sino que es la suma de los votos individuales de cada uno de los integrantes de esa mayoría de esa comunidad en relación con el contenido de la norma en cuestión. Hay, pues, «soberanía del pueblo» cuando son aceptadas como normas de máximo rango las resultantes de un proceso semejante de decisión y las de ellas derivadas, y *no* se aceptan como vinculantes normas con otro origen. El principio político estriba en considerar esas normas como «legítimas».

Pues bien, de acuerdo con ello llamaré a semejante procedimiento para tomar decisiones 'lógica de las mayorías', y al principio que afirma la exigibilidad ética de establecer un límite individual inviolable al ejercicio del poder, le llamaré 'lógica de la no interferencia'. Lo que voy a sostener es que la tensión entre ambos principios o lógicas es, en su mayor parte, más aparente que real, y que la primera lógica es más completa porque proporciona una

plataforma de legitimación más amplia que la segunda, en cuanto que incorpora aspectos fundamentales de ella.

La tensión entre ambas lógicas surge, al parecer, porque se dice que el funcionamiento de cada una de ellas, llevado a sus últimas consecuencias, produce supuestos que hacen imposible la presencia de los valores que defiende la otra. Se ha afirmado así que para la lógica de las mayorías una decisión aprobada por el principio mayoritario es legítima y 'libre' aunque interfiera gravísimamente el ámbito de acción de los ciudadanos. Por su parte, se ha afirmado que para la lógica de la no interferencia, una decisión que respete o incremente ese ámbito de acción, aunque esté promulgada por un tirano, es una 'ley de libertad'. Un ejemplo patético del primer supuesto podría ser aquel grito popular de ¡vivan las «caenas»! Un ejemplo igualmente patético del segundo supuesto es el tratamiento de país especialmente libre que los economistas de la escuela de Chicago llegaron a dar al Chile de Pinochet en base a la nula interferencia de sus leyes en el mecanismo del mercado. En el primer caso, parece que una libertad puede ejercer de tirano; en el segundo, convivir con él.

¿Es esto realmente así? Mi opinión es que al igual que ha sucedido con ciertas lecturas de Rousseau y de Kant, semejantes postulados sólo pueden ser mantenidos cuando se atribuye a la expresión 'decisión por mayoría' un significado deliberadamente estrecho. Asimismo, el segundo esperpento sólo puede concebirse cuando con el término 'libertad' se refiere uno exclusivamente al mecanismo del mercado. A veces se ha dicho, en efecto, que la decisión por mayorías no nos dice nada sobre las condiciones de los individuos particulares que participan en la toma de decisión (12). Y es evidente que resultaría ilusorio tratar de justificar este tipo de decisiones sólo cuando pueda suponerse la 'racionalidad' desapasionada de los integrantes. Sin embargo, creo que esta posición es demasiado alicorta y conduce directamente a la negación del principio. Cuando se habla de las condiciones de los participantes en una decisión por mayoría buscando únicamente una optimización de su

(12) Sobre los límites de la regla de mayoría, vid. NORBERTO BOBBIO, *La regola di maggioranza: limiti e aporie*, en el volumen colectivo *Democrazia, maggioranza e minoranze*. Il Mulino, Bologna, 1981.

mecanismo racional, se habla de unas condiciones que no considero necesarias para fundamentar el principio; incluso que considero de imposible cumplimiento (salvo en la teoría) y por tanto, indirectamente amenazadoras del principio. Me parece irrelevante que los seres humanos tengan pasiones o se dejen convencer por parlanchines. Con esas cosas hay que contar en todo sistema de decisión política, y por tanto no pueden servir para descalificar solo a uno. Las condiciones que exige el principio de mayoría no son de ese tipo, sino de otro muy distinto: se trata de las condiciones de máxima libertad como 'no interferencia' en el acto individual de decidir. Lo que son, realmente, exigencias y requisitos inherentes al principio de decisión por mayoría son las más amplias libertades posibles en el proceso mismo de la decisión.

Me parece indiscutible que no puede hablarse de decisión mayoritaria cuando los individuos que componen esa mayoría que decide han sido compelidos de algún modo a adoptar una opción o a no adoptarla. Y ello porque en este caso resulta claro que quien ha tomado la decisión no es, en sentido estricto, la mayoría, sino la fuerza que ha conseguido imponer de antemano una determinada solución o descartado otras. Y no estoy haciendo referencia a la influencia de los 'demagogos' o a la 'candidez' presunta de los ciudadanos, sino a algo mucho más concreto. Al hecho de que el proceso de decisión por mayoría es un proceso de gran complejidad que incluye, entre otras cosas, las siguientes: libertad ideológica, libertad de expresión, libertad de información, garantías frente a la detención arbitraria, libertad de circulación, libertad de reunión, libertad de asociación, libertad para proponer y difundir decisiones alternativas y en su caso, libertad para proponer candidatos alternativos para los cargos decisorios, libertad de voto, etc... Y sólo cuando el proceso en cuestión se desarrolla en un marco de condiciones de libertad como éste podemos asegurar que se está hablando de decisión por mayoría. Aquellos supuestos plebiscitarios que no incluyen tal escenario de libertades no pueden ser considerados sino procesos de decisión «impuesta» previamente, y no de decisión resultante del mecanismo de mayorías. Pero parece evidente que todas esas libertades son libertades en el sentido de 'no interferencia', libertades negativas. Por ello puede decirse que el proceso de decisión por

mayoría, la 'lógica de las mayorías' incluye también en muy amplia medida a la 'lógica de la no interferencia'.

Otros aspectos o exigencias de la 'lógica de las mayorías' serían aquí de indudable interés. Por ejemplo, la necesidad de disponer de mecanismos de corrección de la decisión de tipo similar al empleado al tomarla, es decir, la necesidad de prevenir la posibilidad de modificar la decisión tomada, periódicamente y por el mismo procedimiento. También la necesidad de mantener el status de libertades para la minoría, puesto que el concepto mismo de mayoría no se explica en absoluto sin la existencia de una minoría que pueda desarrollarse exactamente en las mismas condiciones en que se toma la decisión. Y algunos otros requisitos y exigencias tanto materiales como formales que, puede decirse, definen al principio de decisión por mayoría no tanto como una regla abstracta, sino como la articulación institucional de un universo complejo de reglas. Pero explicitar minuciosamente el juego de todas esas reglas y las razones de su vinculación al principio en cuestión necesitaría muchas páginas. Igualmente, no sería excesivamente difícil argumentar que la 'lógica de la no interferencia', si no es interpretada con miopía interesada, acaba por exigir algunas condiciones que se parecen mucho a un método de decisión por mayoría correctamente entendido.

Pero lo que aquí me interesa es contrastar una actitud de los que se autodenomian «nuevos» liberales (aunque creo que es más correcto llamarles 'paleoliberales') en relación con la decisión por mayorías. Dejando a un lado el corolario que se deriva de todo lo anterior respecto de la vinculación entre ambos tipos de libertad, quiero contemplar por último una de las ideas que estos liberales sitúan en el centro de sus postulados. La idea de que el mercado concurrencial libre constituye o debe constituir un límite a la decisión por mayorías. O, para expresarlo en los términos anteriores, que la libertad de mercado también es una condición implícita de libertad en el método mayoritario.

Estos liberales se sienten mucho más identificados con el principio de mayorías cuando entre los requisitos del mismo se encuentra uno que limita el alcance de las decisiones en función del mercado. Una decisión por mayoría no podría en este supuesto

introducir «externalidades» en el equilibrio del mercado, sino solamente neutralizar «externalidades» generadas fuera de él para restaurar su equilibrio.

Pues bien, esta pretensión me parece infundada, porque para proteger un mecanismo económico se introduce una limitación genérica en un principio de legitimación, es decir, para evitar una 'externalidad' en el funcionamiento del mercado se introduce una 'externalidad' en el mecanismo de decisión por mayorías. Esto, en primer lugar, supone una cierta cortapisa general para toda esa panoplia de libertades negativas que he mencionado, lo que hace a este tipo de liberales menos liberales de lo que afirman ser. En segundo lugar, dudo mucho de que las llamas libertades del mercado sean 'normas' en el sentido político, jurídico o ético, sino más bien presuntas 'leyes' en el sentido científico; o sea, que no tratan de 'prescribir' cómo deben comportarse los individuos, sino de 'describir' cómo funciona el mecanismo económico. Pero, en todo caso, aunque sean libertades en el sentido normativo, postular como valores privilegiados los que se derivan del supuestamente correcto funcionamiento del mercado no acredita a nadie como defensor a ultranza de la libertad; más bien nos informa que se comporta igual que los demás: para potenciar unas libertades sacrifica otras. El problema que con ello nos plantean es el de ponderar si las libertades que magnifican son, efectivamente, acreedoras de tal privilegio, y en tal caso es razonable que sacrifiquemos o limitemos a las demás a ellas.

Daré un par de razones provisionales para negar que las cosas sean así, aunque el tema necesitaría mayor detenimiento. En primer lugar, parece, a primera vista, contradictorio cuestionar la decisión por mayorías sobre la base del funcionamiento del mercado, porque el mercado mismo no es más que un procedimiento de decisión por mayorías. Si se mantiene que la decisión de mercado es la decisión óptima, parece que hay que mantener que la decisión de mayorías es la decisión óptima. Todas esas admoniciones que se nos hacen sobre la posibilidad de «manipular» a las mayorías o sobre la osadía de los desaprensivos demagogos son de estricta aplicación a los mecanismos del mercado, de forma que si corrompen el funcionamiento de lo uno, también corrompen el funcionamiento de lo otro. En segundo lugar opino que como hipótesis científica es un fracaso notorio la idea del mercado, y que en las circunstancias presentes, cuan-

do ya hay una evidencia empírica aplastante que ha refutado esa hipótesis científica, su redescubrimiento no es más que un modo elíptico de inducir una plataforma de legitimación no democrática. Y, por último, aún admitiendo el más que dudoso supuesto de que las cosas funcionen como lo sugiere el modelo 'mercado', tengo que confesar que a estas alturas el valor «crecimiento económico» no se presenta ante mis opciones como un valor indiscutible, a no ser que vaya acompañado de algunas providencias adyacentes que no tienen nada que ver con el sistema 'mercado'. Pero es obvio que no puedo discutir estas razones aquí; queden como incitaciones al diálogo.

Para terminar quiero decir que, como ya habrán advertido muchos lectores, en este escrito se realiza una elección que va contra una diferenciación muy difundida en la teoría política. Me refiero a la dicotomía de Schumpeter entre «teoría clásica de la democracia» y teoría de la democracia como «competencia por el caudillaje político». Aquí se opta por la primera, es decir, se opta por aquella que trata de 'ungir' el proceso democrático «con aceite sacado de las tinajas del siglo XVIII» (13). El libro de Schumpeter, elaborado en el marco de la fiebre empirista de los años cincuenta, presenta para mí una deficiencia fundamental: que, literalmente, no suministra ninguna razón convincente para mostrar que el método de competencia por el caudillaje político, la «moderna democracia», sea preferible a cualquier otro método. Una comisión de expertos, por ejemplo, podría seleccionar a los líderes políticos tan operativamente como el método de la libre concurrencia por el poder. Entonces ¿por qué preferir este método? Nunca he encontrado una respuesta a esta cuestión en las páginas del economista austríaco. En cambio, la teoría clásica de la democracia, con todos esos defectos, imprecisiones y mixtificaciones en que incurrió, se cimentaba en la aspiración a suministrar una justificación moral a la constitución política. El mensaje del viejo Kant alienta siempre que se reanuda la búsqueda de un principio político que sea, al mismo tiempo, un imperativo moral «sagrado», y creo que una reformulación sin metafísica del principio de soberanía de los ciudadanos puede empezar a cumplir con tales exigencias. No creo, en cambio, que el mecanismo de los ideólogos del mercado, por armo-

(13) *Ob. cit.*, cap. XXI, II.

nioso que parezca, pueda aspirar a tanto, y en consecuencia opino que postularlo como límite al método de decisión por mayoría implica iniciar un proceso de deslegitimación democrática y de «sacralización» del mercado. En un sentido nada metafórico esto es algo como vender nuestra prioridad de ciudadanos libres por un plato de lentejas. Y hay que aprender a distinguir claramente la democracia de las mayorías de la teocracia del crecimiento económico.