

# EL *ETHOS* COMO GARANTE DE LA LIBERTAD EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Jary L. Méndez Maddaleno  
jmendez@unis.edu.gt

*Resumen.* En la actualidad, la autorización para el ejercicio del poder depende de la delegación y del consenso. La Constitución también conserva la necesidad de organizar y separar al poder para defender la libertad individual, la igualdad y la democracia. Esta norma suprema lleva implícito el equilibrio entre el poder; la verdad y el orden, pues pretende favorecer una vida política estable. El orden y límite al ejercicio del poder se logra por medio de un equilibrio entre la auctoritas y la potestas; dos caras necesarias para preservar la reciprocidad entre derecho y política, y mantener el orden social.

## Legitimidad democrática y libertad

La Constitución lleva implícito el equilibrio entre el poder, la libertad y el orden. En otras palabras, pretende favorecer una vida política estable, un marco de referencia para el desarrollo de la convivencia pública. Existe casi un acuerdo unánime en pensar que la supremacía de la Constitución no radica únicamente en el hecho de ser la norma normarum del orden jurídico, sino también en ser el fundamento de la configuración de la vida política. Aunque se continúa acentuando el peso de su aspecto legal, no es posible dejar de considerar que la Constitución también es el establecimiento de un régimen de gobierno, a tal punto que con poca frecuencia se llega a considerar los conceptos de democracia



y constitución como si fuesen inseparables, aunque por sus orígenes históricos y principios se trata de dos realidades distintas.

La comprensión de esa especie de simbiosis entre constitución y democracia requiere la reflexión sobre la doble implicación entre auctoritas y potestas presente inevitablemente en el concepto de constitución. Es decir, la necesaria reciprocidad entre derecho y política; entre voluntas y ratio; diálogo que gira en torno a la idea de libertad, presente a lo largo de toda la historia constitucional.

Desde esa perspectiva, la misión de la constitución no es tanto la eficiencia, sino más bien la garantía de las decisiones políticas fundamentales que han permitido el equilibrio de los intereses sociales asumidos en la sede de la legitimación democrática y de la responsabilidad política. Tal como afirma Pizzorusso, el carácter tendencialmente «neutral» de la constitución considerada en su aspecto técnico no impide comprobar que en la práctica este tipo de documento ha sido utilizado para la defensa de valores vinculados a la idea de libertad, igualdad y democracia (Pizzorusso, 1999).

Como es conocido, con la Revolución Francesa concluye la gran etapa constituyente de la historia occidental. Con ella, el constitucionalismo se consolidó al instaurar un nuevo contenido en la relación entre auctoritas y potestas, dejando atrás el antiguo régimen. Se establecieron procedimientos categóricos y se ofrecieron modelos de constitución que influyeron en el desarrollo de las fuerzas políticas del ochocientos y novecientos. Más allá del Rechtsstaat o del Rule of Law, podría decirse que esos modelos constitucionales se desarrollaron en el marco de la teoría democrática. En otras palabras, los prototipos de constitución se desarrollaron principalmente como un sistema democrático constitucional, materializado a través del Estado constitucional: el poder y la libertad quedaron organizados de una nueva forma.

De la Revolución Francesa resultó la conversión de Estado moderno y legalidad en términos esencialmente correspondientes (Schmitt, 2004). La pérdida del fundamento trascendente del poder exigió fundarlo sobre un nuevo fundamento de carácter secular. Como apunta Galvão de Sousa, en la época de la Revolución Francesa, la nación pasa a ser un valor absoluto y asume el carácter de una entidad religiosa (Galvão de Sousa, 2009). De hecho, Sieyès afirmaba que la nación existe primero de todo, y es el origen de todo, reconociendo solo anterior a esa primacía y como superior a ella al derecho natural. Pero cuando se «evapora» el pathos del derecho natural racional, único límite que se reconoce al poder

constituyente del pueblo, la autoridad como principio moral se convierte en un poder absoluto de la «multitud» o de aquellos que la representan. De modo que los revolucionarios franceses dieron a la legalidad el lugar de la legitimidad; se abandonó la contraposición entre auctoritas y potestas, y se instituyó una «nueva legitimidad». De manera que la legalidad producto del racionalismo occidental se considera como la única forma de legitimidad para la democracia.

Aunque los modelos constitucionales remiten a la marcada influencia de la legitimidad democrática heredada sobre todo de la Revolución Francesa, se trata de modelos distintos, por eso, para identificarlos, es necesario acudir a las tres formas de gobierno democrático. De acuerdo con Matteucci, si utilizamos como criterio de clasificación la separación de poderes según la enunciación de los teóricos del Estado mixto, son tres los modelos constitucionales según el tipo de régimen: el régimen presidencial que tiene su referencia en la Constitución norteamericana; el régimen asambleario, que encuentra sus enunciados sobre todo en la Revolución Francesa; y el régimen parlamentario, que se origina en Inglaterra pero se racionaliza en la Europa continental (Matteucci, 1998). A excepción del régimen asambleario, el carácter de la Constitución como norma normarum es una nota común; no así el modo de realizar la defensa de la constitución. Sin embargo, de alguna manera puede decirse que también en esto último se han aproximado.

Ahora bien, la diferencia entre un poder legal y un poder legítimo es precisamente que solo el poder legítimo está verdaderamente capacitado para tomar decisiones en situaciones límite, cuando se produce una ruptura de la unidad y de la cohesión social. La mera legalidad tiene una autonomía limitada respecto de la legitimidad. De hecho, para su propia conservación, la legalidad misma reclama la legitimidad. La legitimidad representa la identidad de un pueblo: es el conjunto de convicciones morales, ideológicas y filosóficas de un orden jurídico. Así, antes de la legitimidad democrática imperaba la legitimidad dinástica. Desde la aparición de las constituciones escritas se trata de buscar esa legitimidad a través de la sanción de esa identidad y convicciones en los preámbulos constitucionales y en ciertas disposiciones jurídico-constitucionales. La referencia a lo extrajurídico es imprescindible. La potestas necesariamente se asienta en una auctoritas que va más allá de un núcleo normativo. No es posible la neutralidad axiológica: la

legalidad depende de la legitimidad y no al contrario. Por eso la democracia no puede escapar de este condicionante, cuando se pierde legitimidad la misma se hace insostenible, pierde vigencia.

Paradójicamente, la misma idea de legitimidad, aunque en ocasiones se apele a ella, resulta extraña dentro del planteamiento democrático. Desde la dimensión de la legitimidad legal toda justificación del Estado reside en la legalidad general del ejercicio de poder estatal. Con frecuencia la legitimidad equivale al cumplimiento de los límites legales. Por tanto, el problema de contraponer legalidad y legitimidad acarrea un formalismo y un funcionalismo irreal: porque cuando el contenido de la ley no guarda ninguna relación con la razón y la justicia, cualquier disposición puede llegar a ser legal, pues su único referente estará en el procedimiento legislativo. Es lo que algunos han llamado el nihilismo positivo ontológico (Castellano, 2003). De esta manera, la ley se reduce a una decisión momentánea de la mayoría parlamentaria vigente (Schmitt, 2006) y nuestra libertad se ve continuamente amenazada. Este sistema de legalidad, propio de las democracias constitucionales, quizá olvide un requisito fundamental que varios autores han recordado: la regla de simple verificación de la mayoría es conveniente únicamente si puede presuponerse la homogeneidad sustancial de todo el pueblo. Efectivamente, como explica Böckenförde (2000): «(...) toda democracia descansa en el requisito de un pueblo indivisible, homogéneo, total y uniforme, entonces en realidad no hay cuestión y en lo fundamental ninguna minoría y mucho menos una mayoría de minorías estables y constantes» (p. 102).

Porque para que la democracia como principio constitucional pueda existir, presupone necesariamente la existencia de un cierto grado de convicciones fundamentales comunes entre los ciudadanos sobre el tipo y la ordenación de su vida en común y la ausencia de grandes contradicciones económico-sociales (Böckendförde, 2000); solo esto hará que la libertad pueda verdaderamente resguardarse.

Así, mientras no exista el presupuesto de una cierta homogeneidad, la potestas de esa sociedad carece de un fundamento legítimo real. La adhesión voluntaria es necesaria, pero tiene que haber un orden y unos límites al ejercicio del poder. La finalidad de la potestad es mantener el orden social, pero como observa d'Ors (1987), mandar es a su vez un modo de obedecer. El que ejerce la potestad recibe de algún modo el mandato de poder mandar. Desde la perspectiva del Estado constitucional este mandato lo

contiene la misma constitución, que es la que establece el régimen de potestad y el ethos de la sociedad. La cuestión es ¿dónde está la auctoritas? En cierta medida se limita a una verificación de mayoría, que en muchas ocasiones ni siquiera tiene un sustento real en la sociedad que representa. En las democracias modernas, donde la constitución determina, por *expresis verbis* o bien por una norma jurídica no escrita, la sumisión a la idea del derecho, puede decirse que las normas legales votadas conforme al procedimiento constitucional forman un derecho materialmente obligatorio; es decir, que transformar una norma en una regla de derecho en una democracia depende de la conformidad material y formal entre esa norma y la constitución; en que cumpla la obligación constitucional de orientarse hacia la escala superpositiva de la idea de justicia (Leibholz, 1964). Sin embargo, los contornos normativos son incapaces de contener una situación materialmente distinta, por eso la constitución no puede abarcarlo todo: puede solamente establecer los puntos de orientación de ese proceso político libre para intentar alcanzar estabilidad y equilibrio. Podríamos decir que la «cualidad» de la constitución está en asegurar la libertad individual (Hesse, 1983).

Por tanto, la neutralidad axiológica que se postula es en el fondo la indiferencia entre justicia e injusticia, porque existen valores ante los que no se puede ser neutral, valores fundamentales previos al ordenamiento jurídico positivo. La mayoría del momento tiene en sus manos el «criterio», la legalidad y la ilegalidad. Y ante la pérdida de una auctoritas universal, la legitimidad se sujeta a una legalidad basada en el consenso en el organismo legislativo. Consenso en el que, como dice Schmitt (2003), es inevitable el tráfico de recompensas y «plusvalores políticos», que va en detrimento del mismo sistema de legalidad. Por eso algunos plantean que el plebiscito es el único tipo de justificación estatal válido, mientras que la legitimidad plebiscitaria tiene sus luces y sombras. La consulta popular implica siempre una dependencia para quienes la hacen y, como la historia ha demostrado muchas veces, esas legitimaciones son precarias y removibles. Precisamente, por eso, no puede considerarse un método infalible. De hecho, como explica d'Ors (1979), ante esta realidad solo pueden considerarse legítimos los poderes liberal-democráticos que respeten una cierta ley, una norma que viene a hacer las funciones de derecho natural que por ahora se ha definido en los derechos humanos. La consecuencia de esta insuficiencia se manifiesta en que cuando acontecen las

crisis, el resultado es un Estado carente de legalidad y de constitución. Ante la mera legalidad se sobrepone la supremacía política.

## Las contradicciones de la democracia constitucional

La contradicción que resulta muchas veces de la legalidad constitucional consiste en que la constitución establece contenidos antagónicos. Así, mientras que por una parte establece valores fundamentales, por otra, dispone que la instantaneidad del funcionalismo de la mayoría democrática. Invariablemente, aparecen principios tendencialmente antagónicos —la igualdad formal y la igualdad sustancial— que vienen a indicar precisamente esto: que la constitución está llamada a desempeñar un papel bien diverso del que ejercía en la época liberal. Ya no sirve para marcar una fractura con el pasado e instaurar un nuevo asiento monodimensional y unitario del poder político y de los intereses que eso comporta. Como explica Bin, con todo ya en su sitio, se trata de guardar el futuro, preanunciando un cuadro pluralista de intereses contradictorios, cuya concurrencia no ha sido resuelta a través de una selección y composición en un cuadro ya definido de prioridades, pero que cuya existencia ha sido reconocida como dato configurador e insuperable (Bin, 2007). La regulación del conflicto entre intereses inconciliables corresponde exactamente al objeto social de la constitución, que no pretende resolverlo de una vez por todas, pero apunta a instituir una regla y procedimiento que permita individuar en un futuro el punto de equilibrio entre aquellos intereses que se presenten como «aceptables» para todos. Además, esta contraposición debe decidirse en algún momento, pues la constitución necesita los efectos de sus axiomas para su defensa y ejecutoriedad.

No existe una línea intermedia entre la neutralidad axiológica de la legalidad constitucional que pretende el estado de derecho y la ponderación de los valores de las garantías constitucionales de contenido: ambas son excluyentes. Por otra parte, un sistema normativo cerrado es algo mítico: tarde o temprano la misma realización del derecho o la realidad política sobrevienen.

Por otra parte, en la democracia constitucional la legitimidad de la potestas, su justificación, tiene como principios reconocidos el principio electivo y el principio democrático. La cuestión es dis-

cernir si, como dice Ferrero, la soberanía presupone superioridad moral (1991). La normatividad queda asumida automáticamente en la facticidad. Si esto fuera así, la cuestión de la legitimidad no ofrecería duda, pues la voluntad popular sería suficiente entonces para legitimar el poder. Sin embargo, lo que realmente coadyuva a la consecución del bien común de la sociedad es precisamente aquello que crea seguridad jurídica y tiende a la justicia. ¿Coincide esto siempre con la voluntad de la mayoría? Probablemente no, por eso no podemos considerar como valor supremo a ese principio de soberanía. El antagonismo entre *salus populi suprema lex esto* y *Iustitia fundamentum regnorum*, (Radbruch, 1980) nos recuerda que el fin supremo del derecho, y por tanto de la auctoritas, es la justicia, y no lo que se considere útil para la mayoría. Por esto, contrario a lo que opina Ferrero, una decisión tomada por la mayoría no necesariamente tiene que ser la más justa. Será más justa la decisión que haga más humano a ese orden común y que a su vez responda a su tradición constitucional.

La legitimidad democrática se manifiesta a través del principio de soberanía popular: el poder solo es legítimo si representa la voluntad del pueblo. Pero para que esto sea realmente operativo tiene que existir un grado suficiente de cohesión e integración social. De hecho, los principios de legitimidad se sobrevienen unos a otros desde hace siglos. Esta sucesión no se origina porque uno sea mejor que otro, sino más bien porque unos se adaptan mejor que otros a la orientación espiritual dominante de la época (Ferrero, 1991).

En el caso de la legitimidad democrática, también el derecho de oposición tiene un papel fundamental, porque en principio esa «voluntad general» está formada por la voluntad de la mayoría, pero necesariamente debe incluir la voluntad de la minoría —derecho de mando y derecho de oposición—. El problema sobre la verdad de la política está relacionado con el problema de la comprensión de la experiencia política. La cuestión no es ni eliminable ni eludible: quien la evita reduce la política a una dramática ficción y no alcanza a justificar el ejercicio del poder del hombre sobre el hombre. El recurso al consenso moderno tampoco soluciona el problema. El consenso mismo, constituye —como se ha visto— solamente una parte del problema político (Castellano, 2002).

De manera que, para quien ejerce el poder, la legitimidad fundamenta el derecho al poder al mismo tiempo que la legalidad determina su deber. No así para los gobernados, para quienes la

legitimidad significa el deber de su obediencia y la legalidad es la garantía de su libertad. Sin embargo, la legalidad no es criterio suficiente para distinguir el buen gobierno del mal gobierno. Pero aún así, la idea de que el «gobierno de las leyes» es mejor que el «gobierno de los hombres» ha encontrado gran eco en la teoría y en la práctica del constitucionalismo, fundamentalmente a través de la instauración del Rechtsstaat. Este convencimiento ha sido de tal magnitud que, además de ser la legalidad el criterio para distinguir el buen gobierno del mal gobierno, se ha convertido también en el criterio para distinguir el gobierno legítimo del ilegítimo. De ahí que las causas principales de la erosión de la legitimidad sean el progresivo debilitamiento y la decadencia de la forma de poder gobernante.

En otras palabras, un poder legítimo es aquel cuyas decisiones puedan calificarse como decisiones de la polis. Existe una insuficiencia práctica de la ley y, de igual forma, una imperativa necesidad de la decisión. Por eso con la ley no desaparece el poder. La dimensión política es más amplia. La legitimidad del poder se funda en la apelación a valores comunes, en el modo en el que un pueblo se concibe a sí mismo. Esto significa que la legitimidad del poder no es una cuestión de limitación, sino de la expresividad de la sociedad.

En definitiva, ante la necesidad de tomar una decisión vinculante en la realidad política donde, contrario a lo que cree Habermas (1999), no es posible alcanzar un consenso perfecto, el poder y su legitimación son necesarios. Es ineludible establecer de modo reconocido una forma de alcanzar la decisión, dado que el acuerdo unánime jamás se podrá conseguir. La constitución se ha situado como artífice de legitimidad. Así, la estabilidad y el equilibrio de la comunidad política están confiados a la constitución. La situación ideal es que el poder se someta a la autoridad, lo cual hace posible un buen gobierno porque se respeta la libertad. Si, como parece, en el estado de derecho la legalidad constitucional asume la tarea de legitimar el poder, ¿puede realmente como auctoritas cumplir su principal tarea, la de limitar a la potestad? La respuesta aflora con claridad en las palabras de Bodin (1985) cuando se refiere al poder soberano: «la ley no es otra cosa que el mandato del soberano que hace uso de su poder» (p. 157).

Ahora bien, en esa gestación de la democracia constitucional, resulta de interés reflexionar en la evolución que ha tomado el constitucionalismo a partir de la segunda posguerra. Como es sabido,

dicho constitucionalismo introdujo innovaciones que dejaron atrás el constitucionalismo liberal que imperó hasta la Segunda Guerra Mundial. Una de las más relevantes fue el amplio reconocimiento de las libertades y un sistema parlamentario con fundamentos clásicos entremezclados con el reconocimiento de fuerzas políticas y sociales. Uno de los aspectos que pretendidamente quiero resaltar es el fortalecimiento de la dignidad democrática de la ley que se produce y el monopolio de la jurisdicción constitucional del Tribunal Constitucional. Su huella es fruto de los textos aprobados en Francia (1946), Alemania (1949) e Italia (1947). La discusión, abierta hasta el día de hoy, se refiere sobre todo a los límites y condiciones del papel político desarrollado por el Tribunal Constitucional. Es innegable que las sentencias constitucionales han tenido influencia sobre la vida política, pero igualmente es verdad que en muchas ocasiones los tribunales constitucionales no pueden escoger el tiempo, el modo, el objeto de su acción. Se le ha atribuido incluso que pueda defender el valor de la democracia en nombre del pueblo (Rodotà, 1999).

En cierta medida, desde la segunda mitad del siglo XX se asentó un modelo de constitución que pretendía garantizar la democracia constitucional. En nuestro mundo contemporáneo incluso se piensa que la sola presencia de la constitución marca un rumbo en el proceso político, una posibilidad de control de poder ya sea por parte de la oposición política o de la sociedad civil, lo que es «impensable» en un ordenamiento jurídico que carezca de una constitución formal (Pace, 2002). Su finalidad, sin embargo, continúa siendo la de lograr la estabilidad y el equilibrio. El resultado más notable ha consistido en la renovada búsqueda, sobre diversos presupuestos, de los límites que son propios del poder soberano, también cuando se trata de un poder democrático (Pizzorusso, 1999). Pretende alcanzar el justo medio entre el principio democrático y la delimitación de su ejercicio por la fuerza normativa de la constitución, particularmente a través del control de la constitucionalidad. La pregunta es, ¿lo logra? A esto se puede responder que no siempre es así. Es inherente a las democracias constitucionales la intolerancia política frente a los vínculos y los límites que impone el orden constitucional, y también existe una difusa tendencia a extender de manera considerable el papel de los jueces, de modo particular, el control de constitucionalidad (Fioravanti, 2007). No es de extrañar por ello que algunos autores incluso lleguen a considerar que el papel protagónico desempe-

ñado por los tribunales constitucionales no se limita a un papel de «suplencia» respecto del legislador, sino también cumpliendo un papel de «educación» de los juristas, principalmente de los jueces y de los abogados, hacia el respeto de los valores en que la constitución se inspira (Pizzorusso, 1999).

Quizá por todo esto se deba a que el estado de derecho, elemento jurídico de la constitución, se inclina decisivamente hacia la libertad, pero no tiende incondicionalmente hacia la democracia. Existe tensión, un esfuerzo continuo por conciliar estos dos elementos que no siempre coinciden. Ambos deben conducir el buen ejercicio de la potestas, pero cada uno de ellos tiene su propia racionalidad. Por tanto, aunque el estado de derecho ha pretendido absorber lo político esto no es del todo posible: esa tensión tiene momentos puntuales de mayor conflicto.

## **El desafío de vivir en libertad bajo la variabilidad propia de la democracia constitucional**

Las condiciones que hicieron surgir las constituciones modernas han cambiado. Por esto es válido preguntarse también si este tipo de constitución puede conservarse bajo presupuestos distintos de los que se originó. En parte, su universalización confirma que existe tal posibilidad, aunque sabemos que esto no confirma su eficacia. Hoy día la autorización para el ejercicio del poder depende de la delegación y del consenso, pero la constitución también continúa conservando como su más firme punto de apoyo la necesidad de organizar y separar al poder.

La tradición del estado de derecho contrapone la orden personal a la vigencia objetiva de una norma abstracta. Se trata de un Estado dominado por normas impersonales y predeterminadas, de contenido mensurable y determinable, en el que la ley está separada de su aplicación al caso concreto y en el que quien legisla está separado de quien aplica la ley.

En esta lógica, desde sus mismos orígenes el estado de derecho no ha pretendido una vigencia de valores ni tampoco una fuerza legitimadora propia. Ha desarrollado su justificación en el sistema de legalidad que lo sostiene y que llega a fundir con la legitimidad: el derecho se ha transformado en expresión de la voluntad del soberano, ha pasado de ser dictamen de quien sabe a mandato de quien puede (Ollero, 2007).

En los albores del diseño del Rechtsstaat, en medio de un universo positivista, son las doctrinas del iusnaturalismo racionalista las que justifican el sometimiento al derecho del funcionamiento del Estado, pues esto necesariamente lleva consigo la aceptación de un derecho previo a él, de un pacta sunt servada. Nos detendremos brevemente en este punto, dado que fue también este mismo iusnaturalismo el que condujo hacia una democracia meramente procedimental, convirtiendo el relativismo en dogma (Ollero, 2007). Esta derivación era, en cierto modo, predecible pues no partía de una base incommovible. Como es sabido, la tradición filosófica occidental ha elaborado algunas variantes del iusnaturalismo que podríamos agrupar en tres de carácter fundamental: biológico-naturalista, teológica y racionalista (Busso, 2008). El iusnaturalismo racional o moderno se considera inaugurado por el pensamiento de Grocio. De acuerdo con esta variante el fundamento del derecho natural no puede ser considerado ni por la naturaleza en el sentido físico del término, ni por la voluntad divina, sino por el rasgo esencial propio que distingue al ser humano: la razón. Aquí la razón se entiende no como facultad para conocer los principios, sino como facultad de calcular y establecer relaciones. Este cambio de dirección filosófica del teísmo al racionalismo fue consecuencia de las guerras de religión en Europa. La polarización a causa de las diferencias religiosas solo podría disiparse por medio de lo que es común a todos: la razón.

Sin embargo, circunscribir al derecho natural al intelecto no refleja su verdadera realidad. Esto redundará en la inestabilidad de los presupuestos del derecho natural racionalista. Estos se quedan atrapados en una centralidad intrínseca que se manifiesta en la subjetividad del relativismo, que llega a imbuir a la voluntad de tal modo que arbitrium, voluntas y ratio se equiparan. El derecho queda así reducido a la reflexión que la libertad hace sobre sí misma a fin de darse unas leyes que garanticen «las esferas de libertad» mayores posibles para cada individuo. La concepción clásica fue desplazada poco a poco por la tesis rousseauniana: se afirma la absoluta soberanía del individuo. Ella se convierte en regla de las acciones individuales que regula para sí y para los otros de acuerdo con la voluntad colectiva hacia cuya formación concurre y que viene finalmente impuesta como voluntad del Estado (Castellano, 2003). En el derecho natural racional se entiende el mandato de abandonar la vida del status naturae y de establecer la sociedad civil a través de pactos, que tienen carácter vinculante

y como tales generan un deber. Así, las nociones de injusticia y tiranía se sujetaban al incumplimiento de lo pactado. Este pensamiento finalmente llega a desembocar en que el abandono de la idea de que el derecho y la justicia consisten en una actividad prudencial: las leyes son según demanda la razón un acuerdo de voluntades, acuerdo que, tras la difusión de la cultura francesa en Europa continental en el siglo XVIII, será conocido con el nombre de *volonté générale*.

De ahí que, antes de la irrupción del pensamiento moderno en la concepción de lo jurídico, el pensamiento jurídico tuviera como eje fundamental el binomio potestas-auctoritas. Con la modernidad, la nueva potestas hará superflua la auctoritas, o bien habrá que descubrir procedimientos racionales que limiten adecuadamente la potestas: el estado de derecho supuso la respuesta a esta nueva problemática.

Dentro de la compleja relación que se establece entre legalidad y legitimidad en el marco de la teoría democrática, los sistemas políticos reconocen la legitimidad de la pluralidad de opiniones, valoran a cada una de ellas de igual manera. En esta relatividad establecida en el estado de derecho, la «actualización» de ese principio de igualdad conducirá a obtener el poder a la convicción que obtenga para sí la mayoría. De manera que esta convicción mayoritaria determinará el desarrollo sociopolítico y someterá a gobernados y gobernantes a través del imperio de la ley.

La concepción del mundo crítico-relativista es el fundamento de la idea democrática (Kelsen, 2006) y, aunque también la relatividad se encuentra presente en el *Rechtsstaat*, la base de sus orígenes se encuentra en el derecho natural racionalista. Así, aunque la democracia y el estado de derecho, de inspiración liberal, se vinculan por su común concepción individualista y por oponerse análogamente de forma fundamental al estado-policía, pueden delimitarse perfectamente por sus principios filosóficos. Es decir, no existe una identificación y correspondencia plena entre el estado de derecho y la democracia; coexisten en tensión. De hecho, entre otras diferencias, en la democracia el hombre únicamente tiene un valor finito mientras que en el liberalismo es infinito; en la democracia prima el interés igualmente fuerte de una mayoría, en el liberalismo se reconoce una esfera de libertad del hombre ante la que debe detenerse aún el más fuerte interés de una mayoría (Radbruch, 1930).

Sin embargo, como reconoce Radbruch (2002), en la teoría democrática que se fue consolidando en paralelo con el estado de derecho, detrás de las ideas del relativismo, de la neutralidad, de la tolerancia yace la libertad como afirmación del estado de derecho, libertad como fundamento de la personalidad: no son términos equivalentes ni tampoco indisolubles. A pesar de que comparten cierto sustrato común, muchas veces se encontrarán reñidos los intereses de la mayoría democrática con los valores que protege el estado de derecho, incluso la misma idea de libertad.

Si partimos de la consideración de Loewenstein (1965) y, en general, de los teóricos del estado de derecho tradicional, de que el telos de la constitución es la configuración de instituciones para limitar y controlar el poder político, entonces el concepto de constitución se orienta fundamentalmente hacia una doble significación. Por un lado, liberar a los gobernados del control social absoluto de quienes ejercen el poder político y, por otro, darles una participación legítima en el proceso del poder. Para lograr este telos es necesaria la juridificación de lo político; la «predictibilidad» y «certeza» no serían posibles de otra forma. De hecho, con el estado de derecho se ha juridificado paulatinamente la vida social con el claro propósito de someter la política al derecho, primero a la ley y luego a la jurisdicción constitucional. Sin embargo, este esfuerzo se ha convertido, como muestra la misma historia, en el establecimiento de un orden político a través de la constitución. Pero reducir el fin de la constitución a los postulados del estado de derecho significa desconocer que toda constitución, además de ser un orden normativo, consiste en una decisión política fundamental, en un régimen de gobierno y en un ethos.

El concepto de estado de derecho es un concepto dinámico, dotado en sus orígenes, de un contenido ontológico y axiológico típicamente liberal. Posteriormente fue desustancializado por el positivismo jurídico, particularmente por Kelsen, que al sustituir el *pacta sunt servanda* del *Rechtsstaat* heredado del iusnaturalismo racional por una norma básica, originalmente entendida como una hipótesis trascendental y después como acto de voluntad ficticio, convirtió el concepto de estado de derecho en una fórmula vacía aplicable a cualquier clase de estado (Ollero, 2007). Con Kelsen (1979), el estado de derecho deja de ser una forma de estado, para venir a identificarse sin más con el derecho. En consecuencia, desde la perspectiva kelseniana todo Estado debe ser estado de derecho.

Esta conclusión kelseniana deriva de la consideración de que todo Estado tiene que constituir un orden coactivo de la conducta humana. Este orden coactivo, sea de origen autocrático o democrático, tiene que ser un orden jurídico que se va concretando gradualmente desde la norma fundamental hipotética hasta los actos jurídicos individuales, a través de las normas generales. Al establecer esa identidad en la que Estado y derecho se pueden distinguir, pero no separar: el Estado actúa siempre dentro del derecho, de modo que, al perder su especificidad, puede aplicarse a cualquier tipo de organización estatal. En apariencia esto representa una significación puramente analítica y definitoria, pero en realidad posee también un contenido filosófico-jurídico y político, dado que especifica una forma de comprender la relación del Estado y el derecho, propone un modo de realizar esa relación en el ordenamiento jurídico.

Pero la relación entre Estado y derecho no puede cifrarse únicamente en el sistema de legalidad porque, como reconoce Heller (2004), la constitución de un Estado se refiere a la forma o estructura de una situación política real; es al adquirir la realidad social, ordenación y forma de una especial manera cuando el Estado surge en su existencia y modo concretos.

#### Conclusión

Por ello, si bien es cierto que el estado de derecho presupone la completa legalidad, la mera legalidad no es suficiente. El *ius imperium*, como bien dice Hayek (1991), no consiste en una norma legal: es una norma referente a lo que la ley debe ser, una doctrina metalegal o un ideal político. El imperio de la ley será real únicamente si el legislador se siente vinculado por este principio. En una democracia esto significa que el estado de derecho no se impondrá a menos que la moral tradicional de la comunidad esté constituida por un ideal común e indiscutiblemente aceptado por la mayoría.

Este es, sin duda, el *quid* de la cuestión: la racionalidad jurídica no puede ser sustituida por la racionalidad política. En el estado de derecho subsiste lo político a pesar de toda juridicidad y normatividad. El derecho positivo como derecho legal es mudable y es a la política a la que corresponde adecuarlo a las necesidades cambiantes. Por eso la constitución no solo no puede hacer innecesarias las decisiones políticas, sino que debe posibilitarlas.

Ya desde su mismo concepto el estado de derecho presupone lo político. Pese a toda juridicidad y normatividad, el *Rechtsstaat*

continúa siendo un estado y comprende siempre un elemento específicamente político (Schmitt, 2003). Por ello el ideal de una constitución que consista puramente en un sistema de normas jurídicas para la protección del individuo frente al Estado, no es más que eso, un ideal. Porque en palabras de Schmitt (2003): «Lo político no puede separarse del Estado» (p. 137).

Dentro del estado de derecho, pueden distinguirse dos principios *liberté du citoyen* y *gloire de l'état*: principio de distribución y principio de organización. Un principio de distribución, referido a la esfera de libertad individual ilimitada en principio, en contraposición con la facultad limitada del Estado para invadirla, que se expresa en los llamados derechos fundamentales; y un principio de organización, cuya función no es más que la aplicación de ese principio de distribución y que se manifiesta en la división de poderes: protección de los ciudadanos contra el abuso del poder público (Schmitt, 2003). Esta distinción es la que orienta todas las acciones y motivaciones políticas en el estado de derecho. La clave explicativa del origen de este concepto es la libertad «burguesa» que, como declara Locke (1991), consiste

En que cada uno pueda disponer y ordenar, según le plazca, su persona, acciones, posesiones y su propiedad toda, dentro de lo que permiten las leyes bajo las que vivimos; y que, por tanto, nadie pueda verse sometido a la arbitraria voluntad de otro, sino que siga libre y únicamente la suya propia. (p. 244)

El concepto de estado de derecho ha continuado su desarrollo, aunque por sus orígenes su pertenencia al sistema constitucional liberal permanece inamovible, aunque ha ido incorporando nuevos elementos ideológicos, sobre todo por su simbiosis con la democracia. En cada una de las etapas de esa dinámica evolutiva se manifiesta una concepción política constitucional diversa. Pero insisto en que esto no significa que su contenido cambie por entero. Precisamente, una característica propia de este concepto es la de poder establecer diferencias entre tipos de estado de derecho distintos entre sí en razón de rasgos accidentales y estructurales. Ante esta realidad la comprensión sistemática del concepto reclama el conocimiento de su evolución histórica (Böckenförde, 2000).

Y más aún, resulta importante pensar si realmente es posible admitir indiscriminadamente como *Rechtsstaat* todo aquel concepto que se postule como tal. De la misma manera podría afirmarse

que no es posible llamar democracia a cualquier forma de gobierno que reclame para sí este nombre, no es suficiente contar con algunos de los rasgos accidentales que configuran su concepto. La plenitud tanto del concepto de derecho como del de democracia se sostienen en su capacidad para defender la pluralidad y respeto en una sociedad de personas libres. De esta manera, su diálogo y retorno al Ethos es lo que siempre será capaz de resguardar la legitimidad de la democracia constitucional.

## Referencias

- Bin, R. (1/2007, Anno XXVII, marzo). "Che Cos'è la Costituzione?". *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di Diritto Costituzionale*.
- Böckenförde, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trotta.
- Bodin, J. (1985). *Los seis libros de la República*. Tecnos.
- Busso, D. A. (2008). *El Derecho natural y la prudencia jurídica*. Pontificia Universidad Católica Argentina.
- Castellano, D. (2002). *La verità della politica*. Edizioni scientifiche italiane, de La Crisalide.
- Castellano, D. (2003). *Razionalismo e diritti umani, Dell'antifilosofia politico-giuridica della "modernità"*. Giappichelli Editore.
- De Sousa Galvão, J. P. (2009). *La rappresentanza politica*. De re publica 6, Edizioni scientifiche italiane.
- d'Ors, Á. (1987). *La violencia y el orden*. Dyrsa.
- d'Ors, Á. (1979). *Ensayos de teoría política*. EUNSA.
- Ferrero, G. (1991). *El poder. Los genios invisibles de la ciudad*. Colección de Ciencias Sociales. Serie de Ciencia Política. Tecnos.
- Fioravanti, M. (2007). *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Trotta.
- Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro*. Estudios de teoría política. Paidós ibérica.
- Hayek, F. A. (1991). *Los fundamentos de la libertad*. Unión editorial.
- Heller, H. (2004). *Teoría del Estado*. Comares.

- Hesse, K. (1983). *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*. Centro de estudios constitucionales.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría General del Estado*. Nacional.
- Kelsen, H. (2006). *De la esencia y valor de la democracia*. KRK ediciones.
- Leibholz, G. (1964). *Conceptos fundamentales de la política y de teoría de la Constitución*. Civitas.
- Locke, J. (1991). *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Espasa Calpe.
- Loewenstein, K. (1965). *Teoría de la Constitución*. Ariel.
- Matteucci, N. (1998). *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Trotta.
- Ollero, A. (2007). *El derecho en teoría*. Thomson-Aranzadi.
- Pace, A. (2002). *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*. CEDAM.
- Pizzorusso, A. (1999). *La Costituzione ferita*. Editori Laterza, Prima edizione.
- Radbruch, G. (1980). *El hombre en el derecho*. Depalma.
- Radbruch, G. (2002). *Introducción a la filosofía del derecho*. Fondo de cultura económica.
- Radbruch, G. (1930). *Introducción a la ciencia del derecho*. Revista de derecho privado.
- Rodotà, C. (1999). *Storia della Corte Costituzionale*. Editori Laterza.
- Schmitt, C. (2003). *Teoría de la Constitución*. Alianza.
- Schmitt, C. (2006). *Legalidad y legitimidad*. Comares.
- Schmitt, C. (2004). *El Leviathan, en la teoría del Estado de Tomas Hobbes*. Comares.