

Maurizio Fioravanti

**Constitucionalismo
Experiencias históricas
y tendencias actuales**

editorial trota

La traducción de esta obra ha sido financiada por el SEPS
Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche



Via Val d'Aposa 7 - 40123 Bologna - Italia
seps@seps.it - www.seps.it

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie Derecho

Título original: *Costituzionalismo.*
Percorsi della storia e tendenze attuali

© Editorial Trotta, S.A., 2014
Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
<http://www.trotta.es>

© Gius. Laterza & Figli, All rights reserved, 2009
Publicado por acuerdo con
Marco Vigevani, Agenzia Letteraria

© Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira,
para la traducción, 2014

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN: 978-84-9879-510-3
Depósito Legal: M-14869-2014

Impresión
Cofás, S.A.

Prólogo	9
---------------	---

Primera Parte PARA UNA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO

1. EL CONSTITUCIONALISMO: UN ESBOZO HISTÓRICO	17
1. Introducción	17
2. El constitucionalismo primigenio	20
3. El constitucionalismo de las revoluciones	30
4. El constitucionalismo de la época liberal	42
5. Conclusiones. Un vistazo al siglo XX	54
2. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL AMERICANA COMO «MODELO CONSTITUCIONAL»	59
1. Introducción	59
2. La constitución como ley suprema del país	60
3. La ciudadanía como el resultado de compartir derechos	64
4. La constitución como ordenación de poderes	68
5. Conclusiones	71
3. LA HERENCIA DE LAS REVOLUCIONES: EL «MODELO CONSTITUCIONAL» RADICAL	74
1. Introducción	74
2. Constitución y sociedad	75
3. Constitución y tiempo	80
4. Constitución y poderes	85

Segunda Parte
PROBLEMAS DEL CONSTITUCIONALISMO

1. CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO	91
1. Introducción	91
2. El constitucionalismo y el positivismo jurídico como logros históricos	92
3. Las Constituciones democráticas del siglo XX	99
2. LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL	105
1. Introducción	105
2. Igualdad contra constitución: la tradición de la constitución mixta	107
3. La igualdad en la ley: la revolución y el Estado de derecho	114
4. La igualdad en la constitución: las Constituciones democráticas del siglo XX	120
3. LA FORMA POLÍTICA EUROPEA	129
1. Introducción	129
2. La génesis federativa de la constitución	130
3. La soberanía en la forma política europea	137
4. EL CONSTITUCIONALISMO EN LA DIMENSIÓN SUPRANACIONAL	142
1. La doble vocación histórica del constitucionalismo	142
2. Las Constituciones democráticas del siglo XX y Europa	146
3. El reciente Tratado de Lisboa. Una valoración histórico-constitucional	150
<i>Procedencia de los textos</i>	157

El libro comienza con una definición del constitucionalismo: «El constitucionalismo es, desde sus orígenes, una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas». Este es, para nuestra investigación, un punto de partida aceptable que tiene la virtud de referirse a un espacio histórico amplio, coincidente de modo sustancial con toda la Edad Moderna y la Contemporánea. Así, las «esferas de autonomía» pueden ser las de los estamentos y las ciudades frente al señor territorial a comienzos de la Edad Moderna, así como los derechos fundamentales de las constituciones de nuestro tiempo. Las diferencias son, obviamente, considerables y también decisivas, pero es común el intento originario de consolidar o mantener una identidad propia diferente. Así definido, el constitucionalismo podría representar, a lo largo de la Edad Moderna y de la Contemporánea, la vertiente de la pluralidad, del límite y de la garantía; en una palabra, lo que en cada fase histórica impide al conjunto de lo político absorber las partes que lo componen.

Sin embargo, la historia sirve para complicar un tanto este panorama general de referencia. En efecto, desde sus orígenes hacia el siglo XIV, el constitucionalismo trata de conseguir esta misma finalidad general, no solo en sentido pasivo o resistiendo a las pretensiones desmedidas de centralización, sino también en sentido activo, participando en la construcción de unidades territoriales cada vez mayores. Por eso, en el último capítulo del libro se precisa que en realidad son dos los movimientos que caracterizan el constitucionalismo: la *resistencia*, pero también la *participación*. Es, pues, una corriente que actúa en sentido *negativo* para rei-

vindicar un espacio libre, pero es también necesariamente una corriente en sentido *positivo* con la que se pretende contribuir a la formación de una voluntad política cada vez más sólida y estructurada a la que, no por casualidad, se le pide una doble prestación: la garantía de un límite seguro a la expansión de su actividad, tutelada por las diferentes subjetividades que componen la totalidad, pero también una mayor resolución en la representación de la entidad política común cuando persigue el interés común. El constitucionalismo defiende espacios de autonomía, pero también construye unidades políticas. Sitúa los primeros dentro de las segundas y al mismo tiempo impide a las segundas absorber los primeros. Una tarea da lugar a la otra, de modo circular y fundamentalmente indisoluble.

Así pues, el constitucionalismo casi nunca tiene una lógica solo defensiva y desde el principio pretende contribuir también a construir un poder común, frente al cual reivindica, no obstante, límites y garantías. Por eso, en el primer capítulo del libro se hace referencia a los orígenes del constitucionalismo, una realidad en la que una extraordinaria multiplicidad de sujetos y de fuerzas realmente presentes en los numerosos territorios que componen Europa buscan puntos de equilibrio que garanticen la permanencia de la identidad de cada una de esas fuerzas, pero que sirvan también para promover uniones más amplias y cohesionadas. Esto, que es válido para los laboriosos comienzos del Estado moderno en Europa, es válido también, a continuación, para las sucesivas etapas de su historia y de las del propio constitucionalismo. Así ocurrirá con los derechos naturales individuales, que comportarán la idea *negativa* del límite y de la garantía, pero también la *positiva* de la soberanía y del poder de construir con el contrato social, para los fines comunes y para la propia garantía de los derechos; con la *voluntad general* de la revolución, garantía —para los revolucionarios— de una ley imparcial que no castiga y no privilegia de modo irracional y desigual, pero en definitiva también expresión de un poder soberano, porque es capaz de imponerse a cualquier voluntad particular; con el Estado de derecho del período liberal, tendente siempre a ser al mismo tiempo limitado y soberano; y, finalmente, con los Estados constitucionales democráticos actuales, en los cuales la firme afirmación de los derechos fundamentales de la persona va siempre acompañada del igualmente firme restablecimiento del proyecto colectivo, de los deberes de solidaridad y de la representación en la República de una existencia política común estimulada por la finalidad de fondo. Sería difícil encontrar en la historia del constitucionalismo una línea conductora tan sólida y persistente.

De este modo, en la parte del libro dedicada a los *modelos constitucionales* el tema dominante sigue siendo el del entrelazamiento entre las

dos vertientes del constitucionalismo. Así pues, en el caso de la Constitución federal americana, que en el terreno de los modelos es, sin duda, la Constitución más representativa en la vertiente *negativa*, la del constitucionalismo de los límites y de los equilibrios, lo que interesa, y no por casualidad, es la otra vertiente, es decir, su capacidad de producir con su especificidad un auténtico vínculo político, una ciudadanía, en definitiva, un principio de unidad política. Y al contrario, en el caso de las Constituciones radicales, en particular la jacobina de 1793, considerada la Constitución *política* por excelencia, lo que aparece paralelamente es la fuerza de la otra vertiente del constitucionalismo, que se origina también en este caso al prever una forma de limitación de la voluntad soberana del pueblo, que a la hora de la verdad manifiesta su necesidad de formas constitucionales.

El propio entrelazamiento ha llegado a ser particularmente intenso y fértil en el siglo XX, y de modo más específico a partir de las Constituciones democráticas del siglo XX, que vuelven a aparecer varias veces en la segunda parte del libro. Se confirma de este modo, en esas Constituciones, la inviolabilidad de los derechos fundamentales, pero en una forma política obligada al mismo tiempo por la necesidad de cumplir deberes precisos de solidaridad política, económica y social, de tal modo que se imposibilite que las interpretaciones de esos derechos sean todas en *negativo*, de naturaleza hiperindividualista; y por el contrario, se vuelve a atribuir la soberanía al pueblo, pero sin dejar de precisar que su ejercicio debe realizarse con las formas y los límites que impone la Constitución, de tal modo que se imposibilite el resurgir de versiones radicales, de naturaleza hiperpolítica. Lo que impide las soluciones extremas es la fuerza histórica del constitucionalismo, así como su *necesariamente doble vocación*. La vertiente del límite y de la garantía impide a la República renovar las concepciones monistas y voluntaristas de la soberanía. Pero al mismo tiempo, la vertiente política, que se manifiesta en la necesaria búsqueda del principio de unidad política, impide que esa misma República quede reducida al extremo de mero instrumento de garantía de los derechos.

¿Y qué es el complejo panorama constitucional europeo, al que se le dedican en este libro los últimos capítulos, sino un terreno en el que se hace patente con especial claridad esta inclinación histórica del constitucionalismo, y en especial del actual, a entrelazar, mediar y equilibrar? En efecto, lo que está madurando hoy en Europa es el replanteamiento del principio de soberanía, cuyos titulares actuales son los Estados nacionales, en el seno de una forma política más amplia: como decimos en varios lugares del libro, la imagen dominante es la de Europa como un todo de partes distintas; algo que se sitúa en una especie de punto medio a par-

tir del cual no se procede a la demolición de los Estados nacionales pero que prevé, al mismo tiempo, un proceso de construcción progresiva de la forma política común; algo parecido al clásico doble movimiento del constitucionalismo, el de resistencia y el de participación, del que hemos partido; algo que remite hoy, más que nunca, a los ciclos históricos largos del constitucionalismo; algo finalmente que, por todos estos motivos, está muy lejos de la idea simple, de cuño hobbesiano, de la soberanía que se afirma o se niega sin soluciones intermedias.

Y se ha procedido a pensar en los ciclos históricos largos afrontando incluso problemas capitales como el de la igualdad. En efecto, en el capítulo dedicado a este tema aflora lo inadecuado de una óptica continuista completamente encerrada en el horizonte que dibujan los siglos más recientes, que encierra la evolución de un acontecimiento determinado en el sentido de un mero perfeccionamiento, desde la *voluntad general* de la revolución hasta las Constituciones actuales. En realidad, las Constituciones democráticas del siglo XX, tanto en este punto como en otros, representan también un elemento de clara discontinuidad que nos impide hoy tratar el principio de igualdad dentro exclusivamente de los episodios que comienzan con la revolución. Y no es difícil reconocer en toda Europa en el control de la ley, que se ha desarrollado cada vez con mayor amplitud por parte de los Tribunales Constitucionales, otra raíz por lo menos igualmente relevante, que es la correspondiente al *ius dicere*, de orígenes mucho más remotos. Obviamente, la presencia de esta raíz no anula la gran influencia ejercida por el modelo revolucionario de la ley como fuente necesaria de justicia y de igualdad, pero la modera, se introduce en ese modelo y en cierto modo lo contradice o, al menos, lo suaviza. En una palabra, surge de nuevo la tendencia a mediar y a combinar; y al mismo tiempo, la necesidad de comprender los *problemas del constitucionalismo*, los de hoy, a los que está dedicada la segunda parte del libro, a partir de una visión histórica global de ciclo largo.

Lo mismo debe decirse para la tan debatida cuestión del constitucionalismo ante la imponente y persistente tradición del positivismo jurídico. En el capítulo que a ello se dedica no se oculta nuestra preferencia por un planteamiento del constitucionalismo que sepa valorar todas las potencialidades de la constitución como norma suprema, silenciadas con frecuencia de modo forzado en la época del derecho público estatal y del triunfo del positivismo jurídico, es decir, en el tiempo comprendido entre la revolución y las Constituciones del siglo XX. En nuestra opinión, es importante insistir en primer lugar en la historicidad de las soluciones que surgieron en aquella época, en aquel tiempo. No son soluciones, ni siquiera las del positivismo jurídico, que puedan aspirar a asumir para no-

sotros un carácter universal. Y nuestro tiempo, que comenzó hacia mediados del siglo XX, tiene problemas nuevos que no pueden encararse exclusivamente con los instrumentos del derecho público estatal, como si fuésemos herederos de modo pacífico de una tradición ininterrumpida.

Pero también en este caso hay una segunda vertiente que explorar. Sería un gran error reaccionar frente a la histórica dominación del positivismo jurídico en el nombre de una imprecisa filosofía de los derechos del hombre, olvidando totalmente el peso y la relevancia del principio de unidad política. En realidad, es más que lícito examinar nuevas formas políticas, distintas de la clásica estatal, por ejemplo en el plano supranacional. Pero han de ser fórmulas capaces de expresar el principio de unidad, sin el cual no existe fundamento alguno para las obligaciones políticas ni, por lo tanto, constitución alguna. También en este terreno vuelve la idea de la mediación, que obliga a no olvidar totalmente, en esta renovada etapa del constitucionalismo, la tradicional fundamentación de las constituciones sobre el principio de unidad política. Por lo demás, el constitucionalismo, y en particular el del siglo XX, siempre ha luchado por desarrollar la plena positividad de la constitución como norma jurídica, capaz en cuanto tal de representar y de generar una auténtica obligación política. En suma, el constitucionalismo, en el momento en el que supera y trasciende los límites señalados por el positivismo jurídico, no puede correr el riesgo de mantenerse en el vacío. En definitiva, si hay una constante en la historia del constitucionalismo, es precisamente esa doble vocación de la que hemos partido: la de resistir, para consolidar o mantener esferas de autonomía, derechos e identidades distintas, pero también la de participar, para contribuir a determinar los rasgos de una pertenencia común, de una común existencia política.

M. F.

En estos últimos años, las cuestiones sobre historia del constitucionalismo se han entrelazado cada vez más con los problemas actuales, con las dificultades y las perspectivas del constitucionalismo de hoy. Los capítulos que integran este libro son testimonio de ello. En efecto, cada uno de ellos ha nacido de una circunstancia particular en la que el historiador del constitucionalismo venía obligado a situarse, desde diversos ángulos, en este entrecruzamiento entre historia y teoría, entre pasado y presente, requerido, según las circunstancias, por los filósofos del derecho o de la política, por los constitucionalistas y por los historiadores del derecho, de las doctrinas o de las instituciones políticas. Se ha podido comprobar de este modo cómo ha ido transformándose un debate

que tiene en realidad para todos, con independencia de las disciplinas, un único centro: la propia *constitución*, su historia y su teoría. Doy las gracias a los amigos y a los colegas que me han implicado en sus iniciativas por haberme dado la posibilidad de participar durante estos años en este debate. Y como son muchos, no voy a nombrarlos uno a uno. Todos los ensayos han sido objeto de alguna modificación para destacar aún más la inspiración común y, por ello, la dimensión esencialmente unitaria del libro*.

* Véase la procedencia de los textos al final del libro.

Primera Parte

PARA UNA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO

EL CONSTITUCIONALISMO: UN ESBOZO HISTÓRICO

1. *Introducción*

El constitucionalismo es, desde sus orígenes, una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas. El constitucionalismo pertenece por completo a la Edad Moderna, aunque en sus estrategias sean recurrentes problemas que se remontan a épocas anteriores, de origen antiguo y medieval. Precizando más, puede afirmarse que el constitucionalismo nace y se consolida en el contexto del proceso de formación del *Estado moderno europeo*. Si consideramos el Estado moderno europeo como una figura histórica compleja, puede decirse que junto a su primera faceta, en la que se coloca el principio de soberanía y se desarrolla el proceso de concentración del poder público sobre el territorio, se sitúa una segunda faceta sobre la que actúa el propio constitucionalismo, la faceta de la pluralidad, de los límites, de las garantías y también de la participación. Por este motivo puede afirmarse que el constitucionalismo nace junto al propio Estado moderno para controlar, limitar y encauzar mediante reglas los poderes públicos, que a partir del siglo XIV comenzaron a situarse en una posición central sobre el territorio. En otras palabras, lo que caracteriza la historia constitucional europea es el hecho de que el proceso de concentración de poderes públicos sobre el territorio, del poder de hacer la guerra, de exigir impuestos y de administrar justicia se acompañó desde el principio de la exigencia de fijar reglas y límites, incluso de forma escrita y también a través del instrumento de las asambleas representativas: *Parliaments*, *Landtage*, Cortes u otras.

Este es el *constitucionalismo primigenio*, que ya es *constitucionalismo* porque se dirige al objetivo fundamental de la limitación del poder con una finalidad de garantía, pero que no conoce aún una dimensión que pronto será decisiva, el *principio de igualdad*¹. Así pues, los límites no se ponen para la protección de derechos individuales atribuidos a sujetos considerados iguales entre sí, como en el paradigma iusnaturalista moderno, sino para la tutela de la libertad y de esferas de autonomía de naturaleza fundamentalmente corporativa y ciudadana que tienen su fundamento ante todo en la historia. Y la *constitución* que este constitucionalismo propugna presupone un cuerpo político articulado y complejo formado por cuerpos distintos, por equilibrios y proporcionalidad entre los distintos poderes que coexisten al mismo tiempo.

El principio de igualdad, que había sido formulado en el plano teórico por las doctrinas del derecho natural de mediados del siglo XVII, irrumpirá solo más tarde en los acontecimientos históricos del constitucionalismo, prácticamente en vísperas de la Revolución francesa. La fecha simbólica en este sentido es la de 1762, año de la publicación del *Contrato social* de Rousseau. En aquel periodo todo cambia en la historia del constitucionalismo, en el sentido de que la constitución ya no podrá ser representada solo como *la norma fundamental de un cuerpo político* garante de sus equilibrios internos y de la justa proporcionalidad de todos los poderes que actúan en él, como sucedía en el constitucionalismo desde los orígenes hasta Montesquieu, y comenzará a ser considerada más bien como *un acto*, expresión él mismo de la soberanía y constitutivo de poderes destinados, como en el caso de la Revolución francesa, a derribar el antiguo régimen y, por consecuencia, a construir una sociedad nueva fundada precisamente en el principio de igualdad.

Como sabemos, las cosas serán algo diferentes en el caso de la otra revolución, la americana, que no tenía que destruir ningún precedente del antiguo régimen y que conservó por ello más claramente el constitucionalismo de los límites y de los equilibrios. Pero, en conjunto, las revoluciones representan en todo caso un momento de cambio en la historia del constitucionalismo al producirse por medio de ellas constituciones escritas, fruto de poderes constituyentes explícitos, e implantar poderes dotados de soberanía. Pero, en el plano teórico, lo que determina la mayor diferencia del *constitucionalismo de las revoluciones* respecto al constitucionalismo primigenio sigue siendo, de todos modos, el principio de igualdad elaborado a partir de las modernas doctrinas iusnaturalistas, en versiones

1. Sobre la evolución del principio de igualdad, véase el capítulo correspondiente en la segunda parte del libro.

más extremadas, como en la línea que conduce de Hobbes a Rousseau, o más moderadas, como en la línea que conduce de Locke a Kant. De estas diferentes versiones derivarán también diversas soluciones constitucionales, destinadas respectivamente a subrayar la garantía implícita en la voluntad general y en la primacía de la ley general y abstracta, o a desarrollar formas de gobierno moderadas y equilibradas o, en cualquier caso, técnicas de limitación del poder inspiradas en una lógica de naturaleza fundamentalmente contraria al despotismo. El constitucionalismo de las revoluciones es, pues, en sí mismo, complejo y diverso. Pero las diferentes soluciones propuestas son de todos modos diferentes conjuntos de instrumentos, concebidos como tales en función de un objetivo común: la garantía de los derechos individuales y la realización del principio de igualdad.

Además, el constitucionalismo de las revoluciones no será dominante en la escena europea durante los siglos siguientes y en particular en la época liberal. En efecto, al comienzo del siglo XIX empieza a producirse una transformación, que parte precisamente de la crítica al constitucionalismo de las revoluciones. La crítica tiene un doble frente. De una parte, se acusa al constitucionalismo revolucionario de haber confiado demasiado en la voluntad general, en las virtudes de lo político y de la propia ley como instrumento necesario para la garantía de los derechos. En esta línea, el nuevo constitucionalismo liberal, aun sin negar de hecho el valor primario de la ley y sin promover una auténtica oposición a la ley por parte de la constitución, plantea el problema de una fundamentación más segura de las esferas de la autonomía individual. Desde este primer punto de vista, el constitucionalismo actúa a favor del valor fundamental del *límite*. Se encuentran aquí las figuras de Constant y de Tocqueville en Francia, pero está también toda la elaboración inglesa sobre la primacía de las *laws of the land*, y de la *rule of law*, a partir de la conocida y feroz crítica de Burke a la revolución.

Pero, como se dijo antes, hay también un segundo frente. Desde esta segunda perspectiva, que al principio se difunde sobre todo en Alemania con la amplia reflexión de Hegel, el exceso más temido de la revolución es, en cierto sentido, de signo contrario: el de una revolución que no había manifestado lo político de forma demasiado fuerte y amenazadora, sino, al contrario, demasiado débil, pues se fundaba en la mudable voluntad individual, en un contrato social siempre renovable. Desde este punto de vista, el constitucionalismo del siglo XIX tiende a reiniciar la búsqueda de un *principio de soberanía* fuerte, para garantizar una mayor estabilidad a la sociedad liberal y a sus instituciones. En esta línea, el valor fundamental que anima al constitucionalismo es el de la conser-

vacación del *orden* social y político del que todo deriva, incluidos los derechos, que solo pueden encontrar una tutela eficaz en la ley del Estado soberano representativo de ese orden.

Retomemos ahora los dos aspectos que caracterizan a un tiempo el *constitucionalismo de la época liberal*, esto es, el constitucionalismo de los Estados nacionales del siglo XIX que predominará hasta la nueva gran ruptura de los años veinte del siglo pasado. Como vimos, ese constitucionalismo se construye alejando una doble amenaza: la del dominio incontrolado de la voluntad general sobre la sociedad, pero también la de una renovación igualmente incontrolada del contrato social y del poder constituyente. El constitucionalismo del periodo liberal busca el límite de la garantía, pero también la seguridad y la estabilidad. Esta búsqueda adoptará formas diferentes en las distintas experiencias nacionales, pero no dejará de desarrollarse en ambas facetas. En este sentido, puede afirmarse que en la segunda mitad del siglo XIX existía en Europa una cultura constitucional común que, bajo diferentes formas, intentaba hacer coexistir la garantía de los derechos y el principio de soberanía política, buscando en este sentido un punto de equilibrio bastante estable, esto es, una garantía de los derechos que no pusiera en discusión el principio de soberanía, y viceversa. Cuando el equilibrio comience a romperse, comenzará la decadencia del constitucionalismo de la época. Se abrirá una fase nueva y diferente, dramática también, con los regímenes totalitarios. Pero el constitucionalismo encontrará, más adelante, su propio camino con las Constituciones democráticas del siglo XX².

2. El constitucionalismo primigenio

En el constitucionalismo primigenio hay, pues, una constitución que sostener y que defender, pero esta no presupone un poder soberano que represente en conjunto a la comunidad política a la que se refiere la constitución; ni está destinada a garantizar los derechos individuales conforme al principio de igualdad. Todos esos grandes conceptos, como *soberanía*, *derechos individuales*, *igualdad*, son desconocidos para la realidad política y social en la que adquiere firmeza el constitucionalismo primigenio. Pero entonces ¿cómo se puede representar la constitución de este periodo

2. En el último epígrafe de este capítulo se dará un vistazo rápido a las transformaciones constitucionales del siglo XX. Se dedicará más espacio en la segunda parte del libro a los problemas coetáneos del constitucionalismo y, en particular, a las Constituciones democráticas del siglo XX.

histórico, esto es, de los primeros siglos de la Edad Moderna, los anteriores a las revoluciones del siglo XVIII?

Diría que puede representarse, ante todo, con referencia a un espacio político y territorial en el que actúa un conjunto de fuerzas, que pueden ser de origen feudal o corporativo, pero que pueden ser también las fuerzas económicas y de los oficios existentes en el ámbito ciudadano. En ese espacio, esas fuerzas se mantienen en equilibrio conforme a reglas consuetudinarias, pero también escritas, acordadas generalmente con el señor o con aquel que ocupa una posición preeminente en ese preciso territorio, en el espacio de esa ciudad concreta. El conjunto de esas reglas y de los equilibrios de ellas resultantes es la constitución. La constitución, así entendida, es coherente y se mantiene en el tiempo, no en virtud de un principio de soberanía que la confirme desde arriba, ni con el apoyo de un principio democrático que la legitime desde abajo, sino por su capacidad efectiva de garantizar la paz y un equilibrio razonable entre las fuerzas existentes en el territorio o en la ciudad que comprenda el reconocimiento de sus derechos y de sus libertades.

Estos últimos, esto es, los *derechos* y las *libertades* —tanto los más antiguos, de cuño medieval, existentes en la realidad como privilegios locales o estamentales, como los nuevos que bullen en el seno de la cultura comunal— son la *materia* de la que se ocupa el constitucionalismo primigenio. Para reconocerlos y para garantizarles un espacio propio, incluso en el seno de una existencia política común, es necesario que el gobierno del territorio o de la ciudad adopte *una forma equilibrada y moderada* que, en la cultura política y constitucional de la primera Edad Moderna, se relaciona con los grandes modelos de la Antigüedad: la *miktè politéia* de los griegos y la *res publica* de los romanos.

El de Nicolás Maquiavelo (1469-1527) sigue siendo un testimonio inestimable en este sentido, en particular con sus *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, redactados entre 1513 y 1519. En estas páginas, nuestro constitucionalismo encuentra un primer principio fundamental, contenido en el concepto de Maquiavelo de *igualdad civil*³. La igualdad de Maquiavelo deriva de la *aequabilitas* que se encuentra en Cicerón⁴, y no tiene nada que ver con el principio de igualdad que se afianzará con posterioridad sobre un fundamento iusnaturalista. De hecho, la igualdad no se impone entre los individuos, sino en el gobierno de las fuerzas

3. N. Macchiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, en *Opere*, ed. de S. Bertelli y F. Gaeta, Milán, 1960-1969, I, caps. 2 y 50 [*Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Alianza, Madrid, 2000].

4. Cicerón, *De re publica*, I, XLV.

que actúan en un territorio o en una ciudad, para reconocer a cada una de ellas un espacio propio, justo y proporcionado, y evitar así que se enfrenten de un modo tan amenazador que comprometa la integridad y la estabilidad de la *res publica*, de la existencia política común. Así pues, gobernar conforme a la igualdad significa gobernar con moderación, haciendo prevalecer el interés de convivir sobre la tentación de afianzar unilateralmente las propias pretensiones.

Así pues, gobernar con moderación, conforme al principio de igualdad, produce paz y concordia. Es útil para la consolidación y la conservación de una constitución territorial o ciudadana en la que se hayan previsto espacios proporcionados para cada una de las fuerzas que actúan en la realidad. El principio de moderación es además necesario como garantía de la seguridad y la estabilidad. De este modo, junto a la *aequabilitas*, se sitúa la *firmitudo*, como una cualidad intrínseca de las formas de gobierno moderadas que, en sí mismas, son también formas mixtas y, en cuanto tales, capaces de evitar las crisis frecuentes y repentinas que son, en cambio, propias de las formas simples de gobierno, propensas a degenerar con facilidad en lo contrario: de la corrupción del régimen oligárquico en tiranía, y de esta en el extremo opuesto del gobierno popular, etc., con reacciones posteriores a su vez de signo contrario, según una evolución cíclica que Maquiavelo recupera de nuevo de los modelos clásicos. Se configura así, ya durante estos primeros siglos de la Edad Moderna, una constitución construida sobre los dos principios fundamentales de la *aequabilitas* y de la *firmitudo*, referibles ambos a la dimensión de la *ley fundamental*, esto es, de la ley que reconoce de modo estable los ámbitos de poder de los sujetos que actúan en concreto en el terreno histórico.

De Maquiavelo parte una corriente de pensamiento que podremos designar como constitucionalismo republicano y que tendrá una aceptación considerable, sobre todo en el ámbito anglo-americano⁵. Bastará pensar, más de un siglo después, en James Harrington (1611-1677) y en su obra mayor, de 1656, *The Commonwealth of Oceana*⁶. En la república ideal de Harrington hay dos *fundamental laws* que, en su acción conjunta y recíproca, definen el equilibrio social e institucional. Se trata de la ley agraria, que limita el valor de la tierra que cada cual puede poseer, creando condiciones más favorables para el acceso a la propiedad por parte de muchos, y la ley electoral, que diferencia el senado, reservado a los

5. Veremos más adelante, en el epígrafe siguiente, la presencia de este constitucionalismo republicano en la revolución americana.

6. J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana and a System of Politics*, ed. de J. G. A. Pocock, Cambridge UP, Cambridge, 1992.

propietarios con una renta elevada, de la cámara popular, en la que están presentes todos los propietarios, con la única excepción de los asalariados, de los *servants*, de los indigentes y de los mendigos. Así pues, lo que Harrington intenta es proponer el modelo ideal de una *república moderada*, edificada sobre una amplia clase social media y dotada de un *gobierno mixto* en el que encuentran espacio y equilibrio el elemento aristocrático y el democrático.

El discurso de Harrington, a mediados del siglo XVII, demostraba cuán vivas estaban aún las referencias a los modelos antiguos de la *miktè politéia* y de la *res publica* romana, que en la cultura de la época seguían mostrando el gobierno mixto como el gobierno ideal, y la constitución mixta como la constitución por excelencia. Puede decirse que la *constitución mixta* es precisamente el ideal constitucional imperante en Europa hasta mediados del siglo XVIII, cuando se impone en la escena el nuevo principio de igualdad y cambian los rasgos del constitucionalismo, que se proyecta ya hacia las revoluciones. Pero desde luego no es irrelevante el hecho de que antes de ese momento, a lo largo de la alta Edad Moderna, la cultura constitucional predominante en Europa fuera la de la constitución mixta. En Inglaterra, pero también en Francia, se le confió a esa constitución la tarea de moderar la monarquía, de convertirla en una *potestas temperata* a la que se le atribuían sumos poderes de gobierno, pero como expresión de una comunidad política articulada y diferenciada que nadie tenía el poder de unificar desde arriba.

Aquí se hace imprescindible la referencia al *modelo constitucional inglés* que construye precisamente en esta época su propia identidad y que se convertirá luego, en el siglo XVIII, en un punto de referencia obligado para toda Europa. A partir de unas sólidas raíces medievales, que encontramos en la *Magna Charta* de 1215 y en la obra de Henry Bracton (1216-1268) —quien, entre 1250 y 1259 recogió y ordenó las leyes y costumbres del reino de Inglaterra⁷—, se desarrolla la conciencia del *carácter dual* del sistema constitucional: por una parte, el *gubernaculum*, en virtud del cual ejerce el soberano su prerrogativa, que comprende sin duda la materia militar y el poder de designar para los oficios públicos; por otra, la *iurisdictio*, en virtud de la cual actúa el soberano en el parlamento, conforme al principio del *King in Parliament*, para hacer la ley y para consensuar el poder decisivo de imponer tributos.

A mediados del siglo XVI ese modelo estaba codificado. Lo encontramos de modo ejemplar en la obra de Thomas Smith (1513-1577), en su *De*

7. H. de Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, ed. de G. E. Woodbine, New Haven, 1915-1942.

Repubblica Anglorum, redactada en 1565 pero no publicada hasta 1583⁸. Aquí se confirma la existencia en el modelo constitucional inglés de dos imágenes fuertes de la soberanía: la contenida tradicionalmente en la prerrogativa regia, pero también la que estaba presente en el parlamento, entendido como el lugar institucional en el que todo el reino, con su complejidad, está representado por el rey conforme al principio del *King in Parliament*, por los *Lords* y por los *Commons*, como expresión de las comunidades rurales y urbanas. Y, en cambio, se va consolidando cada vez más la idea de que esta segunda es la atribución que debe considerarse predominante, precisamente por la mayor capacidad intrínseca del parlamento para representar las infinitas articulaciones sociales y locales que componen el reino.

Pero con Thomas Smith estamos ya en el umbral del *conflicto constitucional* que atraviesa Inglaterra en el siguiente siglo. Lo que caracteriza el conflicto es la referencia continua al modelo constitucional transmitido por la tradición: el concepto de *ancient constitution* se sitúa en el centro del debate. Por una parte, el rey es acusado de subvertir esa constitución por sus pretensiones neoabsolutistas, al intentar por ejemplo imponer tributos sin el consentimiento del parlamento. Pero lo más significativo es que esto es válido también en sentido opuesto: así, en el verano de 1642, el rey inglés, al responder a las célebres diecinueve propuestas que le remitió el parlamento en las que se pedía, entre otras cosas, compartir el poder de nominar, respondió que no eran aceptables porque menoscababan la *ancient constitution* que reservaba para él el poder de gobierno, en el seno del esquema dual propio del tradicional modelo constitucional inglés⁹.

Así pues, en el ardor del conflicto constitucional se renueva la idea de que la *constitución* es en realidad un patrimonio histórico intrínsecamente racional, precisamente por estar basado en la historia, que se ha formado a lo largo de siglos a través de una obra de sabia organización de las fuerzas y de las instituciones que, por esta vía, se han situado en una relación

8. T. Smith, *De Republica Anglorum*, ed. de L. Alston, Cambridge, 1906. Antes de Smith, hay que recordar a J. Fortescue, *De Laudibus legum Angliae*, ed. de S. B. Chrimes, Cambridge, 1949, cap. XIII, a propósito de la célebre definición de Inglaterra como *dominium politicum et regale*, que coloca la monarquía al lado del parlamento como representación *política* de la existencia del reino.

9. Por su carácter ejemplar como un acto de acusación al rey, puede recordarse el discurso parlamentario de James Withelocke del 29 de junio de 1610. El discurso de Withelocke, así como la respuesta del rey a las diecinueve proposiciones a las que se refiere el texto, se encuentran en J. P. Kenyon (ed.), *The Stuart Constitution 1603-1688. Documents and Commentary*, Cambridge, 1969.

ideal de equilibrio. Fundándose una vez más en los modelos clásicos, en la constitución de los antepasados y en la *pátrios politéia*, la constitución se considera un *príus* que contiene en sí mismo la razón y la medida de la convivencia. Apartarse de la constitución significa abandonar el camino principal, hacer prevalecer los puntos de vista unilaterales contrarios a su naturaleza mixta y, por lo tanto, a su *aequabilitas*, y tomar caminos inseguros hacia soluciones inestables, renunciando también de este modo a la *firmitudo*, que es la otra gran virtud de la constitución.

En Inglaterra, el importante concepto de la constitución histórica tiene también un significado jurídico-normativo más preciso. Lo proporciona la gran figura de Edward Coke (1552-1634) por su tenaz defensa de las *ancient common laws and customs of the realm*, que, en conjunto, no son otra cosa que la ley fundamental, esto es, la constitución misma¹⁰. Encomendar a los jueces la tutela de esas leyes para limitar eventualmente la fuerza normativa de la propia ley del parlamento cuando esta pretenda subvertirlas significa, sin duda, afirmar la existencia de una ley *superior*, pero no en el sentido de la moderna supremacía de la constitución y del consiguiente control de constitucionalidad. Lo que se defiende es más bien un conjunto de leyes y de costumbres, de pactos y de acuerdos que, en conjunto, representan la *common law* y que, en este sentido, son anteriores a la ley del parlamento. Por eso, con Coke se continúa en el ámbito del constitucionalismo primigenio, de la afirmación y de la tutela de una constitución con un fundamento histórico.

Pero lo más importante es que este constitucionalismo permanecerá muy vivo durante toda la Edad Moderna, o en todo caso hasta el siglo XVIII, afianzándose mucho más allá de las fronteras de Inglaterra, en el corazón de la Europa continental, con la función de limitar e impedir el absolutismo político. El acento recae, obviamente, sobre la Francia de la época de las guerras de religión.

Al pasar a Francia se hace más evidente en este constitucionalismo el papel de un origen particular, el protestantismo. Es el caso de François Hotman (1524-1590), con su *Franco-Gallia*, obra publicada en 1573¹¹. En este autor, el carácter templado y moderado de la monarquía está claramente relacionado con la existencia, también en Francia, de una constitución *antigua* en la que la *utilitas rei publicae* es desarrollada por el

10. E. Coke, *Reports (1600-1659)*, Londres, 1826; íd., *Institutes of the Laws of England (1628-1644)*, en D. S. Berkowitz y S. E. Thorne (eds.), *Classics of the English Legal History in the Modern Era*, Nueva York, 1979.

11. F. Hotman, *Franco-Gallia*, ed. de R. E. Giesey y J. H. M. Salmon, Cambridge, 1972, en particular los caps. XIX y XXV para los temas tratados en el texto.

rey ante el consejo público de los estados generales del reino. Una vez más, la constitución *antigua* es también mixta porque prevé, junto al rey, el papel esencial de los magnates, de los magistrados por nobleza o por elección y también el papel más amplio del consenso de la representación de toda la comunidad política. Son modelos bien conocidos en el ámbito del constitucionalismo primigenio. Pero la raíz protestante, en el contexto de las guerras de religión, introduce un nuevo elemento. Es el del *pacto originario* con el que el pueblo atribuyó al rey el ejercicio del poder. Ahora se vuelve especialmente claro que, en este constitucionalismo, se trata de un poder que puede siempre recuperarse cuando las cláusulas del pacto sean violadas por el rey al intentar instaurar una forma de gobierno no moderada que lleve a la tiranía. De este modo, comienza a abrirse camino en estos autores la idea de que el pueblo es *anterior* al rey y que, por ello, podría existir *sin* él.

No estamos, obviamente, ante una doctrina subversiva. Como atestigua un importante libelo de la época, el *Vindiciae contra tyrannos*, publicado en 1579 y procedente también del propio ámbito político y cultural hugonote, la resistencia activa y directa del pueblo es solo un caso límite, mientras se prohíbe explícitamente la resistencia individual¹². El hecho es que el pueblo está aún lejos de ser concebido como un conjunto de individuos o unitariamente como una *nación*, y es más bien considerado aún como un conjunto de grupos, ciudades, órdenes y provincias: son los oficiales y los magistrados que representan estas distintas realidades quienes pueden resistir al rey legítimamente. Conforme a los antiguos modelos, es el elemento aristocrático el que defiende la constitución de la exorbitancia de la monarquía. Y al defender la constitución defiende al propio pueblo, que es una realidad ordenada de por sí y de carácter histórico-natural, no artificial.

El mismo origen y rasgos análogos vemos también fuera de la Francia de las guerras de religión. Nos referimos, en particular, a la *Politica methodice digesta* de Johannes Althusius (1557-1638), publicada por primera vez en 1603¹³. En Althusius tenemos el mismo pueblo de las *Vindiciae* y de los autores protestantes franceses. Es un pueblo que es uno pero que está compuesto de partes distintas, de órdenes y territorios diferentes, que permanecen como tales en el seno del propio pueblo. Resulta aún más cla-

12. *Vindiciae contra tyrannos*, Stephanus Junius Brutus (aunque la paternidad del escrito es todavía dudosa), Edimburgo, 1579 [*Vindiciae contra tyrannos. Del poder legítimo del príncipe sobre el pueblo y el pueblo sobre el príncipe*, Tecnos, Madrid, 2008].

13. J. Althusius, *Politica methodice digesta*, Herborn, 1614, reed. Aalen, 1961; en particular los caps. 5, 9, 18, 19 y 38 para los temas tratados en el texto.

ro lo que es concretamente la *ley fundamental* para nuestro constitucionalismo primigenio. Es lo que Altusio llama la *universalis consociatio*, esto es, el pacto que vincula, en sentido horizontal, las diferentes realidades, corporativas, ciudadanas y territoriales, de suerte que sean comprendidas pacíficamente en un solo pueblo. Ahí se encuentra el fundamento de la propia *res publica* y, por lo tanto, su ley fundamental. Pero esta última, a su vez, no puede representarse como una norma en sentido moderno, dotada de la suficiente generalidad y abstracción. En concreto, es más bien el conjunto de pactos y acuerdos que mantiene unida la comunidad política y que atribuye a cada una de sus partes derechos y deberes proporcionados, limitando también de este modo el poder del rey. La *constitución* no es una norma que se aplique a la comunidad por la voluntad de un poder definido, porque no es sustancialmente más que la propia comunidad en su aspecto más básico y característico.

Ahora se podría preguntar: ¿cuándo se inicia la superación de este constitucionalismo? Es evidente que había otro camino opuesto al de nuestro constitucionalismo, que habían tomado todos aquellos que proponían salir de la crisis, como la del conflicto constitucional en Inglaterra o la de las guerras religiosas en Francia, en dirección contraria: no apelando a la restauración de la antigua constitución mixta, sino apelando más bien a un poder fuerte al que atribuirle sin vacilar los poderes de la soberanía.

Es el caso, en Francia, de Jean Bodin (1529-1596), autor de *Les six livres de la République*, publicados por primera vez en París en 1576¹⁴. Obviamente, Bodino vive también en su propia época histórica. Y así, la forma de gobierno que propone es también mixta y moderada, con presencia de los Estados Generales. Pero esta forma de gobierno se define y se desarrolla por completo en el plano del arte de la política, dominado aún por la tradición medieval y, por lo tanto, inspirado en los criterios de la prudencia y del equilibrio y consciente también de sus propios límites. Pero la gran novedad viene del hecho de que todo esto es ahora, sencillamente, *gouvernement*, en el sentido de una mera organización de los poderes y de los procedimientos de decisión que ya no define esencialmente el *estat*, esto es, el *régimen político*. Este último se sitúa ahora en un plano distinto y nuevo, que podemos considerar incluso superior y en el que ya no es posible la forma mixta. Es, en una palabra, el plano de la *soberanía*. Así pues, ya no podrá decirse que Francia tiene una consti-

14. J. Bodin, *Les six livres de la République*, París, 1583, reed. Aalen, 1977 [Los seis libros de la República, Tecnos, Madrid, 2006], en particular I, caps. 8, 9 y 10; II, caps. 1, 2 y 7; III, cap. 6; IV, cap. 6; VI, cap. 6, para los temas tratados en el texto.

tución monárquica mixta y templada, y habrá de decirse en cambio que Francia tiene una monarquía que gobierna de modo mixto y templado. De modo que Francia tiene un régimen político que, en su *esencia*, antes de articularse según una determinada forma de gobierno es monárquico, porque monárquicos son los poderes soberanos que Bodino enumera: el poder de dar y de anular la ley, el poder de declarar la guerra y de concluir la paz, el poder de decidir en última instancia las controversias entre los súbditos, el poder de nombrar a los magistrados y, para finalizar, también el controvertido poder de imponer tributos.

En las páginas de Bodino, aunque todavía de modo embrionario, se encuentra el inicio de una nueva fase en la historia del constitucionalismo. En perspectiva, el constitucionalismo deberá, en efecto, redefinirse, en una época que se caracteriza cada vez más por el principio de la soberanía que Bodino expresó por primera vez y que ni el mundo medieval ni el de los primeros siglos de la Edad Moderna conocían. Pero no es necesario pensar en el derrumbe imprevisto del constitucionalismo primigenio. Al contrario, ese constitucionalismo, al estar mezclado con elementos nuevos, permanecerá muy vivo prácticamente hasta mediados del siglo XVIII y, por consiguiente, hasta los umbrales de la revolución.

Desde este punto de vista, es muy representativa la obra de Montesquieu (1689-1755), sobre todo con su célebre *Esprit des Lois*, publicado en 1748. En esta obra está ya muy presente la dimensión de la moderna libertad política, eso es, de una libertad que se garantiza a los individuos por una ley común establecida positivamente, pero queda claro asimismo el nexo, fuerte e imprescindible, entre la tutela de los derechos y la *forma moderada de gobierno*, en una línea aún deudora, sin duda, de la tradición del constitucionalismo primigenio. En efecto, en la reconstrucción de Montesquieu la tutela de los derechos no se liga a los rasgos intrínsecos de la ley, a su generalidad y abstracción, como ocurrirá a renglón seguido con la voluntad general de la revolución, sino al hecho de que esa ley es el resultado de una voluntad prudente y moderada, de una ordenación de los poderes contraria al despotismo e inspirada en el gran criterio del equilibrio.

Como es sabido, Montesquieu propone a este propósito una constitución ideal muy próxima a la constitución tradicional de Inglaterra. El despotismo que amenaza a dicha constitución y el equilibrio de poderes que esta garantiza pueden proceder, según Montesquieu, de dos direcciones: de la monarquía, y también de un exceso opuesto de tipo democrático, que se da cuando el pueblo pretende suprimir el senado, esto es, el necesario elemento aristocrático del legislativo, o reducir el ejecutivo, que debe seguir siendo monárquico, a una mera proyección del legislativo

dominado por los representantes del pueblo soberano. La reconstrucción de Montesquieu tiene una importancia decisiva, porque vincula de forma estrecha el constitucionalismo, entendido como algo opuesto lógica e históricamente al despotismo, a una forma de gobierno que comprende por necesidad dos cámaras, una de las cuales es de base aristocrática, y un ejecutivo del que es titular la monarquía, provisto en general del poder de veto frente al legislativo. En cambio, ese mismo constitucionalismo, estando ya muy encauzado para la moderna tutela de los derechos, está bastante menos vinculado a una fuerte y amplia confirmación del principio de igualdad, de cuyas versiones extremas desconfía porque pueden llevar a un exceso de tipo democrático, esto es, a una forma de despotismo que altere el equilibrio de los poderes¹⁵.

En la misma línea, deben recordarse, al menos, los *Commentaries on the Laws of England*, de William Blackstone, publicados entre 1765 y 1769¹⁶. Puede sorprender quizá la asociación a la forma moderada de gobierno de una voz como la de Blackstone, conocida por sus afirmaciones, precisamente en esta obra, relativas a la soberanía del Parlamento inglés, manifiestamente definida como absoluta e incontestable. Pero, en realidad, el parlamento cuya soberanía proclamaba era aún el de la tradición constitucional inglesa del *King in Parliament*, el mismo que se hallaba presente en la obra de Montesquieu. Así pues, afirmar la soberanía de este Parlamento significaba afirmar lo irrenunciable de esa tradición para la tutela de los derechos de los individuos, en este caso de los ingleses. Y significaba sobre todo contrarrestar la nueva tendencia democrática que estaba surgiendo también en Inglaterra a través del nuevo papel de los partidos, del cuerpo electoral y de las mayorías parlamentarias. En esa línea, habría terminado por ser destruido el tradicional equilibrio de poderes y, en particular, la separación entre el legislativo y el ejecutivo, porque se habría consolidado una autoridad política, la de la mayoría y el primer ministro, que habría acumulado las prerrogativas de ambos poderes, del poder de hacer la ley y del poder de gobernar, de administrar los recursos, de escoger a los hombres y de proveer a las necesidades del país.

De este modo, casi hacia finales del siglo XVIII y a un paso de las revoluciones, el constitucionalismo, emancipado ya del viejo panorama me-

15. Montesquieu, *Esprit des Lois*, en *Œuvres complètes*, ed. de D. Oster, París, 1963 [*Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 2007], II, 4; VIII, 2; XI, 4 y 6, para los lugares más significativos en relación con los problemas tratados en el texto.

16. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1765-1769, ed. de S. N. Katz et al., University of Chicago Press, Chicago, 1979, Introducción, secc. II; y I, caps. 1, 2 y 8, para los temas a los que se hace referencia en el texto.

dieval de cuerpos y estamentos, y encauzado en la moderna tutela de los derechos individuales, permanece firmemente vinculado a los modelos del constitucionalismo primigenio y, en particular, al ideal de la forma de gobierno moderada o templada. Y, sobre todo, ese constitucionalismo, como se ve de modo claro en el caso de Montesquieu y del propio Blackstone, no actúa solo contra la exorbitancia de los poderes tradicionales, como el monárquico, sino también contra las nuevas tendencias de cuño democrático que, como en Inglaterra, querían basar el gobierno sobre el poder de la mayoría, radicada a su vez en el consenso popular. Esta tendencia hacia lo que el propio Montesquieu designaba como igualdad *extremada* debía ser combatida por el constitucionalismo en el nombre de los ideales más antiguos de la moderación y del equilibrio. Al comienzo de las revoluciones, efectivamente, constitucionalismo y democracia no eran aliados.

3. *El constitucionalismo de las revoluciones*

En realidad, existía también una igualdad extremada en los orígenes de la propia Edad Moderna, solo que era extraña al recorrido del constitucionalismo que hasta aquí hemos seguido. En efecto, no se vinculaba a las imágenes originariamente antiguas y medievales de la limitación del poder y del equilibrio de poderes. Por el contrario, se fundamentaba en una ruptura neta entre todo aquel mundo y un mundo concebido como totalmente nuevo y en el que, en lugar de una multiplicidad de poderes, se establecía un solo poder plenamente soberano y frente al cual, de modo especular, habría en adelante sola y exclusivamente individuos considerados en abstracto y, en este sentido, radicalmente iguales entre sí. Este modo de interpretar la Edad Moderna estaba tan claramente en oposición con la realidad política y social que solo podía considerarse en abstracto, a través del gran artificio del estado de naturaleza.

El maestro en esta operación fue sin duda Thomas Hobbes (1588-1679). Su obra más importante, el *Leviatán*, se publicó en 1651, muy próxima a los dramáticos acontecimientos de 1649: la condena a muerte del rey, la abolición de la Cámara de los *Lords* y el derrumbamiento de la tradicional constitución mixta¹⁷. Hobbes reinterpreta la historia de esa constitución en un sentido opuesto al de quienes, durante mucho tiempo, la habían alabado. En ella no existía un orden plural y compuesto con un fuerte arraigo en la historia del reino, sino el germen de la disolución

17. T. Hobbes, *Leviathan*, ed. de R. Tuck, Cambridge UP, Cambridge, 1991 [*Leviatán o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 1999], caps. 16, 17, 21 y 27, para los temas tratados en el texto.

de todo orden, exactamente como estaba ocurriendo con la guerra civil. Y ese germen se encontraba en la naturaleza mixta de la constitución, que daba cabida a las facciones e impedía resolver de modo claro y preciso a favor de la *Commonwealth*, del Estado.

Así pues, se debía refundar el orden político, y con él la constitución. Pero para ello no había que partir de nuevo de la realidad concreta de los sujetos políticos, de los estamentos, de las ciudades y de los territorios, porque estos sujetos habrían vuelto a instaurar, sin duda, la lógica del pacto que Hobbes consideraba destructiva. Había que partir, más bien, del estado de naturaleza y, por lo tanto, de los individuos considerados en abstracto y, como tales, perfectamente iguales entre sí. Pero la igualdad, en el estado de naturaleza, no es sino la pretensión de cada cual, y por lo tanto de todos, de tener acceso a todo. Es, pues, una vía que lleva de nuevo a la guerra civil y a perder la perspectiva del orden político. De modo que esos individuos eligen racionalmente salir del estado de naturaleza y reconocer a un soberano, a quien autorizan a manifestar una autoridad dotada de fuerza vinculante. A partir de ese momento, a través del gran artificio de la representación, ya no son una multitud de individuos, sino una realidad por fin ordenada, es decir, un pueblo. Y recuperan también una parte de la totalidad de la igualdad originaria, que consiste ahora en una igual sumisión de todos a la misma autoridad, al mismo poder soberano. Este último es mucho más que el poder principal, el núcleo de la constitución, como lo era en definitiva para Bodino: ahora es más bien la premisa necesaria para la existencia misma de la constitución porque sin el reconocimiento del soberano no existirá orden político alguno y, por lo tanto, ninguna atribución de derechos individuales, en definitiva, no existirá constitución.

Ahora bien, si entendemos por constitucionalismo lo que hemos conocido hasta aquí, esto es, la búsqueda de cierto equilibrio entre los poderes y también el ejercicio, aunque moderado, de un derecho de resistencia frente al soberano convertido en tirano, hemos de concluir que con Hobbes estamos ya fuera de la historia del constitucionalismo: en efecto, para Hobbes, el equilibrio de poderes no es sino la condición de un sistema político y social incapaz de resolver y, por lo tanto, condenado a disolverse, mientras que el derecho de resistencia no es sino sedición, esto es, el intento de una voluntad particular de atacar al soberano que, por el contrario, encarna la generalidad, y con ella, la esperanza de orden y de un goce pacífico de los derechos.

Pero en realidad, por otro lado, con Hobbes estamos al mismo tiempo en los orígenes de otro constitucionalismo que tendrá bastante influencia al menos en una de las dos revoluciones de finales del siglo XVIII, la

francesa. Es ese constitucionalismo, desconocido hasta el siglo XVII, que parte de la declaración de la igualdad de los individuos en el estado de naturaleza y llega, con un pasaje ya presente en Hobbes, a la afirmación del igual sometimiento de estos individuos al mismo soberano. En esta línea, al constitucionalismo no le interesan tanto los equilibrios y los límites cuando la coherencia de la voluntad del soberano. Así pues, la tarea del constitucionalismo será casi exclusivamente la de mantener la *generalidad* de esta voluntad, de suerte que no se privilegie ninguna voluntad particular, y de suerte que con ella se garanticen los derechos de todos y de cada uno en un plano de perfecta igualdad.

No será difícil leer desde esta perspectiva la propia Declaración de derechos de 1789 con la que se inicia la Revolución francesa. En efecto, encontramos en ella la igualdad que proviene del fundamento natural, por nacimiento, de los derechos, pero también, y quizá sobre todo, la igualdad que proviene de la fuerza de la ley, esto es, del igual sometimiento de todos a la misma ley concebida como expresión del principio de soberanía que, ahora, con la revolución, se convierte en soberanía de la nación. Los propios derechos individuales, proclamados primero en la Declaración como previos a la autoridad política, resultan luego posibles y concretos tan solo en cuanto estén previstos en la ley. Y es más, la ley, precisamente en cuanto *voluntad general*, asume rasgos de tal fuerza y autoridad que hacen difícil su impugnación en el plano legal. Una voluntad distinta a la del legislador y capaz de contrarrestar esa voluntad general, siguiendo la estela de Hobbes, no ya un sistema más equilibrado y una garantía de los derechos más eficaz, sino una intolerable confusión acerca de la atribución de los poderes soberanos.

Pero para llegar a la revolución falta todavía un paso. Si la misión de la ley es la concreción del principio de igualdad y si esta concreción se produce a través del rasgo de la *generalidad* de la ley, ¿cómo garantizar que el legislador no ceda a las presiones de las voluntades particulares y personales? ¿Cómo mantener íntegra, a lo largo del tiempo, esa *generalidad*? En una palabra, era necesario que el legislador fuera continuamente exhortado a cumplir su misión, que era la de crear igualdad. Y el sujeto que le exhortaba a ello no podía no ser sino quien lo había instituido, esto es, el pueblo soberano. Esta era la perspectiva que se desprendía de modo más evidente del *Contrato social* de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), publicado en abril de 1762¹⁸.

18. J.-J. Rousseau, *Le Contrat social* (1762) [*El contrato social o Principios de derecho político*, Istmo, Tres Cantos (Madrid), 2004], I, caps. 6, 7 y 8; II, caps. 1, 2, 4 y 7; III, caps. 1, 10, 13 y 15, para los temas a los que se hace referencia en el texto.

En una palabra, este es el principio democrático, totalmente inexistente en la reconstrucción de Hobbes, en la que el *pueblo*, identificado por entero con su soberano, no podía expresar una voluntad propia y autónoma. En el terreno de la doctrina constitucional, Rousseau sigue ciertamente la estela de Hobbes, en el sentido de que para ambos autores la garantía de los derechos no debe confiarse al equilibrio de poderes, sino a la fuerza de la ley general y abstracta. Pero Rousseau introduce un elemento nuevo, el de la desconfianza hacia los gobernantes, y por lo tanto el temor de que la propia ley pueda ser conquistada de nuevo por la fuerza corrosiva de las voluntades particulares. Por eso, era necesario que el pueblo soberano siguiera vivo y que tuviese permanentemente en sus manos el poder de volver a examinar los términos y las condiciones del pacto constitucional, incluido el poder de hacer la ley, delegado solo de modo parcial y, desde luego, no cedido. Ante un poder que sufriera de modo evidente las presiones de los intereses particulares, el pueblo podía y debía reclamar para sí el ejercicio directo de la función legislativa para restaurar el reinado de la voluntad general. Y cuando el pueblo soberano actuaba en esta línea, nada podía contrarrestar su voluntad. Ninguna *ley fundamental*, ninguna *constitución* podía oponerse al pueblo soberano que pretendía expresar la voluntad general.

Así pues, a partir del paradigma iusnaturalista de la igualdad entre los individuos, el constitucionalismo de las revoluciones no solo demanda el dominio de la ley general y abstracta, sino también, en la versión rousseauiana, un inagotable poder del pueblo para hacer la ley y para disponer de la constitución. Esta problemática atravesará toda la Revolución francesa. Por una parte, tratará de imponer una representación política fuerte junto a la prohibición de un mandato imperativo, considerando como expresión de la *voluntad general* cualquier ley querida por los representantes de la nación; pero por otra, estará dispuesta con no poca frecuencia a temer que, precisamente a través de la representación, la propia *voluntad general* se deteriore y el pueblo corra el riesgo de perder su soberanía originaria, como se consideraba en la línea jacobina, que podría remitirse en buena medida al modelo presente en Rousseau. De este modo, la revolución oscilará durante mucho tiempo entre la democracia representativa y la democracia directa, opuestas entre sí pero con una común aversión a nuestro constitucionalismo primigenio. Y, de hecho, ni la asamblea soberana de los representantes de la nación ni el pueblo soberano de Rousseau aceptaban de buen grado mantener el equilibrio con los otros poderes o estar limitados por una ley fundamental, por una constitución. De aquí la dificultad para introducir en este modelo

cualquier forma de control de constitucionalidad de la ley o para conseguir un equilibrio estable entre los poderes.

Sin embargo, lo que hemos descrito hasta ahora no es desde luego todo el constitucionalismo de las revoluciones. La propia Revolución francesa se mueve sobre coordenadas más amplias y complejas que las identificadas hasta aquí. Y junto a la Revolución francesa se sitúa además la americana, que tiene influencias diferentes, al menos en parte. En suma, no se debe cometer el error de atribuir todo el constitucionalismo de las revoluciones a la línea que, desde Hobbes y su interpretación en sentido radical del principio moderno de igualdad, conduce a Rousseau, al poder del pueblo soberano. En realidad, ya en los orígenes de aquel constitucionalismo existen diferentes versiones del principio de igualdad que lo interpretan de un modo más o menos radical, aun estando siempre en el seno del paradigma moderno de los derechos individuales.

Se sitúa aquí, en un primer plano, la obra fundamental de John Locke (1632-1704), sobre todo con sus *Dos tratados sobre el gobierno*, escritos durante los años ochenta del siglo XVII y publicados en 1690¹⁹. También Locke parte, como Hobbes, del estado de naturaleza. Pero lo concibe de una forma muy diferente, de lo que derivan consecuencias muy precisas en el terreno de la elaboración del modelo constitucional. En efecto, el ~~estado de naturaleza de Locke no es un estado de conflicto determinado~~ por la tendencia de todos los individuos, en un plano de perfecta igualdad, a una apropiación sin límites de los bienes. Es, por el contrario, una condición en la que cada cual es ya capaz racionalmente de reconocer la *property* del otro y de limitar sus propias pretensiones. Así pues, el primer paso para la construcción del orden social ya se ha dado en el estado de naturaleza. La autoridad política que instituye el contrato social no nace, pues, para establecer un orden que de otro modo sería inexistente, como en Hobbes, sino para perfeccionar un orden anterior a ella y que contiene ya, al menos de forma embrionaria, las propiedades y los derechos de los individuos²⁰. Aquí se encuentra la raíz de la otra faceta del constitucionalismo de las revoluciones y de la propia Revolución francesa, que en el segundo artículo de la Declaración de 1789 proclamaba como «fin» de la «asociación política» precisamente la «conservación» de los derechos naturales.

Pero, de modo más preciso, ¿en qué consiste el perfeccionamiento del estado de naturaleza? Locke lo indica casi con minuciosidad: la pre-

19. J. Locke, *Two Treatises of Government*, ed. de P. Laslett, Cambridge UP, Cambridge, 1988 [*Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999].

20. *Ibid.*, II, cap. IV, § 22; y II, cap. VII, §§ 89-91.

sencia de una ley que represente el criterio común acerca de la injusticia y de la razón en las controversias entre los individuos, un juez cierto e imparcial con quien poder contar siempre para una pronta aplicación de la ley y un poder ulterior, el ejecutivo, que tenga de por sí, de modo incontestable, la fuerza necesaria para hacer cumplir las sentencias. Como bien se ve, la autoridad política que nace con el contrato social tiene, en esencia, el deber de resolver de modo pacífico las controversias entre los individuos y de mantener y garantizar la seguridad de sus posesiones y del ejercicio de sus derechos²¹.

De este modo, el propio poder legislativo, aunque sea declarado «supremo» por el propio Locke, está en realidad limitado, precisamente porque no nace para hacer nacer los derechos, sino sencillamente para perfeccionar su tutela, presuponiendo su esencial preexistencia. Así, el poder legislativo no podrá disponer de forma arbitraria de las vidas y de los bienes de los individuos, ni quitarle a un hombre una parte de sus propiedades sin su consentimiento, ni actuar mediante actos extemporáneos, y deberá en cambio promulgar leyes ciertas e instituir jueces igualmente ciertos y reconocidos²².

Finalmente, desde el punto de vista de la historia del constitucionalismo, la otra gran diferencia con Hobbes consiste, sin duda, en el hecho de que Locke no rompe totalmente con la anterior tradición constitucional. Recupera de ella la gran idea, que más tarde retomará Montesquieu, de que la forma óptima de gobierno es la moderada y equilibrada, opuesta a cualquier tipo de despotismo. Con Locke comienza además a tomar cuerpo, siguiendo precisamente la estela de la tradición, la separación de poderes, entendida fundamentalmente como la prohibición de acumular en un único sujeto el poder de hacer la ley y el de gobernar, de administrar los recursos, de elegir a los hombres y de proveer a las necesidades de la colectividad. Quien tiene el poder de hacer la ley no puede también elegir a los hombres que deberán ejecutarla, y viceversa, quien tiene la responsabilidad de esa elección y administra además los recursos no puede ser legislador. Cuando un sujeto, sea el rey o la asamblea, trata de acumular los dos poderes, el legislativo y el ejecutivo, se abre la posibilidad de instaurar un poder despótico. En una palabra, en esta situación, la constitución peligra y, con ella, los derechos individuales²³.

Como es sabido, Locke prevé explícitamente este último caso, como símbolo precisamente de la disolución del *government* a consecuencia de

21. *Ibid.*, II, cap. IX, § 124.

22. *Ibid.*, II, cap. XI, §§ 134-142.

23. *Ibid.*, II, cap. XI, § 138; y II, cap. XIV.

la exorbitancia de los poderes, que provoca la ruptura del equilibrio y acaba desgraciadamente por amenazar a los propios derechos individuales. En esta situación, al pueblo no le queda más que la bien conocida *apelación al cielo*, que no es en realidad sino retomar directamente sobre sí el supremo poder que instituye la forma política, para instituir una nueva a la que poder atribuirle de nuevo la garantía equilibrada de los derechos. No obstante, esta *apelación* no tiene nada que ver con el poder constituyente en el sentido de la Revolución francesa, o con la soberanía del pueblo de cuño rousseauiano. De hecho, esta no es concebible como un acto de libre voluntad de decidir. Al contrario, en esa situación, el pueblo no puede hacer otra cosa que restaurar la forma de gobierno de la que se había desviado. Su misión histórica está predeterminada porque no puede querer nada más que una forma de gobierno moderada y equilibrada, cada vez más perfecta, cada vez menos expuesta a las tentaciones de la exorbitancia de los poderes y cada vez más eficaz en la garantía de los derechos²⁴.

Otro discurso es el de la identificación concreta de esta forma de gobierno. Es, obviamente, la referencia a la forma tradicional de gobierno inglés, con su dualidad de la *iurisdictio* y el *gubernaculum*, incluso aunque Locke, con su doctrina de los derechos individuales, no se quede anclado en ese tipo histórico de constitucionalismo. Pero para precisar este punto, habrá que atender a la evolución del siglo siguiente y a la maduración de la perspectiva constitucional iniciada por Locke en su contacto con la filosofía ilustrada. Es ejemplar, en este sentido, la obra de Immanuel Kant (1724-1804), filósofo por excelencia, pero también un pensador capaz de proporcionar contribuciones absolutamente relevantes para la historia de las doctrinas constitucionales. Con Kant estamos ya muy metidos en la época de la revolución. Pero el constitucionalismo kantiano presupone las doctrinas de los derechos naturales y de la forma de gobierno de Locke, así como la *voluntad general* de Rousseau, y también ese elemento esencial de la revolución suponía el principio de soberanía estrenado por Hobbes.

Con una serie de ensayos escritos y publicados entre 1793 y 1797²⁵, Kant señala la vía de la *constitución republicana*, que considera que es

24. *Ibid.*, II, cap. XIII, § 149; II, cap. XIV, § 168; y II, cap. XIX.

25. I. Kant, *Über den Gemeinspruch: «Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis»* (1793) [«En torno al tópico: 'Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica'», en I. Kant, *Teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 2006]; *Id.*, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (1795) [*Sobre la paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 2005]; *Id.*, *Metaphysik der Sitten* (1797) [*Metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2005].

la constitución del futuro y a la que deberán adaptarse los gobiernos a través de una reforma constante y gradual. Esa constitución es ante todo un conjunto de principios que Kant enumera con una claridad ejemplar. El primero es el principio de libertad, que consiste en la libre búsqueda de la felicidad por parte de cada cual mientras no entre en conflicto con esa misma libertad de los otros. Completamente de acuerdo con el célebre artículo cuarto de la Declaración de derechos de 1789, Kant considera que el límite al ejercicio de los derechos de libertad solo puede ser establecido por ley, y no para fijar una dirección, una finalidad a la que habrían de tender los individuos, sino solo para garantizar la misma libertad para todos, casi con una función de simple arbitraje entre las esferas individuales de libertad. Así pues, en Kant encontramos un punto de aproximación, una respuesta, a la búsqueda iniciada por el iusnaturalismo de cuño lockiano: identificar una ley segura que ofrezca a los derechos una garantía estable, pero sin englobar los segundos en la primera y, por lo tanto, manteniendo siempre viva la conciencia de que los derechos son anteriores a la ley.

Lo mismo debe decirse del segundo principio de la constitución republicana de Kant, esto es, del principio de igualdad. También en Kant se trata de una igualdad que debe entenderse como la igual sumisión de todos a la misma ley. Pero su significado no es el mismo que encontramos en Hobbes y en Rousseau. No hay en Kant una apología de la *voluntad general*, mientras que en su obra solo está presente en parte esa inspiración hobbesiana que lleva a pensar en una vuelta trágica al estado de naturaleza cuando falla la fuerza de la ley. Esta última es declarada con vigor, hasta el punto de que el deber de obediencia frente a ella por parte de los individuos es prácticamente absoluto, excluyendo por completo el legítimo derecho de resistencia. Pero lo que legitima finalmente la fuerza de la ley es su función: garantizar a los individuos que ya no se tolerará que otras autoridades distintas a la de la ley pretendan ordenar, constreñir, impedir o prohibir por razones de estamento, rango o lugar, como en la sociedad del antiguo régimen. La ley es, pues, expresión de un principio de soberanía, pero solo en cuanto cumple su misión histórica, la de ser el instrumento esencial para la garantía de los derechos.

Es aún más clara la diferencia por lo que se refiere al tercer principio formulado por Kant, que se sitúa en el terreno de la forma de gobierno (*forma regiminis*). En la constitución republicana, la forma de gobierno debe basarse en el principio de la separación de poderes, comenzando por la separación del legislativo y el ejecutivo que ya habíamos visto en Locke. Cualquier forma de Estado (*forma imperii*), monárquica, aristocrática o democrática, puede adoptar rasgos despóticos si descubre un tipo

de *poder supremo* que acumule el poder de hacer la ley y los poderes de gobierno. Por el contrario, en muchos sentidos vemos en Kant la convicción de que la forma democrática contiene algo que lleva inexorablemente a un resultado despótico. Así, la posición de Kant ante la Revolución francesa es necesariamente dual. Por una parte, la revolución es un instrumento esencial para la materialización de los principios de libertad y de igualdad que él comparte plenamente. Pero, por otra, esa misma revolución, en especial en su fase jacobina, sugiere una democracia que no es capaz de darse una constitución equilibrada y que crea despotismo, centralizando en la asamblea de representantes o de mandatarios del pueblo soberano todo el poder, el legislativo y el de gobierno.

Kant retoma aquí temas que eran también de Montesquieu. Y precisamente siguiendo la estela de Montesquieu, mantiene la firme oposición del constitucionalismo al despotismo, incluso cuando este nace de la forma política democrática, a causa de una interpretación en un sentido radical del principio de igualdad que, en ciertas fases de la Revolución francesa, basándose también en la legitimación surgida del sufragio universal, había desembocado en el dominio absoluto de los representantes y de los mandatarios del pueblo soberano. Por esta razón, Kant considera esencial un derecho de voto restringido, reservado para quienes gocen de cierta independencia civil por ser titulares de alguna propiedad que les hace en esencia dueños de sí mismos y, por lo tanto, capaces de expresar libremente su sufragio en el terreno político. En la orientación de Kant y de su constitucionalismo, más allá de esos límites, había una igualdad *extrema* que se oponía a los principios de la constitución republicana y que habría terminado, más pronto o más tarde, por generar despotismo, como lo demostraba la propia revolución. Mientras, dentro de esos límites estaban la racionalidad y la moderación supremas de los individuos propietarios que, según el modelo de Locke, se habían mostrado capaces, ya en el estado de naturaleza, del acto fundamental de reconocimiento de la *property*, y a ellos les estaba atribuida de modo explícito la construcción de una forma política al mismo tiempo moderada y equilibrada y con una función contraria al despotismo.

Así pues, en la época de las revoluciones hay un constitucionalismo de la *voluntad general*, cuyo modelo originario es Hobbes, que trata de asignar la realización de los principios constitucionales, y en particular del principio fundamental de igualdad, a poderes soberanos sólidamente legitimados que pueden y deben tener toda la autoridad necesaria para imponer la fuerza de la ley, pero que puede revestirse, en la versión rousseauniana, del ejercicio directo y permanente de la soberanía popular. Pero está también el constitucionalismo del modelo de Locke, mucho más

moderado en su declaración del principio de igualdad, en especial cuando este pretende extenderse del campo civil al político y que, en cambio, antepone su rechazo a todo tipo de despotismo, incluido el que nace del principio democrático, del exceso en sentido radical.

El constitucionalismo de la Revolución francesa es producto del entrelazamiento de estos dos constitucionalismos, pero con predominio del primero, con una tendencia más acentuada a atribuir la declaración y la garantía de los derechos a la fuerza de la ley, conforme al gran y potente mito de la ley general y abstracta, ya sea una ley querida por la asamblea de los representantes del pueblo o de la nación, ya sea la que el propio pueblo reclama para sí para ejercer directa y permanentemente una soberanía propia e inalienable. Una figura de la Revolución francesa emblemática en este sentido es, sin duda, la de Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836), en quien encontramos todos estos elementos superpuestos unos sobre otros: la declaración de la soberanía originaria e incontenible de la nación, pero también el valor de la representación política como un ámbito necesario para la formación de la voluntad general, e incluso la justificación del sufragio restringido y, finalmente, más adelante, la búsqueda de instrumentos de garantía, de limitación de los poderes constituidos.

Si nos volvemos ahora hacia la otra gran revolución, esto es, la Revolución americana, nos damos cuenta en seguida de que su constitucionalismo está articulado internamente de forma muy diferente. En efecto, esa revolución comenzó, no para derribar el antiguo régimen precedente mediante la fuerza de la ley, como en el caso de la Revolución francesa, sino, por el contrario, para limitar el ámbito de la ley, en concreto la del Parlamento inglés que se consideraba que había rebasado los límites de su competencia. La diferencia podría resumirse así: la Revolución francesa nace para consolidar un nuevo poder, la americana para limitar un poder ya existente. Este es un dato elemental y absolutamente originario que acaba por cambiar completamente la perspectiva.

El propio poder constituyente que los americanos ejercen precisamente, en primer lugar, para separarse de la madre patria y, luego, para fundar el Estado federal, no tiene el mismo significado que el que adopta en la Revolución francesa. En él se manifiesta sin duda la voluntad de un sujeto, que es de todos modos el pueblo o la nación, pero no como un poder soberano inagotable —que en el modelo rousseauniano podía hacerse presente continuamente, o que acababa con frecuencia confundiéndose con la propia *voluntad general* manifestada por la asamblea legislativa—, sino como un poder distinto del poder legislativo ordinario que actuaba exclusivamente con el fin de determinar una norma suprema superior a la ordinaria y, por eso, con capacidad para limitarla. En una

palabra, la Revolución americana, a diferencia de la francesa, vinculaba estrechamente el poder constituyente y la supremacía constitucional, y vinculaba luego esta segunda, en consecuencia también estrechamente, al ideal del gobierno limitado.

Esta sucesión poder constituyente-supremacía constitucional-gobierno limitado se encuentra en las conocidísimas páginas del *Federalist*, escritas y publicadas en 1788 para sostener la causa de la ratificación de la Constitución federal, a cargo ante todo de Alexander Hamilton (1755-1804) y de James Madison (1751-1836)²⁶. El primero sobre todo, para sustentar la necesidad de un gobierno nacional federal fuerte, no duda desde luego en recurrir a la figura del poder constituyente del pueblo americano. Pero esa figura se incluye en una distinción fundamental elaborada por Madison. Se trata de la distinción entre el régimen democrático y el régimen republicano. El segundo es el régimen que los americanos estaban introduciendo y es también el que el propio Madison demuestra preferir. El régimen republicano lleva ya en su seno, en la nueva situación americana, la necesaria opción en sentido democrático, porque se expresa en una constitución que se funda de modo explícito en el poder constituyente del pueblo americano. Pero lo que el régimen republicano rechaza, siguiendo la estela de una tradición iniciada por Maquiavelo en la Edad Moderna basándose en modelos clásicos, es la pretensión del principio democrático de imponerse unilateralmente al margen de la constitución de la republicana, creando formas de gobierno monistas, es decir, que pretendían concentrar el principio de soberanía en un solo poder que, en esta línea, no podía ser sino el legislativo, el poder de los representantes o de los mandatarios del pueblo soberano²⁷.

Así pues, lo que el *Federalist* defendía era una constitución republicana, democrática en cuanto a su fundamento, moderada y equilibrada en cuanto a la articulación de los poderes previstos por la propia constitución. En esa línea, distinta a la propia de una constitución puramente democrática, se comprenden entonces algunas opciones de los constituyentes americanos: el bicameralismo, el poder de veto del presidente y el necesario consenso del senado para el ejercicio de ciertos poderes presidenciales. No se trataba de desviaciones del principio de la separación de poderes o de la *injerencia* de un poder en otro, sino de la búsqueda del *equilibrio de poderes*, conseguido precisamente a través de la influencia

26. A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *The Federalist with Letters of «Brutus»*, ed. de T. Ball, Cambridge UP, Cambridge, 2003 [*El Federalista o la nueva constitución*, FCE, México, 2001].

27. *Ibid.*, n.º 22 y 10.

recíproca de un poder sobre otro, de modo que todos los poderes estuvieran igualmente limitados por la constitución y que el resultado global fuera un gobierno limitado²⁸.

Pero aún había más. En efecto, es absolutamente evidente que según los constituyentes americanos existe efectivamente un poder que debe ser temido en mayor medida, y que este poder es precisamente el legislativo porque reúne las prerrogativas más relevantes: la de hacer la ley y la de imponer tributos. Así pues, la constitución republicana debe oponerse de modo especial a esta fuerza del legislativo, que podría procurar absorber los otros dos poderes, el ejecutivo y el judicial, y debe, pues, recordar continuamente al legislativo que él no es el poder a través del cual se expresa el pueblo, sino solo uno de los poderes que ese pueblo ha instituido mediante su constitución, con una dignidad pareja a la de los otros poderes y parejamente limitado por la constitución²⁹.

Esta es también la base sobre la que Hamilton confirma en el *Federalist* el poder de los jueces de declarar nulos los actos contrarios a la constitución del legislativo, que luego se desarrollará en la conocidísima dirección del control difuso de constitucionalidad. Bien mirado, se trata de una opción casi obligada desde la óptica de la constitución republicana, muy útil por lo tanto para que, con el tiempo, los legisladores no acaben por confundir su voluntad con la de la ley fundamental. Los jueces pues, en el momento en el que declaran nula una ley contraria a la constitución, no proclaman en absoluto su superioridad sobre el legislativo, sino que son ellos mismos un instrumento de la constitución, que se sirve de ellos para reafirmar la superioridad de la ley fundamental sobre las leyes ordinarias, del poder originario del pueblo soberano sobre el poder derivado del legislador. En definitiva, el control de constitucionalidad es indispensable en una constitución republicana, no solo como protección de los derechos individuales y de las minorías, sino también para impedir que el poder retenido más fuerte, esto es, el legislativo, pretenda cubrir todo el espacio de la constitución, identificándose con su fundamento primero, con el propio pueblo³⁰.

Si miramos ahora la Revolución americana en general e intentamos colocarla en la historia del constitucionalismo, nos damos cuenta de que se puede representar como un intento original de conjugar la tradición constitucional europea con la novedad de la soberanía popular. Los americanos culpaban a los europeos, y en particular a los ingleses, por su

28. *Ibid.*, n.º 47, 48, 51 y 63.

29. *Ibid.*, n.º 71.

30. *Ibid.*, n.º 78.

innegable traición a esa tradición, que les había impulsado a abandonar el principio fundamental del equilibrio de poderes y a aproximarse a fórmulas de auténtico absolutismo parlamentario. En particular, la fase más reciente de la historia constitucional inglesa demostraba con absoluta claridad que sin una constitución escrita sólidamente fundamentada en el poder constituyente del pueblo soberano que indicase de modo seguro los límites y los espacios de cada uno de los poderes, el constitucionalismo terminaba por resultar una mera búsqueda de equilibrios en el seno de un parlamento que ya había sido declarado soberano abiertamente por los ingleses. En una palabra, el *constitucionalismo sin democracia* producía absolutismo parlamentario. Así pues, para combatir ese absolutismo había que conjugar el principio histórico del equilibrio de poderes con la gran novedad de la soberanía popular, lo que era *antiguo*, en el sentido de preceder en el tiempo al absolutismo parlamentario inglés, con lo que era absolutamente actual.

Los dos aspectos estaban reunidos en el ideal de la supremacía de la constitución, que por una parte servía para estabilizar el antiguo equilibrio de poderes, pero por otra no habría ni siquiera existido sin la actual soberanía del pueblo. Contra el absolutismo parlamentario de los ingleses, la supremacía de la constitución restauraba lo antiguo, pero en el nombre de lo que era absolutamente nuevo. Y comportaba la opción del *gobierno limitado*, incluso, y sobre todo, apuntando a la temida concentración de poderes en la asamblea de los representantes del pueblo soberano. El principio democrático fundamentaba la constitución que, a su vez, fundamentaba y limitaba todos los poderes, incluido el legislativo. Y, por lo tanto, no era posible *democracia* alguna *sin constitucionalismo*, esto es, sin un ámbito estable y compartido de poderes delimitados por la constitución. Una democracia que pretendiese crecer y desarrollarse fuera de la constitución habría terminado por revestirse, una vez más, de omnipotencia, incluso bajo las seductoras formas de la soberanía del pueblo. Pero siempre se habría tratado de omnipotencia y, como tal, tendría que haber sido combatida en el nombre de los principios de la supremacía de la constitución y del gobierno moderado.

4. *El constitucionalismo de la época liberal*

Hay un punto que hemos desatendido voluntariamente al tratar del constitucionalismo de las revoluciones. Se trata de la problemática bien conocida de la revisión de la constitución, esto es, del poder del pueblo soberano que dio vida a la constitución de proceder a su reforma. Los mismos Cons-

tituyentes americanos dudaron durante largo tiempo sobre este punto, prisioneros de dos exigencias discordes al menos en apariencia: por una parte; no someter la libre voluntad del pueblo soberano, pero por otra, no exponer la constitución, declarada suprema, a un cambio continuo y quizá demasiado dependiente de las circunstancias del momento. En efecto, corría el riesgo de parecer muy poco *suprema* una norma que pudiese ser reconsiderada en cualquier momento. La misma cuestión se planteaba en términos aún más problemáticos en la Revolución francesa a causa de la presencia del elemento jacobino, que reivindicaba de modo aún más explícito el poder del pueblo soberano de cambiar en cualquier momento la constitución.

Al tratar el constitucionalismo de la época liberal, partimos de la cuestión de la revisión constitucional por un motivo muy preciso. En efecto, esta época adquiere concreción, incluso en el terreno de la historia constitucional, a través de la cerrada crítica a la revolución y, en particular, precisamente al carácter de la revolución como *fábrica* de constituciones, como un incesante proceso constituyente que, al producir una constitución dentro de la otra, acababa, paradójicamente, por destruir precisamente la *constitución* para convertirla en la solución política del momento, válida mientras se mantuviera el particular equilibrio político del que trafa su origen.

Es representativo en este sentido el artículo 28 de la Declaración de derechos jacobina de 1793: «Un pueblo siempre tiene el derecho de revisar, de reformar y de cambiar su constitución». Un texto en el que ese «siempre» significa «en cualquier momento», y reclama la presencia constante y necesaria del pueblo soberano, que amenaza con reducir la constitución a mera expresión de su voluntad, siempre mudable. Pues bien, el universo político y constitucional de la época liberal se construye contra este modo de entender la relación entre soberanía y constitución. En este universo prevalece el deseo de cerrar la época de las revoluciones y de abrir una época de progreso gradual, de certeza sobre la propiedad y de estabilidad de las soluciones políticas e institucionales.

En la oposición a la vertiente radical y voluntarista de la revolución representa un papel fundamental el tradicional modelo constitucional inglés, designado como la vía principal del constitucionalismo por el ensayo de Edmund Burke (1729-1797) de 1790, *Reflections on the Revolution in France*³¹. La oposición comienza ya en el propio concepto de revolución. Mientras en Francia la revolución se entendió como un ámbito en el que

31. E. Burke, *Reflections on the Revolution in France* (1790), en *The Writings and Speeches of Edmund Burke*, ed. de P. Langford; vol. VIII, *The French Revolution*, ed. de

era posible hacer la constitución de la nada, en Inglaterra, un siglo antes, con la *Glorious Revolution*, se había hecho la revolución para preservar la *ancient constitution*, en cuyo seno se encerraban los derechos y las libertades de los ingleses.

A una distinta manera de entender la revolución le corresponde una distinta manera de entender la constitución. En Burke y en el modelo inglés que él defiende, la constitución es fruto de un compromiso, incluso de un auténtico contrato entre los individuos, pero en el sentido de una progresiva consolidación de una condición de equilibrio entre los intereses sociales, y no en el sentido de un proyecto inspirado ideológicamente y que se pueda visibilizar en una asamblea constituyente. El primero, desde el momento en que ha arraigado profundamente en la historia de la comunidad política, es idóneo para asegurar y garantizar realmente las libertades. El segundo, el proyecto constituyente de la Revolución francesa, proclama en abstracto los derechos del hombre, pero en realidad deja que esos derechos y su garantía caigan en el terreno del conflicto político y de la sucesión vertiginosa de diferentes mayorías, incapaces todas ellas, en teoría, de generar su constitución³².

De este modo, Burke critica la Revolución francesa precisamente en los temas de constitución y de garantía de los derechos. E identifica en la asamblea constituyente una nueva forma de auténtico despotismo, entendido como la pretensión de ampliar hasta el infinito su poder normativo en todo el ámbito de las relaciones civiles. Frente a ello se recuerda una vez más el valor positivo del ordenamiento inglés en el que la autoridad legislativa, aun proclamándose soberana, tuvo siempre el límite de la *security* y de la *property* de los miembros de la sociedad, y consideró siempre que no podía invadir el territorio de unas relaciones civiles en las que la propia experiencia proporcionaba las soluciones concretas, a través la progresiva conciliación, libre y racional, de los múltiples intereses acunados de modo positivo en el ámbito de la sociedad³³.

Pero en Burke y en el modelo constitucional que él representa, hay también una segunda faceta sobre la que se expresa una crítica diferente de la Revolución francesa. Esta vez, lo que se critica no es el exceso político de la asamblea constituyente, la tendencia a rehacer desde el principio la constitución o a invadir con sus normas la sociedad entera, sino el exceso contractual que condujo a los hombres de la revolución a debilitar

L. G. Mitchell, Oxford, 1989 [*Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, Alianza, Madrid, 2003].

32. *Ibid.*, pp. 71 y 81.

33. *Ibid.*, pp. 201 ss.

de modo considerable el vínculo de la obligación política, a considerar los gobiernos, sus modos de legitimación y sus formas de organización como algo que también podía ser eliminado y reconstruido indefinidamente con relativa facilidad.

Así, el modelo constitucional inglés, a través de Burke, se propone representar no solo el modelo preferible, con mucha diferencia, para la garantía de los derechos, sino el modelo en el cual se tutelaba con más fuerza el valor de la obligación política y su estabilidad, que Burke relacionaba con el ideal bien conocido de la monarquía constitucional, esto es, de una monarquía instalada en una forma de gobierno equilibrada, con el papel decisivo del parlamento y de la jurisdicción. En Inglaterra se había llegado a ello históricamente a través de una continua labor de reforma constitucional de la que Francia no había sido capaz. Al contrario, en Francia se había caído en el torbellino de la revolución precisamente por esta incapacidad de construir una vía reformista, y de este modo se había acabado por pasar de un absolutismo a otro, del absolutismo del monarca al de la asamblea constituyente³⁴.

La crítica de Burke era especialmente inflexible y, desde luego, no representaba todo el panorama liberal. Pero respondía a una necesidad extendida y sincera de estabilidad y de construir soluciones políticas y constitucionales moderadas y, sobre todo, limitadas en su pretensión de expresar el principio de soberanía y de extender en desmesura su poder normativo.

También en Francia, el país de la revolución, se abre a comienzos del siglo XIX una búsqueda semejante y se expresa una necesidad similar de soberanía limitada. Es significativa en este sentido la figura de Benjamin Constant (1767-1830), quien ya en los últimos años del siglo anterior comienza una reflexión sobre la revolución, reafirmando sus principios pero criticándola en el terreno de las formas de gobierno y de las soluciones institucionales. En su obra principal, los *Principes de politique* de 1815, Constant construye la perspectiva de la soberanía limitada partiendo de una auténtica reelaboración del concepto de soberanía popular³⁵. Esta es aún admisible, pero solo como fundamento de la supremacía de la ley sobre las voluntades particulares y, por lo tanto, como fórmula justificativa de la primacía de la ley general y abstracta, garantía primera contra el privilegio y la injusta discriminación. Pero cuando el pueblo preten-

34. *Ibid.*, pp. 146 ss., pp. 173 ss.

35. B. Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, en *Œuvres*, ed. de A. Roulin, París, 1957, pp. 1063 ss. [*Principios de política aplicables a todos los gobiernos*, Katz/Liberty Fund, Buenos Aires/Madrid, 2010].

de excederse en su función y declara ser un sujeto político autónomo y soberano, potencialmente capaz de reescribir continuamente las reglas del ordenamiento, debe entonces volver a declararse, dirigido también al pueblo, el principio por el cual toda soberanía se encuentra limitada, ante todo por los derechos individuales que, para Constant, son la libertad individual, la libertad de opinión, el libre goce de la propiedad y la propia garantía contra la arbitrariedad³⁶.

Surge entonces una cuestión concreta. Si para Constant esta es una *auténtica materia constitucional*, si sus principios, como el principio de igualdad, son auténticos principios constitucionales, ¿puede oponerse todo esto al propio legislador? ¿No se abre quizá de este modo la vía para declarar el control de constitucionalidad de la ley? La respuesta es negativa por un motivo fundamental que se sitúa en el plano de la cultura constitucional de Constant y, en general, de su periodo histórico. Para Constant la constitución es desde luego la norma suprema, pero es una norma de naturaleza esencialmente política en la que se expresa el gran pacto entre la monarquía y la nación y de cuya estabilidad depende todo, incluida la garantía de los derechos. Por este motivo, los liberales como Constant se dedicaron ante todo a perfeccionar la máquina política y la forma de gobierno, a las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo, y a la invención de mecanismos institucionales aptos para evitar y prevenir los conflictos constitucionales. En este sentido, es célebre la búsqueda por parte de Constant de un poder mediador neutro, depositado en el propio rey a partir de 1814. Así pues, para estos liberales la constitución era, en primer lugar, la norma suprema que garantizaba todos estos equilibrios y, con ellos, por consiguiente, también una ley justa y racional de la que dependía, a su vez, la garantía de los derechos. Es cierto que esos liberales también asociaban cada vez más la constitución a los derechos y a las libertades, pero en el terreno del programa político, de la maduración de la sociedad y de la opinión pública y no en el terreno normativo de la posibilidad de oponer la constitución como norma de garantía a la propia ley precisamente en el nombre de los derechos violados³⁷.

Sin embargo, en la otra orilla del Atlántico, en los Estados Unidos, la práctica del control de constitucionalidad era ya muy evidente. Se dio cuenta de ello un joven magistrado francés, Alexis de Tocqueville (1805-1859), que a la vuelta de un viaje de estudios en ese país, en su *De la Démocratie en Amérique*, publicado en dos volúmenes entre 1835 y 1840, aludió precisamente al *judicial review*, al control difuso de cons-

36. *Ibid.*, pp. 1069 ss.

37. *Ibid.*, pp. 1077 ss.

titucionalidad, como uno de los rasgos relevantes de la joven democracia americana. No se trataba de proponer ese sistema para Europa y para Francia, sino de mostrar cómo un desarrollo amplio del principio democrático no trastornaba necesariamente la tradicional lógica del contrapeso. Esa lógica podía, pues, recuperarse también para Europa, frente a las asambleas electivas que expresaban el principio democrático. Tocqueville jamás precisó el modo concreto del ejercicio de este control de constitucionalidad de la ley. Pero su obra sigue siendo fundamental como toma de conciencia de la amenaza de despotismo que brota de la evolución del principio democrático, con una propensión irresistible a concentrar los poderes y a situar junto a las asambleas electivas una burocracia cada vez más abundante que actúa con minuciosidad en todo el espacio social, frente a individuos aislados y encerrados en su esfera privada y cada vez más faltos de responsabilidad³⁸.

Ante un régimen político de este tipo, el constitucionalismo vuelve a entenderse como una fuerte exigencia, sobre todo en el nombre del pluralismo y de una visión articulada de la sociedad, animada por circuitos propios y, sobre todo, por un renovado espíritu asociativo. Y, en esta línea, Tocqueville llega también a cierta crítica de la propia Revolución francesa que, a su juicio, había reanudado y completado la obra anterior de nivelación e igualación que había llevado adelante la monarquía en su intento de arrasar los privilegios, pero acabando por reproducir de este modo una sociedad demasiado simple, poblada de individuos aislados de sus iguales en abstracto y carente de un tejido propio sólido y autónomo³⁹.

El constitucionalismo y el liberalismo de Tocqueville se encontraron luego también con el socialismo y lo condenaron por el mismo motivo, como instrumento de la obligada reducción de la pluralidad y complejidad de la sociedad. Es célebre en este sentido el discurso de 1848 contra la nueva Constitución, que sancionaba el sufragio universal pero, sobre todo, el derecho al trabajo⁴⁰. Según Tocqueville, para garantizar ese derecho se habría dado el último paso en la detestada vía de la centralización y de la igualación, y se habría convertido de este modo el Estado en el más grande y quizá el único organizador del trabajo, reprimiendo una vez más las energías propias y autónomas de la sociedad. El constitucionalis-

38. A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique* (1835-1840), en *Œuvres complètes*, I, París, 1951 [*La democracia en América*, Trotta/Liberty Fund, Madrid, 2010].

39. A. de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution* (1856), en *Œuvres complètes*, II, París, 1953, ahora también en *Œuvres*, ed. de A. Jardin, III, París, 2004 [*El Antiguo Régimen y la Revolución*, 2 vols., Alianza, Madrid, 1982].

40. A. de Tocqueville, *Discurso sobre el derecho al trabajo* (12 de septiembre de 1848) (véase *Œuvres complètes*, III, 3, 1990).

mo vuelve a encontrar aquí, también en esta ocasión, su raíz más relevante, la que desde siempre le hacía luchar contra todo lo que intentaba llegar a ser lo *único*, contraponiendo allí la exigencia de límites, de equilibrio y de pluralidad.

El constitucionalismo confirma de este modo su difícil y problemática relación con la democracia, especialmente cuando esta sostiene el principio de la máxima extensión de los derechos, no solo civiles, sino también políticos y sociales. El constitucionalismo permanece por lo tanto en la estela de la revolución y del principio de igualdad, pero armonizando soluciones moderadas que prevén la remisión al ámbito de la reforma social, una evolución bastante gradual de los derechos políticos y, finalmente, la conservación de un papel más o menos amplio para la monarquía. Y por eso las Cartas constitucionales del siglo XIX se dedican a promover la garantía de los derechos, pero también a preservar, en esta línea moderada, los equilibrios sociales e institucionales, en particular con las respectivas monarquías.

Esto no solo es válido para países que, como Alemania, no habían pasado por la ruptura revolucionaria, sino también para otros países como España, cuya Carta constitucional se consideraba, por el contrario, fruto —en Cádiz, en 1812— de un explícito poder constituyente que cumplía una función revolucionaria. También en este caso, la cultura política y constitucional dominante impide compartir del todo el modelo individualista y contractual de la revolución. Se renuncia así, también en España, a una auténtica declaración de derechos conforme al modelo de las revolucionarias, y a los derechos individuales solo se llega a través de su histórica pertenencia a la nación, que en el caso de España es una nación católica y también monárquica aunque ya según una Carta que limitaba drásticamente los poderes de la monarquía.

Si dirigimos ahora la vista a toda Europa, nos damos cuenta de que el constitucionalismo del siglo XIX, con formas y soluciones diferentes, busca en todas partes una especie de *tercera vía* entre el historicismo conservador y el racionalismo revolucionario. No puede aceptar el primero porque no quiere renunciar a los principios de la revolución, ni tampoco el segundo porque teme su ilimitada extensión, sobre todo la del principio de igualdad. Por eso, la *nación* de la época liberal tiene estas dos caras inseparables: por una parte, es una nación de individuos que nace de la revolución, pero, por otra, es una nación en sentido histórico que, como tal, pone vínculos y límites e impone prudencia y equilibrio, sobre todo frente a la monarquía que es la principal institución histórica.

Como es sabido, esta segunda cara adquirió una relevancia particular en Alemania, donde el principio monárquico asumió durante más tiempo

un papel central. En torno a ese principio maduró en Alemania una respuesta fuerte a la necesidad de identificar en la experiencia política pos-revolucionaria un núcleo estable, manifestación de una soberanía a salvo, dada su naturaleza, de la fuerza corrosiva de la lucha política y de la influencia directa de los intereses particulares, así como de la ilimitada y permanente soberanía del pueblo. En esta línea, una nación tiene constitución cuando reconoce en ella de modo seguro y estable un principio propio de unidad política que no puede dejar de estar representado por el Estado soberano: la constitución es, pues, una constitución estatal, la constitución del Estado nacional.

Por lo tanto, este cambio vino de Alemania y su máximo intérprete fue, desde luego, Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831). Ya en su primera obra política, *La Constitución de Alemania*, Hegel lamentaba el hecho de que los alemanes considerasen *constitución* lo que era el resultado, logrado fundamentalmente por la práctica, de una serie de contratos, de pactos y de actos de arbitraje, sancionados a menudo en el terreno formal solo a través de las sentencias de los tribunales. En otras palabras, los alemanes intentaban mantener una concepción histórica de la constitución en la que el derecho privado y el derecho público se confundían incluso en el ejercicio de relevantes funciones públicas como la jurisdiccional o la de imponer tributos, dependientes aún en muchos casos de títulos contractuales de derecho privado. En otras palabras, lo que los alemanes llamaban *constitución* era en realidad lo que les impedía convertirse en una nación políticamente capaz de manifestarse como Estado soberano. Tenían una constitución jurídica, pero no existían políticamente porque no tenían una constitución estatal⁴¹.

Por este motivo había que apoyar el esfuerzo de los príncipes territoriales que trataban de extender las competencias de los funcionarios, en perjuicio de las autonomías ciudadanas y de los privilegios de las familias nobiliarias. Y, por el contrario, había que oponerse a los defensores del «buen derecho antiguo» (*das alte gute Recht*), que era en realidad el derecho que se interponía objetivamente en la formación de un Estado alemán⁴². Finalmente, lo que esta cultura constitucional quiere es la conso-

41. G. W. F. Hegel, *Die Verfassung Deutschlands* (1799-1802), en *Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie*, ed. de G. Lasson, Leipzig, 1923 [*La Constitución de Alemania*, Tecnos, Madrid, 2010].

42. G. W. F. Hegel, *Verhandlungen in der Versammlung der Landstände des Königreichs Württemberg* (1817), en *Gesammelte Werke*, vol. XV, *Schriften und Entwürfe I*, ed. de F. Hogemann y Ch. Jamme, Hamburgo, 1990; trad. italiana, *Valutazione degli atti a stampa dell'assemblea dei deputati del regno del Württemberg*, en *Scritti storici e politici*, ed. de D. Losurdo, Roma/Bari, 1997, pp. 113 ss.

lidación de un Estado soberano que no se reduzca a un simple contrato entre distintas partes y siempre revocable por ellas.

En la reconstrucción de Hegel, la fuerza del Estado soberano se manifiesta en múltiples direcciones: reduciendo a unidad los antiguos privilegios, pero también dominando los nuevos intereses privados porque el Estado no puede ser representado en ningún caso como un simple instrumento de conciliación entre los intereses sociales; regulando el pueblo, al que se le quitan su cualidad de sujeto soberano originario y sus representaciones y al que se le atribuye la tarea de reforzar en la sociedad el *sentido del Estado*, pero también el monarca, máxima expresión del interés general del Estado, aunque, finalmente, también él y sus prerrogativas están contenidos en la constitución⁴³.

El mensaje del Estado soberano se recibió de distinto modo incluso en el interior de la propia Alemania. De una parte, sobre todo en Prusia, se tendió a exaltar de forma desmesurada el papel del monarca, de la burocracia y del ejército, y se terminó así por rebasar los límites del constitucionalismo, reduciendo la constitución, y con ella las propias asambleas representativas, a un papel decididamente accesorio. Pero, por otra, la soberanía del Estado constituyó el presupuesto para la anulación de cualquier tipo de soberanía política, la del pueblo con sus representaciones y también la del propio monarca, reducidos por igual a la categoría de poderes jurídicamente regulados y ordenados por la constitución del Estado.

En esta línea, en la segunda mitad del siglo XIX, gracias a una refinada elaboración teórica del derecho público, todos estos poderes llegaron a ser considerados como *órganos* del Estado, considerado a su vez como *persona*. Este es el ideal del *Rechtsstaat*, del Estado de derecho, que tuvo su más acabada expresión teórica con la obra de Georg Jellinek (1851-1911), el más grande jurista alemán entre los siglos XIX y XX. La cultura constitucional que sostiene este Estado de derecho condena tanto a Hobbes como a Rousseau, porque ambos tienden a legitimar poderes políticos carentes sustancialmente de límites formales y sustanciales. Según Jellinek, en esta tradición política de la soberanía había quedado prisionera la propia Revolución francesa, que había superado la destrucción de la soberanía del monarca creando, no por casualidad, otra soberanía igualmente absoluta,

43. G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1821), ed. de J. Hoffmeister, Hamburgo, 1955 [*Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de Derecho natural y Ciencia del Estado*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000], en particular §§ 273 ss., para la figura constitucional del monarca; §§ 298 ss., para el papel de la representación política; §§ 287 ss., para el papel del poder gubernativo y de la burocracia.

la del pueblo y sus representantes. Y por lo tanto, en contra de todo esto, era necesario aproximarse a la nueva soberanía del Estado y de su constitución, que consistía precisamente en la negación de toda soberanía política y de todo principio político tendente a imponerse de forma unilateral⁴⁴.

Lo mismo había de servir para los derechos, que ya no eran concedidos por el soberano ni tampoco objeto de declaraciones que, en sustancia, eran proclamaciones políticas que dejaban esos derechos a disposición de la voluntad de las asambleas, como en la época de la revolución. Por el contrario, los derechos debían ser protegidos por la ley del Estado, limitada por las reglas constitucionales que garantizaban que en su formación participasen poderes limitados que ya no eran expresión de principios políticos dominantes de modo unilateral.

Como se ve, también la soberanía del Estado, de matriz alemana, lleva al final a un resultado de tipo constitucional, es decir, inspirado en un principio de limitación del poder. Y esto no solo en Alemania, porque estas soluciones se extienden también a otros países europeos como Italia o la propia Francia de la III República. Son representativas en este sentido las figuras de Vittorio Emanuele Orlando (1860-1952) en Italia y de Raymond Carré de Malberg (1861-1935) en Francia, juristas que de distinta forma y en contextos distintos asumen la doctrina constitucional alemana. En fin, existe una *ciencia europea del derecho público* que propugna el ideal del Estado de derecho y, con él, el principio constitucional del poder limitado.

Pero todo esto sucede pagando un altísimo precio. La relación entre el Estado y la constitución es ahora, verdaderamente, tan estrecha que no se puede pensar en el Estado sin la constitución, pero también al revés: ahora la constitución existe solo porque tiene que manifestar y regular un Estado. Fuera del Estado, la constitución se mantiene en el vacío y tiende, inexorablemente, a quedar reducida a mero ideal político. Rousseau está lejos, pero también están lejos Kant y Constant, así como otros muchos liberales de la primera mitad de siglo. El Estado de derecho daba, pues, una respuesta fuerte y plausible a la necesidad de estabilidad política que recorría Europa y ofrecía también una garantía legislativa de los derechos

44. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1900 [Teoría general del Estado, FCE, México, 2004]; íd., *Die Politik des Absolutismus und die des Radikalismus (Hobbes und Rousseau)* (1891), en *Ausgewählte Schriften und Reden*, II, Berlín, 1911; reed. Aalen, 1970; íd., *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* (1895), en R. Schürer (ed.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, 1964 [La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, Comares, Granada, 2009].

que a muchos les parecía la más sólida posible, pero a condición de hacer un corte neto, de negar enteramente el origen revolucionario del derecho público europeo y de manifestarse de modo explícito en contra del principio democrático. No es casualidad que, en un célebre pasaje de sus *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho*, Hegel afirmara con claridad que la constitución ya no podía ser *hecha*, en el sentido de estar determinada por la voluntad de un sujeto, como el pueblo en la época de la revolución; era, sencillamente, el orden fundamental de la convivencia civil en el que no se negaban los intereses particulares, sino que se conjugaban de suerte que dieran lugar a la supremacía de lo universal, del interés general representado entonces, en la segunda mitad del siglo, más allá del propio Hegel, por el Estado nacional soberano⁴⁵.

En este marco, la gran idea de la supremacía de la constitución que había comenzado a difundirse en la época de las revoluciones, sobre todo en relación con la americana, tiende a eclipsarse en la Europa de la segunda mitad del siglo XIX. En efecto, esa idea pierde consistencia y termina por ser absorbida por el principio dominante de la soberanía del Estado, que representa la existencia del orden político y, por lo tanto, contiene la propia constitución. En el plano positivo, en los Estados europeos están vigentes sus respectivas Cartas constitucionales, que se dedican casi por completo a regular las formas de gobierno. Declaran también los derechos individuales, pero su tutela es atribuida a la ley del Estado, a la que no puede oponérsele la constitución como norma superior. Así pues, no se fijan las condiciones para establecer un *judicial review*, un control de constitucionalidad.

Este es un rasgo común a toda la experiencia europea. La III República en Francia, el II Reich en Alemania o también la época giolittiana en Italia son regímenes políticos muy diferentes entre sí pero, no obstante, pertenecientes al mismo *tipo histórico*, precisamente el Estado nacional soberano, el Estado de derecho fundado en la declaración de la primacía de la ley y, al mismo tiempo, en la negación de la constitución como norma suprema capaz, como tal, de invalidar normas de grado inferior, incluida la propia ley.

Inglaterra, que nunca admitió las doctrinas alemanas de la soberanía del Estado, ocupa un lugar aparte en este panorama. Pero, de forma distinta, el período que corre entre los siglos XIX y XX es también para Inglaterra la época de la soberanía. Siguiendo la estela de la tradición inglesa, se trata de la soberanía del parlamento, declarada con fuerza en la

45. G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., § 273.

Introduction to the Study of the Law of the Constitution de Albert Venn Dicey (1835-1922), editada con gran éxito varias veces a partir de 1885⁴⁶. Esta soberanía es la que impide en Inglaterra el control de constitucionalidad. Y teniendo todo en cuenta, los motivos fundamentales para impedirlo son los mismos que los de los otros Estados europeos. De hecho, lo que se piensa es que si se permitiese la abrogación o la modificación, o incluso tan solo que una autoridad diferente dejase de aplicar la ley del parlamento, se reabrirla la discusión acerca de la existencia de un sujeto superior al parlamento autor de una norma suprema superior a la ley del parlamento. En una palabra, poner en duda la soberanía del parlamento, incluso mediante el control de constitucionalidad, significaba reabrir, antes o después, la cuestión de la soberanía popular, del poder constituyente y de la democracia. Esto era precisamente lo que, como en cualquier otro país europeo, se trataba de evitar con todo cuidado en Inglaterra.

Obviamente, no se trataba de soberanías ilimitadas. No lo era el Estado soberano de los alemanes o la Asamblea Nacional de los franceses. Y no lo era, desde luego, el Parlamento inglés, cuya soberanía, en la elaboración de Dicey, debía ser respetuosa con las reglas de la *rule of law* —de la garantía de los derechos, en especial en relación a la libertad personal y a la propiedad— y, en general, de la *law of the land* —del derecho que los tribunales aplican común y generalmente—. Pero lo característico de toda esta cultura constitucional europea, más allá de las fronteras nacionales y de las diferentes soluciones institucionales, es el hecho de que *la constitución se ha incorporado, impregnándolo, al sujeto que representa el principio de soberanía*: el Estado para los alemanes, la Asamblea de representantes de la nación para los franceses, el Parlamento para los ingleses. De este modo, el constitucionalismo interviene en la construcción del sujeto soberano, fundamentalmente en el terreno de la forma de gobierno, constitucionalizando las monarquías y, en cualquier caso, manteniendo o introduciendo contrapesos, pero ya no puede constituir una fuerza que actúe desde el exterior. En definitiva, la garantía de los derechos, que es el resultado último del constitucionalismo, descansa casi exclusivamente en la racionalidad y en la moderación de los poderes ordenados por la constitución, pero no directamente sobre la propia constitución que, como tal, no puede oponerse, en el nombre de esos derechos y de su tutela, a la ley, a la voluntad de esos poderes, de esos parlamentos. Estos últimos, como manifestación del principio de soberanía, deben respetar y tutelar los dere-

46. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, 1885, ⁷1908, ⁸1915, reed. Londres, 1926; trad. italiana, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale: le basi del costituzionalismo inglese*, Bolonia, 2003.

chos, pero a condición de que estos no pretendan asentarse en otro lugar, buscar un fundamento propio y autónomo en la constitución, creando de este modo las condiciones para provocar la crisis de la primacía de la ley como expresión del principio de soberanía.

En conclusión, a principios del siglo XX el constitucionalismo europeo parecía haber llegado a un punto más allá del cual ya no se podía avanzar. Nadie pretendía poner en duda la solidez de los Estados nacionales con sus parlamentos, y todos confiaban en la garantía de los derechos que las leyes de esos parlamentos habrían sabido ofrecer. Pero muy pronto, los dramáticos acontecimientos de la primera mitad del siglo XX, las guerras y los totalitarismos, obligaron a todos a reflexionar sobre el modelo constitucional europeo de la época liberal desde sus cimientos.

5. Conclusiones. Un vistazo al siglo XX

El siglo XX es el siglo de la génesis de las Constituciones democráticas, comenzando por la primera, que es la alemana de Weimar de 1919, pasando por la fase decisiva de las Constituciones de la última posguerra, como las francesas de 1946 y 1958, la italiana de 1948 y la *Grundgesetz* alemana de 1949, y acabando finalmente en la Constitución española del posfranquismo de 1978. Las Constituciones democráticas son una conquista reciente del siglo que acaba de transcurrir. En efecto, en los siglos anteriores las Constituciones democráticas estaban vinculadas a fases y acontecimientos totalmente excepcionales, como en 1848, siendo lo más habitual que resultara bastante difícil concebir y realizar una constitución democrática. Nada de esto ocurría por casualidad, sino partiendo de la base de una importantísima tradición histórica que quería que la *constitución* y la *democracia* perteneciesen a terrenos diferentes y con frecuencia opuestos.

A lo largo de la Revolución francesa, cuando en la fase jacobina la tendencia democrática era ya extremada, la Constitución, la de 1793, sancionó el dominio del pueblo soberano y de sus mandatarios sobre los otros poderes y sobre la propia constitución. Esta llamada revolución mostró a toda Europa que a la máxima expansión del principio democrático, de la soberanía y del principio de igualdad le correspondía el eclipse de la supremacía de la norma fundamental, del equilibrio de poderes y de la constitución como límite y garantía.

Y también en Inglaterra, donde en realidad no existía un jacobinismo como el francés, los dos terrenos se contraponían. Por una parte, Burke criticaba los excesos democráticos de la revolución en el nombre de la *an-*

cient constitution inglesa. Pero, por otra, Jeremy Bentham (1748-1832) iba en dirección opuesta, contra el mito inglés del gobierno mixto y del equilibrio de poderes, reivindicando como única garantía posible y eficaz la democrática de la responsabilidad de los gobernantes frente a los electores y de su deber de proveer a la utilidad común⁴⁷. Por una parte, el constitucionalismo consideraba un peligro mortal la expansión del principio democrático, por otra, el principio democrático consideraba la permanencia del constitucionalismo como una especie de obstáculo interpuesto de forma arbitraria, como la imposición de una serie de ligaduras que no atribúan auténticos poderes democráticos que, en calidad de tales, fueran responsables ante el pueblo o la nación.

El siglo siguiente no mejoró las relaciones entre el constitucionalismo y la democracia. En el siglo XIX los ideales del constitucionalismo de la garantía de los derechos y del equilibrio de poderes se desarrollaron en las Cartas constitucionales, que con frecuencia mantenían relevantes prerrogativas para el monarca y para la cámara alta, y establecían cuerpos electorales también bastante restringidos con métodos de carácter censitario. Y cuando el constitucionalismo, en la segunda mitad del siglo, siguió el camino del derecho público estatal, permaneció firme —e incluso se reforzó en cierto sentido— la aversión al poder constituyente, al contractualismo revolucionario y a la plena expansión del principio democrático. Es este rasgo fundamental el que une, en el terreno de la cultura constitucional, la soberanía del Estado dominante en Alemania y la soberanía del parlamento, tan diferente también y nacida de modo distinto en Inglaterra y en Francia.

Por estos motivos, las Constituciones democráticas deben considerarse como la gran novedad del siglo XX. Entonces son posibles, a partir de mediados de siglo, porque en ellas se proclama la *democracia constitucional*, un tipo histórico de democracia sustancialmente nuevo que se anunció en el ámbito de las actuaciones que se realizaron solo en el contexto particular de la Revolución americana. La democracia constitucional se basa en la desaparición de la vieja desconfianza: por una parte, la democracia acepta ser regulada en la constitución, por otra, la constitución acepta su origen político, su procedencia de la voluntad del pueblo soberano.

Es bueno aclarar ya que todo esto no impide que la democracia tenga unos objetivos fuertes y ambiciosos. Una democracia que se desarrolla en la constitución no es en absoluto una democracia más modesta. Es más,

47. J. Bentham, *A Fragment on Government* (1776), ed. de J. H. Burns y H. L. A. Hart, Oxford, 1977 [*Fragmento sobre el gobierno*, Aguilar, Madrid, 1973].

a partir del modelo de Weimar, las democracias constitucionales también son, habitualmente, democracias sociales que consideran el trabajo, la instrucción y la asistencia bienes constitucionalmente protegidos. Lo que importa es que, con independencia de la amplitud de los objetivos, estén limitados los poderes, todos los poderes, incluidos los que derivan directamente del pueblo. Y para esto, para este tipo histórico de democracia, es absolutamente esencial el *judicial review*, el control de constitucionalidad.

Pero también desde la segunda faceta, la del origen de la constitución, ya no es admisible el argumento que pretendía que una constitución *política* querida por el pueblo soberano fuese una constitución *débil* al ser siempre revocable por el pueblo. La democracia constitucional del siglo XX ya no es la democracia revolucionaria del modelo jacobino. Por el contrario, la constitución *política*, precisamente porque incluye algunas líneas fundamentales que trazó en ella el acto constituyente originario, es en calidad de tal una *constitución rígida*, en el sentido de que las posteriores enmiendas, reguladas por la propia constitución, no pueden alterar sus principios fundamentales, su núcleo esencial. El pueblo, de ser un sujeto originario con una amenazadora tendencia a cambiar continuamente los términos del pacto constitucional, se convierte en el fundamento de la rigidez de la constitución.

Y frente al legislador ordinario, la democracia constitucional recupera también para la cultura constitucional europea la importante idea de la supremacía de la constitución, que apareció claramente a finales del siglo XVIII solo en la Revolución americana. También desde este punto de vista, el hecho de que la constitución haya sido querida por un sujeto ulterior y más amplio que el parlamento, el legislador ordinario, se convierte en el mejor argumento a favor de la supremacía de la constitución. En efecto, el parlamento no puede cambiar libremente la constitución por el más simple de los motivos: porque no la ha creado, porque esta es referible a otra voluntad originaria mucho más amplia. Y mejor dicho, es verdad lo contrario: que el parlamento existe porque esa determinada constitución lo ha previsto, con esos límites y con esa determinada potestad normativa.

Así pues, la democracia constitucional de la segunda mitad del siglo XX, por su carácter intrínseco históricamente dado, es una *democracia pluralista* en el sentido intuido por Hans Kelsen (1881-1973) ya en los primeros decenios del siglo⁴⁸. En efecto, si la democracia constitucional fue

48. H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1911), Tübinga, 1923; reed. Aalen, 1960 [*Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* (trad. de la 2.ª ed. alemana), Porrúa, México, 1987].

posible, fue ante todo por la superación de la concepción revolucionaria del poder constituyente como sujeto anterior a la constitución y dotado, casi de modo mágico, de una voluntad originaria perfectamente coherente en sí misma. La nota crítica kelseniana al Estado como *persona* de la anterior tradición del derecho público se convierte, en este sentido, en una crítica también al *pueblo* y a la *nación* entendidos como sujetos políticos formados y completos de por sí. Y se abre así el camino para representar el ejercicio del poder constituyente como un proceso abierto, hecho de decisiones y de compromisos entre sujetos diferentes, partidos políticos, fuerzas sociales y grupos de interés. Si este es el *pueblo* que genera la constitución, es evidente que ya no tiene mucho sentido apelar continuamente a su *voluntad* originaria. En efecto, ese *pueblo* no es anterior a la constitución, en el sentido de que no puede ser mitificado como *autor* de la constitución. En cambio, ese *pueblo* existe *a través* de la constitución elaborada por el proceso constituyente, es más el resultado del proceso constituyente que su origen o su presupuesto. Por este motivo, el pueblo solo puede vivir en el seno de la propia constitución. Sin este pasaje jamás se habría efectuado la reconciliación histórica entre el constitucionalismo y la democracia, fundamentalmente porque el primero habría seguido temiéndole a la primera, como en tiempos de la revolución.

Pero una vez más, tenemos también la otra cara de la moneda. La democracia no puede describirse como una fiera ya domesticada que entra dócilmente en el recinto de la constitución. La democracia entra conscientemente en ese recinto, y entra en él, en primer lugar, porque piensa que dentro de los límites de la constitución democrática es posible una gran expansión renovada del principio democrático, y en particular del principio de igualdad, con la constitucionalización de los derechos sociales. La democracia escoge la vía de la constitución porque es la propia constitución la que se vuelve democrática. Y tampoco en la génesis de la constitución puede convertirse el pluralismo en relativismo, porque el proceso constituyente está hecho también de decisiones y de alternativas ante determinados valores que se convierten en principios fundamentales de la norma constitucional y constituyen los rasgos esenciales de la democracia. Así pues, la constitución democrática es el lugar en el que vive el pluralismo social y político que caracteriza en lo más profundo el siglo xx, pero es también el lugar en el que se actúa continuamente para su renovación, para la reproducción de una forma política capaz de contenerlo y de representarlo de modo unitario. La democracia ya no vive más que en el seno de la constitución, pero la constitución necesita también de la democracia si no quiere quedar reducida a una mera reproducción de la complejidad de las relaciones sociales.

Finalmente, la segunda mitad del siglo XX es también la época histórica en la que la constitución trata de desprenderse de la forma estatal y del ámbito nacional que la habían caracterizado durante todo el periodo revolucionario y, en particular, durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del XX. Para concluir, aquí solo se puede esbozar la evolución de las relaciones entre los Estados europeos, que sigue su curso y que parece haber trascendido ya las fronteras tradicionalmente fijadas por el derecho internacional, entendido como el derecho que regula, con el tratado como instrumento, las relaciones entre Estados soberanos. En efecto, el derecho comunitario europeo es hoy un derecho que se impone ya en determinadas materias como fuente primaria por parte de las jurisdicciones nacionales y que, en determinadas condiciones, produce la no aplicación del derecho nacional que no es concordante. El conjunto de principios que se imponen de este modo puede considerarse, efectivamente, como una especie de núcleo originario de una *constitución* que se sitúa en un plano que ya no es el nacional ni el internacional, sino el supranacional. Y todo esto está sucediendo al margen de las categorías que han dominado el derecho público europeo desde la revolución en adelante, en la época del derecho público estatal. Es posible porque los sujetos que actúan en la construcción del ordenamiento supranacional son las actuales democracias constitucionales y no los Estados nacionales soberanos de la primera mitad del siglo pasado⁴⁹.

En otras palabras, hay ahora un constitucionalismo nuevo y distinto que conlleva, a diferencia del pasado reciente y precisamente en virtud de sus rasgos determinados históricamente, la posible evolución en un sentido supranacional. El proceso está desarrollándose y nadie puede prever si en nuestro futuro habrá realmente un ordenamiento con pleno carácter vinculante situado en un plano supranacional, o bien una auténtica constitución nacida de las relaciones entre los Estados pero que ahora ya se sitúa más allá. En suma, *una constitución más allá del Estado* como el último producto original del constitucionalismo europeo.

49. Sobre este punto, véanse los dos últimos capítulos del libro.

LA CONSTITUCIÓN FEDERAL AMERICANA COMO «MODELO CONSTITUCIONAL»

1. Introducción

El objeto de nuestra atención no es tanto la génesis de la Constitución federal americana —a la que también le dedicaremos de todos modos especial atención— ni el desarrollo posterior entre los siglos XIX y XX, sino la síntesis y el resultado de todo esto, que llegan hasta nosotros y la cultura constitucional de nuestra época, poniendo en nuestras manos una constitución entendida positivamente en un plano que es, sin duda, el del *modelo constitucional*, esto es, el de una constitución dotada, en un sentido ejemplar y paradigmático, de ciertos rasgos que pueden considerarse propios de la forma constitucional moderna o de una versión suya particular.

Por lo demás, es necesario precisar en seguida que la posibilidad de tratar la Constitución federal americana como un *modelo constitucional* tiene que ver solo en parte con el éxito de dicha Constitución o con su extraordinaria longevidad. En efecto, en la historia de las constituciones hay constituciones que jamás entraron en vigor o acabaron trágicamente y, no obstante, han sido consideradas como auténticos *modelos constitucionales*, como la afortunadísima Constitución americana precisamente: basta con pensar en la Constitución francesa de 1793, que con toda seguridad ha simbolizado el *modelo* de la constitución moderna radical, o en la Constitución alemana de Weimar, que se suele considerar como el *modelo* de las Constituciones democráticas y sociales del siglo XX¹.

1. El siguiente capítulo está dedicado al «tipo histórico» de la «constitución radical». Se hará referencia en varias ocasiones a las «Constituciones democráticas del siglo XX» en la segunda parte del libro, dedicada a los «problemas del constitucionalismo».

Así pues, la Constitución americana se ha convertido en un *modelo*, no por su fuerza o por su éxito, sino por su contenido, porque algunos de sus rasgos tienden a estar presentes en la experiencia constitucional en los términos del *modelo* y a presentarse de nuevo, una y otra vez, en diversos lugares y en diversas épocas. Se podría incluso hasta cambiar el razonamiento: la Constitución americana ha tenido fuerza y éxito hasta hoy precisamente porque pertenece a la categoría de constituciones que están intrínsecamente predispuestas a presentarse como *modelo*. Por eso es necesario continuar con la búsqueda de los rasgos fundamentales que componen el «modelo».

2. La constitución como ley suprema del país

El primero de estos rasgos tiene que ver con la *supremacy clause*, con la constitución como ley suprema del país y reconocida como tal por el pueblo soberano. Por decirlo de forma resumida, con la Constitución federal americana comienza un *modelo* que prevé como primer rasgo fundamental la supremacía de la constitución, en primer lugar frente a la ley ordinaria del parlamento y, por lo tanto, frente a la voluntad de la mayoría. Como sabemos, se trata de un *modelo* que no se realizó en aquel momento. En Europa, la Revolución francesa dejó en este punto una herencia bastante controvertida, y con posterioridad, el positivismo y el legalismo del siglo XIX combatieron durante mucho tiempo este ideal de la constitución como ley suprema del país.

En la Revolución americana las cosas fueron distintas desde el primer momento, puesto que, contra la injusta imposición de tributos del Parlamento inglés, los colonos tuvieron pronto necesidad de invocar una norma superior a la que llamaron precisamente *constitución* de modo cada vez más explícito; y luego se planteó también en seguida el problema de la limitación de la legislación de cada uno de los Estados haciendo referencia a una norma superior, considerada como tal porque provenía de una fuente superior a la parlamentaria y que no podía ser sino la fuente de la que nacía la autoridad del propio parlamento, esto es, la fuente popular. Cuando se llegue a la Constitución federal, no se desvanecerá este elemento de la supremacía de la constitución que había inspirado la revolución y dirigido su evolución posterior. En el *modelo* que representa la Constitución federal americana, el primer elemento que la caracteriza se mantendrá como un vínculo fuerte entre la supremacía de la constitución y la voluntad popular.

En definitiva, esta es la mayor diferencia con la Revolución francesa. Mientras en esta última, según la lógica hobbesiana clásicamente monista,

hay una sola voluntad popular como fundamento que no distingue entre la autoridad de la ley y la de la constitución —de suerte que la relación normativa entre una y otra resulta necesariamente problemática al situarse entre dos fuentes fundamentalmente de igual dignidad—, en el caso americano, el *modelo* tiene una estructura *dual de por sí* porque el sujeto-pueblo expresa dos voluntades bien diferenciadas: por una parte la constituyente, fundamento de la supremacía de la constitución, y por otra la política, mucho más contingente y que, a tenor de las circunstancias, establece un solo legislador como expresión de una sola mayoría². Hay un pasaje del *Federalist* absolutamente ejemplar en este sentido: en él se invita a desconfiar del legislador, al que a veces le sucede «fantasear con ser el propio pueblo»³. Es evidente que en el *modelo* del que nos estamos ocupando ningún poder puede abandonarse a tales fantasías, pues el *propio pueblo*, como se dice en el fragmento citado, no puede existir más que a través de la constitución: su soberanía es idéntica a la supremacía de la constitución. Otra cosa, menor y subordinada, es la voluntad del pueblo constitutiva de un parlamento y de una mayoría.

Es como si se reprodujese ahora, en la democracia, la antigua doctrina de los dos cuerpos del rey, uno más elevado y noble que el otro porque, en aquel caso, estaba presente en el parlamento junto a los otros componentes del reino y de su constitución, según el conocidísimo principio del *King in Parliament*. Ahora, de un modo no muy diferente, en nuestro *modelo* existen *dos cuerpos del pueblo*: uno más elevado y noble que genera la constitución, y otro más restringido y contingente en el que se expresa la voluntad de la mayoría. Y como la doctrina de los dos cuerpos del rey, que servía para limitar los poderes del soberano fuera del parlamento, asimismo el modelo constitucional dual del que estamos hablando tiene una función limitativa semejante que, en este caso, se ejerce precisamente frente al parlamento. Por lo demás, el propio *modelo* actúa en este sentido en todas direcciones y por consiguiente también frente al otro gran poder regulado por la constitución que sin duda es el poder de impartir justicia a través de la interpretación y la aplicación del derecho. No es casual que, cuando en otro célebre pasaje del *Federalist* Hamilton prefigura del poder de los jueces de declarar *void* un acto del legislador por ser contrario a la

2. Para los elementos fundamentales de la comparación entre las dos revoluciones, la francesa y la americana, en particular en el plano de la historia constitucional, remito a M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones* (1995), Trotta, Madrid, 2009, y a la bibliografía utilizada y citada en esa obra.

3. A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *The Federalist with Letters of «Brutus»*, ed. de T. Hall, Cambridge UP, Cambridge, 2003.

constitución, la mayor preocupación parezca ser la de no considerar ese acto declaratorio como expresión de una supremacía de los jueces sobre el parlamento: cuando los primeros anulan o dejan de aplicar un acto del segundo no proclaman su autoridad, sino la de la constitución, de la que ellos mismos no son sino un instrumento de aplicación⁴.

Así pues, nuestro *modelo* comienza a concretarse. Su primer rasgo viene dado por la supremacía de la constitución, que actúa frente a cualquiera de los poderes constituidos que en ella se fundamentan y encuentran su límite, desde el poder de hacer la ley al poder de impartir justicia. Pero esta fuerza y esta autoridad especiales de la constitución tienen, a su vez, un fundamento claro, la voluntad popular; pero no en el sentido del poder constituyente de la Revolución francesa, esto es, de una voluntad que contiene la constitución porque contiene todo un proyecto de demolición del régimen anterior y de instauración de una nueva sociedad. Los americanos, en nuestro modelo constitucional, no necesitan concebir el poder constituyente en estos términos para llegar al resultado de la supremacía de la constitución. Es más, puede decirse que desconfían claramente de esta concepción del pueblo soberano en función constituyente que lo configura casi como una persona capaz de querer y, por lo tanto, capaz de fundar el orden político y constitucional. Y en efecto, la experiencia posterior llevada a cabo en Europa basándose en el modelo constitucional de la Revolución francesa mostró con claridad que lo que se formulaba a partir de esa precisa concepción del poder constituyente acababa inevitablemente por buscar a *otra persona* en quien hacer tangible el poder originario del pueblo soberano que, además, de forma asimismo inevitable, era el legislador, siguiendo la línea que lleva de Hobbes a Rousseau. Se partía de la retórica revolucionaria de la constitución pero en realidad se creaban los presupuestos para la primacía del legislador que, a su vez, era inconciliable con la supremacía de la constitución.

Muy distinto es el panorama global de referencia en el caso de la Revolución americana y del modelo constitucional que de ella surge. En este caso, el sujeto-pueblo que es la base de la constitución no tiene tanto la función de determinar una especie de dirección fundamental para transferírsela a los poderes constituidos, y principalmente al legislador, cuanto la tarea de exigir la existencia de *un orden primario* que es, al modo kelseniano, el presupuesto de la constitución entendida positivamente y que, por este motivo, es indisponible y, por ello, no puede ser violado por los poderes constituidos.

4. *Ibid.*, n.º 78.

No es posible mostrar aquí qué fue en concreto para los americanos el *pueblo* como fundamento de la supremacía de la constitución. Bastará con recordar un episodio y una fecha que constituyen, en efecto, un giro radical. Se trata del 23 de julio de 1787 y del célebre discurso de Madison sobre la diferencia esencial entre el tratado y la constitución, que entre otras cosas nos interesa mucho precisamente a nosotros, los europeos, por motivos que son conocidos por todos⁵. En una palabra, según Madison, lo que distingue la constitución del tratado es precisamente su fundamento popular: mientras el tratado es un acto estipulado entre Estados soberanos y apoyado por la aprobación de los respectivos parlamentos, la constitución —que es lo que, según Madison, estaban haciendo los americanos— no puede tener sino una base popular. Por este motivo, debían organizarse convenciones especiales para la ratificación de la constitución por parte de cada uno de los Estados. El conjunto de estas Convenciones era precisamente el *pueblo* como fundamento necesario de la constitución. En él se buscaba la sanción de un nuevo orden entre los Estados que perseguía algo más y muy distinto de la simple modificación de los artículos de la Confederación, esto es, del Tratado que antes regulaba las relaciones entre esos mismos Estados. En rechazo, en esta diferencia, se encierra lo que los americanos llamaban entonces la *constitución*, y haber dado ese salto era precisamente lo que les hacía considerar indispensable la aprobación popular.

Esa aprobación no incluía, como en el caso del poder constituyente de la Revolución francesa, el proyecto orgánico de un orden social y político completamente nuevo, y servía más bien para dar al documento que los americanos estaban poniendo en vigor toda la fuerza necesaria para regular el conjunto de poderes, estatales y federales, que se estaban poniendo en marcha, esto es, para ocupar esa posición de supremacía que hemos recordado en más ocasiones. La soberanía popular no amenazaba la estabilidad del pacto constitucional, sino que, al contrario, era la base de la

5. Retomaremos en las conclusiones esta referencia a los actuales problemas constitucionales europeos. Ahora, remitimos a M. Fioravanti, «Il processo costituyente europeo»: *Quindici Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 31 (2002), dedicado a *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, ed. de P. Costa, Milán, 2003, t. I, pp. 273 ss. Para el discurso de Madison citado en el texto, véase *The Records of the Federal Convention*, ed. de M. Farrand, New Haven, 1911, II, 93. Aquí también se puede recordar la bibliografía principal sobre el tránsito de la Confederación a la Constitución federal: G. S. Wood (ed.), *The Confederation and the Constitution. The Critical Issues*, University Press of America, Lanham, 1973; A. T. Mason, *The States' Rights Debate: Antifederalism and the Constitution*, Oxford UP, Nueva York, 1977; y, sobre todo, la más reciente investigación de K. L. Dougherty, *Collective Action under the Articles of Confederation*, Cambridge UP, Cambridge, 2001.

supremacía de la constitución. Diría que esta es la herencia primera dejada por la experiencia constitucional americana a la teoría de la constitución en la Edad Moderna y en la contemporánea: un modelo constitucional en el cual el pueblo soberano no amenaza sino que, al contrario, funda y determina la supremacía de la constitución.

3. *La ciudadanía como el resultado de compartir derechos*

Dentro de los límites del rápido análisis de nuestro modelo constitucional que estamos trazando, colocaría en segundo lugar la cuestión de la ciudadanía y en particular de los derechos, que en el caso americano están contenidos bien en las Constituciones de los Estados, bien en la Constitución federal, comenzando obviamente por el *Bill of Rights* de 1791. También en este caso, como en el del aspecto antes examinado de la supremacía de la constitución, para comprender el rasgo fundamental del modelo constitucional inspirado en la experiencia americana es necesario medir previamente su distancia con el otro modelo, que es ciertamente el dominante en la Europa continental a partir de la Revolución francesa.

Aquí no se está hablando de la amplitud de los derechos de ciudadanía, sino de su estructura fundamental y, sobre todo, del criterio básico para su atribución a los sujetos. En el modelo europeo continental no existen derechos de ciudadanía al margen del binomio pertenencia-representación. Se es ciudadano y se es, en consecuencia, titular de derechos porque se pertenece a un pueblo o a una nación que, a su vez, se han vuelto constitucionalmente relevantes porque han sido capaces de representarse de forma estatal según el esquema iniciado por Hobbes de la personificación del poder, y por lo tanto de alcanzar el resultado de la producción autoritaria del derecho, de la ley del Estado, que es lo que en definitiva cierra el círculo porque es el trámite necesario para la atribución de derechos. En una palabra, en el modelo europeo continental existe un nexo necesario e imprescindible entre los derechos y la soberanía, que a partir de la Revolución francesa y del propio texto de la Declaración de derechos de 1789 adquiere la forma de nación y de ley. De modo que los propios derechos son impensables sin el *principio de exclusividad*: se es titular de derechos porque se es ciudadano, y se es ciudadano porque se pertenece de modo exclusivo a un pueblo o a una nación, al pueblo o a la nación que han superado e incorporado históricamente las numerosas pertenencias anteriores a un estamento y a un lugar.

Ahora bien, este no es el modelo de la Revolución americana que estamos trazando a partir de la Constitución federal americana. El primer punto que se debe aclarar a este respecto se refiere al propio *Bill of Rights*. Este no nace para instaurar la ciudadanía americana, sino para limitar el poder federal recién instituido, que es una cosa muy distinta. Lo querían, no quienes intentaban ampliar los poderes comunes y federales menoscabando los estatales, sino al contrario quienes pensaban que se habían extralimitado en la necesaria admisión de un poder supraestatal y que por ello había que proceder a limitar ese poder, precisamente con el *Bill of Rights*. Teniendo en cuenta este perfil, una de las deliberaciones más importantes del Congreso en 1789 es precisamente la que establece que el *Bill of Rights* se aplique solo a la actividad de los poderes federales y no afecte por lo tanto al ámbito estatal⁶. Así pues, que una ley estatal pueda dejar de ser aplicada por un juez —como ocurrirá, pero mucho más tarde— por considerarse en desacuerdo con el *Bill of Rights* es una hipótesis muy alejada de las intenciones y de las expectativas de los Constituyentes americanos, justamente porque no partían del modelo europeo fundado en el principio de exclusividad, y por lo tanto no creían poner en funcionamiento un mecanismo que pretendiera incorporar las ciudadanías estatales en el seno de la federal americana.

He aquí, pues, la manifestación de otro rasgo de nuestro *modelo constitucional* tras el de la supremacía de la constitución. Se trata de la posibilidad de considerar y de poner en funcionamiento un nuevo *imperium* y una nueva soberanía, pues este es el nuevo poder federal que se ejerce entonces directamente sobre los ciudadanos americanos al imponerles tributos, llamarlos a la leva militar y también en otros casos, pero sin percibir la necesidad de basarlo en el principio de exclusividad y, por lo tanto, sin proceder de modo inmediato a la construcción de una ciudadanía que sustituya a cualquier otro vínculo anterior de pertenencia. Solo en este panorama es comprensible la jurisprudencia de la Corte Suprema, que durante buena parte del siglo XIX aún mantenía con firmeza el principio originario de la no aplicación del *Bill of Rights* a la legislación estatal; por lo demás, es sabido que solo al comienzo de los años veinte del siglo siguiente, el XX, el propio Tribunal Supremo, apreciando de modo particular la XIV enmienda de 23 de julio de 1868, llegó a la conclusión de que los Estados se sometieran al principio del *due process of law* contenido en el *Bill of Rights*, y en particular en la V enmienda, creando así finalmente los presupuestos para un derecho fundamental a un proceso

⁶. Sobre este punto, véase F. D. Drake y L. R. Nelson (eds.), *States' Rights and American Federalism*, Westport-Londres, 1999, pp. 67 ss.

justo en el ámbito americano, como un aspecto esencial de los derechos de ciudadanía que le pertenecen al ciudadano americano como tal⁷.

Se confirma así el carácter *intrínsecamente pluralista* de nuestro modelo constitucional. Si en el aspecto contemplado en primer lugar, el de la supremacía de la constitución, la diferencia respecto al modelo europeo continental se producía sobre todo por la posibilidad de distinguir, en una lógica dual y no ya monista, entre el pueblo que actúa en sede constituyente y el que escoge una orientación política y legítima a un simple legislador, ahora, en este segundo aspecto, la misma diferencia se produce sobre todo a través de la posibilidad de considerar y de poner en funcionamiento un nuevo *imperium* de base contractual, sin un principio de exclusividad, por parte de unidades políticas que continúan existiendo como tales, incluso después de la fundación de ese *imperium*, y que plantean por lo tanto el problema de la pluralidad de pertenencias en el seno de una pertenencia común.

Obviamente, todos sabemos bien que en adelante el equilibrio entre los poderes se ha ido desplazando cada vez más, de forma progresiva, del lado del poder federal, tanto que no pocos comentaristas consideran ya el Estado federal americano como un tipo particular de Estado unitario, diferente solo cuantitativamente, por los diferentes grados de autonomía, del modelo europeo continental. Y sin embargo, algunos puntos parecen irrenunciables: que históricamente la fundación de un nuevo poder no se ha asociado de modo inmediato al principio de exclusividad; que la creación de una ciudadanía americana, subordinada en cierta medida a las ciudadanías estatales, es fruto de un proceso largo y polémico, quizá aún inacabado; y que, a fin de cuentas, todavía hoy los ciudadanos americanos saben que tienen a su disposición dos posibles sistemas para la tutela de los derechos, el federal y el estatal, entre los cuales es posible elegir libremente en muchos casos, basándose en un mero principio de conveniencia.

Bien mirado, hay también un punto de vista a partir del cual es posible resumir toda la materia examinada hasta aquí y que es común a los dos aspectos considerados de la supremacía de la constitución y de la ciudadanía. Se trata del *principio de soberanía*, que puede concebirse sin duda como el fundamento del modelo constitucional europeo continental. Es

7. *Ibid.*, p. 91, para una sentencia de la Corte Suprema de 1833, ejemplar en su confirmación del principio de la imposibilidad de oponer el *Bill of Rights* a los Estados y a su legislación; e *ibid.*, pp. 139 ss., para la posterior apreciación de la XIV enmienda por parte de la misma Corte Suprema. Bajo un perfil distinto, véase también G. Buttà (ed.), *John Marshall. «Judicial Review» e Stato federale*, Milán, 1998.

el principio que impone la concepción monista de una voluntad popular siempre idéntica a sí misma, y el mismo que impide tomar en consideración, por lo que atañe a la ciudadanía, la hipótesis de la coexistencia regulada constitucionalmente de una multiplicidad de pertenencias. En el modelo constitucional que nos ofrece la experiencia americana, precisamente por ausencia en él de ese principio de soberanía peculiar del modelo europeo-continental, esta hipótesis de la coexistencia es practicable en el plano de la ciudadanía, así como, por el mismo motivo, es posible la supremacía de la constitución en el plano de la constitución como norma jurídica, justamente porque el pueblo no es siempre inevitable y uniformemente soberano, pero es a veces —y solo a veces— generador de la constitución, y otras veces —es más, bastante más a menudo y de modo totalmente distinto— sencillamente generador de una orientación política y de legisladores legitimados según las necesidades, pero siempre y solo en el seno de la constitución ya dada.

Pero volvamos de nuevo a la ciudadanía para concluir este punto. Es evidente que en un modelo constitucional como este que estamos describiendo se esfuma cada vez más el propio concepto de *pertenencia* que nosotros mismos hemos utilizado en otras ocasiones. En efecto, en cierto sentido, en ese concepto está implícito el principio de exclusividad: si de verdad se pertenece, no se pertenece más que a un solo sujeto supra-individual, a un solo pueblo, a una sola nación, y nuestros derechos, en ese punto, no pueden basarse más que en un único derecho, en la ley del Estado en el que ese pueblo o esa nación están representados. En nuestro modelo todo este andamiaje tiende a caer, de modo que más que de pertenencia se debe hablar de *compartir*: lo que cuenta ahora para identificar la ciudadanía *es el resultado, más que el origen*, esto es, el hecho de que una multiplicidad de sujetos comparta precisamente los mismos derechos. Si se debe continuar hablando de *pertenencia*, se puede hacer ahora refiriéndose no ya a un sujeto y a una causa originaria, sino a una tradición, a un patrimonio que se ha ido formando históricamente a lo largo del tiempo, a través de una serie de mediaciones, sobre una base esencialmente pluralista. Pero en el plano más estrictamente jurídico, lo más importante es que en este contexto diferente se pierde el elemento de la unicidad del derecho, puesto que los derechos de ciudadanía pueden ahora fundarse sin problemas en una pluralidad de fuentes y de derechos, en derechos propios y en un derecho común que, como tal, presupone la pluralidad de derechos y se opone, lógicamente, al derecho único.

Volveremos al final sobre este punto, así como sobre el anterior de la supremacía de la constitución, para mostrar cuán presentes están en la actual experiencia constitucional y en particular en la europea.

4. La constitución como ordenación de poderes

Toda constitución es una ordenación de poderes. Lo ha sido sin duda en el plano histórico incluso la Constitución federal americana, con modalidades que pueden referirse también al plano del *modelo*, que es el que aquí interesa. Ahora no es posible entrar en detalles sobre la regulación de la relación entre los poderes. Basta más bien con aprehender el sentido global de lo que, a causa de este tercer aspecto, es peculiar de nuestro *modelo*, opuesto una vez más al modelo europeo continental.

Lo que una vez más se pone en evidencia al instante, también bajo este perfil, es la gran eximente que contiene el principio de soberanía. Mientras una constitución que pertenezca al modelo europeo continental es inconcebible sin la *cláusula que atribuya la soberanía* y sin la identificación, a continuación, de *un poder* que represente la soberanía —tras la revolución, normalmente el legislativo—, en el caso de la Constitución federal americana y del modelo que puede elaborarse a partir de ella, se buscaría en vano esa cláusula y, sobre todo, un poder que pueda decirse que representa el principio de soberanía.

Como hemos visto ya, cuando los jueces americanos dejan de aplicar una norma no declaran la *soberanía*, sino la supremacía de la Constitución, que es una cosa muy distinta. Y lo mismo debe decirse de los otros dos poderes contemplados en la Constitución. A decir verdad, al serle conferido el poder ejecutivo el presidente no manifiesta la *soberanía*. Aparte de la limitación también importante que ejerce el Senado sobre algunos de los decisivos poderes de nominación del presidente, este último no tiene ninguna relación con el poder de hacer la ley —en el plano formal, al poder ejecutivo se le ha quitado, de modo intencionado, la iniciativa legislativa— ni con el poder de imponer tributos, que son poderes imprescindibles para la configuración de un poder representativo del principio de soberanía. Y finalmente, el Congreso, al que precisamente se le atribuyen esos poderes, sabe que la Constitución enumera las materias sobre las cuales puede ejercerse legítimamente la función legislativa, en manifiesta oposición con el modelo europeo continental de la legislación como expresión de soberanía que, como tal, no puede tolerar límites materiales prefijados constitucionalmente. Es verdad que la última entrada de la sección octava del artículo primero de la Constitución federal contiene la célebre *necessary-and-proper clause*⁸, por medio de la

8. Así reza la *necessary-and-proper clause*: el Congreso tendrá facultades «para dictar todas las leyes que sean necesarias y adecuadas para el ejercicio de las potestades mencionadas», lo que, en el paso de la Confederación a la Federación, atenuaba sin duda bastante

cual se ha introducido una muy notable ampliación del terreno normativo que cubre el Congreso, pero también es verdad que dicha ampliación se mantiene dentro de ciertos límites gracias a todo el sistema constitucional americano, gracias a la presencia permanente de la legislación estatal y gracias al poder de veto del propio presidente, inconcebible, no por casualidad, en la configuración del modelo europeo continental a consecuencia de legislativos que son expresión del principio de soberanía y que, por ello y como tales, no pueden tolerar vetos de ese tipo.

Así pues, en nuestro modelo todos los poderes tienen su espacio en la constitución, incluso amplio y relevante, pero ninguno de ellos es el poder por excelencia en el que se manifiesta el principio de soberanía. Por este motivo, reviste especial importancia en nuestro modelo y en la propia Constitución federal americana la dimensión del *equilibrio entre los poderes*; no solo entre poderes federales y poderes estatales, o entre poderes de dirección política y poderes de garantía —en particular a través del control difuso de constitucionalidad—, sino también entre los propios poderes de dirección, contruidos sobre una base representativa, y por lo tanto entre el presidente y el Congreso: el primero, oponiendo ante el Congreso su poder de veto, el segundo oponiendo ante el ejecutivo el llamado *poder de la bolsa*, la recaudación financiera y tributaria⁹.

Es también aquí donde se establece, precisamente a través de este último tipo de equilibrio entre los poderes políticos, la mayor diferencia con el modelo europeo continental. Y de hecho, en este segundo modelo pueden realizarse de modo satisfactorio —y efectivamente se han realizado— diversos tipos de equilibrio, entre el poder representativo de la totalidad y las autonomías, o entre poderes de dirección política y poderes neutros de garantía, pero lo que resulta imposible o en todo caso extremadamente difícil —como resulta, entre otras cosas, de la experiencia concreta que deriva de la Revolución francesa— es el equilibrio entre

el principio de perentoriedad enunciado en el texto, según el cual el Congreso tenía una amplia potestad legislativa pero no soberana porque se limitaba solo a las materias expresamente señaladas en la Constitución.

9. Entre los distintos tipos de equilibrio, está también el que existe en el seno del Congreso entre sus dos ramas. El bicameralismo por el que optaron los Constituyentes americanos, más bien complejo, merecería un análisis por separado que aquí no puede ni siquiera iniciarse. De modo más general, debe recordarse que la expresión teórica más elevada del gobierno limitado, precisamente a través de la técnica del equilibrio entre poderes, es la proporcionada por James Madison y se relaciona con el gran principio de la constitución republicana, democrática en lo se refiere a la articulación de los poderes previstos en ella. Nos limitamos a recordar aquí, a este respecto, el texto más conocido: Hamilton, Madison y Jay, *The Federalist*, cit., n.º 10, 47, 48, 51, 63.

los propios poderes de dirección y, en particular, entre el ejecutivo y los parlamentos, por la evidente lógica subyacente a ese modelo que empuja de modo inexorable a soluciones monistas y, por lo tanto, a que los parlamentos dispongan con demasiada facilidad de los ejecutivos respectivos, o viceversa.

En efecto, lo que al final requiere el modelo europeo continental es que el poder de dirección política se concentre en un único poder de carácter representativo, sea el parlamento o el gobierno, o por lo menos que en la dinámica que se produce entre estos dos poderes haya uno claramente dominante. Al contrario, el modelo que obtenemos de la Constitución federal americana, precisamente por este aspecto, es *dual de por sí*, de suerte que el poder político de dirección resulta dividido en dos: por una parte el poder de hacer la ley y de imponer tributos, por otra el poder de gobernar, de elegir a los hombres, de administrar los recursos y de proveer a las necesidades. El poder político, que ya no se concibe de modo monista, se organiza de este modo en distintos poderes que se atribuyen a sujetos diferentes en una relación recíproca de equilibrio y de limitación.

En nuestro modelo, y en la Constitución federal americana, nada de esto tiene que ver con una cuestión de mera competencia, sino que, por el contrario, es expresión de un principio fundamental, el de la *limitación constitucional del poder*. Para cumplir con este principio no es suficiente el pluralismo insito en la solución federal o el control difuso de constitucionalidad y, por el contrario, es necesario penetrar en el núcleo más duro y escondido del poder político, dividiéndolo en su interior para tener el resultado final de *dos poderes*, ninguno de los cuales pueda ya ser considerado como el poder por excelencia representativo del principio de soberanía, y que también estén en una relación de equilibrio y de limitación recíproca, como en el caso de la relación entre el presidente y el Congreso en la Constitución federal americana.

Por consiguiente, en nuestro modelo constitucional hay una dualidad ulterior. Más allá de la especificidad de la solución presidencial americana, se trata de esa dualidad que actúa en la historia constitucional como contrapeso y frente a la concentración de poder en manos de quien, sobre una base popular, ha sido nombrado para representar, para legislar y para gobernar. El principio que inspira dicha dualidad se encuentra bajo diversas formas en todos los clásicos del constitucionalismo moderno¹⁰ y se puede expresar así: quien tiene el poder de hacer la ley y de imponer

10. Para una visión breve de conjunto sobre este punto, remitimos a M. Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 71-164.

tributos no puede disponer al mismo tiempo de los medios de ejecución de la ley y tener la responsabilidad de administrar los recursos que derivan de esos tributos; y viceversa. Y también: quien tiene el poder de hacer la ley no puede tener el mando sobre quienes están obligados a seguirla; y viceversa. Cuando estos dos sujetos —para simplificar: el legislador y el gobernante— tienden a convertirse en uno solo, se abre la vía del despotismo, incluso aunque la legitimación de este único sujeto hubiera de ser popular.

5. Conclusiones

Unas palabras para concluir. Así pues, hay tres puntos esenciales en el modelo constitucional que hemos examinado: la supremacía de la constitución, la ciudadanía como derechos compartidos y el equilibrio y el contrapeso entre los poderes. Los tres se definen históricamente por oposición al modelo europeo continental basado en el principio de soberanía. Con la supremacía de la constitución hace crisis la primacía absoluta de la ley como expresión de la soberanía del pueblo o de la nación; la ciudadanía como resultado de compartir abre a su vez un horizonte de carácter pluralista, entrando en crisis el principio de exclusividad y, por lo tanto, la unicidad de la fuente de atribución de los derechos a los sujetos; finalmente, el equilibrio y el contrapeso entre los poderes presupone que no hay ya un poder por excelencia en el que se exprese de modo primario y esté representado el principio de soberanía.

Ahora hay que preguntarse: ¿pero verdaderamente ha supuesto la Constitución federal americana todo esto? Y sobre todo: ¿se han realizado quizá también en otro lugar, y eventualmente en cualquier otra parte del mundo y del atlas constitucional, en todo o en parte, uno o más de los principios enunciados arriba? Responder a tales preguntas equivale a reescribir capítulos enteros de la historia del constitucionalismo. En verdad, no es el caso. Pero se puede intentar hacer una especie de reflexión conclusiva relativa a la fase actual de la historia constitucional europea, a la que en alguna ocasión nos hemos referido de modo realmente apresurado.

Como es sabido, precisamente en esta última fase los Estados europeos también están ajustando sus cuentas con el principio de soberanía¹¹.

11. La tradición histórica que se expresa en el principio de soberanía y su superación actual se describen en M. Fioravanti, «Estado y constitución», en Íd. (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 13-43. Para los actuales acontecimientos constitucionales europeos, véanse los dos últimos capítulos del libro.

Y por lo tanto se están aproximando al modelo constitucional que hemos elaborado a partir de la Constitución federal americana. Es más, puede decirse que una de las grandes claves de lectura de nuestro presente constitucional es precisamente esta de la progresiva superación de la oposición entre los dos modelos que hemos examinado, entre el modelo europeo continental y el que hemos elaborado a partir de la experiencia americana. Es la progresiva caída del principio de soberanía la que determina dicha superación. Sobre todo por lo que se refiere al primero de los puntos que hemos tomado en consideración, el de la supremacía de la constitución, pues también en los Estados nacionales europeos, a partir de la última posguerra, se fijaron las condiciones para la declaración, si bien discutida, de una norma jurídica suprema situada claramente en el vértice de las fuentes del derecho. Dicha norma implicó además un papel distinto para la jurisdicción y mucho más amplio respecto al del pasado, que el modelo elaborado a partir de la Revolución francesa había reducido a la actividad de mera aplicación de la ley.

Pero hay que decir que, en conjunto, en Europa resulta todavía difícil darse cuenta del notable alcance del paso histórico que se está dando *del Estado de derecho fundado en la primacía de la ley al Estado constitucional fundado en la supremacía de la constitución*. En particular, por lo que se refiere al tercer punto de nuestro modelo constitucional relativo al equilibrio entre los poderes, en Europa hay todavía una fuerte tendencia a buscar un poder esencial e íntegramente representativo del pueblo soberano, y por ello rigen todavía las concepciones monistas de la democracia tendentes a identificar un poder por excelencia del que derivan, en cierta medida, los otros poderes. En definitiva, en Europa hay todavía algún legislador y algún gobernante que fantasean con ser el propio pueblo, como en el fragmento del *Federalist* que ya hemos tenido ocasión de citar.

Pero en el ámbito europeo se está produciendo ahora un proceso que se sitúa en los términos de la *constitucionalización* de Europa y que complica aún más el panorama global, esta vez también en el plano del segundo de los puntos tratados en el ámbito de nuestro modelo constitucional, esto es, en el plano de la ciudadanía. Se trata del proceso que, según muchos, debería llevar del Tratado a la Constitución y que se ha desarrollado en Europa en los últimos años y meses con diferente fortuna¹². No es posible examinar ahora dicha cuestión ni siquiera superficialmente. Solo se puede señalar lo que está surgiendo. En una palabra,

12. Remitimos de nuevo a los dos últimos capítulos del libro.

surge la necesidad de superar los límites clásicos del Tratado, pero sin recorrer la vía de las Constituciones estatales nacionales, y en particular cuando estas abandonan precisamente el aspecto de la ciudadanía como pertenencia exclusiva a un pueblo o a nación. En la Constitución europea ni siquiera es imaginable una ciudadanía de este tipo, por la sencilla y excelente razón de que no es concebible un pueblo europeo o una nación europea por analogía con las experiencias nacionales. Así pues, la ciudadanía europea se va configurando por otras vías, y quizá más en el sentido ya analizado a propósito de nuestro modelo constitucional, esto es, *compartir un patrimonio de derechos*, en parte fundados en los derechos nacionales, en parte fundados directamente en el derecho común europeo¹³.

El balance conclusivo es, pues, bastante complejo. Pero se está configurando una tendencia. Se puede percibir de modo cada vez más nítido, con cierto esfuerzo y quizá alimentándose de cierta conciencia de orden histórico que consideramos siempre decisiva. Y así, a quien preguntase de nuevo dónde y cuándo podría realizarse, más allá de los límites de la experiencia americana, el modelo constitucional que hemos analizado en este trabajo se le podría responder, con cierto candor: entre nosotros, en Europa, quizá en un futuro no muy lejano.

13. Sobre esta base, la gran cuestión histórica que se plantea es si la participación en un patrimonio de derechos puede, por sí sola, reproducir una auténtica «pertenencia» capaz de generar, a su vez, una auténtica obligación política en el ámbito europeo. La cuestión está abierta. En los últimos dos capítulos del libro se propondrá alguna reflexión al respecto.

LA HERENCIA DE LAS REVOLUCIONES: EL «MODELO CONSTITUCIONAL» RADICAL

1. Introducción

Una introducción necesaria. Nuestra óptica es la del *modelo constitucional*. En este plano, sostenemos que en la historia política y constitucional europea, y no solo en la europea, fue notable la presencia de una línea de pensamiento que podemos considerar como *radical* para incluir en él a los jacobinos de la Revolución francesa y a sus herederos, pero también a los ultrademócratas de la Revolución americana. Es decir, sostenemos que Constituciones como la de Pensilvania de 1776, o como la francesa de 1793, del año I, no son solo, considerándolo todo, episodios o frutos poco duraderos de eventos políticos contingentes y deben considerarse, por el contrario, como manifestaciones de una precisa tendencia fundamental que designamos como *radical*. Desde nuestro punto de vista, esa tendencia no es sino un modo particular y definido de entender las constituciones modernas, diferente evidentemente de la liberal en la que prevalece el origen británico. Por este motivo, examinando al menos las dos Constituciones antes mencionadas es muy posible determinar *los rasgos del modelo constitucional radical*, que es lo que intentaremos hacer. La operación tiene para nosotros una importancia decisiva para reconstruir el perfil histórico del constitucionalismo, que es nuestro objetivo ulterior. En efecto, como veremos más adelante, buena parte de la historia del constitucionalismo se puede interpretar precisamente en clave de competición, de contraposición, pero también de encuentro entre los dos principales modelos, el liberal y el radical del que nos ocupamos en esta ocasión¹.

1. Para el contexto global, séame permitido remitir a M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 62009; y en un pla-

Pero procedamos con orden. Para determinar los rasgos del modelo constitucional radical es necesario responder a tres preguntas: ¿qué *sociedad* es imaginada, querida y propugnada por la constitución? ¿Qué *futuro* se prevé para la constitución, con qué duración y con qué grado de rigidez? ¿Qué organización de *poderes* quiere la constitución? Responder a estas tres preguntas significa alcanzar nuestro objetivo, esto es, determinar los rasgos del modelo constitucional radical. Procedamos ahora en el orden indicado.

2. Constitución y sociedad

A este respecto, es necesario distinguir entre la sociedad *presupuesta* y la sociedad *querida*, esto es, entre la sociedad que la constitución presupone y la sociedad que la constitución propugna e imagina para el futuro. Comencemos por la sociedad presupuesta. De modo más preciso, nuestra pregunta se convierte ahora en la siguiente: ¿qué tipo de sociedad es imaginado por los constituyentes radicales como condición básica necesaria para la entrada en vigor y para la aplicación de la constitución? La respuesta es: una sociedad de ciudadanos políticamente activos. O mejor aún: una sociedad civil en la que el elemento decisivo para su existencia como sociedad es el dato de la actuación política. Por este motivo, en las constituciones radicales siempre hay algo más que cuerpos electorales o simples normas sobre el ejercicio individual de las libertades políticas. También hay siempre una estructuración política del cuerpo soberano del pueblo que adquiere el rasgo de la estabilidad conforme al principio constitucional primario de la *permanencia del soberano* y de la libre expresión de su voluntad.

Pensemos en concreto, precisamente, en las dos Constituciones ya mencionadas, la de Pensilvania y la francesa de 1793 bajo el perfil del paso de 1791 a 1793. En la Constitución de Pensilvania encontramos algo que es inconcebible fuera de este modelo, esto es, el explícito «derecho de dar instrucciones a los representantes»², relacionado de modo eviden-

no más específico, a *Íd.*, «La Costituzione federale americana come 'modello costituzionale'», en F. Mazzanti Pepe (ed.), *Culture costituzionali a confronto. Europa e Stati Uniti dall'età delle rivoluzioni all'età contemporanea*, Atti del convegno internazionale (Genova 29-30 aprile 2004), Génova, 2005, pp. 173 ss., ahora en este libro.

2. Como se puede leer en el artículo XVI de la Declaración de derechos con la que se inicia la Constitución. El texto de la Constitución en castellano se encuentra en L. Grau, *Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe. Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Universidad Car-

re con la permanencia de los ciudadanos políticamente activos más allá del periodo electoral, precisamente para controlar, en las formas previstas por la constitución, si y cómo se han seguido esas instrucciones, y para promover eventualmente el dejar de reconocer a los representantes, para «restituirlos», como dice otro artículo de la Declaración de derechos de Pensilvania, a su «condición privada»³. Es evidente que hay aquí un punto en el que nuestro modelo tiende a desestructurar la propia institución de la representación política, tensándola con el principio primero de la soberanía popular, como sucederá también durante la Revolución francesa, en particular entre 1791 y 1793.

Pero volvamos a la Constitución de Pensilvania. Para nosotros es aún más importante la norma que impide al poder legislativo constituido, a la Asamblea del pueblo de Pensilvania, concluir en una sola sesión el procedimiento de legislación ordinaria. Es completamente inútil que los representantes del pueblo crean tener las ideas claras y la mayoría suficiente. La Constitución, precisamente en su calidad de constitución radical, suspende el poder de estos de hacer la ley y lo traslada al pueblo soberano que, en efecto, solo lo había delegado temporalmente. Solo tras haber dado la adecuada publicidad al proyecto de ley y tras haber tenido el pueblo la posibilidad de reunirse para ejercitar su poder de dar instrucciones se podrá volver a la Asamblea, en la sesión siguiente, y concluir el procedimiento⁴. En este caso, es evidente cuál es el temor que vivifica la constitución radical: que se hagan leyes sin poner al corriente al pueblo soberano. Pero volvamos a la pregunta inicial: ¿cuál es la sociedad que imaginan los constituyentes? Ahora vemos que se trata precisamente de una sociedad de ciudadanos políticamente activos. En efecto, una disposición como la que hemos mencionado no tendría sentido si la sociedad presupuesta fuese exclusivamente la liberal burguesa de individuos dedicados al ejercicio de sus propios derechos civiles, preocupados de sí mismos, de sus propios asuntos y de sus propios afectos.

Insistamos en este punto. El auténtico principio constitucional es el de la *permanencia del soberano*. En la lógica radical, ninguna constitución es aceptable si su efecto es el de hacer desaparecer al soberano, si su principal objetivo, cuando no directamente el exclusivo, es el de instituir y legitimar los poderes constituidos. Lo mismo debe decirse con referencia a

los III/Dykinson, Madrid, 2009, vol. 3, *Periodo revolucionario 1765-1787*, pp. 145 ss. Sobre las Constituciones americanas sigue siendo fundamental G. S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, Chapel Hill, Nueva York/Londres, 1969.

3. Artículo VI de la misma Declaración.

4. Es la sección 15 de la Constitución.

la Revolución francesa, en el paso de 1791 a 1793, a propósito del papel de las asambleas primarias⁵. Veamos rápidamente este punto. Como es sabido, la Constitución de 1791 contenía a este respecto un imperativo conciso: las asambleas primarias «se separarán inmediatamente después de celebradas las elecciones»⁶. Es conocido el motivo de la disposición. En la lógica de 1791, las asambleas primarias, por el hecho mismo de existir más allá del periodo electoral, no dejaban de representar el temidísimo renacer de peligrosos intereses parciales, locales o estamentales, esto es, el inicio de una conspiración contra la voluntad general constituida ya de forma legítima en la Asamblea Nacional, en la representación política. El artículo 26 de la Declaración de derechos de 1793 demuestra cuán esencial es para el modelo constitucional radical superar este punto. Aquí, en este artículo, los jacobinos, aunque seguían razonando conforme a la antítesis voluntad general-voluntad parcial, separan la *sección* de la *fracción*, necesariamente negativa de por sí y enemiga de la voluntad general, y proclaman la libertad de las secciones del pueblo soberano para expresar su propia voluntad⁷. Se vuelve así, de nuevo, a la imagen de la sociedad

5. El nexo histórico entre la Constitución de Pensilvania y la Constitución jacobina francesa de 1793 es analizado también por H. Dippel, «Aux origines du radicalisme bourgeois. De la constitution de Pennsylvanie de 1776 à la constitution jacobine de 1793», en H. Möller (ed.), *Francia. Forschungen zur westeuropäischen Geschichte* 16/2 (1989), Sigmaringen, 1990, pp. 61 ss. [«Los orígenes del radicalismo burgués. De la Constitución de Pensilvania de 1776 a la Constitución jacobina de 1793», en H. Dippel, *Constitucionalismo moderno*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 57-74]; véase también H. Dippel, «The Changing Idea of Popular Sovereignty in Early American Constitutionalism: Breaking away from European Patterns», *Journal of the Early Republic* 16/1 (1996), pp. 21 ss. En un plano similar, véase ahora también G. Magrin, «Il costituzionalismo americano e la nascita della repubblica in Francia», en F. Mazzanti Pepe (ed.), *Culture costituzionali a confronto*, cit., pp. 273 ss.

6. Constitución de 3 de septiembre de 1791, título III, cap. I, secc. IV, art. 1: «Las funciones de las Asambleas primarias y electorales se limitan a elegir; se separarán inmediatamente después de celebradas las elecciones y no podrán formarse de nuevo más que cuando sean convocadas». Es la opción, coherente y rigurosa, para una democracia representativa que excluye la intervención directa del pueblo y, por lo tanto, en primer lugar, el poder del pueblo de convocarse a sí mismo activando por su propia iniciativa las asambleas primarias. Es exactamente lo contrario del principio de permanencia del soberano que hemos analizado en el texto.

7. Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 24 de junio de 1793, artículo 26: «Ninguna porción del pueblo puede ejercer el poder del pueblo entero; pero cada sección de la asamblea soberana debe gozar del derecho de expresar su voluntad con entera libertad». La norma se dirige claramente contra la disposición contenida en la Constitución de 1791 citada en la nota anterior y pretende construir la base sobre la cual reactivar la iniciativa autónoma del pueblo soberano, manteniendo el principio de la unidad e indivisibilidad del cuerpo político que constituye, en lo fundamental, el elemento de continuidad entre 1791 y 1793.

de ciudadanos políticamente activos. Y en efecto, en esta Constitución, como en cualquier constitución radical, nada funciona si no es presuponiendo ese tipo de sociedad. Aquí es necesario distanciarse completamente del hecho de que la Constitución del año I no se aplicó jamás. En efecto, bajo este perfil, esta Constitución nos deja un elemento sobre el cual meditar: la construcción de los principales procedimientos de relevancia constitucional, como el legislativo o como el propio procedimiento de revisión constitucional, que presuponen un papel activo y directo del pueblo. Volveremos más adelante sobre este punto.

Pasemos ahora a otro aspecto de esta relación constitución-sociedad. Se podría expresar así: de la sociedad presupuesta, a la sociedad querida y propugnada por la propia constitución. Este segundo capítulo se abre precisamente porque las constituciones de las que hablamos son, justamente, radicales. Es obvio que en todas las constituciones se encuentra un elemento prescriptivo de este tipo. Pero en las constituciones de inmediata liberal se reduce con frecuencia al mínimo, y prevalece en estas últimas la concepción general de la constitución como la mejor representación y la mejor sanción posible de la sociedad existente. Y al contrario, la característica fundamental del modelo constitucional radical es el hecho de que en las constituciones inspiradas en ese modelo siempre se encuentra también una *sociedad ideal*, no solo por los derechos que deben garantizarse, sino también por los derechos que deben promoverse y, por lo tanto, por la indicación prescriptiva de una organización social que debe entenderse como el *punto de llegada del proceso de aplicación de la propia constitución*. Sin duda, toda constitución debe ser aplicada, pero mientras que en el modelo liberal es correcto y quizá necesario discutir sobre el grado de aplicación de esta o de aquella norma constitucional, en el modelo radical, aplicar la constitución significa algo distinto, esto es, intentar adecuar todos los poderes existentes, públicos y también privados, a los principios de la constitución, como si la democracia debiera tener un resultado definido normativamente por haber sido establecido en la norma fundamental. Hemos llegado de este modo al segundo principio característico de las constituciones radicales: junto al de la permanencia del soberano, el principio de la constitución como una *dirección fundamental*. En el caso de la Revolución francesa, este principio se encuentra en el elemento de la promoción de los derechos, en particular de los sociales, al trabajo, a la asistencia y a la instrucción, y sobre todo en el concepto de «garantía social» de los propios derechos, que consiste (artículo 23 de la Declaración de 1793) en la «acción de todos»⁸. Aquí está

8. Declaración de derechos de 24 de junio de 1793, arts. 21, 22 y 23.

la idea, característica de las constituciones radicales, de una ciudadanía que no solo es el recipiente de la atribución de derechos, sino también el vínculo, la obligación que se ha de asumir para el futuro, la participación en los principios y en los valores de la república.

Hagámonos ahora una última pregunta: ¿cuánto queda de estos dos principios —la democracia como la permanencia del soberano y la constitución como una dirección fundamental— tras la revolución? Es evidente que los dos principios tienden a desaparecer a lo largo de la época liberal. El motivo es conocido: las constituciones de la época liberal huyen de la idea básica del poder constituyente, no intentan casi nunca responder de modo conciso a la pregunta esencial de la titularidad de la soberanía y se limitan más bien a repartir el ejercicio de los poderes, que es desde luego una cosa diferente. Se difunde aquí, ya desde los primeros decenios del siglo XIX, un nuevo modo de entender la constitución que culminará, en la segunda mitad del siglo, en la conocida doctrina iuspublicista del Estado de derecho y que marcará el punto más alejado del modelo constitucional radical fundándose en la *inexistencia del soberano*, esto es, en la posibilidad de reducir toda la dinámica constitucional a la dimensión de unas competencias de los órganos del Estado-persona predeterminadas mediante normas. Y en ese momento, incluso en Francia, las demandas radicales de la revolución acerca de la soberanía sonarán como el eco lejano de un tiempo pasado, o todo lo más como demandas aún posibles pero en un plano puramente político, muy distinto del jurídico del derecho constitucional.

Sin embargo, no por ello se puede concluir de modo conciso que el modelo constitucional radical se extinguió definitivamente en la época de las revoluciones. Como se sabe, en la segunda mitad del siglo XX se criticó ampliamente el tipo fundamental de constitución liberal del XIX, y se abrió así un hueco en el que se restablecieron las condiciones para que el modelo constitucional radical recuperase su influencia. Acerca de esto, sostengo desde hace tiempo que es posible no solo una historia, sino una arqueología de las Constituciones actuales, incluida la italiana de 1948, porque en ellas se ha depositado enlazadas —así lo creo— todas las tradiciones constitucionales de la Edad Moderna, incluida la radical. Siguiendo esta línea ¿qué hace el célebre parágrafo segundo del artículo tercero de nuestra Constitución vigente —que atribuye responsabilidades concretas a la República con el fin de promover una efectiva extensión de los derechos de ciudadanía y también una participación política más plena— sino proponer de nuevo los contenidos del artículo 23 de 1793, y por lo tanto volver a la idea de que los derechos tienen una garantía, no solo jurisdiccional, sino también social? ¿Y cómo no pensar, por lo tanto,

que esos derechos están ligados a una concepción de la ciudadanía como la participación en los principios y a una concepción de la constitución como la dirección fundamental? Y finalmente ¿es precisamente irrelevante el hecho de que el sujeto de las proposiciones contenidas en ese artículo sea la *República*?

Concluamos este primer punto con la formulación de dichos interrogantes y con una última observación relativa al principio del que hemos partido de la permanencia del soberano. Hoy parecería menos actual, dado el fuerte vínculo que se estableció tras las revoluciones entre el principio democrático y el principio representativo. Prescindo de la máxima actualidad, que muestra —como todos saben— aspectos de la profunda problematicidad de ese vínculo. Y me limito a recordar no pocas páginas de nuestra Constituyente republicana. Son páginas en las que se exaltaba el papel de los partidos, autores materiales de la Constitución y destinados a representar un papel esencial en la naciente República. El motivo era evidente. Estos deberían haber actuado en dos planos. Por una parte, habrían debido funcionar como selectores de las necesidades sociales para construir una representación política fuerte e influyente. Pero por otra, habrían debido ser el lugar en el que la democracia se convertía en una práctica que debía ejercitarse cotidianamente, el instrumento del que los ciudadanos habrían podido servirse para dar vida a la democracia en la realidad de las relaciones sociales. En los proyectos de no pocos de nuestros constituyentes, la nueva sociedad democrática de los partidos habría debido hacer revivir, bajo nuevas formas, el antiguo principio revolucionario de la permanencia del soberano⁹.

3. Constitución y tiempo

Llegamos ahora al segundo punto: ya no constitución y sociedad, sino *constitución y tiempo*. Esta es la segunda gran pregunta que todo constituyente se plantea. ¿Cuánto debe durar la constitución? ¿Cuánto deben *pesar* los procedimientos para su modificación? Y de todos modos ¿por qué habría de durar la constitución más que cualquier otra norma? Hay que tener presente, obviamente, que la duración de la constitución, así como su rigidez, no son nunca datos meramente cuantitativos. Mejor

9. Sobre este punto, en orden a la complejidad de la cuestión de la soberanía en la Constituyente y en consideración a todo el siglo XX, permítaseme remitir a M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 1998.

dicho, este es el terreno en el que se pone a prueba más duramente la *cualidad* de la norma constitucional, su carácter de norma fundamental. Una constitución que no se preocupe de estos aspectos, cuya pretensión de durar sea débil, en la que sean débiles en todo caso las barreras colocadas frente a una repentina modificación, o que no esté suficientemente defendida de la posibilidad de la entrada en vigor de normas opuestas a ella, ve en efecto muy empañado su carácter de norma fundamental.

Entonces, volviendo a nuestro tema, ¿cuál es, en este punto, el rasgo dominante del modelo constitucional radical? Es incluso demasiado fácil, desde este punto de vista, partir de las célebres propuestas de Rousseau acerca de la imposibilidad del soberano de autolimitarse. Siguiendo ese hilo conductor, se obtiene el principio siguiente: el soberano lo puede todo, excepto negarse a sí mismo vinculándose para el futuro. Así pues, no parece haber lugar para una auténtica norma fundamental. Precizando más aún: si esto que Rousseau expresó en el plano teórico es también el sentido práctico e institucional de las constituciones radicales, se debe concluir que en ellas no hay lugar para las auténticas garantías constitucionales. Y el propio principio de la permanencia del soberano, del que ya se ha tratado en otras ocasiones, adquiere ahora la forma, en verdad amenazadora, de una voluntad de suyo ilimitada que puede utilizar la constitución en cualquier momento, obligándola así a degradarse inexorablemente, a reducirse cada vez más por obra de una voluntad esencialmente política, en el sentido específico de la voluntad del momento¹⁰.

Diría que esta interpretación debe ser modificada, al menos en parte. Partamos de nuevo de la Constitución de Pensilvania. No creo que pueda considerarse irrelevante el hecho de que concluya con una sección enteramente dedicada a las garantías de la Constitución, bajo el doble perfil de la revisión constitucional y del control de constitucionalidad¹¹. Aparece aquí el célebre Consejo de Censores. Bajo la mirada del constitucionalista, hay algo en particular que en seguida llama la atención: la duración de siete años, en una Constitución que está consagrada por completo al principio

10. La cuestión de la influencia de Rousseau en la Revolución francesa es bastante compleja. Aquí nos limitamos, obviamente, al Rousseau del que necesitaban los jacobinos para fundar sus construcciones constitucionales. En esta línea, recuérdese A. M. Battista (ed.), *Il «Rousseau» dei giacobini*, Urbino, 1988. Véase también J. Bart (ed.), *La constitution de 24 juin 1793. L'utopie dans le droit public français?*, Dijon, 1997. Toda la cuestión ha sido analizada de nuevo, con una amplia referencia a la bibliografía sobre la materia y con una atención precisa a los aspectos jurídico-institucionales, por M. Fioravanti, «Aspetti del costituzionalismo giacobino. La funzione legislativa nell'Atte Constitutionnel del 24 giugno 1793»: *Revista Electrónica de Historia Constitucional* 8 (2007).

11. Es la sección 47 de la Constitución.

radical de la rotación rápida y frecuente de los cargos. Es cierto que los Censores no son jueces y son elegidos por el pueblo como representantes políticos. Pero lo particular de la prolongada duración, junto a las competencias de este órgano, que se extienden a ambos aspectos de la garantía de la Constitución, deja al menos intuir en quienes proyectaron el Consejo una voluntad de concebirlo como un *órgano de garantía* distinto de los órganos políticos de dirección. Es cierto que no podemos pedirle al Consejo que sea lo que no es, esto es, una especie de Tribunal Supremo. Por eso, cuando el Consejo advierte la existencia de una ley que parece estar en oposición con la Constitución, solo puede *recomendar* al Cuerpo legislativo que examine este problema. En efecto, para las constituciones radicales es particularmente apremiante la máxima hobbesiana según la cual solo el autor de la ley puede decidir su abrogación. Si no fuese así, se crearía evidentemente una confusión intolerable sobre la titularidad del poder soberano de hacer la ley. Pero no obstante, se mantiene la presencia del órgano de garantía y su poder de advertir la posible inconstitucionalidad. En el seno de una constitución radical, este es, evidentemente, un punto óptimo de compromiso entre el mantenimiento de la soberanía en el pueblo y en sus representantes y la naciente exigencia de proclamar la supremacía de la constitución escrita. Finalmente, tampoco se puede olvidar que la propia sección diseña también un procedimiento especial de revisión, en el que, de nuevo, es esencial el papel del Consejo de Censores. No queremos ahora ir más allá, pero si comparamos las Constituciones de los Estados americanos durante la revolución, casi se da un vuelco al asunto del que hemos partido: es precisamente la Constitución más radical la que parece estar más dotada de garantías. Y, en efecto, esta circunstancia no es del todo paradójica si se proyecta sobre el hecho de que, en esa situación, adoptar un punto de vista radical significaba declarar con particular énfasis la separación de un modelo como el inglés, que había caído en el insoportable vicio de la omnipotencia parlamentaria, y, por lo tanto, la necesidad de una constitución que fuese una auténtica norma suprema.

Veamos ahora la misma problemática en Francia, una vez más en el paso de 1791 a 1793. También en este caso es necesario corregir la imagen de una voluntad del pueblo soberano tan ilimitada como para invalidar cualquier perspectiva de ley fundamental en el ámbito del modelo constitucional radical. Es cierto que toda esta materia es competencia del conocidísimo artículo 28 de la Declaración de 1793, según el cual el pueblo tiene «siempre el derecho de revisar, reformar o cambiar su constitución». Como si la constitución no fuese precisamente sino un terreno en el que se despliega la libre voluntad del pueblo soberano, una cosa *pro-*

pia —como dice el artículo—, hecha por el pueblo y que el pueblo puede *siempre* deshacer —de nuevo en el texto del artículo—, esto es, en cualquier momento, cuando lo considere más oportuno. Pero en realidad no es así. Basta con mirar un poco más en profundidad. En efecto, ese artículo 28 fue escrito, en primer lugar, entrando en polémica con la Constitución precedente de 1791, que era muy rígida, sí, pero solo por efecto de un procedimiento de revisión constitucional desmesuradamente dilatado en el tiempo; un procedimiento que era casi íntegramente parlamentario, pero que para concluirse debía esperar a que se cumplieran tres legislaturas hasta llegar finalmente, en la cuarta, a la deliberación¹². Pues bien, lo que los jacobinos reivindicaban con orgullo con el artículo 28 es el poder del pueblo soberano de proceder a la revisión de la Constitución sin someterse a la atadura del tiempo, esto es, *siempre*, cada vez que ese pueblo esté en condiciones de expresar una voluntad válida de reforma. En efecto, lo que no puede caber en una constitución radical es el agravamiento del procedimiento de revisión basándose en el factor tiempo. Pero esto no quiere decir en absoluto que la voluntad de reforma no sea limitable y regulable de forma precisa en la constitución. Significa solo que dentro de esos límites y dentro de esa regulación no puede estar presente el decurso del tiempo. Así ocurrió, en efecto, en la Constitución del año I. Se olvida con demasiada frecuencia que en ella se contempla un auténtico procedimiento de revisión en el que el protagonista es, obviamente, el pueblo soberano, cuya voluntad se somete sin embargo a que se alcance el quórum de validez y que termina con una norma que le impone a la deliberación conclusiva el permanecer dentro de los límites señalados al comienzo del procedimiento¹³. Lo cual permite intuir la presencia de la decisiva conciencia de la diferencia entre un poder constituyente siempre renovándose y un poder de revisión constitucional que actúa dentro de la constitución existente. En conclusión, no debe inferirse un

12. Constitución de 3 de septiembre de 1791, título VII, arts. 1 ss.

13. Constitución de 24 de junio de 1793, arts. 115 ss. Obviamente, sobre este procedimiento de revisión así como sobre el de la legislación ordinaria, regulado por los arts. 53 ss., la opinión está condicionada por el hecho de que la Constitución nunca entró en vigor. Entre otras cosas, los artículos citados en último lugar preveían una oposición popular a la entrada en vigor de la ley propuesta por el Cuerpo legislativo, que debía realizarse en el plazo, verdaderamente muy breve, de cuarenta días. Lo que en cualquier caso habría hecho la intervención popular directa bastante problemática. Pero aquí no se analiza esta Constitución como tal, sino por su entidad de «modelo» para el constitucionalismo de cuño radical y, por lo tanto, por la presencia en ella de cierto tipo de rasgos y también de soluciones que pueden proponerse de nuevo en otro lugar siempre que vuelva a surgir ese tipo de declinación del constitucionalismo moderno.

juicio sumario de la aversión radical hacia las ataduras de carácter temporal, como si los jacobinos estimasen justo y correcto poder cambiar la constitución con mucha frecuencia, según la inclinación popular del momento. Al contrario, se trata de un panorama en movimiento y controvertido que, considerándolo todo, deja en herencia a las fases posteriores de la historia del constitucionalismo, incluida la nuestra, una problemática interesante y relevante aún por resolver, que consiste en la *presencia necesaria pero regulada del soberano en el procedimiento de revisión*.

Para concluir también sobre este segundo punto, volvamos a la segunda vertiente, que solo hemos rozado, de las garantías de la constitución, esto es, al control de constitucionalidad. Aquí el juicio debe ser más preciso, pero no se refiere solo al modelo radical. Afecta más bien a todo el universo cultural y político de la Revolución francesa. La idea que a este propósito contiene la Constitución de Pensilvania y a la que hemos hecho referencia está condenada a perderse en la experiencia francesa, del mismo modo que tampoco tendrán continuidad las intuiciones presentes en normas también importantes de la Declaración de derechos de 1789¹⁴. Los motivos de todo esto y, por consiguiente, del difícilísimo arraigo en ese contexto de un control de constitucionalidad son ya demasiado conocidos. Aquí solo se puede añadir que, indudablemente, la declinación en sentido radical agrava aún más esta problemática. De hecho, en la lógica radical la verdadera garantía contra el arbitrio del legislador no puede ser sino política. Consiste en la efectividad del papel del pueblo soberano al instruir a sus representantes o al revocar a quienes se apartan de esas instrucciones. Es el pueblo en primera persona quien se provee de garantías frente al legislador. Creer que esa función pueda ser desempeñada por un juez y que este, carente de legitimación democrática, pueda defender adecuadamente los derechos y la constitución, en lugar del pueblo en definitiva, es una pura locura, y si se pone en práctica, corre el riesgo de provocar un auténtico atentado a la constitución democrática. Los radicales, al enfrentarse al célebre diálogo hobbesiano entre el filósofo y el estudioso del *common law*, no pueden tener dudas: entre Hobbes y Coke eligen

14. En efecto, es evidente que por lo menos el artículo cuarto de la Declaración de derechos de 1789 (que prohíbe al legislador limitar el ejercicio de los derechos fundamentales por motivos distintos de la necesidad de garantizar a todos el mismo derecho) y el artículo octavo (que prohíbe la ley penal retroactiva) parten de la conciencia de que también la ley, aun siendo expresión constitucionalizada de la voluntad general, puede violar los derechos contenidos en la Constitución. Pero, como muestran los acontecimientos franceses, una cosa es intuir la relevancia de la materia del control de constitucionalidad y otra cosa es disponerlo en concreto, admitiendo que se pueda discutir con seriedad en el plano legal la justedad de la voluntad soberana del legislador.

ciertamente al primero. Los radicales comprenden bien que del ejercicio del poder constituyente brota una norma fundamental cuya supremacía debe ser tutelada, pero los instrumentos de tutela deben seguir siendo exclusivamente políticos, no pudiendo por ello admitir que entre ellos se encuentre y sea eficaz la interpretación constitucional por obra de los jueces, fruto de un saber técnico y con una precisa raíz histórica de carácter aristocrático. Este es precisamente el umbral en el que se detiene el modelo constitucional radical. Y este es el aspecto en el que se muestra más alejado del constitucionalismo actual, en el que ya ha adquirido un amplio espacio propio la jurisprudencia, ordinaria y constitucional, por obra de los Tribunales Supremos. El constitucionalismo radical es el *constitucionalismo político* por excelencia, mientras que el constitucionalismo actual, en cierto sentido en oposición, a veces parece haber olvidado el origen político de las constituciones, tratándolas ya casi exclusivamente como puras normas jurídicas.

4. Constitución y poderes

Llegamos al tercer punto: constitución y poderes. Esta vez se contesta a la pregunta: ¿qué poderes instituye la constitución y cómo los regula? Para los juristas, se trata del problema de la *forma de gobierno*. Digamos enseguida que las constituciones radicales son constituciones *monistas* por excelencia. En la línea de Hobbes y de Rousseau, responden a la pregunta: ¿quién es el soberano y cómo expresa su voluntad? Una vez más es módelica en este sentido la Constitución del año I en la que todas las funciones constitucionales son atribuidas de modo claro y transparente a las asambleas primarias, al pueblo soberano. Si es verdad —como hemos visto— que el pueblo soberano delega sus poderes con prudencia y con desconfianza, es también verdad que la primera norma en materia de organización de las formas de gobierno en las constituciones radicales es que la delegación *no puede repartirse*, sino que, por el contrario, debe concentrarse en su esencia en un solo sujeto, que no puede ser sino la asamblea de representantes del pueblo soberano. De este modo, en las constituciones radicales todo es ley o ejecución de la ley, por vía jurisdiccional o administrativa. Y en las constituciones radicales todos son o representantes del pueblo o funcionarios que actúan en nombre de la ley. *Tertium non datur*. En el vacío entre la aprobación de la ley y su rígida ejecución no hay lugar para otros poderes distintos al legislativo. Y esto no solo es válido frente al poder judicial, que queda totalmente despolitizado por la revolución y reducido, por lo tanto, a la función de

mero ejecutor de la ley. El carácter monista de las constituciones revolucionarias, y propio en particular de las radicales, también actúa de hecho contra el ejecutivo. No es casual que de esas constituciones desaparezca la expresión *poder ejecutivo*, aunque sea constante la búsqueda de soluciones para el gobierno incluso durante la Revolución francesa. Pero es un gran trabajo, precisamente porque es fuerte el temor de que a la larga se alce, frente al poder legislativo, otro poder que pretenda la misma dignidad y que comience a actuar en el sentido de ese equilibrio, bien conocido en la tradición británica. En cierto sentido, toda la revolución, y en especial su vertiente radical, trabaja precisamente para evitar esta aproximación que, en esa lógica, habría significado el fracaso de la revolución, esto es, su recaída en los antiguos mecanismos de equilibrio, entendidos como mecanismos que se habían inventado durante el antiguo régimen para ayudar a la permanencia de la alianza del poder aristocrático con el regío, como mostraba el modelo constitucional inglés.

Probemos ahora, también por lo que se refiere a este aspecto, a mirar adelante, a la época que sigue a la revolución. Lo que podemos comprobar en seguida es que entre la *simple democracy* de cuño radical y la forma liberal de ascendencia británica prevalece con certeza esta segunda. El capítulo de las monarquías constitucionales del siglo XIX se encuentra todo él sin duda bajo el principio del equilibrio y del contrapeso, sobre todo entre las prerrogativas regias y las parlamentarias. Más tarde aún, en la época del Estado liberal de derecho, la técnica del equilibrio se reafirmará al construir las competencias de los órganos constitucionales del Estado-persona. Cuando esa fase esté en su punto culminante, entre los siglos XIX y XX, la revolución parecerá lejana, a años luz. Pero, bien mirado, tampoco en este caso se tratará de una conclusión definitiva. Ya vimos, bajo otros puntos de vista, cómo había hecho renacer el siglo XX, en su segunda mitad, problemáticas propias de la época de la revolución. Así es también en este caso; aunque no en el sentido de que renazca la concepción rígidamente monista de la constitución. De hecho, la pluralidad y el equilibrio de poderes son una adquisición definitiva del constitucionalismo actual. Y aún hay más: se ha llegado a la idea, que habría sido intolerable para los revolucionarios franceses, de que la validez de la ley es de por sí problemática por estar vinculada a su conformidad con la constitución. Sin embargo, el siglo XX volvió a poner sobre el tapete la gran idea de la constitución como expresión coherente de la voluntad del pueblo soberano que, en calidad de tal, pretende ser realizada en la sociedad, sometiendo el ejercicio de todos los poderes, los públicos y también los privados. No hizo renacer la solución monista, ya de por sí inaceptable, sino la idea de que los poderes no solo deben

ser distintos y encontrarse en equilibrio, sino también actuar de modo conjunto en la línea de la constitución, situándose por lo tanto en una relación de solidaridad y de colaboración. En este sentido, la revolución continúa representando todavía hoy, de muy distintas maneras, el *origen de la unidad*, que se sitúa junto a la pluralidad, que caracteriza a su vez, de modo profundo y original, la sociedad y las instituciones de la segunda mitad del siglo XX. Los dos orígenes se unen en una norma fruto de una estructura, atormentada pero fascinante, contenida en la Constitución italiana. El segundo párrafo del primer artículo dice así: «La soberanía pertenece al pueblo, que la ejerce con las formas y los límites de la Constitución». Por una parte, el principio de unidad y la cláusula de atribución de la soberanía, como en la época de la revolución; por otra, la nueva supremacía de la Constitución, que se expresa en plural, imponiendo formas y límites. Un soberano limitado, sometido a la observancia de formas fijadas constitucionalmente y organizado en una pluralidad de poderes, no habría agradado a nuestros jacobinos ni encuentra lugar en nuestro modelo constitucional radical. Pero no obstante, la necesidad de no perder por el camino el principio de unidad sigue viva también en las democracias de hoy. Por este motivo es por lo que, de vez en cuando, aún conviene mirar atrás, a la época de las revoluciones.



Segunda Parte

PROBLEMAS DEL CONSTITUCIONALISMO

[illegible]

CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO

1. *Introducción*

De ordinario, constitucionalismo y positivismo jurídico se presentan como dos puntos de vista, o mejor como dos concepciones generales del ordenamiento, enfrentados. Se toma como ejemplo, desde la perspectiva del constitucionalismo, el conocido ensayo de Nicola Matteucci de 1963^{*}. He tenido ocasión de releerlo recientemente para una jornada de estudios en recuerdo de su persona y he vuelto a encontrarme con el argumento principal del antipositivismo: el positivismo jurídico es la filosofía jurídica de la sociedad democrática y pluralista solo en apariencia; por el contrario, es en realidad el antecedente del estatismo, de la reducción de los derechos a meros reflejos de la norma estatal¹. Por otro lado, hoy son más frecuentes las manifestaciones de signo opuesto, realizadas por autores que asumen la obligación de responder a la doctrina denominada *neoconstitucionalista*, acusada de favorecer la degeneración del Estado de derecho en Estado de justicia o en Estado *neojurisdiccional*². Se acusa, en primer lugar, de favorecer un enfoque reduccionista en relación a los derechos; en segundo lugar, de favorecer el mismo enfoque en relación al propio derecho, a su autonomía y a su certeza.

Me gustaría expresar aquí dos convicciones propias. En 1963, en lo esencial, Matteucci tenía razón. En el evento referido hablé de un cons-

* N. Matteucci, *Positivismismo giuridico e costituzionalismo* (1963), Il Mulino, Bologna, 1996 [N. de los T.].

1. Toda la problemática ahora en T. Bonazzi y S. Testoni Binetti (eds.), *Il liberalismo di Nicola Matteucci*, Bologna, 2007.

2. Véase S. Civitarese Matteucci, «Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico»: *Diritto Pubblico* 3 (2006), pp. 685 ss.

titucionalismo *desatendido*, y considero que —estábamos a comienzos de los años sesenta— el positivismo jurídico perdió la ocasión de entenderse con el constitucionalismo. En el plano cultural convenía una apertura y, por el contrario, hubo, en lo esencial, un enroque. En segundo lugar, estoy convencido de que en el debate actual hay una extraordinaria falta de consistencia histórica. Con mis modestas fuerzas, no propongo candidaturas. Solo me gustaría decir que, en mi opinión, la discusión parece desarrollarse dentro de márgenes muy estrechos, como si fuese una batalla entre juristas, casi solo técnica, sobre la concepción general de la norma, sobre los principios como normas y sobre las reglas de interpretación. Por ello, mi pretensión es introducir en la discusión nociones de orden histórico relativas a las realidades concretas subyacentes, tanto al largo dominio del paradigma positivista, como al propio debate actual.

2. *El constitucionalismo y el positivismo jurídico como logros históricos*

Comienzo diciendo qué es para mí el *constitucionalismo* precisamente desde el punto de vista histórico. En una palabra, es la *segunda vertiente*, tan necesaria como la primera, del Estado moderno europeo³. Como es sabido, la primera vertiente es la de la concentración del *imperium* sobre el territorio. En concreto, el poder de llamar a las armas para la defensa del territorio, el poder de imponer tributos y el poder de *decir* la justicia entre los que habitan en el territorio por parte de un tercero neutral. La síntesis de estas tres acciones es lo que los grandes teóricos denominaron después «soberanía». Se trata de un proceso real, extendido por la gran cantidad de territorios que componen Europa, pero también extremadamente combatido. No es una línea recta ascendente, sino un camino recorrido con retrocesos, una auténtica lucha por la soberanía; y la conquista del monopolio del ejercicio de esas tres actividades nunca es completa y definitiva. Quien se sitúa en el centro está continuamente obligado a enfrentarse a las innumerables realidades —del lugar, corporativas, estatales, ciudadanas— que componen el territorio.

Pero el esfuerzo de quien quiere conquistar ese centro no es menos significativo por ello. Todos resisten, en efecto, pero a la larga todos comprenden también la necesidad históricamente dada de colaborar, de no

3. Sobre la noción de *Estado moderno europeo*, véase M. Fioravanti, «Estado y constitución», en *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 13-43; también el primer capítulo de este volumen.

rechazar, más allá de la propia ciudad o de la propia tierra, el horizonte más vasto del territorio. El príncipe, o el señor territorial, puede ofrecer nuevas oportunidades a quien sabe aprovecharlas, a quien comprende que la propia identidad puede ser conservada solo a través de su transformación dentro de la nueva unidad política del territorio. La fórmula que adopto en este sentido para indicar el Estado de la alta Edad Moderna, previo a la revolución, es la de la *unidad constituida de partes distintas*. O también: es una pertenencia común hecha de una pluralidad de pertenencias. Pero si así son las cosas, no es imaginable que estas pertenencias, en plural, hayan corrido el riesgo de ser absorbidas por la pertenencia común. Ciertamente, han recorrido esta nueva vía arriesgando lo menos posible y, por ello, buscando garantías.

Pues bien, el conjunto de estas garantías es, históricamente, la *raíz material del constitucionalismo*. El constitucionalismo nace, pues, por una exigencia práctica y claramente política. Nace cuando las distintas fuerzas que componen el territorio aceptan la posición dominante del señor territorial, pero poniendo una serie de condiciones, con frecuencia incluso de forma escrita y solo tras haber sido oídas, tras haber parlamentado. El constitucionalismo tiene su expresión más visible precisamente en las asambleas, en los parlamentos, pero los parlamentos son con frecuencia esporádicos, y cuentan más las reglas particulares que se refieren de manera constante a las obligaciones de todos y, al mismo tiempo, a los límites a la potestad de cada cual, incluido el señor territorial; y difunden así la práctica de la sujeción a reglas, la expectativa concreta y común de las garantías, de la seguridad de esos límites, la conciencia del grado de conexión cada vez mayor entre la seguridad, ligada históricamente a la identidad propia y distinta, y el bienestar de la existencia política común. Este es el primer Estado moderno, asentado sobre una situación de *equilibrio* entre la pretensión de concentración del poder y las garantías a favor de las partes que componen el conjunto determinado territorialmente como tal. Entre los dos polos existe lucha, pero también coexistencia e incluso colaboración definida contractualmente, con frecuencia de forma escrita. Estos contratos son para esos territorios auténticas constituciones, ya que en ellos están contenidas las condiciones que concretan y hacen posible la existencia política común.

Pero no todo está compuesto de manera tan armónica en la historia constitucional europea. Enseguida llega el siglo de hierro, el xvii. Surgen en este periodo nuevas pretensiones que ya no encuentran su lugar en el orden político que hemos descrito sumariamente. Surge otro modo de ser del principio de soberanía, y precisamente aquí se encuentra la raíz histórica del otro término de nuestro dilema, es decir, del positivismo

jurídico. Ya se habrá intuido que se sitúa en el otro lado del Estado moderno, en el primero, el de la concentración. Pero respecto al constitucionalismo, el nacimiento de la exigencia material a la que intenta dar respuesta el positivismo jurídico solo aparece en el siglo XVII. Debemos examinarlo ahora.

Si volvemos por un momento al primer Estado moderno, comprendemos que se funda en un presupuesto irrenunciable: en ese modelo existen diversos derechos, de alcance y eficacia diversa, pero el derecho es siempre de este modo, desde la última de las costumbres locales a la más alta manifestación de soberanía del señor territorial. Es decir, no existe, ni en sentido formal ni en sentido material, una jerarquía de las fuentes del derecho. Ni siquiera existe la idea de que el derecho pueda ser de distinta cualidad, ni menos aún que exista una cualidad superior destinada a imponerse sobre las demás. Pues bien, esta es precisamente la idea que comienza a difundirse por Europa a mediados del siglo XVII y es lo que marca la diferencia, lo que encontramos por ejemplo en las páginas de Hobbes. La soberanía ya no es simplemente una posición de preeminencia en el contexto de una organización política. Tampoco es solo una posición de dominación en el ejercicio de esas tres actividades de *imperium* que antes hemos mencionado. Es algo nuevo que es también bastante misterioso y, de todas maneras, en mi opinión, profundamente ideológico. Reside en un *quid pluris*, en un *Mehrwert*, del que aparece ahora dotado el soberano. Ya no es solo el centro, sino que ahora es ese centro particular que se va dotando de una fuerza hasta aquí desconocida que le lleva a afirmar la superioridad de su derecho y, en una palabra, su fuerza para abrogar los derechos de los otros. Cuando este soberano considere que su derecho es también completo, podrá dotar a su emisión de la prohibición de heterointegración dirigida a sus jueces. Llegaremos así al código, al monopolio legislativo del derecho, y no tendremos ya los derechos de los otros.

Y, entonces, al considerar la amplia base material y territorial sobre la que se había asentado el constitucionalismo en los siglos precedentes, hay que preguntarse: ¿cómo fue posible este giro, esta aceleración de lo moderno? ¿De dónde emanaba esta fuerza antes desconocida? Esta vez fue decisivo el plano ideológico a partir del modelo hobbesiano. En él se representaba una convicción que estaba difundiéndose por Europa: que las unidades político-territoriales construidas con los instrumentos del contrato no eran, en el plano constitucional, sino situaciones intermedias, todavía influidas por los elementos medievales, en suma *Zwischenzustände*, entidades políticas, pero, en esencia, a la espera de ser definidas, de convertirse plenamente en orden político. Les faltaba, en concreto,

la capacidad de reconocer a un soberano auténtico capaz de representarlas por entero. Para llevar a cabo este paso se debía atribuir al derecho del soberano una fuerza especial, la necesaria para producir el efecto de abrogar. Y esta fuerza, a su vez, no podía venir sino de una supervaloración ideológica de la fuerza de la ley del soberano.

Se comenzaba así a pensar que sin un dominio absoluto de la ley no existiría ya ninguna expectativa de orden. Y, por las mismas razones, el orden que se había tenido hasta ese momento comenzó a parecer un desorden intolerable. Es más: se comenzó a pensar que la propia ley del soberano era el único derecho posible y legítimo, y que los otros derechos que hasta ese momento habían sido considerados como tales eran en realidad meros privilegios de hecho, prácticas, costumbres más o menos arraigadas, pero ya no derechos. En fin, en esa ley se reflejaba el orden predicado por el derecho natural, que dejaba entrever en el fondo la revolución y los derechos naturales individuales. Cuando se llegue a ese punto, el juego se habrá concluido. La historia, en ese punto, había creado la *formidable conexión* entre la ley del soberano convertido ahora en asamblea, los derechos individuales y el principio de igualdad. Quien osaba contestarla, quien intentaba considerar los derechos fuera de esa conexión estaba en contra de la historia, quizá era partidario del antiguo régimen. Entre los pliegues del absolutismo político, a través de la revolución, había comenzado así el largo periodo del positivismo jurídico.

No es necesario recorrer ahora este periodo, que va desde la revolución hasta las Constituciones hoy vigentes. Es evidente que muchas cosas cambiarán tras la revolución. Bastará aquí recordar la crítica liberal al contractualismo revolucionario, al propio poder constituyente. Existe sin embargo un fuerte hilo conductor, un elemento de continuidad. Es el expresado de manera admirablemente sintética en el artículo sexto de la Declaración de derechos de 1789: «La ley es la expresión de la voluntad general». Que es como decir: o no se hace la ley porque sobre esa materia no se llega a manifestar la voluntad general o, si se hace la ley, esta contiene la voluntad general y, así, es legítima por el hecho mismo de existir, de salir a la luz. En definitiva, existe una auténtica *presunción absoluta de legitimidad* a favor de la ley que proviene de su mera existencia. Este es el hilo conductor del positivismo jurídico en las distintas formas de la voluntad general de la revolución y, después, de la soberanía de la nación o del propio Estado. Formas distintas, incluso muy distintas, pero equivalentes en la producción de este efecto, de esa calidad especial de la ley. Que es siempre la misma, es siempre ese misterioso *quid pluris* que los príncipes territoriales invocaban al comienzo de nuestro recorrido para justificar la superioridad de su derecho sobre el de los estamentos y

las ciudades. En una palabra, es la soberanía, que es —ella misma— algo que va más allá de la titularidad formal de los poderes de *imperium*.

El positivismo jurídico tendrá fuerza mientras la tenga esta presunción de legitimidad a favor de la ley. Es decir, mientras por encima de la ley haya cartas constitucionales que, como en el siglo XIX, se limiten a organizar la forma de gobierno, a enunciar algún derecho y a establecer alguna reserva de ley, pero que no pretendan constituir un criterio de valoración de la legitimidad de la ley; y mientras bajo la propia ley haya una función jurisdiccional limitada realmente a la actividad de mera aplicación de la ley. Es cierto, el origen de esta fuerza especial de la ley en el principio de soberanía no dejará muy tranquilo a nuestro positivismo jurídico que, en la época del Estado de derecho, buscará límites y contrapesos entre los poderes y los órganos del Estado. Pero siempre parándose antes de ese límite global más allá del cual la erosión del principio de soberanía habría significado poner en duda la presunción de legitimidad de la ley y, así, la apertura de un camino incierto y peligroso. Habría significado «crear una excusa legítima para la desobediencia de la ley», como dijo el gran Vittorio Emanuele Orlando, en referencia tan solo a la hipotética introducción de un control de constitucionalidad.

Intentemos ahora, a mitad de camino, hacer un balance provisional. El constitucionalismo —como hemos visto— nace de exigencias prácticas y políticas, con el fin de mantener espacios propios, garantizados normativamente, para una serie de fuerzas que se enfrentaban en los territorios europeos con la fuerza creciente de los señores territoriales. La relevancia de esta parte de la historia constitucional europea es incalculable. Durante mucho tiempo, se ha construido sobre esta línea la expectativa de la tutela de una esfera protegida; y más aún: la conciencia, ínsita históricamente en el constitucionalismo, de la posibilidad de construir un orden común comprensivo de las distintas partes que lo componen a través de una actividad de gobierno sabia y prudente e inspirada por la lógica esencial del equilibrio. En el plano doctrinal, no solo está Hobbes en la historia constitucional europea, sino también la república de Maquiavelo y de Harrington, que más tarde influirá bastante, como modelo de referencia, en la Revolución americana. Por su lado, el positivismo jurídico tiene —como hemos visto— un origen concreto. Pero esta vez, el plano en el que se desarrollan los acontecimientos es fuertemente ideológico. Se trataba, en efecto, de contribuir a legitimar la fuerza especial del derecho del soberano, de manera que esta pudiera arrogarse el poder fundamental de abrogar los otros derechos. El positivismo jurídico, de Hobbes en adelante, desarrolla esta función de calificar como derecho, como ley, solo la ley del soberano, reduciendo los otros derechos a me-

ras particularidades de hecho. Para el éxito de esta operación fue decisiva la promesa de un nuevo orden, incorporado a la ley del soberano y representado por él, que no era sino el orden del derecho natural de base individual y que se convertirá después en la misión de la propia revolución. Así pues, el positivismo jurídico desarrolla, en alianza con el iusnaturalismo, una función revolucionaria, en el sentido de que resulta decisivo para romper el equilibrio que caracterizaba el gobierno de los territorios hasta la revolución.

Tenemos así, por una parte, un constitucionalismo que construye unidades políticas sobre una base *asociativa* y que apunta al equilibrio y al mutuo reconocimiento de las distintas fuentes del derecho; por otra, un positivismo jurídico que sostiene la construcción de un modelo *monista* en el que la ley del soberano, o de la asamblea, o del Estado, incluye todo el derecho del territorio. La filosofía de la Revolución francesa es más bien la segunda que la primera. Basta con leer la Declaración de derechos de 1789, en la que encontramos una sola vez la palabra «constitución» y nueve veces, y siempre en puntos decisivos, la palabra «ley». Es en efecto la ley —una ley única que abroga los privilegios del antiguo régimen— lo que sirve para garantizar los derechos individuales y sobre todo el principio de igualdad. La constitución puede indicar estos objetivos pero, en esencia, es, en primer lugar, el marco en el que se desarrolla esta obra decisiva de la ley. En una palabra, es esta última, más que la misma constitución, la que crea la nueva sociedad de los libres y los iguales. Y esa ley no habría podido tener tanta fuerza si antes de la revolución, de Hobbes en adelante, no hubiese madurado el diseño que apuntaba a conferirle, en cuanto expresión del soberano, ese *quid pluris* que es, a su vez, expresión de la propia soberanía.

Tras la revolución, la ley estará cada vez más desvinculada de su imagen revolucionaria. Incluso las doctrinas liberales del Estado de derecho cuidarán de manera especial este aspecto, casi para esconder el origen revolucionario de la fuerza de la ley, demasiado ligada a las peligrosas filosofías contractualistas o, mejor todavía, al propio poder constituyente. Pero se tratará, como mucho, de una cuidadosa labor de cosmética realizada de manera que no entrara en los estratos profundos, para no erosionar el núcleo fundamental de esa fuerza especial de la ley soberana que la sociedad burguesa y liberal del siglo XIX no quería disminuir. Y, en efecto, que el legislador no era un poder constituido ordinario y que en la ley estaba el *Mehrwert* político que proporcionaba el principio de soberanía, lo vieron con claridad, ya en los primeros decenios del siglo pasado, tanto Carl Schmitt como Hans Kelsen, obviamente desde perspectivas opuestas y con soluciones igualmente opuestas: el primero para

considerar ese *Mehrwert* como el carácter esencial e imprescindible de todo Estado, incluido el Estado de derecho, el segundo para proceder a su eliminación, precisamente como un residuo de la época iusnaturalista inconciliable con el propio Estado de derecho.

En fin, a lo largo de la revolución, y después, podrá suceder también que la propia constitución se convierta en símbolo de la revolución. Pero la única revolución hecha verdaderamente en nombre de la constitución es la americana, que no por casualidad carecía de la historia europea de la fuerza de ley. Y también es verdad que a lo largo de la época liberal los movimientos liberales y democráticos invocaban la constitución, pero esas cartas constitucionales en concreto sirvieron sobre todo para componer la forma de gobierno, para representar el gran acuerdo entre monarquía y parlamento, y solo en parte para garantizar los derechos. Así podemos leer, en referencia a Italia pero sirve de ejemplo para toda Europa, en el comentario al Estatuto del Reino de Racioppi y Brunelli: «Nuestro Estatuto no concede derechos al individuo, sino simples presunciones de derechos; mientras, la existencia jurídica y el verdadero contenido de los derechos subjetivos individuales dependen de las leyes que específicamente tratan de ellos, y es en ellas donde hay que buscarlos»⁴.

Es ciertamente impresionante que los mayores comentaristas del Estatuto, en plena época liberal y tras sesenta años de vigencia del Estatuto, digan, en definitiva: no vayáis a buscar los derechos en la Constitución. Están donde siempre han estado, desde los tiempos de las leyes del soberano, es decir, precisamente en las leyes. Pero entonces, si las cosas son así, podemos preguntar: ¿cuándo comienza la nueva historia, la que llega hasta nosotros, es decir a la *nueva conexión histórica entre constitución y derechos*? Nuestra conclusión es que se trata de una historia que recobra fuerzas en tiempos recientes, a lo largo del siglo XX. Recupera vigor con las Constituciones democráticas del siglo XX, a partir obviamente de la de Weimar de 1919. Las diferencias con las precedentes Cartas constitucionales son demasiado conocidas para tener que repetirlas por enésima vez: la diferencia entre mera garantía de la ley e inviolabilidad en el plano de los derechos, la ampliación de los derechos a la materia social del trabajo, de la instrucción y de la asistencia, el control de constitucionalidad, etc. No vamos a repetir aquí estas cosas. Más bien vamos a considerar un punto específico que se traduce en esta pregunta: ¿permanece íntegra dentro de las nuevas Constituciones democráticas la fuerza de ley de la tradición positivista europea? ¿Esas Constituciones

4. F. Racioppi y I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. II, Turín, 1909, p. 34.

presuponen tal fuerza o —al situarse de manera directa frente a los derechos, por vez primera, como norma suprema— terminan por corroer esa fuerza tradicional? ¿En qué medida es verdaderamente una *nueva historia* la que comienza a lo largo del siglo xx?

3. Las Constituciones democráticas del siglo xx

Por fuerza, la respuesta debe articularse⁵. Por su parte, la Constitución tenía en realidad muchas cartas que jugar. Especialmente por lo que se refiere a las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, como la italiana, la Constitución era el símbolo mismo de la nueva sociedad, la vía a seguir para la reconstrucción posterior al Estado totalitario. Pero precisamente por este motivo, es decir, a causa de su origen intensamente político, en los años inmediatamente posteriores a su promulgación se estaba lejos de considerarla una auténtica norma jurídica aplicable a los casos concretos y capaz de regular como la ley las relaciones de los asociados. Se consideraba incluso que a la Constitución le faltaba, por su naturaleza de norma suprema y de principio, la *fuerza* que la historia conocía y que era, en concreto, la fuerza de ley. Por esto se consideraba que necesitaba normas legislativas de ejecución. Como si solo fuese norma jurídica a través de la ley, que poseía históricamente la fuerza necesaria para regular todas las relaciones entre los asociados. En esta situación, la ley se ponía solo en apariencia al servicio de la Constitución para ejecutarla, pero en realidad la Constitución mostraba implícitamente su impotencia para ser norma jurídica sin el trámite de la ley. Y así, al menos en una primera fase inmediata a la entrada en vigor de las nuevas Constituciones, también en Italia, el dogma positivista de la fuerza de la ley parecía mantener casi íntegra su fuerza y su importancia central. De entrada, la ley no tenía que ser conforme a la Constitución, de manera que durante mucho tiempo, hasta la célebre primera sentencia del Tribunal Constitucional, se defendió que el control de constitucionalidad no podía extenderse a las normas anteriores; y, por el contrario, era más bien la Constitución la que tenía el honor de presentarse en la entrada de la casa del derecho, habitada durante mucho tiempo por la ley,

5. Lo que se dirá en este epígrafe vale en general para el *tipo histórico* de las Constituciones democráticas del siglo xx, pero está referido a Italia. Véanse sobre ello dos recientes trabajos míos: M. Fioravanti, «Costituzione e legge fondamentale»: *Diritto Pubblico* 2 (2006), pp. 467 ss.; *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, Accademia dei Lincei, 9 de enero de 2008, congreso sobre «La Costituzione ieri ed oggi», de próxima publicación en las Actas del congreso.

para acceder a ella eventualmente tras valorarse si sus rasgos eran auténticamente jurídicos, similares en definitiva a los de la ley.

Estos tiempos pueden parecer lejanos. Pero los recuerdo para apreciar por contraste la relevancia del proceso de transformación que se abrió tras la institución del Tribunal en 1956, en referencia a Italia pero siempre para analizar problemas y tendencias que tienen una dimensión al menos europea. En seguida se mostró lo artificioso de la distinción entre legitimidad y mérito que, en materia de justicia constitucional, había sido introducida por la justicia administrativa y que no pocos en la Constituyente habían tomado como base para su argumentación sobre el Tribunal. Lo que hoy llamamos control de racionalidad de la ley comenzó a configurarse en seguida a propósito del principio de igualdad y, por lo tanto, de la racionalidad o de su contrario, es decir de la arbitrariedad, y del mismo tratamiento de situaciones distintas o del tratamiento distinto de situaciones iguales por parte del mismo legislador. Y a pesar de que el Tribunal repitiese que en la base de su argumentación estaban las valoraciones llevadas a cabo por el propio legislador acerca de la igualdad o la diferencia de las situaciones en cuestión, en realidad estaba claro que por esa vía el Tribunal entraría antes o después en el terreno de la discrecionalidad legislativa y además que, por su propio papel, estaba obligado a indagar, dialogando con los propios jueces, sobre las realidades de hecho subyacentes tras la cuestión de constitucionalidad.

Lo que muchos habían imaginado, es decir un Tribunal en el paraíso constitucional y dedicado a cuestiones rigurosamente de legitimidad, era desmentido en ambas direcciones: respecto al legislador, con el cual se iniciaba un diálogo sobre los contenidos de la ley, y respecto a los jueces, con los cuales se iniciaba un diálogo sobre la interpretación de la ley a partir de los casos concretos. En una palabra, la función del Tribunal se introducía en el centro del sistema, en el sistema de las fuentes y en la propia forma de gobierno, cambiando de alguna manera su estructura. Quien había aceptado la novedad del Tribunal, pero a condición de que fuese considerado como un mero correctivo, o perfeccionamiento, del orden tradicional de los poderes, y en particular del papel de la legislación y de la jurisprudencia, era desmentido. Ya no era posible considerar la ley sin valorar el rasgo de su constitucionalidad, y aún lo era menos desarrollar la delicada función de hacer justicia a través de la interpretación de la ley prescindiendo de la Constitución. En el futuro no se daría tanto una validez normal de la ley, y por el contrario una inconstitucionalidad excepcional, cuanto una labor constante de remisión de la ley a la Constitución mediante su interpretación, a partir de los casos concretos, por los jueces guiados en buena medida por el propio Tribunal.

Estoy absolutamente convencido de que en la Constituyente nadie pensaba en una perspectiva de este tipo. Ciertamente, el Tribunal fue aceptado en nuestra Carta sin que las dudas sembradas sobre él amenazasen de verdad con eliminarlo. Pero casi todos dudaban de su naturaleza, política o jurisdiccional. Y no se preveía que el desarrollo de la Constitución hubiese dependido en tan amplia medida del Tribunal. Como es sabido, la gran mayoría de nuestros Constituyentes pensaba en la Constitución en términos políticos, siguiendo la huella de la tradición de origen revolucionario de la *loi politique* y pensando en su ejecución parlamentaria mediante grandes leyes de principio. Y es igualmente sabido que esta perspectiva se ocultó casi de inmediato a causa de la división del grupo constituyente que se produjo en aquellos años. Esto no quiere decir, sin embargo, que el Tribunal haya sustituido al legislador en la ejecución de la Carta constitucional. Y mucho menos que se haya producido una especie de *golpe de mano* del Tribunal en contra del propio legislador.

Hay que considerar a este propósito, ante todo, el mecanismo de acceso al Tribunal por parte de un juez *a quo*, que es esencialmente jurisdiccional. Es decir, el Tribunal no tiene iniciativa, no elige, construye a lo largo del tiempo su propia jurisprudencia pero no tiene una orientación, que es cosa bien distinta. Y así, su labor, aunque más amplia y distinta a la imaginada por los Constituyentes, no podía y no puede considerarse como un poder legislativo, dotado de una discrecionalidad de tipo político que el Tribunal no posee. En este sentido, el Tribunal nunca ha elegido las partes de la Constitución que debe valorar en particular, y siempre se ha ocupado de lo que la práctica, a través de la jurisdicción, le proponía. El Tribunal tiene una mente práctica y solo dentro de esos límites, que se le imponen institucionalmente, tiene también una dimensión política. En fin, es necesario considerar el hecho de que el Tribunal tenía enfrente un parlamento nuevo, expresión del sufragio universal y animado por los grandes partidos de masas protagonistas de la Constituyente. Frente a él, el Tribunal, órgano nuevo y de naturaleza incierta, tenía una cortesía natural que, en términos de un natural *self-restraint*, siempre ha mantenido. No se trata solo de un respeto formal al principio democrático. Se trata de algo más, esto es, del más elemental principio de autoconservación. El Tribunal percibió rápidamente que una entrada demasiado llamativa en el terreno de la discrecionalidad política habría comprometido su propia identidad, todavía frágil e incierta, politizándola más de lo debido. En otras palabras: para avanzar, a veces hay que retroceder; y es lo que hizo el Tribunal.

Pero entonces, dicho esto, ¿sobre qué se basó la evidente ampliación del papel del Tribunal respecto de las previsiones de los Constituyentes?

Pues bien, creo que la respuesta a esta pregunta es esencialmente de carácter histórico, lo que nos obliga a volver al comienzo de nuestro discurso, cuando hemos recordado los orígenes del constitucionalismo europeo con referencia a la organización plural de los territorios previa a la revolución. Aclaremos enseguida que aquí no se quiere aludir a la presunta *actualidad* de ese periodo histórico. Consideramos que es muy firme el carácter irreversible de un aspecto decisivo de la transformación que se inicia a mediados del siglo XVII y culmina con la revolución y con los Estados nacionales, que se resume en una palabra: ese era el mundo de los estamentos, este es el mundo de los individuos, aunque hoy cada vez más envuelto en una realidad compleja y estructurada. No hay vuelta atrás. No se vislumbra en el horizonte el retorno a ese mundo. Por el contrario, debe tomarse en consideración otra hipótesis: que la modernidad de la que nos habla la Declaración de derechos de 1789 y de la que nos hablan la ley del soberano y el derecho público estatal de los Estados nacionales es una modernidad demasiado simple y esquemática. Y que la modernidad imaginada por Hobbes y presupuesta por el positivismo jurídico no agota el complejo acontecimiento del Estado moderno europeo, en cuyo seno se dan distintas soluciones posibles, *distintos modos de organizar el orden político*.

Hoy resulta evidente para todos que el mundo actual ya no es el del triunfante periodo del positivismo jurídico, de la relevancia central de la ley solo eventualmente limitada hacia arriba por la Constitución y aplicada hacia abajo por la jurisprudencia de manera cierta, rápida y uniforme. Hoy, una parte de la construcción del orden político pasa por otras vías, y en particular a través de la interpretación de la ley en el ejercicio de impartir justicia, de la jurisdicción, presuponiendo en esta labor la presencia decisiva de la Constitución como norma jurídica. La historia entra en todo esto solo para suministrar dos nociones: que este modo actual de organizar el orden político no es del todo inédito, en el sentido de que han existido otros siglos de la Edad Moderna en los que era evidente para todos el fuerte nexo entre el papel de la jurisdicción y la construcción de un orden político y jurídico común; y que la solución anterior, la positivista de los Estados nacionales, no puede considerarse la medida absoluta, sino que, por el contrario, está determinada históricamente, como la nuestra actual y como cualquier solución que se haya producido en la plurisecular existencia del Estado moderno europeo.

Volvamos entonces a las Constituciones del siglo XX, a la Constitución italiana y al Tribunal Constitucional. La hipótesis que adelantamos es que esas Constituciones, y los propios Tribunales, han impactado en una realidad histórica y social que a mediados del siglo pasado ya no cabía en

el modelo que proporcionaba la tradición positivista. En este sentido, la ampliación del papel de la función jurisdiccional ha nacido de las cosas, de la necesidad de dar respuestas concretas a problemas que surgían de la práctica de manera compleja, de manera que no podían recibir respuestas según alternativas del tipo sí-no, válido-inválido, conservación-abrogación. Así, el propio Tribunal tuvo que dotarse de instrumentos más flexibles para utilizarlos en la actividad concreta de la interpretación de la ley por parte de los jueces. Pensemos en las sentencias de principio, o en las interpretativas de rechazo con las que se conserva una ley pero a condición de que se interprete de una manera concreta. Se trata de soluciones que son conscientes del coste que tendría la abrogación de una determinada ley, pero también de mantenerla con un significado determinado, y que por ello confían en el papel activo en este sentido de la jurisprudencia. ¿Qué es todo esto sino una actividad constructiva de orden político y jurídico? Y en la medida en que estas decisiones contribuyen a mantener o a perfeccionar ese orden ¿no es quizá plausible considerarlas como *una actividad de gobierno*? Obviamente, no ese *gobierno* que lo es porque persigue una orientación política, sino ese otro *gobierno* con un origen histórico más remoto, que lo es porque contribuye de modo decisivo a tener unida una comunidad política compleja a través de una sabia obra de mediación, en busca del resultado fundamental del equilibrio.

Hoy, la realidad en la que la Constitución está inmersa no permite ya las simplificaciones propias del positivismo jurídico. Hoy es un tiempo histórico en el que el principio de unidad política, sin el cual no existe ninguna constitución, puede todavía estar vivo y operante, pero a condición de que se acepte pensar en el orden político como en una conquista fatigosa, no ya fruto de una única causa originaria y que encuentra en su camino la obra de mediación, ahora ya esencial, de la jurisprudencia. Obviamente, para la construcción de ese orden sigue siendo indispensable el principio democrático, el ejercicio de los derechos políticos, la rivalidad por la determinación de la orientación política, la propia ley. Pero desde la cima en la que se sitúan las funciones legislativas, políticas y de gobierno, ya no se ve íntegramente el territorio de la constitución. La constitución como representación del orden político y jurídico es otra cosa, está en otro sitio. La cuestión es que esa constitución ahora sería muy débil sin el decisivo papel constructivo de la jurisprudencia. La parte esencial de la constitución no es solo la política. La constitución tiene necesariamente *dos lados*, como el Estado moderno europeo del que hemos partido. Y por eso, si es verdad que el constitucionalismo no puede construir por sí solo un orden político autosuficiente, también es verdad lo contrario: que el positivismo no puede creer que este sea ya el tiempo

en el que el orden pueda estar representado por entero por la ley soberana. Hoy, la representación global de ese orden está en la Constitución de la que extraen sus funciones todos los poderes, los legislativos y los de gobierno, los políticos y los de orientación, así como los de garantía y, en particular, los jurisdiccionales. La Constitución distingue de manera cuidadosa unos de otros, pero confía también que unos y otros, cada uno en su ámbito, trabajen por la conservación y el perfeccionamiento del orden político y jurídico que en ella se funda.

LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

1. Introducción

Hoy, en nuestro tiempo histórico que comenzó con las Constituciones democráticas del siglo XX, es usual asociar de manera estrecha *igualdad y constitución*. Por una parte, una constitución democrática no puede considerarse como tal sin un principio de igualdad fuerte y definido, por otra, la propia igualdad asume necesariamente el aspecto de principio constitucional, está contenida en la constitución y se realiza por medio de la constitución. La constitución necesita de la igualdad para existir como constitución democrática y, recíprocamente, la igualdad necesita de la constitución para realizarse. Sin principio de igualdad no hay constitución, y viceversa. El nexo nos parece evidente, tan fuerte y convincente que parece casi natural y necesario¹.

Pero en realidad no es así. Por el contrario, este nexo está históricamente determinado, es el fruto específico de una época histórica reciente, que es precisamente la de las Constituciones democráticas del siglo XX y que comenzó a mediados del siglo pasado. Antes de esa época, la nuestra y en la cual nos encontramos, *igualdad y constitución*, lejos de ser aliadas, con frecuencia se encontraron en campos opuestos: durante mucho tiempo, la igualdad amenazó a la constitución, y esta segunda representó al mismo tiempo un freno para la difusión de la propia igual-

1. Véase en este sentido el ejemplar estudio de L. Ferrajoli, «Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea», en A. Galasso (ed.), *Il principio di uguaglianza nella Costituzione europea. Diritti fondamentali e rispetto della diversità*, Milán, 2007, pp. 15 ss., que hace derivar de la necesaria importancia del principio de igualdad en la teoría de la constitución su opción por la constitución europea, en contra de las tesis que no la consideran posible al no existir el *pueblo europeo* o la *nación europea*.

dad. Esta es la *primera fase* de nuestra historia, previa a la revolución. En su seno descubriremos la principal tradición constitucional europea: la tradición de la *constitución mixta*. Una constitución no escrita pero no por ello menos prescriptiva, que predicaba las virtudes de la moderación, del equilibrio, de la justicia adecuada a las cosas y que, precisamente por esto conservaba en su seno las diferencias y las desigualdades. Una constitución que representaba en toda Europa una especie de *medida ideal*, frente a la cual la igualdad entre los hombres parecía ser, ante todo, un principio desmesurado, fuente necesariamente de desequilibrio, destructivo sin duda para el orden jurídico y político².

Esa constitución era fuerte y estaba perfectamente arraigada. Fue necesaria la revolución para afirmar el nuevo principio de igualdad. Pero también fue necesario, precisamente para vencer esa difícil batalla, asociar dicho principio de igualdad al *principio de soberanía*: todos somos iguales porque estamos sometidos a la *ley*, a la misma ley, entendida a su vez como expresión del principio de soberanía. De este modo, soberanía e igualdad irrumpen juntas en el panorama constitucional europeo. Lo que ahora importa para la realización del principio de igualdad es que los parlamentos representativos de la nación soberana codifiquen el derecho de manera general y abstracta, aboliendo los privilegios del antiguo régimen y abrogando el viejo derecho. En esta *segunda fase*, que comienza con la revolución, se desarrolla en el siglo XIX y se prolonga hasta mediados del siglo XX, la igualdad está asociada a la ley del *Estado soberano*, que se presenta en forma de *Estado de derecho*. Y la constitución, tras la llamada revolucionaria, permanecerá en un segundo plano, representando como mucho el contexto en el cual se desarrollaba la historia de la igualdad, centrada toda ella en la ley.

Por último está la tercera y *última fase* de nuestra historia, que comienza a mediados del siglo XX con las Constituciones democráticas de ese siglo. Es una fase que señala, por varios motivos, una nueva etapa de importancia fundamental en la historia del principio de igualdad. Anticipemos uno, el de carácter más general, dejando los demás para el epígrafe final. Esta es la fase en la que el principio de igualdad entra en la constitución, convirtiéndose a todos los efectos en un *principio constitucional*. Ya no es materia exclusiva de los filósofos, como en la primera Edad Moderna, antes

2. La bibliografía sobre la constitución mixta es bastante amplia. Ha sido utilizada y en parte citada en M. Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2011, *passim*. El volumen 1 (2005) de *Filosofía política* está dedicado por completo a la tradición de la constitución mixta, desde los antiguos a la revolución. Véase también el primer capítulo de este libro, en concreto lo referido al *constitucionalismo de los orígenes*.

de la revolución, o de los legisladores, como en el Estado de derecho que surge de la revolución. Es, por el contrario, materia para *todos los intérpretes de la constitución*, incluidos los jueces que el modelo anterior convertía, por el contrario, en meros aplicadores de la ley y, solo desde esta clave, en garantes del principio de igualdad. Actuar para la correcta ejecución del principio constitucional de igualdad significa contribuir, cada uno en su papel, a la construcción y al mantenimiento del orden político y jurídico democrático, que ni siquiera podría concebirse sin ese principio.

Nacido en un terreno político y filosófico como prefiguración de una sociedad nueva que destruye la existente, protegido de manera exclusiva por la ley como expresión del principio de soberanía, el principio de igualdad se ha convertido en un principio constitucional que, como tal, pretende tener valor de *norma* y contribuir a la construcción de un orden que será, en concreto, el orden constitucional democrático. Para la textura concreta de ese orden será necesario, a partir de mediados del siglo pasado, realzar una original combinación de los distintos elementos de la tradición constitucional europea. No se renunciará a la ley como expresión del principio de soberanía, pero será sometida a límites precisos, recuperando incluso el aspecto más propiamente universal, y al mismo tiempo, precisamente en el terreno del principio de igualdad, se descubrirá la raíz más antigua de carácter equitativo. Sale así a la luz esta especial vocación de nuestro tiempo, que parece no crear nada nuevo pero que termina por mezclar de manera original, y con frecuencia inédita, las distintas piezas que componen nuestra tradición constitucional. Volveremos sobre este punto en la conclusión, pues nos ofrece la posibilidad de comprender determinados rasgos de nuestro presente constitucional a través de la historia, con los lentes de la tradición.

2. *Igualdad contra constitución: la tradición de la constitución mixta*

La constitución es anterior a la igualdad, al menos a la igualdad entre individuos entendidos de manera abstracta que, según el paradigma iusnaturalista, está en la base de la igualdad de los modernos, primero intuita en el plano filosófico y después proclamada por la revolución. Obviamente, no hablamos de una constitución determinada y menos aún de una constitución escrita, sino de la tradición constitucional que predomina en Europa antes de la revolución, que es sin duda la de la *constitución mixta*. La tradición de la constitución mixta tiene raíces concretas en la Antigüedad clásica, griega y romana, se desarrolla extraordinariamente con distintas orientaciones a lo largo del Medievo y en los primeros si-

!

glos de la Edad Moderna, y continúa viva en el umbral de la revolución, y quizá después. Esa tradición está animada por una idea madre: hacer o establecer una constitución significa esencialmente *componer las fuerzas presentes en un territorio determinado*: la *polis*, la *civitas*, el señorío o las más tardías monarquías protonacionales. Componer significa a su vez buscar puntos de equilibrio, gobernar con prudencia o moderación, de manera que cada una de las fuerzas presentes sea atraída por el interés común, previniendo así la formación de intereses particulares destructivos y la tentación de perseguir soluciones extremas y unilaterales.

En la constitución todas las fuerzas están limitadas y al mismo tiempo protegidas, pues ninguna puede crecer desmesuradamente a costa de las demás. Dentro de la constitución, todas las fuerzas aceptan su limitación y, al mismo tiempo, reciben la garantía de que conservarán su identidad. Así, una monarquía bien equilibrada, con magistraturas de extracción aristocrática y otras elegidas parcialmente por el pueblo, es una monarquía en apariencia más débil porque está fuertemente limitada, pero en realidad es más sólida, ya que está construida de tal manera que no corre el riesgo de provocar, como monarquía absoluta, la propia disolución a través de su contrario, es decir, mediante el régimen popular ultrademocrático. La constitución es justamente la norma fundamental, el conjunto de principios y de instituciones históricamente dadas, que impide esta deriva ruinosa, manteniendo el centro de gravedad del régimen político en el punto medio del gobierno moderado o equilibrado. Lo mismo sucederá con la república, cuya constitución mixta, que preserva en cuanto tal las raíces aristocráticas, garantizará la estabilidad e impedirá la corrupción de la forma de gobierno en el sentido de una *simple democracy* que con frecuencia termina por confundirse con su contrario, es decir, con las soluciones autoritarias. En la tradición constitucional europea previa a la revolución, la constitución está asociada, con frecuencia sirviéndose de textos clásicos, a *medietas* y a *firmitudo*: es un ideal de moderación y de estabilidad.

Es difícil ignorar el peso de esta tradición en Europa. Surgida originalmente en el siglo IV a.C. con las grandes figuras de Aristóteles y Platón, fue retomada en Roma con Cicerón, en un contexto de guerra civil declarada. En esa situación, la constitución es el *status civitatis*, es una condición de equilibrio ideal entre fuerzas que se opone a los dos extremos, a las rigideces oligárquicas y a los excesos populares y ultrademocráticos. Los dos extremos enemigos de la constitución terminan inevitablemente por confluír: el exceso oligárquico transforma la fuerza positiva de la aristocracia en mera y simple *factio* y, por su parte, el exceso democrático transforma la fuerza positiva del pueblo en mera y simple *multitudo*, fragmentada a su vez en facciones.

Lo que desaparece de esta manera es la constitución, es decir, el sentido de la común pertenencia a la *civitas*, en la que todas las fuerzas pueden y deben encontrar la medida de su existencia política. Cicerón adopta a este propósito un concepto que tiene la virtud de introducirnos en nuestra problemática de la igualdad: se trata de la *aequabilitas*³. La *aequabilitas* de Cicerón no tiene relación con el principio de igualdad de los modernos, que al menos en su origen se refiere a individuos y parte del logro fundamental del individuo concebido en abstracto, tal como aparece en las doctrinas iusnaturalistas a partir del siglo xvii. La *aequabilitas*, por el contrario, no se refiere a esa abstracción, sino a las relaciones concretas entre las fuerzas, aristocráticas y populares que actúan en el teatro de la *civitas*. Si esa relación es *imparcial*, si las fuerzas que forman la *res publica* conocen la medida de sus respectivas pretensiones, entonces la *civitas* tiene su *status*, entonces se tiene *constitución*. Entonces se tiene, al mismo tiempo, unidad política y *pueblo* en vez de mera *multitudo*. En este sentido, la constitución se basa en la *aequabilitas* porque sin ella se alteraría su virtuoso carácter mixto y tendríamos una oligarquía antipopular o un pueblo dominado por un desenfrenado espíritu de facción. Es decir, un régimen político sin constitución.

Esta raíz antigua greco-romana tiene una importancia incalculable en la historia constitucional europea. La reflexión sobre la constitución se retomará a finales del siglo xi, pero tendrá fuerza sobre todo a partir de mediados del siglo xiii con el descubrimiento de la *Política* de Aristóteles y, con ella, del modelo de constitución que hemos esbozado; con una variación importante, ya que la época medieval no es época de meras *reposiciones*, sino más bien de reelaboraciones autónomas aunque con frecuencia fundadas en los textos de la Antigüedad. Y la variación consiste en que el ideal de la constitución mixta ya no se realiza de manera horizontal como proyecto de conciliación política y social, como en el mundo antiguo, sino vertical, para expresar la necesidad de una monarquía limitada y, generalmente, de una *potestas temperata*. Sirve para distinguir el poder regio legítimo del tiránico, sirve para indicar la necesidad de un método de gobierno que sea a su vez *imparcial* y sobre todo prudente, en el sentido de estar encaminado al reconocimiento de un espacio razonable y conveniente para cada una de las fuerzas presentes en el territorio.

El mundo antiguo representaba a su enemigo en la *factio*, en la amenaza al orden político generada por una pretensión desmedida y unilateral. El mundo medieval representaba a su enemigo más bien en el arbitrio igualmente desmedido del gobernante que ignora los derechos estamen-

3. Cicerón, *De re publica*, I, XLV.

tales, corporativos y locales. El Medievo en el que pensamos se resume en la conocidísima máxima *quod omnes tangit ab omnibus approbetur*; que, una vez más, no debe entenderse como el principio democrático moderno. En la realidad de las relaciones sociales y políticas medievales, el principio significa más bien que el monarca, el príncipe o el gobernante no pueden por sí mismos, solo por su prerrogativa, alterar el equilibrio de las fuerzas y de las realidades que forman el territorio. El principio impone a ese gobernante la obligación de convocar, especialmente para decidir sobre las materias que nosotros llamaríamos de relevancia general, una adecuada representación del territorio en forma de parlamento, de esos parlamentos que en aquel tiempo estaban surgiendo en Europa, comenzando obviamente por el *King in Parliament* del modelo inglés. Como fundamento de todo esto y, en particular, de la institución parlamentaria se encuentra de nuevo, en este sentido, nuestra *aequabilitas*, entendida esta vez en el sentido de garantía del orden dado para que no sea alterado arbitrariamente por el gobernante.

Es imposible seguir ahora los recovecos medievales. Sería algo ajeno a nuestra argumentación. Pero también es imposible olvidar los modelos remotos, sobre todo los antiguos pero también los medievales, cuando leemos algunas páginas pertenecientes ya a la Edad Moderna. Es el caso de los *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, compuestos por Maquiavelo entre 1513 y 1519. Sobresale en ellos el concepto de «igualdad civil», que nos trae a la memoria la *aequabilitas* de Cicerón⁴. Obviamente, se trata de cosas distintas porque los respectivos contextos son muy distintos. Pero en los *Discursos* encontramos mucho más que un residuo de la idea antigua de la *optima res publica* como república capaz de equilibrar las diferencias, de componer de manera proporcionada y adecuada aristocracia y pueblo, evitando así el conocido doble exceso, en sentido oligárquico y en sentido ultrademocrático. La importancia de este pasaje es notable si se considera el hecho de que el modelo de la constitución republicana romana será conocido en Inglaterra gracias a Maquiavelo. Bastará a este propósito recordar la extraordinaria figura de James Harrington, con su *Commonwealth of Oceana*, de 1656⁵. La sociedad que se presenta ahora es una sociedad nueva, formada por individuos que, entre otras, cosas son ciudadanos electores. Pero no por esto la república debe aban-

4. N. Macchiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, en *Opere*, ed. de S. Bertelli y F. Gaeta, Milán, 1960-1969, I, caps. 2 y 50. Véase P. Pasquino, «Machiavelli e Aristotele: le anatomie della città»: *Filosofia politica* 2 (2007), pp. 199 ss.

5. J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana and a System of Politics*, ed. de J. G. A. Pocock, Cambridge UP, Cambridge, 1992.

donar su forma de siempre, la tradicional de un régimen estable y moderado. Harrington sitúa así como base de su república ideal la ley agraria, que limita el valor de las tierras que cada uno puede poseer para favorecer la máxima difusión de la pequeña y mediana propiedad y evitar de este modo una riqueza desmesurada y una profunda pobreza; y la ley electoral, prefigurando un bicameralismo que prevé un senado en el que de alguna manera, con una restricción mayor del derecho de voto en relación con la Cámara, se reconstruye una aristocracia virtuosa y moderada parecida a la imaginada y propugnada por Cicerón.

Concluamos ahora, tras este breve viaje por la tradición constitucional europea. Con Harrington estamos ya a mediados del siglo XVII, a un paso de la época de las declaraciones de derechos y de las revoluciones. Y en efecto, todo está cambiando. Pero esto no impide que la constitución entendida como *status civitatis* esté todavía íntimamente ligada al ideal, primero antiguo y después medieval, de la constitución mixta. Y, así, la monarquía tendrá constitución cuando reconozca que es una *potestas temperata*, actuando en consecuencia en el plano del gobierno mediante el *auxilium* y el *consilium* de las asambleas, expresión del elemento aristocrático y del popular y, al mismo tiempo, de las instituciones y de las realidades del territorio; y la república, por su parte, tendrá constitución cuando sea capaz de mediar de manera virtuosa entre aristocracia y democracia. Así, serán nocivos para la constitución republicana los privilegios odiosos que sitúan objetivamente a la aristocracia en contra del pueblo y en contra de la propia república, según la lectura de la «igualdad civil» de Maquiavelo, que actúa necesariamente y de modo semejante también en la otra dirección, ya que la ruina de la república puede venir también del exceso popular de carácter ultrademocrático. Así sucede en la tradición europea, desde sus antiguos orígenes hasta el umbral de la revolución⁶. Desde el punto de vista de la historia del principio de igualdad, existe una *igualdad positiva* que aproxima a los individuos y a las fuerzas sociales y políticas y favorece así la unidad de la *res publica*, y existe una *igualdad extrema* que niega el papel de la aristocracia y que es de por sí negativa, asumiendo la forma de una auténtica fuerza disgregadora que amenaza el *status civitatis*, la constitución misma.

Una comunidad política —*polis* o *civitas*, principado o reino— pierde su centro de gravedad, no encuentra el sentido de su ser unitario, si

6. Está también la Revolución americana, en la que la tradición republicana y la democrática se entrelazan de manera original. Véase el célebre pasaje de Madison en el *Federalista* (A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *The Federalist with Letters of «Brutus»*, ed. de T. Ball, Cambridge UP, Cambridge, 2003, n.º 10).

pierde la conciencia del carácter plural, diferenciado y compuesto de su estructura más profunda. Una monarquía conduce a la ruina a su propia comunidad política si concentra desmedidamente los poderes, si expropia de sus poderes a esa comunidad desde la raíz; e igualmente, una república conduce a la ruina a la sociedad si permite que prevalezca el espíritu igualitario, que uniforma las diferencias en un sentido unilateral. Se trate de una monarquía absoluta o de una democracia extrema, el resultado es de todos modos un cuerpo social plano y uniforme y, por ello, esencialmente carente de orden y predispuesto a disolverse o a ser dominado desde arriba de manera despótica. Por el contrario, el orden de la tradición, desde esta óptica sustancialmente medieval, es un orden que no iguala, que más bien presupone las diferencias y que, por ello, está lleno de figuras que se moderan y se relacionan entre sí. El conjunto de esas relaciones es la constitución, que, en este sentido, presupone la pluralidad, las diferencias y las desigualdades. La misma *aequabilitas* de la que hemos partido presupone esta compleja realidad. Tiene ciertamente un contenido prescriptivo, pero en el sentido de que las fuerzas, los grupos y los lugares comprendidos en el orden dado deben manifestar pretensiones que sean *proporcionadas*, convenientes para la propia función, de forma que no amenacen el orden que el gobernante debe respetar a su vez, actuando él también de manera proporcionada y limitada. En este sentido, nuestra *aequabilitas* señala límites y ofrece garantías, pero, ante todo, constituye el fundamento del orden en conjunto. Todos tienen derecho a un tratamiento *proporcionado*, también por el gobernante, pero nadie tiene derecho a imaginarse distinto de lo que es ni igual al otro. Si esto sucediera, el equilibrio se rompería. La igualdad sin diferencias se convertiría en ese mismo momento en extrema, perdiendo irremediablemente su fundamento equitativo. La constitución estaría gravemente amenazada. Y en el horizonte se recortaría de manera cada vez más nítida la figura del déspota, sin importar que fuera monárquico o democrático.

Sobre este modelo se construyeron algunas de las páginas más célebres del *Esprit des lois* de Montesquieu a mediados del siglo XVIII. En él se retoma el concepto de «igualdad extrema» que Montesquieu describe como la situación en la que el pueblo pretende actuar por sí mismo: «Deliberar en lugar del Senado, actuar en lugar de los magistrados, despojar de su autoridad a todos los jueces»⁷. Es evidente que para Montesquieu

7. Montesquieu, *Esprit des lois*, en *Œuvres complètes*, ed. de D. Oster, París, 1963, libro VIII [*Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 2007], donde Montesquieu traza la figura de la «igualdad extrema» en el contexto de la corrupción de las formas de gobierno y, en particular, de la democrática. La «igualdad extrema» se contrapone a la «libertad po-

esta situación es el resultado histórico de una degeneración. En vez de tomar la vía de la reforma de la constitución mixta con la introducción de una creciente medida de certeza y legalidad y con la progresiva reducción de los privilegios nobiliarios más odiosos, es necesario, para esa otra vía, demoler la base de la propia constitución con la supresión de las diferencias y con la negación de las funciones de la aristocracia y de los cuerpos intermedios, favoreciendo de esta manera el despotismo, que es el inevitable desenlace de un proceso de este tipo, en el cual los dos extremos del absolutismo monárquico y de la democracia extrema terminan por reproducirse de manera pareja, reinitiéndose continuamente uno al otro. Con Montesquieu se crea una gran contraposición: por una parte el gobierno moderado y equilibrado, que es el *gobierno constitucional* y que podremos ya definir como *de derecho*, y por otra el *gobierno despótico*, que es el gobierno que podremos definir como *ultrapolítico*, porque es fruto de la ruptura del equilibrio y de la prevalencia clara y unilateral de un principio político, ultramonárquico o ultrademocrático.

De esta forma se clarifica el título de este epígrafe: «Igualdad contra constitución». La segunda representa el flanco de la tradición, del equilibrio y de la moderación. La primera es la fuerza política que a partir del siglo XVII irrumpe en la escena social, política y constitucional europea amenazando con romper el equilibrio. A este propósito, basta con leer un texto precioso, no académico, que es la requisitoria del procurador general de la ciudad de Ginebra, pronunciada en junio de 1762 contra *El contrato social* de Rousseau, que concluye con la condena de la obra, la eliminación del volumen y la orden de sustraer y quemar todas las copias que circularan por Ginebra. Esa obra es peligrosa porque contiene un «delirio de libertad» que lleva a atribuir al pueblo un poder absoluto, que puede ejercer en cualquier momento, de cambiar a voluntad mediante asambleas periódicas las formas de gobierno y a los magistrados en ejercicio de sus funciones. Escribe el procurador en la motivación, a propósito del pensamiento de Rousseau: «Las leyes constitutivas de todos los gobiernos le parecen siempre revocables, no reconoce ningún vínculo recíproco entre gobernantes y gobernados»⁸. El pensamiento del procurador no es reaccionario. Defiende más bien las *leyes constitutivas*, la estabilidad de los *vínculos* que ligan a gobernantes y gobernados, en una

lítica», que está asociada a la ley y a la constitución y produce una igualdad muy distinta de la extrema, que se sitúa, por el contrario, como base de la sociedad política en sentido constructivo.

8. Véanse las «Conclusioni del Procuratore Generale su due libri intitolati *Il contratto sociale* e *Sull'educazione*», en J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale*, Turín, 1994, pp. 187 ss.

palabra la constitución, la misma que en Montesquieu era la base del régimen constitucional y antidespótico. Y la defiende contra un pensamiento como el de Rousseau que, en la reconstrucción del procurador, es un pensamiento esencialmente antijurídico, puramente político, que pone en peligro las *leyes* y los *vínculos*, subordinando las unas y los otros a un poder absoluto, el del pueblo soberano.

No pretendemos fundar nuestra historia del principio de igualdad en la opinión de un procurador. Sin embargo, estamos convencidos de que en el umbral de la revolución muchos en Europa compartían tal opinión. En una palabra, Europa se acercaba a la revolución pero alimentaba al mismo tiempo un profundo temor hacia la igualdad extrema. En el fondo, casi un siglo antes, esa igualdad había sido descrita por Thomas Hobbes como *bellum omnium contra omnes*, como una ilimitada exigencia de todos sobre todo. Es verdad que ese pensamiento era abstracto y estaba referido a la condición imaginaria del estado de naturaleza. Pero cada vez se alimentaba más la sospecha de que a través del gran artificio del estado de naturaleza se quería prefigurar la nueva realidad, la que estaba naciendo de la progresiva demolición del antiguo régimen. Y no eran pocos los que pensaban que esa demolición debía encontrar límites; que se debía propugnar la nueva filosofía de la igualdad entre los individuos, incluso hasta la revolución, pero para encontrar un nuevo punto de equilibrio, nuevas certezas y nueva estabilidad.

3. *La igualdad en la ley: la revolución y el Estado de derecho*

La revolución no podía renunciar al gran argumento del estado de naturaleza. En efecto, la crítica al derecho desigual del antiguo régimen se fundaba en la igualdad entre los hombres, considerados precisamente como tales en el estado de naturaleza. «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos», rezaba el artículo primero de la Declaración de derechos de 26 de agosto de 1789, condenando irrevocablemente de esta manera, en un solo reglón, el derecho estamental, la compleja y articulada estructura jurídica del antiguo régimen. Pero entonces ¿qué sucedía? Estos mismos hombres fundarían la «asociación política», como rezaba el siguiente artículo segundo, para tutelar y conservar mejor sus derechos. Pero ¿lo harían todos juntos, en un plano de absoluta paridad? ¿Y si al final todo se resolviese en la declaración de un poder absoluto de cambiar a conveniencia los rasgos de la asociación política, como temía el procurador ginebrino? ¿Se tenía la seguridad de estar al inicio de un nuevo orden, o quizás se destruía el antiguo sin tener un plan preciso y tal vez con

el riesgo de caer en un estado de guerra civil, de *bellum omnium contra omnes*, como en la conocida formulación de Hobbes?

La revolución buscó en la *ley* la respuesta a estas preguntas. Aparece nueve veces en la Declaración de derechos, y siempre en sitios estratégicos. Es por tanto cierto que la revolución atribuye los derechos a los individuos siguiendo el paradigma iusnaturalista y según el dictado perfectamente normalizador del estado de naturaleza, pero es también verdad que esos mismos derechos se vuelven concretos y concretamente practicables solo gracias a la autoridad de la ley. En la ley se expresa, en primer lugar, la soberanía de la nación que, precisamente a través de ella, niega cualquier autoridad particular, la de cualquier *cuerpo* y la de cualquier *individuo* —incluido el rey—, como reza el artículo tercero de la Declaración. El principio de soberanía expresado en la ley genera la condición básica necesaria para la declaración del principio de igualdad, destruyendo los privilegios y las autoridades particulares que poblaban el paisaje del antiguo régimen. Pero hay algo más. En el siguiente artículo cuarto de la misma Declaración, que funda la moderna reserva de ley, la ley aparece como la fuente que ostenta el monopolio del poder de limitar el ejercicio de los derechos que ella, a su vez, puede ejercer exclusivamente para garantizar a todos el ejercicio del propio derecho. El nexo entre la soberanía de la ley y el principio de igualdad es doble: mirando al pasado, consiste en la destrucción de los privilegios que se realiza precisamente con el instrumento de la ley soberana, y mirando al futuro, consiste en el papel de garantía de la ley que, poniendo límites al ejercicio de los derechos de cada cual, crea las condiciones para que todos puedan ejercer esos mismos derechos, para que la libertad de cada cual coexista con la libertad de los otros.

No hay revolución sin igualdad. Pero tampoco hay igualdad sin ley. La ley es la realización de la revolución y todo se refiere a ella. Por esto el artículo más importante de la Declaración es, al final, el sexto, que dice así: «La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir a su formación personalmente o a través de sus representantes». Este artículo explica por qué se confió a la ley la tarea de crear la sociedad nueva de los iguales y también de garantizarla, y por qué debemos fiarnos tanto de la ley, hasta el punto de asignarle a ella y solo a ella —como hemos visto— el formidable poder de regular y de limitar el ejercicio de nuestros derechos. El motivo es simple: porque la ley, y solo la ley, es «la expresión de la voluntad general». Tanto cuando desmantela los antiguos privilegios como cuando limita el ejercicio de los nuevos derechos individuales, no hace más que imponer su superior racionalidad, que actúa en un plano general y abstracto sin favorecer o castigar a nadie en concreto.

Hay sin embargo otro motivo, otra respuesta. Desde este segundo punto de vista, la *voluntad general* no remite de un modo tan racionalista a las características de la ley como fuente del derecho, y principalmente a su necesaria generalidad y abstracción, sino más bien a la dimensión del acto político, al principio democrático: debemos fiarnos de la ley porque la hemos hecho nosotros, porque debemos fiarnos de nosotros mismos, de nuestra propia voluntad. Bajo este segundo punto de vista, es *general* ante todo porque todos los ciudadanos concurren a su formación, como dice el propio artículo sexto. Ahora bien, lo que durante la revolución puede y debe producirse es una especie de equilibrio entre estos dos aspectos, entre la ley como *acto racional* y la ley como *acto político*. En concreto, la revolución no puede abandonar la dimensión política porque no puede renunciar a la soberanía, al fundamento político, al principio democrático. Pero tampoco puede hacerla prevalecer hasta el punto de excluir totalmente, o casi, la primera vertiente, la más estrictamente racionalista. Si eso sucediese, la ley sería solo expresión de una mera voluntad, como tal siempre mudable y revocable. En ese «todos los ciudadanos» del artículo sexto aparecería así la imagen de una igualdad extrema, incapaz como tal de generar orden. Y la revolución no quería ser solo el fruto de una voluntad, aunque fuera soberana, sino también el cumplimiento temporal de un movimiento de progreso que generaba un orden social y político más justo que el precedente y también más seguro y estable⁹.

Ese punto de equilibrio no era fácil de descubrir. La revolución lo buscó durante mucho tiempo y quizás nunca lo encontró. En un primer momento, entre 1789 y 1791, sin negar el principio democrático, se pensó en hacer prevalecer el aspecto de la racionalidad. Así, el artículo tercero de la Declaración, al afirmar la soberanía de la nación se preocupa en primer lugar de negar las soberanías particulares, las de los *cuerpos* y las de los *individuos*. No importa tanto que la ley sea el producto efectivo de la voluntad del pueblo soberano, sino que sea inmune a los vicios particularistas del pasado y se sitúe como acto perfectamente general y abstracto. Para evitar las impurezas de la ley es necesario limitar el sufragio a los ciudadanos «activos» —según la célebre formulación de Sieyès y de la propia Constitución de 1791— y organizarlo en dos grados, con requisitos censitarios para la elegibilidad al grado de elector de los

9. Sobre este punto, así como para la problemática sobre la igualdad en la revolución, véase P. Rosanvallon, *Le sacre du citoyen. Du suffrage universel en France*, París, 1992; trad. italiana, *La rivoluzione dell'uguaglianza. Storia del suffragio universale in Francia*, Milán, 1994, *passim* y pp. 167 ss.

diputados, con tal de garantizar una participación amplia pero moderada en la formación de la ley, excluyendo a quienes no parecían capaces de expresar una voluntad libre y suficientemente meditada.

No podemos repasar ahora los acontecimientos posteriores. Pero es sabido que la revolución no logró pararse en este punto. Al contrario, mostró a todos que el principio de igualdad estaba dotado de una especie de mecanismo interno incontrolable que lo obligaba a seguir expandiéndose, rechazando así todo límite. Todas las fuentes de las que disponemos muestran que toda Europa quedó turbada por el espectáculo de una revolución que parecía no pararse nunca y avanzaba a través de la proclamación de la República, la decapitación del rey, la promulgación de una nueva Constitución, el sufragio universal masculino y la introducción en la nueva Declaración de derechos de 1793 de los derechos sociales a la instrucción, al trabajo y a la asistencia. En una palabra, la tan temida «igualdad extrema» parecía convertirse en realidad.

Este es un pasaje de gran relevancia en la historia de nuestro principio de igualdad. Ahora bien, nuestra «igualdad extrema» ya no era una especie de hipótesis exagerada de los filósofos. Era una amenaza real. Y muchos observadores opinaban que se cumplían las peores previsiones: el predominio de la ley en sentido político como puro acto de voluntad del pueblo soberano, con la consiguiente pérdida de su fundamento racional, con la desestructuración de la representación política, con la transformación de los diputados en meros mandatarios, fieles y estrictos ejecutores de las instrucciones recibidas por el pueblo y, en el vértice, la reducción de la propia constitución a mera manifestación de la voluntad popular y, como tal, modificable incesante y libremente. La máxima extensión del principio de igualdad desde el terreno civil al político y al social se asociaba por muchos a la reducción al mínimo de la certeza jurídica y de la estabilidad política.

Hemos insistido en este punto porque sin la conciencia de la complejidad de la herencia de la revolución no se entiende bien la época siguiente del Estado de derecho. Si es verdad que la revolución queda como la época por excelencia de las Declaraciones de derechos y del propio principio de igualdad, que influirá inevitablemente, en este sentido, en todas las fases decisivas, también es verdad que en toda Europa se piensa en recomenzar tras la revolución limitando los excesos y recuperando la certeza y la estabilidad incluso contra la revolución. Y tal recuperación sucede ante todo en el terreno de la ley. Se vuelve a ella para eliminar el carácter de acto político porque se le teme. Se descartan no solo las soluciones más radicales, sino en general todas las opciones de carácter iusnaturalista y contractualista. En cierta medida, el principio de igualdad ya

no vuelve atrás, pero al mismo tiempo no se deberá repetir el error de partir del derecho natural para extraer de él una peligrosa «igualdad extrema» desplegada por los derechos civiles y sociales.

En el siglo XIX, que es el siglo del Estado de derecho y de la sociedad liberal y burguesa, la igualdad que es necesario establecer es solo y exclusivamente la que deriva de la rigurosa y uniforme aplicación de la ley del Estado soberano. Esa ley contiene todavía el principio de soberanía de la nación, pero esta, a su vez, actúa ahora solo y exclusivamente en cuanto se personifica en el Estado. Es, pues, el Estado liberal de derecho, el Estado nacional, el auténtico titular de la soberanía. Antes del Estado no existe ninguna nación soberana en marcha que reclame cada vez más derechos. Y la ley de ese Estado no tiene ya la obligación de adecuarse a los preceptos del derecho natural. Ya no se ve empujada a cumplir condiciones de mayor igualdad cada vez. Es suficiente que prevea una igualdad compatible con el derecho histórico de la nación y de la sociedad burguesa: un buen nivel de garantía de los derechos civiles pero un radio todavía reducido para los derechos políticos y poco o nada en el plano de los derechos sociales.

Obviamente, las soluciones políticas son distintas en el plano nacional. El *Rechtsstaat* alemán es distinto al parlamentarismo inglés, francés o italiano¹⁰. Pero comparten una misma civilización jurídica que ya no es la de la revolución. El principio de igualdad está contenido ahora por completo en el principio de legalidad, se agota en el derecho de todos a ser tratados conforme a la ley del Estado. Ese principio parece haber perdido toda la carga propositiva. Ya no aspira a ser un presupuesto vinculante de la ley cargado de contenidos prescriptivos. Parece reducirse al logro de una correcta y uniforme aplicación de la ley. El principio de igualdad solo puede desarrollarse si así lo disponen los parlamentarios, los gobiernos y las mayorías políticas. Su eventual extensión del campo civil al político y social dependerá exclusivamente de la lucha política. En síntesis, la igualdad, más allá de la legalidad, se ha convertido en una materia puramente política. La ley infunde la medida y solo esa medida que estará determinada por la concepción de la sociedad que prevalezca

10. Más indicaciones en M. Fioravanti, «Il principio di eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno», ponencia presentada el 17 de diciembre de 1998 en el Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, ahora en Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 1998. Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici* (Atti del XIII convegno annuale, Trieste, 17-18 de diciembre de 1998), Padua, 1999, pp. 31 ss; y en M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milán, 2001, II, pp. 797 ss.

en la lucha política. Y así como la política liberal es moderada, la igualdad también será moderada.

Una última consideración sobre este aspecto. En realidad, todo esto no es sino la manifestación específica, en el plano del principio de igualdad, de una característica fundamental del Estado liberal de derecho predominante en Europa entre los siglos XIX y XX. Se trata de la clara y rígida separación entre derecho y política. De una parte el derecho, encerrado totalmente en la ley del Estado, el principio de legalidad y la igualdad que de él deriva y que se agota en el tratamiento de todos conforme a la ley; de otra parte la política, libre de imaginar para el futuro una sociedad cualquiera de individuos completamente iguales pero que, en cuanto simple opción política, no puede prescribir nada sin convertirse en mayoría y, así, en ley. Entre uno y otra, *tertium non datur*.

Pero lo que se encuentra *en medio*, entre la política y el derecho, es precisamente el espacio de la *igualdad como principio constitucional*. Es el espacio en el que las múltiples opciones políticas presentes en un cierto momento histórico dan con el modo de encontrarse transformándose en una gran norma de principio. Esto era impensable en la época del Estado liberal de derecho; y es lo que sucederá con las Constituciones democráticas del siglo XX, entre las que se encuentra la italiana de 1948. Si se leen esas normas de principio —entre las cuales resalta precisamente el artículo tercero de la Constitución italiana—, se comprende bien el origen político. Se distinguen a contraluz los valores claramente políticos que son el fundamento de esas normas. Pero no es menos cierto que esos hombres y esas fuerzas políticas y sociales, con esas Constituciones y con las respectivas normas de principio no solo querían manifestar sus opciones políticas. Querían más bien dotar de una norma a la sociedad democrática que estaba naciendo. Caía la vieja separación entre derecho y política. De un origen explícitamente político nacía algo que quería ser una plena y auténtica norma jurídica. La igualdad, tal como es delineada en el artículo tercero de la Constitución italiana, la «igual dignidad social», la igualdad «sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales», ya no es mera retórica política o simple fantasía sobre la sociedad del futuro, sino un principio constitucional y por ello una norma jurídica. La antigua y amenazadora «igualdad extrema», que en los siglos anteriores había vivido solo en la mente de algún filósofo o en las llamaradas revolucionarias que, a los ojos de todos, habían confirmado su peligro para el orden constitucional —que la civilización burguesa y liberal temió profundamente retirándola al terreno de las meras opciones políticas, tan distintas a la seguridad ofrecida por la ley del Estado—, encontraba ahora, finalmente, su espacio

y su medida *dentro de la constitución*, se convertía en principio constitucional. En otras palabras, la igualdad, aunque concebida en términos bastante amplios, desde el plano civil al político y social como en el artículo tercero antes mencionado, ya no era *extrema*, se estaba reconciliando históricamente con la constitución. Y en el momento en que esa igualdad era diseñada con su máxima extensión, en ese mismo momento se convertía en un principio constitucional, en un principio jurídico, y por tanto en norma. Se abría así una fase nueva y distinta en la historia del principio de igualdad.

4. *La igualdad en la constitución: las Constituciones democráticas del siglo XX*

La igualdad en la constitución es la igualdad de nuestro tiempo histórico que se abre con las Constituciones democráticas del siglo XX a mediados del siglo pasado. El hecho de que la igualdad esté ahora en la Constitución y que se deba realizar según el dictado constitucional a través de la ley y del control que los jueces desarrollan sobre la propia ley, precisamente a la luz del principio constitucional de igualdad, ha cambiado completamente el panorama histórico en su conjunto.

En tanto, en las Constituciones democráticas de las que hablamos está contenido el *principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, civiles, políticos y sociales*. Ya no son posibles las políticas fundadas de manera explícita en una *naturaleza* presuntamente distinta de los derechos que componen la cesta de los derechos fundamentales. El artículo tercero de la Constitución italiana es absolutamente claro en esto. No solo no existe ningún motivo para considerar el segundo párrafo de ese artículo menos prescriptivo que el primero, sino que debe observarse cómo el segundo párrafo, justamente valorado como la norma madre en materia de derechos sociales, está realmente inspirado en una visión comprensiva y compacta de los derechos de ciudadanía, en el sentido de que los propios derechos sociales parecen esenciales precisamente para configurar y sostener el ejercicio pleno de los derechos civiles y políticos, y de esta manera «el pleno desarrollo de la persona humana», como dice ese mismo segundo párrafo¹¹.

11. Esto significa que ya no son posibles las interpretaciones unilaterales, ni la hiper-individualista ni la que, en sentido contrario, consideraba el artículo tercero como la prefiguración de la *sociedad justa*, es decir, como un futuro normativamente predeterminado. Sobre el principio constitucional de igualdad véanse L. Paladin, *Il principio costituzionale*

Esta consideración tan general traslada de modo considerable la problemática de la igualdad al plano histórico. Volvamos un momento a la originaria concepción revolucionaria de la ley como acto racional en sí, dotado de los rasgos de la generalidad y la abstracción. En esa línea, se respeta el principio de igualdad cuando dicha ley se aplica de modo uniforme y riguroso, de manera que no altere esos caracteres. Obviamente, se daña cuando la propia ley establece privilegios, pero ya que tal hipótesis se considera marginal, dada la estrecha identificación revolucionaria entre ley y *voluntad general*, se daña en concreto cuando se amplía la libertad del intérprete y sobre todo la del juez. Por este motivo y una vez más en nombre de la igualdad, todos los textos normativos de la revolución, partiendo de las Constituciones, expresan una sustancial desconfianza hacia los jueces, presuponiendo la necesidad de contener la actividad de interpretación de la ley dentro de límites rigurosos¹².

Pues bien, tal modelo ya no puede predominar de modo exclusivo en la actualidad, la época del principio de igualdad como principio constitucional. Resulta decisivo a este respecto el hecho de que en esta época los derechos sociales hayan hecho su entrada en el catálogo de los derechos fundamentales. Efectivamente, ha provocado una situación en la que el principio de igualdad se realiza, no solo tratando de igual modo lo que la misma Constitución considera igual, es decir, sin establecer privilegios siguiendo la huella de la tradición revolucionaria, sino también tratando

d'eguaglianza, Milán, 1965, y A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza costituzionale*, Milán, 1976. Entre los trabajos más recientes véanse G. U. Rescigno, «Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana», en *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 1998*, cit., pp. 79 ss.; la ponencia presentada en ese mismo congreso por V. Onida, *Eguaglianza, legalità e costituzione*, en *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 1998*, cit., pp. 261 ss.; y A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Nápoles, 1999. Sobre los derechos sociales, desde una perspectiva más específicamente histórica, véanse P. Costa, «Alle origini dei diritti sociali: 'Arbeitender Staat' e tradizione solidaristica», y, de modo específico, en relación con la Italia republicana, G. Bongiovanni, «Diritti sociali e giurisprudenza della Corte Costituzionale: il rapporto Corte/potere legislativo nel mutamento costituzionale», ambos en G. Gozzi (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, 1997, pp. 277 ss. y pp. 341 ss., respectivamente. Véase también, finalmente, G. Bongiovanni, «Diritti dallo 'statuto' difficile. Aspetti del dibattito italiano sui diritti sociali nel secondo dopoguerra: *Scienza e politica* 24 (2001), pp. 75 ss.

12. Un ejemplo que vale por todos: Constitución de 3 de septiembre de 1791, título III, cap. V, art. 3: «Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes, ni encargarse de funciones administrativas, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones». La norma tiene obviamente su lógica en el contexto de la separación de poderes pero es también expresión de la cultura de la desconfianza ante los jueces que se extiende por toda la revolución.

de manera distinta lo que objetivamente tiene una condición diferente por la presencia de hecho de esos «obstáculos de orden económico y social» que encontramos en el segundo párrafo del artículo tercero. En resumen, el principio de igualdad se realiza teniendo en cuenta las diferencias.

Nacen así nuevos problemas, en cuyo culmen encontramos, como en tiempos de la revolución, la figura del juez, esta vez revestido sobre todo de juez constitucional; pero en dirección opuesta respecto al tiempo de la revolución. Ahora, en la época histórica de las Constituciones democráticas, la nueva estructuración del principio de igualdad exige precisamente un papel amplio para la jurisdicción y, en particular, para el control de constitucionalidad de la ley. Bajo este punto de vista ¿quién sino el juez constitucional podrá valorar la *racionalidad* de las distinciones introducidas por el legislador? ¿Y valorar además cuándo ha superado el legislador el límite que permita determinar la sustancial *arbitrariedad* de esas distinciones? Se trata de preguntas que ni siquiera se hubieran podido plantear en los periodos históricos precedentes en los que, sobre la base del modelo revolucionario de la *voluntad general*, diferenciar significaba automáticamente constituir un privilegio y, por ello, lesionar el principio de igualdad. Hoy, en el tiempo de las democracias del siglo XX, del Estado social interclasista caracterizado, entre otras cosas, por una legislación apresurada, con frecuencia como mera respuesta a un problema de categoría, no solo son lícitas esas preguntas sino que son las más urgentes¹³.

Si se lee el reciente Informe del presidente del Tribunal Constitucional, de 14 de febrero de 2008, dedicado a «La justicia constitucional en 2007», se descubre que sobre un total de 319 decisiones tomadas por el Tribunal en 2007 para definir juicios de legitimidad constitucional en vía incidental, 253 se referían al artículo tercero como norma constitu-

13. Sobre la diferencia histórica entre la ley en el modelo del Estado liberal de derecho y la ley en el periodo siguiente de las Constituciones democráticas y del Estado social, véase F. Ghera, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padua, 2003. Que después las distinciones creadas por el legislador no puedan referirse siempre a la finalidad social en el sentido del segundo párrafo del artículo tercero, sino más bien a la tutela de meros intereses de categoría, es otra cuestión relativa al modo concreto de realizarse el Estado social, en particular en Italia. Así como es evidente que en el caso de una ley que tiene la propia *ratio* en la respuesta a la presión de microintereses de categoría la intervención del Tribunal tendrá que realizarse en el ámbito de la denominada *microigualdad*, es decir, de la reconstrucción precisa de la coherencia normativa del sector. Pero todo esto no es más que una manifestación específica, y con frecuencia degenerada, de la tendencia histórica de conjunto que hemos analizado en el texto.

cional cuya violación había sido invocada. No solo esto. En el Informe se da cuenta también de cómo a partir del principio de igualdad se ha desarrollado una jurisprudencia que, a través del juicio de razonabilidad, ha terminado valorando la denominada «razonabilidad intrínseca» de la ley que precisamente una sentencia de 2007, la número 245, define en términos de «conformidad entre la regla introducida y la *causa* normativa que debe asistirla». Y bien ¿qué es esto sino un juicio sobre la *arbitrariedad* de la ley? Y ¿cómo se puede desarrollar un control de este género sino poseyendo el Tribunal un modelo al menos formal de la *ley justa*?

Se puede estar más o menos de acuerdo. Desde el punto de vista histórico, solo tiene sentido poner de relieve el calado de la transformación que se ha producido respecto a los modelos de la tradición, tanto los revolucionarios como los del Estado liberal de derecho. De una solución en la que se presumía casi de manera absoluta que la ley generaba igualdad y en la que se desconfiaba por ello del juez que con márgenes de interpretación demasiado amplios habría podido hacer la aplicación de esa ley menos uniforme y menos rigurosa, se ha pasado a una situación en cierta medida opuesta, en la que la ley se anula, se corrige, se integra e interpreta continuamente, precisamente en el nombre del principio de igualdad y en sede jurisdiccional. En otras palabras, se debe observar lo decisivo del terreno del principio de igualdad en el conjunto de la transformación. En buena medida, esta jurisprudencia constitucional ha derivado del cambio que ese principio sufrió en las últimas Constituciones democráticas del siglo XX, terminando por producir un cambio en perspectiva todavía más comprensivo de todo el orden constitucional, del propio papel de la ley y de la jurisprudencia.

En fin, no se puede omitir un último aspecto que también tiene que ver con las transformaciones del principio de igualdad y con el cambio paralelo de todo el modelo constitucional. Volvamos de nuevo a la Declaración de 1789. Como ya hemos tenido ocasión de observar, la Declaración, guiada en la fundamentación de los derechos por ideales iusnaturalistas y como tales de carácter universal, terminaba por recurrir a la ley positiva cada vez que era necesario ofrecer una garantía positiva para esos derechos. Y tras esa ley amenazaba la soberanía de la nación, es decir, una pertenencia de tipo específico y determinado. De tal modo, los derechos contemplados en la Declaración terminaban ellos mismos por entrar en el patrimonio de un individuo concebido más como perteneciente a la nación y ciudadano de ella que en cuanto simple hombre, individuo-persona.

Pues bien, esta es precisamente la otra gran cuestión que aparece de nuevo en nuestro periodo histórico; no en el sentido de una revancha

de los derechos del hombre inmediata y global que parece bastante problemática en el actual estado de cosas, sino en el sentido de una progresiva puesta en crítica del *principio de exclusividad*, entendido como el criterio de atribución de los derechos a los sujetos dominante en la época de los Estados nacionales soberanos. En otras palabras, más que de un retorno al paradigma del derecho natural y del universalismo de los derechos del hombre, más que de un abandono total del criterio de atribución de los derechos referido a la pertenencia a una comunidad política, se puede y se debe hablar de la crisis de la versión exclusivista de ese criterio. Se configura así, en relación con un mismo sujeto, un haz de derechos de distinta proveniencia que le pertenecen, no ya solo en cuanto miembro de una comunidad política determinada, en concreto de una nación y de su Estado —según la tradicional concepción de la ciudadanía como pertenencia a una nación-Estado, como *Staatsangehörigkeit*—, sino también, a título diferente, como ciudadano europeo, si bien de nuevo a través de la ciudadanía nacional, o como persona, portadora como tal de derechos cuyo respeto se ha convertido para el propio Estado en una obligación de carácter internacional, como en el caso del primer párrafo del artículo 117 de la Constitución, recientemente traído a colación en las sentencias números 348 y 349 de 2007 del Tribunal Constitucional italiano en referencia a las normas del Convenio europeo para la salvaguardia de los derechos del hombre y las libertades fundamentales.

Ciertamente, puede sostenerse que al final permanece el criterio monista y de exclusividad dominante en la época de los Estados nacionales soberanos. En efecto, si los jueces nacionales no aplican el derecho nacional contrario al derecho comunitario ¿no es porque su Estado ha sido obligado por los Tratados a garantizar la aplicación uniforme de ese derecho? Lo mismo puede decirse, de otra manera, para el Convenio europeo arriba citado. Si el legislador nacional no puede violar los derechos que allí se proclaman, ¿no es porque la Constitución nacional, con su artículo 117, primer párrafo, interpretado en este sentido por el Tribunal Constitucional, considera ese Convenio una «obligación internacional» y, como tal, inviolable? En definitiva ¿detrás de toda esta nueva complejidad no está de nuevo y siempre el Estado nacional soberano que se ha vinculado libremente, precisamente en razón de su soberanía? Puede suceder que bajo esta perspectiva el paradigma del Estado nacional soberano juegue todavía con ventaja. Pero solo porque se trata de una perspectiva muy estrecha y formalista, en el sentido de que no tiene en cuenta la realidad histórica en su conjunto. La cuestión es que la renovada complejidad contemporánea del panorama constitucional no puede valorarse desde dicha óptica. Es necesario ampliar el campo de visión y, en particular, para esa valoración

es más indispensable que nunca el criterio histórico. Existen a propósito algunos hechos que no pueden ignorarse. Los referimos de modo sumario.

En primer lugar, debe observarse la extraordinaria ampliación del papel de la función jurisdiccional, que contradice de manera clamorosa, precisamente en el plano histórico, el modelo precedente de origen revolucionario del juez como mero aplicador de la ley del Estado soberano. Ya hemos aludido a la notable amplitud del control de constitucionalidad que se produce, en buena medida, en el terreno del principio de igualdad. Es necesario añadir ahora, en el plano comunitario, que la necesidad continua de adecuar la fuente nacional a la comunitaria, incluida la interpretación del propio Tribunal Constitucional, ha ampliado ciertamente los horizontes de la jurisprudencia; y que todo esto ha sucedido en un sentido paralelo al control interno de constitucionalidad sobre la ley del Estado, en cuyo ámbito a los propios jueces se les ha pedido con frecuencia ampliar los límites de la interpretación *adecuadora*, quizá para evitar la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal. No es casualidad que se haya hablado a este respecto del nacimiento de un control difuso de constitucionalidad de la propia ley del Estado, semejante al control igualmente difuso de *comunitariedad*¹⁴. En el plano puramente histórico, debe observarse cómo tiende a reducirse el papel de la jurisdicción en esas fases en las que domina una concepción monista del ordenamiento, como en el periodo histórico comprendido entre la revolución y el Estado liberal de derecho, y cómo tiende por el contrario a asumir un importante papel en esas otras fases en las que el ordenamiento tiende, a su vez, a estructurarse en sentido pluralista y en las que los propios derechos deben remitirse a las múltiples fuentes que los atribuyen, como sucedía en la Europa anterior a la revolución y como vuelve a ser evidente en el actual panorama constitucional europeo¹⁵.

Pero hay más. Siguiendo los pasos de las sentencias del Tribunal Constitucional antes mencionadas, números 348 y 349 de 2007, existen cuestiones de constitucionalidad ante el propio Tribunal en las que los derechos cuya lesión por parte de la ley del Estado sea denunciada están

14. El panorama general de las tendencias actuales está nítidamente expuesto en R. Romboli, «Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti e dalla disciplina dell'ordinamento giudiziario», en Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno 16, Seminario 2005*, Turín, 2006, pp. 63 ss. Reflexiones interesantes en E. Cheli y F. Donati, «La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali»: *Diritto pubblico* 1 (2007), pp. 155 ss.

15. Una reconstrucción histórica general se encuentra en M. Fioravanti, «Estado y constitución», en Íd. (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 13-43.

contenidos en normas que deben entenderse obligatoriamente a la luz de la interpretación que de ellas haya sido dada por otro Tribunal, es decir, por el Tribunal de Estrasburgo. Y finalmente, esto sucederá para garantizar el valor de siempre, que es el de la igualdad que deriva de la uniformidad, en el sentido de la posibilidad de remitir la interpretación de estas normas a un único Tribunal. Y lo mismo vale, aunque de manera distinta, para la aspiración del derecho comunitario de ser aplicable de modo prioritario, incluso a través de la no aplicación del derecho nacional que se considere no conforme. En esa no aplicación está contenida de nuevo, evidentemente, la garantía de la igualdad, es decir, del igual tratamiento normativo de los ciudadanos europeos en cuanto tales, que se obtiene precisamente eliminando el derecho nacional no conforme. Son distintas vías que nos remiten a una misma realidad, la construcción que se lleva a cabo en el plano supranacional de auténticos ordenamientos que, como tales, pretenden ser aplicables a la generalidad de los sujetos a los que pertenecen.

Así las cosas, se entiende entonces, finalmente, lo estéril del ejercicio que quiere remitir formalmente todas estas novedades al viejo paradigma del Estado nacional soberano, sirviéndose de la adhesión al Tratado entendida como la libre manifestación de voluntad tendente a limitar la propia soberanía, calcando casi el conocido principio de la soberana autolimitación del propio Estado. En realidad, sucede mucho más. Y solo se entiende desde una perspectiva histórica, en el sentido de que está sucediendo algo que ni siquiera podía pensarse en el periodo histórico de los Estados nacionales soberanos. En una palabra, se están construyendo *ordenamientos supranacionales* y son ordenamientos democráticos en el sentido de que en ellos también tiene valor el principio de igualdad. Poco importa que después el instrumento sea el derecho comunitario o la obligación internacional, en el sentido del artículo 117.1 de la Constitución italiana. Lo importante es que todos estos son instrumentos de atribución de derechos, y que estos derechos conciernen en virtud de un criterio de atribución que se sitúa en un plano supranacional, en nuestro caso europeo. Obviamente, los Estados nacionales no desaparecen como por encanto. Sabemos que esos Estados se han reservado una esfera intangible. En el caso del derecho comunitario existe un límite claro que nunca puede violarse, el de los principios fundamentales de la Constitución nacional. Y este punto es todavía más claro en el caso del Convenio europeo, ya que puede actuar como criterio de constitucionalidad solo como norma interpuesta y, por lo tanto, solo comprobar su conformidad con la Constitución nacional.

No estamos ante una rápida disolución de la tradición constitucional fundada en el principio de soberanía proclamado por la revolución e

incorporado después al Estado nacional. Estamos ante una fase nueva y distinta, con un panorama que deviene cada día más complejo. Por lo que se refiere al principio de igualdad, dos son las transformaciones que se han producido y que se están produciendo. Ya nos hemos tropezado con ellas y las recordamos para concluir.

La primera es la que ha hecho de ese principio un *principio constitucional*. Y las Constituciones democráticas del siglo XX han puesto en el centro a la *persona*, es decir un *quid pluris* respecto al sujeto de derecho abstracto, que tiene en cuenta la realidad de la vida en sociedad y sobre todo de las condiciones sociales, económicas y culturales que contribuyen a determinar su desarrollo¹⁶. En este nuevo contexto, desconocido por el Estado liberal de derecho del siglo XIX, se lesiona el principio de igualdad no solo tratando de manera distinta a los iguales, sino también tratando de manera igual a los que objetivamente tienen distintas posiciones sociales, económicas y culturales. Por ello, la legislación del Estado democrático y social del siglo XX no puede referirse enteramente al modelo revolucionario de la ley general y abstracta. Es necesario, por el contrario, que las distinciones que el legislador introduce respondan racionalmente a una causa y no sean fruto de una voluntad arbitraria. El control sobre la ley arbitraria es por ello uno de los principales filones del actual control de constitucionalidad que, como tal, actúa por ello en una doble faceta: la que mediante la generalidad y la abstracción de la ley evita la constitución de privilegios concretos, pero también la que mediante una aplicación en sentido equitativo de la propia ley evita injusticias sustanciales, uniformidades que ignoran las diferencias. El Estado constitucional de hoy elude la tradicional oposición entre lo concreto y lo abstracto o entre lo particular y lo general que recorrió toda nuestra historia en el ámbito de la oposición aún mayor entre lo antiguo y lo moderno, entre el antiguo régimen y la revolución. En el Estado constitucional ya no existen *esencias* que combatir y todo es un problema de medida: ninguna ley puede ser tan *concreta* como para constituir privilegios objetivamente, y ninguna ley puede ser tan *abstracta* como para olvidar las diferencias y crear así injusticias materiales. Aparece de este modo la figura de nuestro presente constitucional como teatro y lugar de mediación que conjuga de manera original distintos fragmentos de la tradición constitucional: la ley general y abstracta de la revolución con la raíz más remota de carácter equitativo.

16. ¡Véanse las recientes reflexiones de S. Rodotà, «Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica»: *Filosofia politica* 3 (2007), pp. 365 ss.

La segunda transformación es la última examinada y se refiere a la dimensión de la *supranacionalidad*¹⁷. Aunque de modo todavía impreciso y contradictorio, se está delineando en este plano una auténtica *segunda igualdad* que deriva de la pertenencia de los sujetos al ordenamiento supranacional, en nuestro caso al europeo, o de su simple calidad de personas, de individuos. La segunda igualdad presupone la primera, que permanece muy firme pues los Estados nacionales no podrían tolerar jamás una lesión profunda del propio principio de igualdad que viniera del plano supranacional. Y, bien mirado, solo el hecho de que se plantee el problema de una segunda igualdad demuestra en sí lo que han cambiado los tiempos. Si los Estados nacionales hubiesen permanecido como en el siglo XIX y la primera mitad del XX ese problema ni se habría planteado. No podemos perder de vista que en la historia constitucional europea igualdad y soberanía aparecen juntas, con un vínculo entre sí de doble filo. Y la soberanía, en esa misma tradición constitucional europea, es única por definición. Y si la base de la igualdad no es otra que el igual sometimiento a la misma soberanía, esa igualdad, a su vez, solo puede ser única.

Pero este es precisamente el majestuoso edificio que muestra cada vez más signos de ruina. Las Constituciones democráticas del siglo XX, como la italiana de 1948, aun nacidas como Constituciones nacionales, ya habían superado en parte esa idea tan rígida del principio de soberanía. Así deben entenderse históricamente los artículos 10 y 11 de la Constitución italiana. Y en efecto, las democracias que nacieron de esas Constituciones tomaron, aunque de manera imprecisa y contradictoria, la vía de la supranacionalidad. Un discurso diferente es el de los logros de esta historia. Es decir, si lo que nosotros llamamos la *segunda igualdad* —que por ahora se ha construido a través de los Tratados, los mecanismos del derecho comunitario y las elaboraciones de la jurisprudencia— está de verdad destinada también a alcanzar un nuevo principio de soberanía y a confirmar la regla —de originaria matriz hobbesiana— según la cual no existe a la larga igualdad ni ciudadanía común sin soberanía. No lo creemos así, sino más bien que estamos ante un presente que desafia de raíz esta regla, con logros todavía por descifrar. El juego no ha concluido.

17. A este respecto, véase en concreto el último capítulo de este libro.

LA FORMA POLÍTICA EUROPEA*

1. *Introducción*

Una consideración previa. Pienso que ni en una metodología como la nuestra, de carácter esencialmente histórico-conceptual, pueden olvidarse los más recientes sucesos constitucionales europeos relativos en concreto al tan conocido Tratado constitucional. Pero creo que debe distinguirse entre el proceso formalmente puesto en marcha para tomar una decisión sobre la vigencia del Tratado constitucional europeo que, como tal, ha experimentado una pausa probablemente definitiva, en el sentido de que resulta difícil volver a proponer ese texto; y el proceso de constitucionalización de Europa, que es igualmente difícil pero que no se agota en los sucesos más recientes relativos a la aprobación del Tratado. Lo que intento decir es que esos sucesos tan cercanos para nosotros pueden representarse como una fase dentro de un proceso histórico más amplio que tiene ya un pasado consistente y que, en nuestra opinión, tendrá también un futuro; y que lo que denominamos *pausa* puede representarse a su vez como la ocasión para sacar a la luz el hilo conductor más profundo, que es precisamente el *proceso de constitucionalización de Europa*, en el sentido específico de un proceso histórico destinado a generar una forma política dotada de constitución. Es la que nosotros llamamos *forma política europea*. La propia posibilidad de una constitución europea está estrechamente ligada a la posibilidad de individuar y construir esta

* Se hace precisa una aclaración. Este capítulo se escribió mientras concluía la denominada *pausa* tras el rechazo del Tratado constitucional europeo en los referendos francés y holandés. El siguiente capítulo se escribió tras concluir esa pausa y en espera de la ratificación del Tratado de Lisboa. (N. del A.)

forma. Nos ocuparemos aquí, obviamente de manera sumaria y provisoria, de explorar esta perspectiva, comenzando por el problema de la génesis de la constitución¹.

2. La génesis federativa de la constitución

Según una categorización poco conocida pero que encuentro eficaz, la génesis de una constitución puede verificarse históricamente en dos contextos distintos²: el primero es el contexto del denominado *new beginning*, es decir, un contexto en el que la constitución marca, según el modelo de la Revolución francesa, una discontinuidad profunda que a través de la constitución condena todo el sistema precedente, el antiguo régimen. Pero asimilables al *new beginning* son también las Constituciones como la italiana o la alemana y, en general, todas las Constituciones nacidas tras la Segunda Guerra Mundial, pues también ellas tenían un antiguo régimen particular que combatir, es decir, la dictadura. Estas Constituciones presentan algunas características que intento resumir. En primer lugar, se refieren a un fuerte principio de unidad política, de nuevo según el modelo de la voluntad general de la Revolución francesa, transformado posteriormente en principio de soberanía de la nación y del Estado que la personifica. En segundo lugar, contienen un conjunto de principios fundamentales que se configuran como el motor del proceso de ejecución de la Constitución, en particular por lo que se refiere al principio de igualdad. En tercer lugar, destinan a los jueces, especialmente mediante los Tribunales Supremos, a trabajar por la ejecución de la Constitución.

1. En otras palabras, se trata de individuar algunas líneas fundamentales del suceso constitucional europeo que transcurren más allá de los accidentados sucesos del presente. Esto no nos exime de enfrentarnos, pero en otra sede, a las recientes novedades. En efecto, como se sabe, la *pausa* está concluyendo y se está ante un nuevo proyecto de Tratado, de 23 de julio de 2007, que parece abandonar la vía de la *constitución europea* a favor de la vía, más pragmática y tranquilizadora, de la reforma, aunque relevante, de los Tratados existentes. Y sin embargo, prescindiendo del hecho de que también en la versión anterior, en la que se afirmaba que se quería establecer una Constitución para Europa, se mantenía en el procedimiento de adopción la forma del Tratado, esto no cierra nuestra cuestión. En efecto, se podría sostener que los Estados miembros, más allá de las formas y de la terminología preferidas, actúan en una dirección que es en sí y objetivamente *constitucional*. Pero esto lleva, a su vez, a la necesidad de encontrar criterios más precisos de identificación de la existencia de una *constitución* y, en particular, de su génesis. En el texto se desarrollará alguna reflexión alusiva.

2. Véase en concreto B. Ackerman, «The Rise of World Constitutionalism»: *Virginia Law Review* 83 (1997), pp. 771 ss.

Esta es la historia de los Estados constitucionales europeos de la segunda mitad del siglo XX, vinculada todavía hoy, aunque de modo cada vez más impreciso, a su respectivo *new beginning*³.

Pero lo que a nosotros más nos interesa es el hecho de que este es solo el primer escenario históricamente posible para la génesis de una constitución. El segundo puede definirse como *el escenario federativo*. Es el contexto que se da cuando un determinado número de unidades políticas —por ejemplo, las excolonias inglesas convertidas en Estados americanos⁴— toman un camino que supera progresivamente el límite ideal establecido por el Tratado como instrumento ordinario de regulación de las relaciones entre Estados soberanos. Esta superación se efectúa *en dos puntos críticos*, atendiendo precisamente al ejemplo americano. En lo que se refiere al primer punto, en el procedimiento de aprobación del Tratado aparece de manera cada vez más decisiva la voz directa del pueblo. A este propósito es de sobra conocido el magnífico discurso de Madison en la Asamblea de Filadelfia de 23 de julio de 1787: ya no necesitamos la unanimidad de los Estados, necesitamos que los Estados favorables se pronuncien mediante una Convención elegida por el pueblo porque lo que estamos haciendo ya no es un simple *Treaty* sino una *Constitution*. El paso del Tratado a la Constitución se caracteriza por la aprobación popular. En lo que se refiere al segundo punto, los jueces comienzan a no aplicar el derecho de los Estados en favor de un derecho común que viene dado por la Constitución, dotada en este sentido de una cláusula de supremacía. Es conocido cómo se ha logrado esto de manera gradual en los Estados Unidos. Una de las más relevantes deliberaciones de los primeros años de vida del Congreso de los Estados Unidos, en 1789, es

3. Hoy se tiende a poner de relieve los elementos de discontinuidad de las Constituciones democráticas del siglo XX respecto al modelo europeo-continental generado por la Revolución francesa. El Estado europeo contemporáneo es definido en este sentido como *Estado constitucional*, para marcar la diferencia en el plano histórico y en el de la forma del Estado con el Estado de derecho del siglo XIX. La diferencia la expresa de manera bastante clara G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 192011; mientras que en el plano histórico más general ha sido expresada por M. Fioravanti, «Estado y constitución», en *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 13-43. De la bibliografía más reciente véanse, finalmente, E. Cheli, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Nápoles, 2006, y P. Costa, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Nápoles, 2006.

4. Una primera reflexión de carácter comparado fue ya desarrollada en M. Fioravanti, «Il processo costituente europeo»: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 31 (2002), dedicado a *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, ed. de P. Costa, Milán, 2003, t. 1, pp. 273 ss., a la que remitimos para los datos mencionados en el texto.

precisamente la que concluyó que el *Bill of Rights* se aplicaría solo a la actividad de los poderes federales, sin afectar por lo tanto al ámbito estatal. Hay que esperar a la XIV enmienda de 23 de julio de 1868 para empezar a persuadir al Tribunal Supremo de que los Estados estaban también sometidos al *due process of law* contenido en el *Bill of Rights* y para abrir la vía de una serie garantizada de derechos fundamentales oponibles también a los poderes estatales, que, por otro lado, se llevaron a la práctica paulatinamente entre finales del siglo XIX y comienzos del XX. Bajo este punto de vista, se puede afirmar que la transformación de la Constitución federal de Tratado en Constitución duró más de un siglo. Esto explica por qué en los Estados Unidos estaba tan viva todavía en el siglo XIX la imagen de la Constitución como contrato entre Estados y, por ello, la posibilidad de rechazarla. Los Estados Unidos representan así el ejemplo histórico más relevante de la génesis de una constitución en un escenario de tipo federal, es decir, partiendo de un tratado.

Tendría muy en cuenta este elemento para Europa, no en el sentido de imaginar por analogía los Estados Unidos de Europa —solución en la que francamente no creo—, sino en el sentido de una enseñanza histórica: que las constituciones no nacen solo como *new beginning* como en el modelo de la Revolución francesa, sino también como vínculo entre varias unidades políticas que excede en los puntos que hemos visto la medida ordinaria del tratado. Ciertamente, también los americanos tuvieron necesidad, como se sabe, de su *new beginning* —basta con pensar en la Declaración de Independencia y en la histórica condena del rey de Inglaterra como tirano—, pero se mantiene el hecho de que su Constitución es la del discurso de Madison antes citado y es la de la *equal protection* que deriva de la XIV enmienda, y esto sirve para quitarse el estrecho ropaje del tratado. No importa que la Constitución condene un antiguo régimen que, por otro lado, en el caso de los Estados Unidos no existía históricamente. Importa que la Constitución afirme su supremacía con una fuerza que el tratado, por su naturaleza, no puede tener. Esta es en síntesis la génesis de la constitución en un escenario de tipo federal. Es la génesis que se establece en todas las situaciones históricas en que se hace necesario rebasar los límites del tratado, es decir, de la simple norma consensual que ordinariamente regula el vínculo entre varias unidades políticas.

Se habrá comprendido ya que nuestro problema es el del uso de estas categorías para la comprensión de la Europa de hoy desde la perspectiva —como se decía al comienzo— de la constitucionalización de Europa. Resulta evidente un primer elemento. Si se puede hablar —como pienso— de *constitución europea* no es precisamente en referencia al modelo del *new*

beginning. Es cierto que a mitad del siglo pasado hubo un movimiento general que comprende el establecimiento de los nuevos Estados constitucionales instituidos sobre el principio de la limitación constitucional de la soberanía, las Naciones Unidas, el comienzo mismo del proceso de integración. Sin embargo, no se puede decir que Europa haya crecido desde sus orígenes hasta la moneda única y más allá manteniendo vivo el mito de sus orígenes, como en el modelo del *new beginning*. Más bien, mirándolo bien, la famosa vía del método progresivo se basa precisamente en la carencia del momento originario: no hay una voluntad originaria constituyente sino distintas voluntades concretas que se determinan en cada ocasión partiendo de los resultados que las anteriores voluntades habían conseguido. En esta fase, Europa no se preocupa por construir una auténtica forma política europea ni una legitimación democrática real como la que pedía Madison en el discurso referido, eso es evidente. Europa camina porque en esa fase son suficientes las legitimaciones distintas a la democrática: por un lado, la legitimación negocial que, de entrada, garantiza a los Estados su presencia y capacidad de control en los procesos de decisión en el ámbito europeo; por otro lado, la legitimación funcional que, de salida, garantiza a los mismos sujetos, es decir a los Estados, la obtención por esa vía de resultados que no podrían lograr por ellos mismos en los mismos procesos. Es como decir: Europa no es una amenaza porque no quita, sino que añade a la soberanía de los Estados. En estas condiciones no es difícil ser europeístas, y obviamente se permanece por completo dentro de los límites del Tratado.

Pero aquí comienza una nueva historia, que es precisamente lo que debe investigarse en el plano histórico. Se produce respecto al método progresivo y a las legitimaciones de carácter negocial y funcional un *quid pluris* que, aunque no es un *new beginning*, es sin embargo algo que, en mi opinión, debe estudiarse en el campo de la génesis de las constituciones en el segundo escenario propuesto, el del federalismo.

Siguiendo la huella del caso americano, hemos visto, en ese segundo escenario, que son dos los puntos de ruptura que llevan del tratado a la constitución: el papel de la voz directa del pueblo, es decir el establecimiento de una tercera legitimación de carácter democrático —digo aquí entre paréntesis que Madison y los padres constituyentes americanos jamás hubieran llamado *constitución* a su criatura si no hubieran decidido someterla a la aprobación de las Convenciones populares, lo que quizá puede hacer meditar a los europeos—, y el papel de los jueces, en particular de los estatales, para garantizar la aplicación uniforme del derecho común. En el caso europeo, este segundo elemento se ha realizado en las formas bien sabidas que implican a los jueces estatales en la aplicación del dere-

cho comunitario, pero se ha paralizado el primero, el referido a la legitimación democrática, en particular en el procedimiento de aprobación del Tratado constitucional que, como se sabe, se ha mantenido por completo dentro de los límites tradiciones del tratado y del derecho internacional⁵.

Falta este aspecto, el relativo a la presencia de un principio democrático como principio de legitimación, para completar la transición del tratado a la constitución. Con ello no se pretende invocar la necesidad de un improbable poder constituyente del pueblo europeo en el que no creemos, sino simplemente la necesidad de dar *un fundamento democrático adecuado* a algo que llamamos *constitución*. No queremos entrar aquí en detalles sobre las propuestas concretas posibles, como la del referéndum consultivo europeo, que han sido tratadas en otras sedes. Es urgente llegar a una primera conclusión provisional: para tener una constitución no es necesario un *new beginning*, un poder constituyente originario, una asamblea constituyente, porque desde el punto de vista histórico también es constitución lo que nace de la modificación del vínculo entre varios sujetos soberanos, pero con una condición que hemos repetido varias veces y que en Europa solo se ha realizado parcialmente hasta ahora. Si es verdad —como creemos y hemos mostrado— que el déficit está del lado del principio democrático, debemos investigar ahora sobre ello. El principio democrático reclama una dimensión que hasta ahora hemos descuidado voluntariamente, esto es la de la *soberanía*.

Retomemos por un momento la imagen de la génesis de la constitución que se realiza desde dos vertientes: por una parte los jueces que garantizan la aplicación del derecho común, por otra el principio democrático que se establece como principio de legitimación de la Unión. La pregunta que muchos se hacen hoy es la siguiente: ¿hasta cuándo, y sobre todo hasta qué límite, es posible construir Europa solo desde la primera vertiente, la de los jueces? En la bibliografía se encuentran cada vez más valoraciones de la actual situación en un sentido prefederal, pero siempre en referencia a la vertiente de los jueces, por la analogía que es posible hacer entre el papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el del Tribunal Supremo de los Estados Unidos⁶. Pero al mismo tiempo se va

5. Sobre la no aplicación del derecho nacional por falta de adecuación al derecho comunitario, véase G. Morbidelli, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milán, 2001, y A. La Pergola, «Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario»: *Giurisprudenza costituzionale* 58 (2003), pp. 2419 ss.

6. Véase, por ejemplo, R. Calvano, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padua, 2004.

difundiendo la sensación de que no está lejano el punto-límite, es decir, el punto más allá del cual una posterior ampliación de las competencias de la Unión y la consiguiente falta de aplicación del derecho estatal de mayor alcance sería problemática sin el crecimiento desde el otro lado, es decir, el lado del principio democrático. En otras palabras, Europa, que hasta hoy ha crecido con una legitimación de carácter exclusivamente negocial y funcional, se va dando cuenta quizá de que la propia lógica de tipo progresivo la ha arrastrado a un punto sin retorno en el que ya no puede eludirse la cuestión de la otra legitimación, es decir, del principio democrático y, en definitiva, del propio principio de soberanía.

Es necesario por tanto afrontar este problema y no seguir eludiéndolo⁷. Y resulta necesario por tanto configurar la Unión Europea *como poder político frente a la soberanía de los Estados miembros*. Carecemos de una solución para ello. En general se dice que la solución no puede ser la clásica del Estado federal. De acuerdo, pero entonces ¿cuál es? ¿Podemos seguir sin preguntárnoslo? Para contestar a estas preguntas es necesario descartar previamente las dos soluciones que consideramos extremas y que son a fin de cuentas las que más han circulado hasta hoy por Europa. Es necesario enunciarlas claramente, eliminarlas y buscar finalmente una tercera solución, la que creemos más adecuada. Sin una perspectiva clara sobre este punto, Europa no tiene futuro.

La primera solución es la que surgió sobre todo en Francia y no solo con ocasión del reciente referéndum. Se puede remitir, en su raíz más inmediata, al debate que se desarrolló en Francia con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht. Se funda en la idea de que los Estados miembros son todavía, en esencia, los Estados nacionales soberanos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX. Es una opinión que tiende a subestimar el reciente paso del Estado liberal de derecho al Estado democrático constitucional. En esta línea, las Constituciones nacidas tras la Segunda Guerra Mundial, incluidas las francesas, continuarían dando por

7. Un análisis verdaderamente excelente es el de A. Jakab, «Neutralizing the Sovereignty Question. Compromise Strategies in Constitutional Argumentations about the Concept of Sovereignty before the European Integration and since»: *European Constitutional Law Review* (2006), pp. 375 ss., que propone la reconsideración del principio histórico de soberanía en relación a la dimensión constitucional europea y no su interrupción. Y pone de relieve en dicha reconsideración el papel esencial de los juristas, como ya ha sucedido históricamente en las experiencias nacionales concretas. En este ámbito, véanse además: J. H. H. Weiler y M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, 2003; N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, y A. Albi y P. Van Elsuwége, «The EU Constitution, national constitutions and sovereignty: an assessment of a 'European constitutional order'»: *European Law Review* 29 (2004), pp. 741 ss.

supuesto el Estado soberano, como las Constituciones anteriores, imponiéndole las modalidades de organización y de ejercicio de los poderes de soberanía, de la soberanía nacional. Por este motivo, en Francia se estimó que la ratificación del Tratado de Maastricht, considerado como un verdadero pacto constitucional que pesaba sobre las condiciones del ejercicio de la soberanía nacional, implicaba el ejercicio de un auténtico poder constituyente: solo la nación soberana de los franceses podía autorizar con un referéndum de carácter constitucional una modificación de la Constitución que dañaba el bien más importante contenido en ella, esto es, la soberanía del Estado nacional francés⁸.

Pasemos a nuestra valoración. Consideramos *extrema* esta solución porque se funda en un concepto rígido e indirecto de permanencia del principio de soberanía en su denominada *esencia*, más allá de las constituciones que cambian; y porque subestima de modo unilateral el cambio que se produjo a mediados del siglo XX. En efecto, para las Constituciones que ahora tenemos en Europa es válido el principio kelseniano según el cual existe tanto Estado cuanto esté previsto en la constitución: la constitución ya no presupone el Estado, sino al contrario. Y esto cambia notablemente las cosas en Europa, aclarando desde la raíz por qué los Estados constitucionales de hoy han llegado tan lejos en su integración, de un modo que no hubiera sido concebible en la anterior configuración de los Estados nacionales. Por lo tanto, la solución que buscamos no puede fundarse en el viejo criterio de la soberanía nacional. Primera conclusión provisional: Europa no puede ser solo un proyecto de coexistencia de las soberanías nacionales.

Pero el extremo opuesto tampoco sirve en nuestro presente. Existe en efecto un extremo opuesto en el que se diseña un escenario igualmente improbable y que prevé una disolución más o menos rápida de las soberanías estatales a favor de un orden supranacional capaz de mantener en equilibrio casi por milagro a todos los actores, públicos y privados, comunitarios y estatales. Se podría decir: ya no existe la soberanía de unos sujetos políticos determinados y en su lugar existe *la soberanía de un orden*. Si la primera solución es hija del gran e inextinguible mito de la soberanía política, esta segunda solución también es hija de un mito inicialmente solo británico y con profundas raíces medievales: el de la constitución como un proceso en sí ordenado y ordenador, ade-

8. En este sentido, nos parece significativa la opinión de O. Beaud, *La puissance de l'État*, París, 1994, en particular pp. 196 ss., 314 ss. y 444 ss. Véase, a este propósito, H. Lepoivre, *Staatlichkeit und Souveränität in der Europäischen Union am Beispiel Frankreichs*, Fráncfort d.M., 2003.

cuado equitativamente a las cosas, cuyo desarrollo es seguido en primer lugar, y no por casualidad, por la jurisprudencia. Sería esta una Europa liberada del pecado de la soberanía política y por eso mismo capaz de volver a sus raíces, la unidad que existía antes de los Estados nacionales y a la que se puede llegar de nuevo. Por eso, quien se sitúa en esta línea habla de la Constitución europea como de una constitución mixta. Y por ello, si la primera Europa se aparta poco del principio de soberanía, esta segunda piensa en rechazarlo por completo. Por esto se trata de dos soluciones extremas. No nos parecen posibles ni una ni otra. Y por ello buscamos una tercera solución.

3. *La soberanía en la forma política europea*

Para buscar esta solución es necesario desprenderse de un rasgo dominante en nuestra tradición de la soberanía política. Es el rasgo de la *exclusividad*, por el cual la soberanía existe cuando ha eliminado toda posible competencia. Es inútil subrayar lo que pesa sobre nosotros el modelo tradicional del Estado moderno, entendido como proceso histórico que elimina progresivamente una serie de poderes múltiples a favor del poder único del soberano y, en definitiva, de la ley del Estado. Esta idea de la soberanía no sirve para Europa. Esta idea ya no funciona y conduce a las soluciones extremas que hemos esbozado: o la soberanía permanece, y no puede permanecer sino en los Estados, dejando a Europa en los límites del tratado, o la soberanía desaparece y se disuelve en un improbable ordenamiento supranacional.

Europa necesita habituarse a pensar en otros términos. Necesita comenzar a pensar en una *soberanía moderada que solo existe en una forma política más amplia*. Se trata de un paso importante que puede describirse con los instrumentos de la geometría. Si el Estado moderno de la tradición es un círculo que, como tal, tiene un centro a partir del cual se dibuja toda la figura, Europa es más bien una elipse cuya forma viene dada por la interacción entre dos focos: por una parte los Estados que según el Tratado constitucional conservan su identidad constitucional (art. I-5), por otra el principio de unidad que se realiza a través de la *primauté* del derecho común europeo (art. I-6)⁹. Por una parte los Estados

9. Cito según el texto del Tratado constitucional no ratificado, sabiendo que en el nuevo texto podría desaparecer la denominada *cláusula de supremacía* a favor del derecho comunitario. Pero que este segundo foco se agote y que el proceso de integración retroceda hasta el punto de dudar de la *primauté* parece francamente bastante improbable.

deben cooperar para garantizar la efectividad del derecho común y ya no pueden invocar contra él el principio de soberanía en su tradicional plenitud, pero por otra parte la *primauté* de ese derecho no puede asumir el significado de una voluntad a su vez soberana en el sentido de estar jerárquicamente en una posición preeminente y, por este motivo, ser poseedora de fuerza para abrogar. Cada uno de los dos focos de nuestra elipse tiene valor dando por supuesta la existencia del otro y por ello no puede proponerse su liquidación. Los Estados nacionales no pueden actuar con su derecho en contra del derecho común europeo, pero este segundo no puede imponerse hasta el punto de considerarse único.

La *primauté* sobre la que discurrimos no puede transformarse en supremacía¹⁰. De todo nuestro arsenal lingüístico elegiría *primacía*, que indica de manera correcta la situación en la que se encuentra el juez nacional que hace prevalecer el derecho comunitario en la solución de un caso, procediendo a no aplicar el derecho nacional no adecuado. Pero esta falta de aplicación no puede considerarse, a su vez, como el derecho de invalidar el derecho no adecuado a un derecho de nivel superior en el orden jerárquico de las fuentes del derecho. La *primauté* es un mecanismo regulador de la aplicación de la ley en Europa, esencial en la medida en que es indispensable para garantizar una aplicación uniforme pero no pretende ser una expresión de soberanía, esto es, ser el *primero* porque expresa una voluntad política y constitucional jerárquicamente preeminente respecto a las voluntades nacionales. Ciertamente, está el hecho de que un Estado nacional ve que su derecho deja de aplicarse, pero dentro de un mecanismo horizontal que construye un derecho común, y no dentro de uno vertical que abroga desde arriba el derecho propio. Así pues, en el plano constitucional, Europa se construye sobre la tensión entre los dos focos, entre I-5 y I-6. Europa es una forma política integral dentro de la cual se encuentran los Estados nacionales. Es una *totalidad compuesta de partes distintas* que permanecen de este modo, aunque alcanzan cada vez mayor significado solo dentro de la totalidad. Europa contradice otra vez la tradición del Estado moderno en su matriz hobbesiana que quiere que las partes estén destinadas, por naturaleza, o a ser absorbidas por la totalidad o a disolverla porque contienen en realidad el germen de una nueva totalidad. En ambos casos, las partes son por naturaleza pro-

10. Sobre la *primauté* véanse M. Cartabia, «Unità nella diversità'. Il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali», en G. Morbidelli y F. Donati (eds.), *Una Costituzione per l'Unione Europea*, Turín, 2006, pp. 185 ss., y A. Celotto y T. Groppi, «Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti»: *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 14 (2004), pp. 1309 ss.

visionales, pueden representarse como *Zwischenzustände* que esperan a volver a componer una totalidad, vieja o nueva: otra vez un pensamiento que produce solo soluciones monistas y que se muestra poco adaptado a la realidad plural de Europa que aspira a *un tipo de unidad* estable y constitucionalmente formada de partes distintas¹¹.

Si las cosas son como pensamos, queda todavía un largo camino por recorrer para la constitucionalización de Europa. Volvamos a nuestro panorama general. Hemos visto que puede haber una *constitución* en Europa con dos condiciones: que exista un derecho común cuya aplicación esté garantizada por las jurisdicciones nacionales, y que a las legitimaciones tradicionales, de tipo negocial y funcional, se añada la democrática, necesaria para la existencia de la propia constitución. Ahora somos capaces de comprender que este segundo requisito no puede agotarse en el ámbito de las distintas modalidades de ratificación del Tratado constitucional, aunque permanezca plenamente abierto el problema de la evidente inadecuación histórica de esas modalidades, mantenidas todavía de modo rígido dentro de los límites internacionales de la unanimidad y de la soberanía de los Estados miembros sobre los modos de ratificación. En efecto, no es suficiente volver a diseñar el texto del Tratado, quitando por ejemplo la parte tercera y el procedimiento de ratificación e introduciendo un referéndum consultivo europeo. La verdad es que todo esto no solo parece difícil, sino también poco significativo si no se afronta el nudo crucial, si no se tienen las ideas un poco más claras sobre la finalidad fundamental, sobre lo que se está construyendo, sobre cuál pueda ser al final lo que denomino la *forma política europea*.

Y la verdad es que en Europa las cosas han sucedido de tal manera que solo ahora nos enfrentamos en serio a este problema. Nuestra propuesta es la de la elipse, que parte históricamente de la necesidad de reconsiderar las soberanías nacionales: no conservarlas según la tradición de la que proceden ni eliminarlas, sino reconsiderarlas como uno de los dos focos que dan vida a la forma política común. Debe crecer la conciencia de que la propia identidad está dentro de la forma común y que al mismo tiempo la pertenencia a la forma común no destruye la propia identidad. Pero debe ser evidente que al final esa forma debe expresar un *nuevo principio de unidad política*, debe contener una obligación po-

11. Sobre este punto véase el excelente ensayo de G. Duso, «L'Europa e la fine della sovranità»: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 31 (2002), cit., pp. 109 ss., con el cual la divergencia se refiere exclusivamente a su absoluta identificación de *moderno* y *soberano* en el sentido del paradigma hobbesiano. Para nosotros lo *moderno* tiene una declinación más amplia y articulada.

lítica distinta, fundada claramente en un auténtico *contrato constitucional* entre las partes que componen la totalidad, entre los Estados y los pueblos de Europa¹².

Para hacer crecer Europa no solo en el plano de la aplicación del derecho común sino también en el de la ciudadanía común y de la común pertenencia, necesitamos reconsiderar de modo distinto la tradición histórica de la soberanía nacional, de manera que pueda pertenecer a una forma política más amplia. En esta línea se sitúa con autoridad la decisión del Tribunal Constitucional español de 13 de diciembre de 2004, dada para poner de manifiesto la posible contraposición entre la aprobación del Tratado constitucional y las normas de la Constitución española sobre la soberanía nacional¹³. Aquí aparece una Europa distinta a la de Francia, que no interpreta ya la soberanía nacional según el método dicotómico y siguiendo los pasos del rígido principio de exclusividad. La decisión distingue de manera clara, como también hemos hecho nosotros, entre *supremacía* y *primacía*: mientras la primera se relaciona con la jerarquía de las fuentes y con la dimensión de la invalidez por contraste con la norma de nivel superior, la segunda se relaciona exclusivamente con el momento de la aplicación, constituyendo su esencial mecanismo regulador. Mientras la supremacía produce siempre la primacía, no es verdad a la inversa: puede existir primacía sin supremacía, sin invalidación de normas, sin intención de abrogar y sin amenaza de *reductio ad unum*. Europa es esto, histórica y constitucionalmente: no ha de afirmar un derecho de calidad superior, como hizo con el derecho del soberano en los orígenes del Estado moderno, sino que ha de mantener la coherencia del ordenamiento, que es cosa distinta y que constituye el primer foco de nuestra elipse. En esta línea, entre otras cosas, pueden releerse las elaboraciones italianas de los denominados *contralímites*, pensados en su momento en un sentido demasiado defensivo y que ahora vuelven a interpretarse como uno de los mecanismos de interacción entre los dos focos de la elipse.

Será una coincidencia, pero España, Italia y Alemania tienen algo en común que, entre otras cosas, ponderamos constantemente en el plano

12. Reflexiones bastante interesantes en E. Scodici, «Articolare le Costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 24/1 (2004), pp. 1 ss.; C. Schönberger, «Die Europäische Union als Bund»: *Archiv des öffentlichen Rechts* 129 (2004), pp. 81 ss., y E. Pariotti, *La giustizia oltre lo Stato: forme e problemi*, Turín, 2004.

13. Véase la reflexión de J. A. del Valle Gálvez, «Constitution espagnole et Traité constitutionnel européen. La Déclaration du Tribunal Constitucional du 13 décembre 2004»: *Cahiers de droit européen* 41/5-6 (2005), pp. 705 ss.

más amplio de la doctrina constitucional: haber tomado en serio el paso del Estado de derecho de la tradición al *Estado democrático constitucional* nacido tras la Segunda Guerra Mundial. Y por ello, cuando en estos países se habla de soberanía nacional, se presupone un cambio de gran relieve que ya se ha producido, el de la intrínseca limitación constitucional de la soberanía del Estado. En esta línea, un Estado con soberanía limitada constitucionalmente no es un Estado menos democrático, como en el fondo se piensa en la cultura constitucional francesa; y si en el plano europeo esta limitación tiene lugar dentro de una forma común libremente elegida, se puede y se debe reconstruir también para Europa una legitimación de tipo democrático sobre esta base indispensable. Si los Estados que actúan y actuarán en Europa son estos, hay esperanza para la constitucionalización de Europa. Es por eso plausible un futuro en el que Europa sea capaz de manifestar su forma política, es decir, un *principio de unidad política* establecido constitucionalmente a través de la asociación de los Estados y de los pueblos, que son las partes que contribuyen a determinar esa unidad. Si por el contrario domina el modelo francés de soberanía nacional, con sus profundas raíces en la cultura constitucional de los Estados nacionales y, más atrás todavía, en la revolución como el evento en el que culminó a su vez cierta tradición del Estado moderno, entonces deberemos referirnos a la Europa de los tratados y las cancillerías. A corto plazo decidirá la política de los Estados y el desencuentro o la coincidencia de sus respectivos intereses. Pero a largo plazo decidirá la cultura constitucional que seamos capaces de elaborar. El auspicio con el que se concluye es que se desarrolle de verdad en este sentido una reflexión sobre los rasgos de la forma política europea.

EL CONSTITUCIONALISMO EN LA DIMENSIÓN SUPRANACIONAL

1. *La doble vocación histórica del constitucionalismo*

Antes de situar el constitucionalismo en la dimensión supranacional, y en concreto en la europea, es necesario, de manera preliminar, aclarar qué se entiende por *constitucionalismo*, ante todo desde el punto de vista histórico. Partamos de la historia, por lo tanto. Concretemos inmediatamente un punto: el constitucionalismo —aunque a lo largo de su desarrollo histórico abunda en referencias a problemáticas propias de la Edad Media o a modelos de la Edad Antigua— pertenece por entero a la Edad Moderna. Más en concreto, representa la *segunda vertiente* del Estado moderno europeo. Si imaginamos el Estado moderno europeo como una figura con dos vertientes, podemos colocar en la primera la tan conocida tendencia a la concentración del poder sobre el territorio, con particular referencia a los poderes de *imperium*, al poder de exigir tributos, de dictar justicia y de llamar a las armas, que en Europa comienza hacia el siglo XIV; y en la segunda vertiente, la tendencia paralela, que es precisamente la del constitucionalismo, a contener esos poderes, a ofrecer y definir límites y garantías y a introducir además, dentro de este proceso histórico, el elemento de la participación y del consenso con la progresiva construcción de las asambleas representativas¹.

Lo que caracteriza por tanto al Estado moderno europeo y a la tradición constitucional correspondiente es esta complejidad que, en la expe-

1. Sobre la historia del Estado moderno en Europa, véanse los ensayos contenidos en M. Fioravanti (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Trotta, Madrid, 2004. Véase también el primer capítulo de este libro, dedicado precisamente a la historia del constitucionalismo.

riencia histórica concreta, significa la continua intersección entre estas dos vertientes. En efecto, por una parte, la construcción del poder soberano tendrá que enfrentarse continuamente a fuerzas particulares y, a medida que se expande, también deberá aceptar límites y ofrecer garantías, no le será fácil imponerse prescindiendo del elemento de la participación y del consenso; y por otra parte, en la vertiente del constitucionalismo, esas mismas fuerzas particulares, ligadas con frecuencia al antiguo mundo de los estamentos pero también al nuevo de las ciudades, lucharán para mantener un propio espacio garantizado, pero siendo cada vez más conscientes de pertenecer a un conjunto político más amplio en el cual intentan encuadrarse con su contribución, consenso y participación.

Nunca se insistirá bastante en la relevancia de los orígenes más remotos del constitucionalismo europeo en los siglos de la Edad Moderna anteriores al siglo XVIII y a las revoluciones. En estos siglos se construye progresivamente la *doble vocación* del constitucionalismo europeo: por una parte, a construir límites y garantías frente al poder soberano en defensa de las esferas propias de autonomía y de los derechos propios; de otra parte, a participar en la construcción de ese poder a través del instrumento del consenso y con la evidente finalidad de garantizar mejor esas mismas esferas y esos mismos derechos dentro de la nueva dimensión del poder soberano. Estos son los dos movimientos del constitucionalismo: *resistencia y participación*.

Esta doble vocación se transfiere después —en una fase que comienza en el siglo XVII y que está dominada en el plano de la reflexión filosófica por la idea completamente moderna de los derechos individuales— al gran contenedor del iusnaturalismo y del contrato social. En efecto, si es verdad que en esta nueva fase los derechos, que ahora se refieren al individuo en cuanto tal, se conciben como derechos naturales, ya existentes en el estado de naturaleza y por tanto indisponibles por parte del poder político, también es verdad que de ese estado de naturaleza se debe salir mediante el contrato social, es decir, instituyendo la autoridad política que nace precisamente para garantizar esos derechos, para dotarlos de una existencia concreta y positiva. No es posible reivindicar la primera estrategia rechazando la segunda, y viceversa. Los derechos se oponen al poder político y, al mismo tiempo, encuentran su garantía en el poder político. Ambas cosas son necesarias en igual medida en la lógica del constitucionalismo. Se trata por tanto de una tensión innata al constitucionalismo que se reproduce también en su versión iusnaturalista: por una parte, los derechos de los individuos se oponen al poder político como derechos naturales; por otra, los individuos afirman sus derechos como derechos positivos construyendo juntos el poder político. Esto es todavía más evidente

en relación con la igualdad: frente a las antiguas realidades estamentales, somos iguales porque todos somos individuos antes de que exista la sociedad política, pero al mismo tiempo somos iguales porque todos estamos sometidos a la misma autoridad política, porque todos pertenecemos a esa concreta unidad política soberana, a ese pueblo, a esa nación, que es la nuestra porque la hemos construido entre todos.

En los umbrales de la revolución, esta duplicidad era evidente. La encontramos en la propia Declaración de derechos de 1789. El constitucionalismo que la sostiene tiene esa misma vocación doble que ya conocemos. Por una parte, lleva a establecer la prioridad de los derechos: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos», dice el artículo primero. Y el artículo segundo parece confirmar esta línea: «El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre», como si esa «asociación política» instituida mediante el contrato social no pudiera hacer otra cosa sino *conservar* lo que la precede, es decir, los propios derechos naturales, y como mucho perfeccionar su ejercicio efectivo. Pero en la Declaración está también la otra vertiente de nuestro constitucionalismo, la que hace derivar los derechos de la pertenencia a una unidad política soberana concreta, a una nación, y, en definitiva, de la ley que produce esa soberanía. Ya se ha observado varias veces a este propósito que en la Declaración aparece una sola vez la palabra «constitución» y hasta nueve veces la palabra «ley», y siempre en lugares decisivos para la garantía de los derechos. Así sucede sobre todo en los dos relevantes artículos *políticos* de la Declaración, el tercero y el sexto, en los que los conceptos de *soberanía* y *voluntad general* son la base de una unidad política nueva, la nación, tendente a anular los viejos privilegios y, por lo tanto, a consolidar el principio de igualdad, es decir, los mismos derechos para todos los ciudadanos. Las dos vertientes son igualmente necesarias. En conclusión, la Declaración se vería totalmente alterada si se eliminase por completo una de las dos vertientes: la universal y iusnaturalista de los derechos del hombre, que tiende a oponer los derechos al poder soberano; o la que hace que los derechos deriven de una pertenencia política concreta y, por lo tanto, de un sometimiento igual por parte de todos al mismo poder, a la misma autoridad política.

Los derechos de la Declaración viven pues en esta tensión y no podía ser de otra manera. El propio origen del que procedía la Declaración era doble. Y la propia revolución no podía renunciar ni a la vertiente universalista de los derechos del hombre, que representaba el fundamento primero del principio de igualdad contra los privilegios del antiguo régimen, ni a la fuerza de la ley positiva y de la voluntad general, necesaria para instaurar en la realidad el nuevo régimen. Lo que puede parecer una contradicción

insalvable en el plano lógico —se tienen derechos antes de y contra el poder soberano, y al mismo tiempo se tienen derechos como consecuencia de la ley, expresión de ese poder, y gracias a ella— era por el contrario perfectamente comprensible en la realidad histórica de la revolución.

Pero ¿se mantiene viva esta herencia de la revolución? En medio, entre la revolución y nosotros, aparece la considerable experiencia posrevolucionaria del Estado liberal de derecho. En el culmen de esa experiencia, a comienzos del siglo XX, Georg Jellinek, uno de los mayores juristas europeos, definía así la constitución: «La constitución del Estado comprende los principios jurídicos en los que se establece cuáles son los órganos supremos del Estado, cómo se forman, cómo se relacionan entre sí y cuál es su esfera de acción, y finalmente la posición fundamental del individuo ante el Estado»². Esta definición expresa bien la distancia que existía con el constitucionalismo de la revolución. Ha desaparecido la dualidad. En su lugar tenemos ahora un monolito que es el Estado nacional soberano. Ante él, en cuanto sujeto político soberano, ya no se permite existencia autónoma alguna. El Estado nacional soberano no tolera la alteridad. Y la constitución misma, en la definición de Jellinek, es totalmente interna al Estado. Con esa lógica, se representa como una articulación propia que define los órganos, diseña la forma de gobierno y traza los límites, creando así el presupuesto esencial para la existencia de los derechos. Ya no es posible el conocido movimiento doble del constitucionalismo porque los derechos ya no pueden representar de ninguna manera un *prins*, un dato originario oponible en cuanto tal al poder soberano, al propio Estado. Respecto a la revolución, ha desaparecido por completo la vertiente iusnaturalista y universal. De los dos filones, solo permanece el segundo. Los derechos aparecen así como un efecto, un resultado, se sitúan en un espacio que parece autónomo pero que en realidad tiene su origen en la autolimitación del poder soberano.

Este es el periodo del derecho público estatal y del positivismo jurídico de impronta estatal. En nuestra opinión, es un periodo europeo que recorre todo el continente. Obviamente hay diferencias nacionales entre las distintas experiencias políticas y constitucionales. El *rule of law* británico es diferente del *Rechtsstaat* de los alemanes o de la República de los franceses³. Pero hay un dato común: la firmeza en un sentido monista del principio de soberanía que, con las diferencias de cada caso, se convierte en soberanía del parlamento en Inglaterra, del Estado en Alemania, de las

2. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1900, III, 15, p. 506.

3. Véanse los ensayos contenidos en P. Costa y D. Zolo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milán, 2002.

instituciones republicanas en Francia. Así, cuando se celebre en Francia el primer centenario de la Revolución, la perspectiva de una normatividad primaria en la que se manifiestan los derechos fundamentales habrá desaparecido prácticamente de la cultura política y jurídica, y la propia Declaración de 1789 parecerá fruto de un tiempo histórico ya pasado. Entonces solo existía el derecho positivo estatal de la República, y solo de él y de la autoridad de su fuente positiva dependían los derechos de los individuos y de los ciudadanos. Y también en Inglaterra la proclamada soberanía del parlamento tenía tras de sí la larga tradición, específicamente inglesa, de la polémica contra el discurso revolucionario de los derechos naturales. Si los ingleses tenían un buen nivel de garantía de los derechos gracias al *rule of law* y a la reserva de jurisdicción, era porque siempre habían desconfiado de ese discurso.

En general, en estos decenios de la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del siglo XX se difundió por Europa la convicción de que el carácter dual del constitucionalismo se debía a factores históricos que ya estaban definitivamente superados: primero, respecto al pasado más remoto, a la ausencia del Estado soberano que permitía a las fuerzas particulares mantener sus esferas de autonomía, y después, en relación con el tiempo más próximo, a la exigencia de la revolución de tener un *príus* del que servirse contra el antiguo régimen. Pero ahora que el Estado soberano se había consolidado y la revolución había concluido, ya no existía ningún motivo para remitirse a esa tradición. Por otro lado, el Estado soberano se consolidaba como Estado de derecho y como tal garantizaba a los derechos una existencia segura sin necesidad de buscar su fundamento en otro lugar, en un plano anterior y superior al del derecho estatal. Los derechos ya no eran sino el resultado de una rápida, segura y uniforme aplicación de la ley del Estado. En definitiva, los derechos existían solo y exclusivamente en el plano estatal y nacional. Y el constitucionalismo se ocupaba ahora de su tutela solo a través de las normas del Estado nacional. Los derechos del hombre quedaban lejos. Parecían consignados definitivamente a la reflexión filosófica, tan alejada de la práctica cotidiana de las violaciones y de las garantías.

2. Las Constituciones democráticas del siglo XX y Europa

En la época de los Estados nacionales soberanos, el constitucionalismo parecía haber perdido una de sus dos vocaciones históricas. Más en concreto, parecía haber perdido una doble aptitud: la de oponer los derechos al poder y la de concebir los derechos en un plano universal como dere-

chos del hombre. Los dos aspectos tenían en común este dato fundamental: que ahora parecía imposible concebir *los derechos más allá del Estado* y, por tanto, antes del Estado y, en su caso, contra la ley del Estado. Pero los Estados nacionales no lograron encerrar completamente la problemática de los derechos en su propio recinto. A mitad del siglo XX, superados los regímenes totalitarios, la partida comenzó de nuevo con las Constituciones democráticas que nacieron tras la Segunda Guerra Mundial.

A este propósito, sería erróneo hablar de la revancha del iusnaturalismo. Es más, se trataría de un error grave que llevaría a una interpretación completamente falsa de las nuevas Constituciones, incluida la italiana de 1948. Pero al mismo tiempo debe subrayarse que precisamente estas Constituciones redescubren, pasada ya la época del positivismo estatal, las dos vertientes del constitucionalismo y rechazan así la precedente reducción a la sola vertiente estatal y nacional. Ciertamente, estas Constituciones son también Constituciones nacionales que nacen de las respectivas historias nacionales. Pero el Estado que fundan y contienen no es ya el nacional soberano del siglo XIX y de la primera mitad del XX. Debemos profundizar sobre esta diferencia⁴.

Dos son las grandes transformaciones que pusieron en marcha las Constituciones de la última posguerra mundial. En primer lugar, introdujeron los derechos fundamentales; es decir, derechos conformados de tal modo que no pueden estar contenidos en los tradicionales límites positivistas de la autolimitación de la soberanía. También los derechos fundamentales son derechos positivos pues proceden del acto constituyente. Pero en ese acto aparecen como la primera cosa, como el *prius* necesario del que deriva todo lo demás, incluidos los poderes y su organización, es decir, el Estado mismo. La relación se invierte. El punto de partida ya no es el Estado, sino la Constitución que establece los derechos en primer lugar. Los derechos no presuponen el Estado sino que este los presupone a ellos que, por su parte, están fundados en la Constitución. Antes, los derechos eran el simple resultado de la existencia del Estado, de su autolimitación y de su labor de garantía mediante la ley. Ahora, el Estado puede calificarse como una entidad derivada que existe en la medida en que la Constitu-

4. Véanse sobre ello los ensayos contenidos en M. Salvati (ed.), *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. 10 dicembre 1948. Nascita, declino e nuovi sviluppi* (Atti del convegno organizzato dalla Fondazione Lelio e Lisli Basso, Roma, 15 giugno 2005), Roma, 2006, y en concreto los de P. Costa (pp. 39 ss.) y L. Ferrajoli (pp. 193 ss.), que insisten de manera concreta en el cambio del paradigma constitucional al que nos referimos en el texto. Véase también M. A. Glendon, *Tradizioni in subbuglio*, ed. de P. G. Carozza y M. Cartabia, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007.

ción prevea los poderes de los que se compone, sus respectivas atribuciones y competencias y la composición de esos poderes de forma ordenada. El Estado soberano del siglo XIX y de la primera mitad del XX había hecho desaparecer el fundamento iusnaturalista de los derechos. En cierto sentido, las Constituciones nacidas tras la Segunda Guerra Mundial restituyeron los derechos y, a su vez, comenzaron un proceso de profunda transformación de la herencia dejada por el propio Estado nacional soberano.

Pasemos ahora a la segunda transformación, estrechamente unida a la primera. Romper las barreras fijadas por el fundamento de los derechos en la autolimitación del Estado soberano significaba también, a la fuerza, poner en duda el aspecto de la exclusividad del derecho nacional. Los Estados nacionales soberanos eran los últimos herederos de la tradición del principio de soberanía que pretendía que ejercer un poder soberano significase en esencia disponer del derecho de manera exclusiva, de manera que fuera rechazada cualquier otra fuente virtualmente concurrente. En contra de esta tradición, las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial pueden configurarse como textos abiertos que, además de formular una serie de principios de manera directa y explícita, formulan otros que son extraídos de otras fuentes que se sitúan esencialmente en el plano supranacional. No es casual por ello la presencia en la Constitución italiana de los artículos 10 y 11, que sitúan las «normas de derecho internacional generalmente reconocidas» en un nivel superior al de la ley ordinaria, mientras se parte del concepto de «limitaciones de soberanía» contenido en el artículo 11, como se sabe, para ofrecer cobertura constitucional a la primacía del derecho comunitario, incluida la no aplicación del derecho nacional que se opone a él. El proceso en cuestión está en pleno desarrollo, como lo atestiguan dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional, la 48 y la 49 de 2007 que, fundándose en el artículo 117.1 de la Constitución relativo a los «vínculos derivados del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales», en esencia, atribuyeron a los principios contenidos en la Convención europea sobre los derechos del hombre interpretados por el Tribunal de Estrasburgo la significación de criterio de constitucionalidad sobre el cual poder fundar el juicio de constitucionalidad de una ley ordinaria estatal ante el Tribunal Constitucional.

Ciertamente, se podría intentar aplicar la vieja lógica positivista de la autolimitación también a estos desarrollos más recientes. ¿No es cierto que los propios Tribunales Constitucionales han señalado límites más o menos precisos al predominio de las fuentes comunitarias? Y en el último caso considerado ¿no es verdad que los principios de la Convención europea no son sino normas interpuestas que, para servir de criterio de

constitucionalidad, necesitan a su vez ser conformes con la Constitución nacional? En este sentido, las Constituciones nacionales vuelven a aparecer con su aspecto tradicional de depósitos del bien superior de la soberanía nacional que, en cuanto tales, pueden adaptarse pero solo hasta el punto en que ese bien no sea puesto en duda. Es como decir: la autolimitación puede ser amplia, incluso considerable, pero no hasta el punto de no poder ser impugnada, esto es, no tanto como para que cambie los rasgos fundamentales del sujeto soberano en el que tiene su origen.

¿Son así las cosas hoy en Europa? Pensamos que no. Pensamos que una valoración de este tipo deriva de la tendencia del tradicional método positivista a ser aplicado más allá de su tiempo, a querer encuadrar a la fuerza en sus categorías las nuevas realidades que se han consolidado en la segunda mitad del siglo XX. Como puede apreciarse, se trata de un tema claramente histórico que debe valorarse en el plano histórico. Quien, desde la revolución hasta hoy, no ve más que continuidad en la historia del Estado de derecho, tiende a concluir en el sentido ya expresado del mantenimiento sustancial del principio de soberanía en su configuración tradicional. Quien, como nosotros, intenta ver también los puntos de ruptura y los sitúa principalmente a mediados del siglo XX con las nuevas Constituciones democráticas concluirá, por el contrario, en un sentido diferente que no prevé la extinción de los Estados nacionales soberanos pero que los sitúa en un panorama más amplio recorrido por un profundo proceso de transformación del propio principio de soberanía.

Precisamente en el plano histórico, lo que sucede a mediados del siglo XX tras la desaparición de los regímenes totalitarios y tras la trágica experiencia de la guerra y las políticas de exterminio es, en nuestra opinión, el comienzo de un proceso de progresiva y renovada ampliación de las fronteras del constitucionalismo, después de la reducción positivista a la sola vertiente del derecho estatal y nacional. En una palabra, lo que recobra vigor es la *doble vocación histórica del constitucionalismo* de la que hemos partido. No se elimina la vocación de construir pertenencias políticas comunes a las que confiar la garantía positiva de los derechos. Por este motivo, el constitucionalismo europeo no abandonará nunca la vertiente estatal y nacional, por lo menos hasta que no se forme una identidad política europea igualmente fuerte. Pero esto es solo la primera vertiente y hoy no es la única. Con las Constituciones democráticas nacidas tras la Segunda Guerra Mundial ha recobrado vigor la otra vocación histórica del constitucionalismo, la del universalismo y la creación de los derechos como *prius*, sobre todo ante al poder político, y la posibilidad de oponerlos a ese poder. Por esta razón, no podía eludirse en estas Constituciones la arribada al control de constitucionalidad que no existía

en el modelo anterior. Y por esta misma razón, la experiencia constitucional de la segunda mitad del siglo XX y del siglo XXI resulta cada vez más compleja y menos referible al plano nacional.

Ayer, los jueces necesitaban los Códigos, las otras leyes vigentes y algunas máximas jurisprudenciales. Las cartas constitucionales del siglo XIX, como el Estatuto Albertino, en última instancia, no aparecían en la vida práctica del derecho. Hoy, los jueces necesitan un instrumental más amplio. Necesitan la Constitución y la jurisprudencia de los Tribunales Supremos nacionales pero también del Tribunal europeo de justicia. No es un cambio pequeño. Para nosotros, se trata de una transformación que no puede remitirse a las categorías tradicionales del positivismo de impronta estatal. Y, sobre todo, se trata de una transformación que, en nuestra opinión, es expresión a su vez de una tendencia histórica profunda y de alguna manera irreversible. Lo demuestran los recientes acontecimientos que han sucedido en Europa. De ellos trataremos ahora, siempre desde nuestro punto de vista, el histórico-constitucional.

3. *El reciente Tratado de Lisboa. Una valoración histórico-constitucional*⁵

La tendencia del constitucionalismo actual a traspasar los límites estatales y nacionales se ha enfrentado recientemente a una dura prueba en el ámbito europeo. El objetivo elegido parecía en verdad, hasta cierto punto, el máximo: construir en el ámbito europeo y por tanto supranacional una auténtica norma fundamental dotada de normas de principio compartidas y de una Declaración de derechos, en una palabra, una Constitución. Algo que evidentemente desafiaba la tradición según la cual toda Constitución debe presuponer, por necesidad, la existencia de un Estado soberano o al menos contener en sí un claro mandato constituyente de construirlo. Nada de esto existía en el horizonte europeo y sin embargo se hablaba abiertamente de la Constitución europea, de los rasgos inéditos del proceso constituyente europeo y de la *Constitución sin Estado* que

5. Nuestras observaciones son anteriores al referéndum irlandés de junio de 2008, que en el plano formal y estrictamente jurídico ha puesto en cuestión el Tratado de Lisboa, dada la permanente vigencia del principio internacional de la necesaria unanimidad para su ratificación. Dejo para otra ocasión las observaciones que pueden y deben desarrollarse a partir de este enésimo episodio contradictorio en el camino de la constitucionalización de Europa. Sin embargo mantenemos todo lo dicho en el texto, que se sitúa en una reflexión de más amplia perspectiva sobre el desarrollo constitucional europeo y menos sujeta a los acontecimientos del momento.

parecía tomar forma. Con dicha finalidad, se convocó una Convención y se abrió un proceso que implicó, dentro de ciertos límites, a la clase política europea, a la cultura jurídica y a la opinión pública. En 2004 apareció un Tratado constitucional europeo que se sometió a la ratificación de los Estados. Los acontecimientos posteriores son conocidos: el rechazo del Tratado en los referendos francés y holandés, el Consejo europeo de junio de 2005 y la adopción de la denominada *pausa de reflexión* que duró hasta la aprobación del Tratado de Lisboa.

Sin duda, en el desarrollo de esa pausa el proyecto constitucional europeo corrió graves riesgos y alguno pensó en aprovechar la ocasión para deshacer el camino y regresar al tiempo de la Comunidad exclusivamente económica y del libre mercado como único objetivo común. Pero no ha sido así. En nuestra opinión, esa tendencia histórica de conjunto que hemos intentado reconstruir y que empuja al constitucionalismo a desarrollarse más allá de las fronteras estatales y nacionales ha continuado actuando y ha impedido una vuelta atrás sin condiciones. Es la confirmación de una tendencia irreversible, es decir, de la necesaria vocación en sentido supranacional del constitucionalismo actual. Obviamente, ese constitucionalismo no olvida la otra cara, la de la pertenencia política que todavía hoy en Europa se realiza en el plano estatal y nacional. No podemos ni debemos pedir al constitucionalismo su disolución en un universalismo indiferenciado, en una mera filosofía de los derechos del hombre. Y al mismo tiempo debemos darnos cuenta de que el propio constitucionalismo ya no puede encerrarse en la celda estatal-nacional. Se trata por tanto de encontrar un punto de equilibrio: afirmar la existencia en sentido normativo de un derecho constitucional europeo común pero sin derribar el otro lado del propio constitucionalismo, es decir, el principio de la pertenencia política que todavía hoy parece estar anclado en la ciudadanía nacional. Sabiendo sin embargo que mientras la expansión del constitucionalismo más allá de los límites estatales y nacionales es, desde el punto de vista histórico, irreversible, no puede afirmarse lo contrario, es decir, que es totalmente legítimo pensar que pueda darse un futuro en el que ya no sirva la pura igualdad entre la estatalidad y la ciudadanía, y que pueda pensarse en un principio de unidad política declinado históricamente en formas no estatales y distintas de las que conocemos basándonos en la experiencia de los Estados nacionales de los siglos XIX y XX.

Todo esto lo confirma la simple lectura del nuevo Tratado y de los documentos preparatorios. Esto sirve incluso para la más llamativa de las afirmaciones contenidas en el mandato dirigido el 23 de junio de 2007 por el Consejo europeo a la Conferencia intergubernativa que redactaría después el Tratado de Lisboa: «El proyecto constitucional, que con-

sistía en la derogación de todos los tratados existentes y en su sustitución por un texto único denominado *Constitución*, se ha abandonado». ¿Qué mejor ocasión, sobre esta base, para una completa vuelta atrás? En realidad no ha sido así. Todos los comentaristas del reciente Tratado de reforma coinciden en este importante punto: que la esencia del Tratado constitucional se ha transferido al nuevo Tratado, comenzando por el punto primero consistente en la sustitución del término *Comunidad* por el término *Unión*, que deriva del reconocimiento de la personalidad jurídica única de la Unión, que sustituye globalmente a la Comunidad⁶.

No se trata ahora de realizar una investigación profunda y detallada del contenido del Tratado bajo esta perspectiva. Bastará aquí con recordar dos aspectos. El primero, relativo a la suerte del que era el artículo I-6 del Tratado constitucional, que decía: «La Constitución y el derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a esta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». Esto representaba una especie de codificación o de simple *confirmation* de la bien conocida *primauté* del derecho comunitario vigente desde hace tiempo de forma jurisprudencial en las relaciones con las fuentes internas, a través de las jurisdicciones nacionales⁷. Se observó que este principio estaba en el Tratado constitucional detrás de otro principio simétrico contenido en el artículo I-5.1 que dice así: «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional». Expresamos entonces esta situación con la figura de la elipse dotada de dos focos, ambos activos y constitutivos de la configuración de toda la figura: por una parte, el derecho comunitario prevalecía sobre el derecho nacional (I-6), pero no hasta el punto de poder destruir las *identidades nacionales*; por otra parte, esas identidades eran protegidas (I-5), pero no hasta el punto de destruir el principio común. La totalidad no podía atraer a las

6. La relevancia del punto viene confirmada por la 24.ª Declaración añadida al Acta final de la Conferencia intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, inspirada por una preocupación demasiado transparente por una posible ampliación de las competencias de la Unión derivadas del reconocimiento de su personalidad jurídica única. La Declaración dice: «La conferencia confirma que el hecho de que la Unión tenga personalidad jurídica no autoriza de ninguna manera a la Unión a legislar o actuar más allá de las competencias que le han sido atribuidas por los Estados miembros en los tratados».

7. Entre las más recientes reflexiones sobre la primacía, véase la de M. Cartabia, «Unità nella diversità. Il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali», en G. Morbidelli y F. Donati (eds.), *Una Costituzione per l'Unione Europea*, Turín, 2006, pp. 185 ss.

partes que lo componían, pero estas ya no tenían libertad para rechazar la totalidad. Había pues, desde mi punto de vista, una Constitución en vías de formación, un proceso constituyente en curso⁸.

Y ahora ¿qué suerte ha corrido todo esto en el nuevo Tratado de reforma? Encontramos, con algún cambio, lo que era el artículo I-5.1 en el Tratado constitucional (art. 4.2). Pero ¿qué suerte ha corrido el otro artículo, el referido a la primacía del derecho comunitario? Por decirlo de alguna manera, ha sido degradado, se ha sacado de la sede noble y principal de los principios fundamentales y se ha llevado a una Declaración, en concreto la 17, incluida en el Acta final de la Conferencia intergubernativa. Dice así: «La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia». Sigue un dictamen del Servicio jurídico del Consejo que menciona la sentencia-madre de dicha jurisprudencia, la conocida Costa contra ENEL de 15 de julio de 1964. Y entonces ¿cómo valorar esta operación? Tras los referendos francés y holandés se ha preferido no mantener en el proscenio el principio de primacía del derecho comunitario pero sin negarlo, simplemente se ha escondido un poco tras los decorados. Se ha querido tranquilizar a quienes consideraban ese principio, con el lugar que ocupaba en el Tratado constitucional, como el inicio de un proceso constituyente en sentido federal, algo similar a lo que sucedió en los Estados Unidos basándose en la cláusula de supremacía contenida en el artículo sexto de la Constitución federal. El principio se mantiene igual pero adquiriendo una luz menos deslumbrante al desplazarse al terreno más modesto y discreto de la jurisprudencia.

Se trata de una hipocresía. Hablando claro: la clase política europea deja que los jueces hagan lo que ella no tiene el coraje de hacer. Todos saben que al menos en ciertos terrenos, como la política exterior, la política climática y energética y la inmigración, pero también en el terreno del *welfare* y de los derechos sociales, la dimensión de los problemas es europea. Pero la política prefiere seguir navegando por la vía nacional, con una presencia supranacional débil y con frecuencia casi exclusivamente intergubernativa⁹. Pero ya que la puerta que lleva a la construcción del ordenamiento

8. Véase el capítulo precedente de este volumen. Consideraciones interesantes se hallarán también en B. Guastafarro, «L'Unione europea e la sineddoche democratica. Riflessioni sull'Unione europea quale democrazia composita»: *Il Filangieri* (2006), pp. 195 ss.

9. En el reciente discurso del presidente Napolitano aparece una auténtica llamada a la responsabilidad de la política en el plano europeo: «Sciogliere l'antico nodo di contras-

supranacional no puede estar cerrada del todo, resulta que quienes son elegidos para traspasar esa puerta y mantener viva dicha perspectiva son los jueces; obviamente, hasta donde pueden llegar con sus competencias. Pero desde el punto de vista histórico, no hay duda de que se está asistiendo a la construcción de una nueva ciudadanía, la europea, en un plano casi exclusivamente jurisprudencial. Este es el proceso abierto que se impone con la fuerza del constitucionalismo, y este es el proceso que no puede cerrarse y que ni siquiera el Tratado de Lisboa ha podido interrumpir.

Lo mismo debe decirse del segundo aspecto que tratamos, conectado estrechamente con el primero. Se trata de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de la llamada *Carta de Niza*. También en este caso el balance es complejo. Por una parte, también aquí hay un temor evidente que ha tomado forma sobre todo con el Protocolo sobre la aplicación de la Carta a Polonia y al Reino Unido, esto es, a que la Carta, una vez dotada de un valor jurídico cierto, sea vehículo de ampliación de la competencia del Tribunal de Justicia y de los propios jueces nacionales para examinar las leyes nacionales contrarias a las fuentes comunitarias y, en particular, a los derechos y principios fundamentales contenidos en la propia Carta. Concretamente aquí está la posible construcción jurisprudencial de la ciudadanía europea, sentida como una amenaza para las ciudadanías nacionales. Y, de nuevo, tampoco se ha podido cerrar esta puerta. Se ha rodeado la Carta de mil cautelas sobre las que no podemos detenernos; baste con recordar que la primera Declaración incluida en el Acta final de la Conferencia intergubernativa, relativa precisamente a la Carta, usa el verbo *confirma* para indicar la naturaleza no constituyente, meramente reconocedora, de la propia Carta que afirma de este modo derechos que, en definitiva, no son sino los ya conocidos históricamente y contenidos en la Convención europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales que proceden de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, como afirma la propia Declaración. Pero lo esencial no podía evitarse. La Carta fue solemnemente *reproclamada* en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 para convertirse en documento oficial de la Unión y el propio Tratado de reforma le atribuyó de manera explícita «el mismo valor jurídico que los Tratados» (art. 6.1), que era lo más importante.

Así, precisamente en el momento que parecía más problemático para el proceso constituyente europeo y en el que se declara explícitamente

tanti visioni del progetto europeo. Far emergere una nuova volontà politica comune», lección magistral del presidente de la República Giorgio Napolitano, Universidad Humboldt, Berlín, 27 de noviembre de 2007.

—como hemos visto— que el proyecto constitucional era abandonado, aparece la confirmación inequívoca de la tendencia irreversible del constitucionalismo actual a traspasar los límites estatales y nacionales y a construir ordenamientos en el plano supranacional.

Entonces, y no por casualidad, Francia, el país de mayor tradición legicéntrica y con cuyo *no* en el referéndum se detuvo el camino del Tratado constitucional, ratificó en poquísimos tiempo el Tratado de Lisboa basándose en un dictamen del Conseil constitutionnel del 20 de diciembre de 2007, para nosotros de notable relevancia¹⁰. Lo que destaca del dictamen es la implícita pero clara admisión de que la que podemos llamar *soberanía en sentido político* —que es lo que impide a Francia ratificar un Tratado que incide sobre las bien conocidas *condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional* si no es a través de una revisión de la Constitución— no impide reconocer la existencia de un ordenamiento jurídico supranacional. Así, si el dictamen considera necesaria la revisión constitucional —que después se realizó— es solo porque el Tratado permite derogar bajo ciertas condiciones la regla de la unanimidad. Es entonces, en el momento en que Francia pierde su soberano poder de oposición, cuando se lesiona la soberanía en sentido político. Pero el propio dictamen reconoce de manera explícita que esto no sirve para la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que ahora adquiere el mismo valor jurídico que los Tratados. Desde el punto de vista histórico es una admisión de gran relevancia. Significa, en una palabra, que también el juez constitucional francés, como los otros jueces constitucionales europeos¹¹, parte de una noción defensiva y residual de la soberanía, que tiende a reservar decisiones en ciertos ámbitos o a poner los denominados *contralímites* a la penetración del derecho comunitario. Pero en todo caso no es ya la *soberanía de la tradición*, la que se remonta al artículo tercero de la Declaración de 1789 y que nunca hubiera tolerado la presencia de otro derecho distinto al emanado directamente del poder legislativo soberano y rigurosamente aplicado por sus propios jueces.

10. La opinión retoma argumentos ya contenidos en la precedente decisión de 19 de noviembre de 2004, relativa al Tratado constitucional después rechazado por el referéndum. Pero asume otro significado, ahora que está integrado en un procedimiento que esta vez ha logrado un resultado positivo.

11. Véase por ejemplo la decisión análoga del Tribunal Constitucional español de 13 de diciembre de 2004, sobre ella: J. A. del Valle Gálvez, «Constitution espagnole et Traité constitutionnel européen. La Déclaration du Tribunal Constitucional du 13 décembre 2004»: *Cahiers de droit européen* 41/S-6 (2005), pp. 705 ss. Ya he reflexionado sobre este aspecto en el capítulo anterior de este libro. En esa ocasión se subrayaba sobre todo el carácter monolítico de la tradición francesa de la *soberanía nacional*.

Volvamos a nuestro punto de partida. El constitucionalismo tiene todavía que ver con los Estados nacionales. Y, ciertamente, no puede dejar de referirse a la dimensión constitucional nacional y a las ciudadanía nacionales. Pero en esa vertiente ya no encuentra un principio de unidad política necesariamente absorbente, con una rígida tendencia en un sentido monista. Esos Estados todavía se proclaman *Señores de los Tratados*, se reservan una especie de última decisión o ponen límites en defensa de sus propios principios fundamentales, pero al mismo tiempo permiten que se forme un ordenamiento supranacional cada vez más amplio que los vincula cada vez con mayor consistencia y que ahora dispone también de una Carta de derechos fundamentales. Hay quien piensa que todo esto todavía puede revocarse libremente, como en los tiempos de la autolimitación del Estado soberano. Nosotros no lo creemos. Pensamos que se ha dado un paso más.

Pero hay también quien piensa que esta situación constituye una auténtica conquista en la cual ya no son posibles remisiones directas y radicales a la soberanía¹². Nuestra opinión es intermedia. Entendemos que en el constitucionalismo actual está muy viva la *doble vocación* de la que hemos partido. Así, el constitucionalismo de los derechos, que se expande de manera irreversible más allá de las fronteras estatales y nacionales, no podrá ignorar durante mucho tiempo la otra vertiente, la de la pertenencia política. Y si la estatal y nacional no resulta ya suficiente o apropiada, el problema del principio de unidad política deberá situarse de nuevo, necesariamente, en el plano europeo¹³. En definitiva, estamos en marcha. Ya no llevamos en el equipaje el viejo principio de soberanía. Pero no por ello el constitucionalismo actual puede considerarse como una simple filosofía de los derechos. Difícilmente podrá el constitucionalismo, tanto hoy como en su tradición histórica, prescindir de su necesario elemento político.

12. Es paradigmático el tratamiento de A. Jakab, «Neutralizing the Sovereignty Question. Compromise Strategies in Constitutional Argumentations about the Concept of Sovereignty before the European Integration and since»: *European Constitutional Law Review* (2006), pp. 375 ss., que por otro lado no propone una auténtica interrupción del principio histórico de soberanía sino más bien su reconsideración en relación a la dimensión constitucional europea. En este ámbito, véanse también J. H. H. Weiler y M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, 2003, y N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003.

13. Reflexionando probablemente sobre el concepto de *federación*. Hay útiles observaciones en C. Schönberger, «Die Europäische Union als Bund»: *Archiv des öffentlichen Rechts* 129 (2004), pp. 81 ss.

I.1: inédito; con algunas modificaciones y, en la versión inglesa, para E. Pattaro (ed.), *Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. IX de H. Hofmann y D. Canale (eds.), *A History of the Philosophy of Law from Seventeenth Century to 1900 in the Civil-Law Tradition*, Nueva York/Berlín/Heidelberg.

I.2: en F. Mazzanti Pepe (ed.), *Culture costituzionali a confronto. Europa e Stati Uniti dall'età delle Rivoluzioni all'età contemporanea*, Génova, 2005, ponencia en el congreso internacional (Génova, 29-30 de abril de 2004).

I.3: ahora, con el título diferente «Il modello costituzionale radicale»: *Il pensiero politico. Rivista di storia delle idee politiche e sociali* 40/2 (mayo-agosto de 2008), pp. 313 ss. (el número recoge las Actas del congreso internacional sobre «Magistrature repubblicane: modelli nella storia del pensiero politico», Perugia/Gubbio, 30 de noviembre-2 de diciembre de 2006).

II.1: inédito, para el primer número de *Politica & Società*.

II.2: inédito, ponencia en el congreso sobre «Le ragioni dell'uguaglianza» (Milán, 15-16 de mayo de 2008), con el título «Uguaglianza e Costituzione: un profilo storico», para las Actas del congreso.

II.3: incluido también en M. Bertolissi, G. Dusso y A. Scalone (eds.), *Ripensare la Costituzione. La questione della pluralità*, Milán, 2008.

II.4: inédito, para los *Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia*, Nápoles, 2008.