

CONSTITUCION, SOBERANIA Y DEMOCRACIA*

Francisco J. Bastida Freijedo

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo

I. SOBERANIA POPULAR Y CONSTITUCION SIN SOBERANO

La concepción kelseniana de la Constitución ha sido criticada por configurar a ésta como «fuente» de creación de normas y no como norma jurídica. El momento histórico sobre el que opera su análisis le conduce a esa apreciación que, más que errónea, es insuficiente. No es errónea, porque la estructura general de su concepción del ordenamiento jurídico permite encajar sin quebranto alguno la idea de «Constitución como norma jurídica». I. de Otto ha tenido, entre nosotros, el acierto de formular con pinceladas de maestro la supremacía de la Constitución como norma, y no solo como fuente de las fuentes, dentro del esquema general del positivismo normativista. Para ello no hace más que insistir en tres ideas capitales. Primera, el concepto de Constitución como norma suprema presupone una determinada estructura del ordenamiento jurídico, basada en la distinción entre creación y aplicación del Derecho, estando la primera función atribuida a uno o varios órganos que ocupan una posición de supremacía en la organización jurídica y que desarrollan su función su función normadora de un modo más o menos permanente. Segunda, sólo hay Constitución como norma cuando el ordenamiento establece que el cumplimiento de sus preceptos es obligado, es decir, cuando la infracción de la Constitución es antijurídica. Y, tercera, el concepto de Constitución se construye a partir de la jerarquía entre normas; lo definitorio de las normas constitucionales no es su objetivo o materia, sino la posición que ocupan en el ordenamiento. Su destinatario,

* Este trabajo es la parte central del curso que tuve oportunidad de impartir en octubre de 1990 en el Centro de Estudios Constitucionales bajo el título «*El Derecho Político como Derecho Constitucional: soberanía de la Constitución y Constitución Democrática*».

por tanto, no es necesariamente el legislador, pueden ser todos los demás órganos y los ciudadanos y, en realidad, «tienen que» serlo, ya que si no se quiebra el postulado de que su infracción (sea quien sea el agente) es antijurídica. Por iguales razones, la materia constitucional no se limita a la regulación de la creación de normas; puede ser cualquier materia. La supremacía es formal y material, no cabe hacer distingos para reconocer qué normas son constitucionales. En suma, no es necesario salir del normativismo para poder sostener lo que hoy es una realidad en los ordenamientos democráticos: la supremacía de la Constitución. ¿Cabe deducir de ello que no hay otra Constitución que la Constitución democrática?

Gran parte de la crítica actual a la tesis de Kelsen se vale de la insuficiencia comentada para atacar una vez más la neutralidad axiológica de la teoría pura del Derecho. La idea kelseniana del carácter no necesario de las Declaraciones de Derechos en una Constitución se denuncia como una muestra más de la concepción legalista de la justicia del formalismo positivista. Contra esto se defiende la idea de que la Constitución implica necesariamente el reconocimiento de esos derechos. Incluso se afirma que en ellos radica el núcleo constitucional y que, por tanto, «no hay más Constitución que la Constitución democrática». La idea no es necesariamente antipositivista; basta leer a Hesse, Denninger o Stern y, entre nosotros, a Rubio Llorente o a Aragón Reyes, para percatarse de la ausencia de esa militancia. Sin embargo, tampoco es positivista. La pretensión no deja de ser un deseo que carece de fundamentación científica. No querer confundir legitimidad con validez y, al mismo tiempo, pretender que la democracia forma parte de una definición científico-jurídica de Constitución parece tarea llamada al fracaso. Democracia y Constitución no son ideas ajenas la una de la otra. Ambas tienen en común como nota esencial la ausencia de una dominación no sujeta a normas. La supremacía de la Constitución implica necesariamente que no puede haber ningún poder no sometido a ella; de lo contrario, no podría reputarse norma suprema. Todos están sujetos a ella. En este sentido no hay un concepto neutro de Constitución, pero la democracia es bastante más que esto y no cabe identificar Constitución con Constitución democrática, sin estar al unísono formulando un concepto valorativo de Constitución y un concepto descriptivo de la norma que preside los ordenamientos democráticos actuales. Lo mismo sucedía en el siglo XIX respecto al concepto liberal de Constitución expresado en el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. La prueba más evidente de lo que aquí se afirma está en la pirueta argumental que se realiza cuando se desea introducir elementos de legitimidad en la validez de la Constitución como norma jurídica suprema. En concreto, cuando se desea juridificar la soberanía colectiva como soberanía de todos y cada uno de los individuos. El resultado es la contradictoria tesis de la existencia de «un Soberano que se autolimita a través de la Constitución». La teoría del Poder Constituyente y la de la atribución de su titularidad al pueblo soberano no es una explicación de la validez abstracta de la Constitución, sino de la Constitución *democrática*. En tal sentido la apelación a la soberanía del pueblo no es más que el deseo de «rellenar» de contenido la norma hipoté-

tica que ha de presuponerse para entender que la Constitución es válida. La propia idea de Constitución como norma jurídica *suprema* impide hablar de otro soberano que la Constitución misma. Si el pueblo es soberano la Constitución no es norma suprema y si es norma suprema el pueblo no es soberano. «*Tertium non datur*».

Sin tener que desmenuzar la historia del pensamiento jurídico de Hobbes a Kelsen, puede decirse, en síntesis, que una vez que la conciencia jurídica de la Sociedad evoluciona hasta privar al derecho de su fundamentación tradicional, consistente en la adecuación de éste a principios iusnaturalistas y religiosos, el Estado, en cuanto personificación del ordenamiento jurídico, apoya su existencia en la posibilidad, dentro de un ámbito territorial y personal determinado, de crear ilimitadamente normas jurídicas, es decir, se fundamenta en su positividad, en la afirmación de su soberanía. El Estado-ordenamiento es soberano porque su capacidad de producir normas y de someter a sus preceptos a los individuos que se hallen en su ámbito personal de vigencia no está condicionada por ningún poder superior de creación jurídica, ni por ningún principio o valor al que deba acomodarse su ejercicio para ser válido. Generalmente, esta cualidad se atribuye a un sujeto y se suele decir que el Estado-ordenamiento es soberano en cuanto receptor de esa propiedad «insuflada» por aquél. Sin embargo, ningún sujeto puede arrogarse tal cualidad ni concederla al Estado-ordenamiento, ya que, en ese caso, aquél y no éste sería el soberano. Pero si tal aconteciese, habría que preguntarse qué normas habilita a dicho sujeto para ostentar ese título y, en buena lógica, se tendría que concluir que soberana es la *norma* habilitante y no el sujeto habilitado para ello (Ross). Este razonamiento se resume en la idea de «Constitución sin soberano» (Kriele). Desde un punto de vista jurídico, la Nación no es un sujeto autonormativo. Recuérdese que para Hobbes la multitud atomizada de individuos se convierte en una sola persona, en pueblo, *en virtud del pacto* que cada hombre suscribe con cada hombre para crear un poder soberano ajeno que les unifique y reconduzca a unidad. Casi trescientos años después, con distintas palabras pero igual sentido, Kelsen sostendrá que «*la unidad del pueblo es sólo una realidad jurídica*»... «*un sistema de actos individuales regidos por la ordenación jurídica del Estado*». En definitiva, desde aquel punto de vista el pueblo o Nación es un *producto artificial*, creado por el ordenamiento jurídico, es el objeto de la soberanía, no su sujeto preexistente. Por todo ello, la atribución de la cualidad soberana al Estado, la consideración de un conjunto de normas como ordenamiento jurídico completo, sólo puede surgir de una suposición *lógica* de tal cualidad y consideración, (suposición que Hobbes configura en el Pacto de Sociedad y Kelsen cifra en la Norma hipotética fundamental).

Esta conclusión parece perder de vista la posibilidad de ofrecer una respuesta satisfactoria a la idea de soberanía nacional/popular, ya que, lejos de explicar en qué consiste ésta, acaba por negarla de modo explícito. Sin embargo, al entender que, en puridad, la soberanía sólo se ha de predicar del ordenamiento jurídico completo, se consigue desplazar el análisis del problema hacia el terreno adecuado. Un terreno que no es estrictamente jurí-

dico, a pesar de las implicaciones que de esta naturaleza pueda entrañar la proclamación constitucional de la soberanía de la Nación-pueblo.

En efecto, la cuestión debatida no se resuelve en una dialéctica que ponga frente a frente a Estado-ordenamiento y Nación, porque la posición lógica entre ambos (creador y objeto creado) la hace inviable. Por el contrario, la discusión cobra pleno sentido si, dentro del Estado, se plantea la cuestión de quién encarna la soberanía (o poder ilimitado de crear normas jurídicas). Aquí, *ad intra*, el asunto se dilucida entre «sujetos» (Nación, Monarca, etc.) que *ad extra*, en relación con el ordenamiento jurídico, son «objetos de ésta. En consecuencia, el razonamiento que conduzca a la atribución de la soberanía a este o a aquel «sujeto» no deriva de ningún determinismo ontológico y natural, sino de la previa elección política de un específico punto de partida. La atribución de la soberanía es una función de esta elección, no un principio categórico. La apuesta en favor de la «Nación» contenida en el art. 3 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, («Toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ninguna corporación ni individuo puede ejercer autoridad que no emane de ella expresamente»), no se podría entender si se ignorase su fundamento político: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos» (art. 1 de la citada Declaración).

La hipótesis de que los hombres nacen libres y que desean seguir siendo libres en Sociedad, (en una sociedad surgida justo por hacer posible este anhelo, pero en la que no hay ya límites de derecho natural, sino que es creada y organizada por un poder ilimitado de ordenación jurídica), necesariamente implica que no puede atribuirse la titularidad de ese poder a ningún individuo o grupo concreto y real, porque no habría garantía de que cumplieren la finalidad para la que se instituye dicho poder absoluto ilimitado e irresistible. La asignación de la soberanía sólo podrá recaer, así, en la colectividad ideal, Nación/pueblo, en cuanto encarnación *racional* del deseo general de todos (voluntad general). Al confiarse la titularidad de la soberanía a una persona supuesta (Nación/pueblo), es preciso que el ejercicio de aquella se realice por personas determinadas, que nunca podrán ser confundidas con el sujeto ficticio de la soberanía; actuarán por cuenta de la Nación, como «representantes» suyos, y, al no ser soberanas, sus actos estarán sometidos a la forma y límites establecidos en el ordenamiento jurídico. De esta manera, se hace posible alcanzar en Sociedad aquellos fines, manteniendo incólume el poder ilimitado propio de la soberanía, pero sin el riesgo de un *ejercicio* ilimitado del mismo. En suma, el «pueblo» en el que reside la soberanía nacional (art. 1.2 CE) no es igual al formado por «todos los ciudadanos» (9.1 CE) y, aunque todos y cada uno de los ciudadanos participan en el ejercicio de la soberanía, no se podría sostener que han actuado en ejercicio de su soberanía, sino en el de la soberanía de la Nación/pueblo (colectividad moral o abstracta). Precisamente por la necesidad de esta diferenciación entre titularidad de la soberanía y su ejercicio, la representación es un artificio consubstancial a la idea de soberanía Nacional/popular.

Devanada la madeja de la soberanía nacional se comprueba que el ovillo no envuelve y amordaza al Estado-ordenamiento, sino que, dentro de éste,

sirve para atar las funciones y competencias de los distintos órganos encargados de ejercer el poder de ordenación jurídica. La trama que resulta de organizar el ejercicio de la soberanía nacional/popular es una específica estructuración del Estado para el cumplimiento de determinados fines. De ahí que la soberanía sea, *ad extra*, una cuestión de «Estado» (es decir, de ser o no ser calificable un ordenamiento como jurídico-positivo completo y que, por el contrario, *ad intra*, su atribución a uno u otro sujeto sea una cuestión de «Estado de Derecho», en el sentido de opción por una concreta estructuración del Estado, tanto de su aparato orgánico como del ordenamiento jurídico general que él personifica y en el que se establece la relación entre el Estado y la Sociedad. Por tanto, el Estado de Derecho (art. 1.1 CE) es una consecuencia del principio de la soberanía colectiva, pero la articulación de este principio, desde un punto de vista jurídico, sólo puede realizarse en el marco de aquél, en el que queda diluido como presunción lógica que se establece tras elegir la Constitución como «Valores superiores del ordenamiento jurídico... *la libertad*, la justicia, *la igualdad* y el pluralismo político» (art 1.1 CE). No deja de ser significativo que el primer principio que proclama la CE sea el de «Estado democrático de Derecho» (art. 1.1) y no el de soberanía nacional (art. 1.2).

En definitiva, el problema de la soberanía del pueblo, de todos y cada uno de los individuos, se diluye si se desiste de querer plantear en términos jurídicos una cuestión fáctica, política: el deseo de que el orden de dominación que entraña el Derecho se fundamente en la decisión de aquellos que han de soportarlo y que su contenido no quede abstraído a su voluntad de manera que la alteración del citado orden pueda ser determinada (directa o indirectamente) por ellos. Esta idea sólo puede operar como supuestos lógico de validez, no como presupuesto fáctico. Dicho con palabras de I. de Otto, «al invocar un poder previo al derecho se desconoce que el propio proceso de manifestación de una voluntad democrática sólo es posible conforme a reglas que aseguren la igualdad y libertad de los partícipes y la veracidad de su resultado: *no hay democracia sin derecho*». Afirmar la soberanía del ordenamiento, encarnada en su norma suprema, no es negar la soberanía al pueblo, es negar la existencia del pueblo mismo como sujeto prejurídico, lo cual no quiere decir que la positivación del principio de soberanía popular no tenga transcendencia jurídica. De acuerdo con Hesse, el principio democrático que se expresa en la soberanía del pueblo no es una categoría abstracta ni mucho menos retórica; es una respuesta constitucional, normativa, al problema de la legitimización del poder en los planos material y formal. Luego se volverá sobre ello.

II. FUNDAMENTACION DE LA CONSTITUCION. EL CONTENIDO DE LA NORMA HIPOTETICA FUNDAMENTAL Y LA CONSTITUCION DEMOCRATICA

Todas las teorías contractualistas, de Hobbes a Rawls, que desde el Renacimiento se han venido postulando tienen como cometido explicar el or-

den político de dominación al que están sujetos los individuos, ya que éstos son el punto de partida y es el orden establecido el que precisa de justificación para dar cuenta de por qué individuos inicialmente libre deciden someterse a tal orden. El contrato, en sus variadas versiones, opera así, no como explicación empírica de ese orden, sino como *fuentes normativa* del mismo. Cabe preguntarse si la Constitución entendida como *norma suprema* presupone un pacto de contenido *específicamente democrático*, de manera que la validez de la Constitución tenga necesariamente que derivarse de su adecuación a esa justicia o legitimidad democrática. La vinculación entre Moral y Derecho que hoy tiende a restaurarse en los estudios de Rawls, Dworkin, Hayek, Buchanan, Nozick, etc, pretenden una explicación científica de esa vinculación axiológica. Sin embargo, la Constitución no precisa de esa legitimidad democrática como fundamento para su calificación como norma suprema. A lo más que puede llegarse es a establecer un nexo entre la idea de Constitución como norma suprema y una concepción *procedimental* de la democracia, aunque para ello se ha de partir también de un valor: el que consiste en sostener la ausencia de un sistema de valores capaz de imponerse a otro, (en realidad, se trata de un anti-valor).

Cualquiera de los citados Contratos hipotéticos tienen en común la idea previa de conflicto entre individuos en libertad natural y el logro de paz (orden justo) mediante tales pactos (fundamentación pragmática, en Hobbes; fundamentación puramente racional, en Kant; fundamentación en un autointerés racional, en Rawls). La teoría kelseniana de la norma hipotética fundamental puede catalogarse también en este tipo de tesis contractualistas; de hecho, muchos autores han establecido un paralelismo entre Kelsen y Hobbes, identificando el formalismo jurídico del primero con el legalismo ético del segundo (por ej. Capograssi). La Norma hipotética no incluye ningún Contrato en su contenido, pero cumple igual función normativa que aquellos Contratos: fundamentar un orden coactivo. El Derecho no es ni en Hobbes, ni en Kant, ni en Kelsen un orden que elimina la fuerza física. Derecho no equivale a paz física, sino a paz «jurídica», a paz establecida mediante el monopolio del uso de la fuerza física y a su aplicación en los conflictos sociales; la «paz jurídica» se contraponen, así, a la «guerra». Una y otra son para dichos autores «modos de resolver los conflictos», no de impedir su surgimiento. Frente a la fuerza bruta (guerra) surge la fuerza lícita (derecho). El Derecho no se concibe como «justicia», sino como «orden» cuya validez descansa en ser un instrumento adecuado para imponer la «paz jurídica». De ahí que, según ha observado con agudeza Bobbio, el legalismo ético de Hobbes al elevar la paz jurídica a valor absoluto entiende que la justicia radica en la eficacia de esa paz jurídica. Si embargo, y es lo que ahora conviene resaltar, es una paz a la que se llega mediante un *acuerdo* entre los individuos, que pactan la entrega de todo el poder a un tercero y que el ejercicio de ese poder es legítimo mientras cumpla el pacto, es decir mientras el derecho (regulación del uso lícito de la fuerza) se muestre como *procedimiento* adecuado para resolver los conflictos. El criterio de justicia en Hobbes es puramente formal.

La postura de Kelsen se distancia de Hobbes al no atribuir el poder a un

sujeto, sino al ordenamiento en su conjunto (soberanía como cualidad del ordenamiento) y se asemeja más a la de Kant en cuanto entiende el contrato como idea normativa de la razón práctica. «En Kant —afirma Höffe— el contrato se convierte en una idea universal del derecho (en el sentido de derecho racional), en aquel criterio supremo de la corrección de las leyes públicas, *a las cuales el soberano también está sometido*». Quiere ello decir, al, menos en Kelsen, que la soberanía del ordenamiento está sometida a ciertas reglas de racionalidad. La limitación que la suposición de éstas reglas comporta no se deriva lógicamente de la idea de soberanía, lo cual sería una contradicción, sino de la cualidad *jurídica* de la soberanía, esto es de su carácter de fuerza lícita (derecho) y no de pura fuerza (guerra). La Norma hipotética lo que hace es dar validez jurídica a actos que de lo contrario serían estrictamente subjetivos y se manifestarían como puros actos de fuerza. Si la función del derecho es la resolución de conflictos (paz jurídica) a través del uso de la fuerza física que se ostenta en monopolio, la propia naturaleza del derecho implica el *arbitraje*. No hay paz duradera (eficacia del ordenamiento) si el monopolio de la fuerza física se muestra como instrumento de guerra (la cual no es otra cosa que la resolución de conflictos sin arbitraje). El arbitraje implica que una de las partes no se impone sistemáticamente y por principio a la otra. La norma suprema, aquella en la que se encarna la soberanía, entraña esa idea de arbitraje, que orgánicamente se concreta en una división de los poderes a ella sometidos y al establecimiento de unos procedimientos de organización y ejecución de la paz jurídica (uso lícito de la fuerza). Esto, sin embargo, poco o nada tiene que ver con un orden «justo» o con el establecimiento de unos u otros valores, salvo que, como en el caso de Hobbes, se erija la mencionada paz en valor absoluto.

En efecto, para Hobbes el orden (paz jurídica se convierte en la única Justicia (valor absoluto) desde el momento en que los conflictos surgen porque no hay valores absolutos y lo que para uno es justo o bueno para otros no lo es; de igual modo, el derecho de resistencia nace cuando el orden deja de ser tal y la paz jurídica es sustituida por un estado de guerra. Kelsen, en cambio, no asimila orden a justicia. La paz jurídica puede ser justa para unos e injusta para otros. El orden jurídico no es un valor, sino un anti-valor, porque se constituye para impedir la guerra, incluida la «guerra de valores», entendida como lucha por el triunfo absoluto de unos valores e intereses sobre otros. Bobbio lo observa en referencia a Kelsen con términos precisos. «Donde no puede haber ideales comunes porque los valores son irracionales, el único ideal común (sobre el que se puede, por tanto, fundar una sociedad de hombres variadamente orientados) es el orden, porque la realización del orden no consiste en la imposición de un nuevo sistema de valores, sino en la *eliminación de la lucha por la supremacía de un sistema de valores sobre otro*». El orden jurídico no es el orden jurídico democrático, y la Constitución como norma suprema no tiene que ser necesariamente democrática para recibir tal calificativo, pero, no cabe duda, la Constitución democrática es la que despliega de modo más coherente la racionalidad ínsita en la norma hipotética fundamentadora del orden jurídico.

En la idea de arbitraje y proceso se hace presente la idea de *pluralismo* (posibilidad de expresar las partes sus demandas). Del principio de ausencia de valores absolutos que capaces de imponerse surge también la idea de pluralismo (relativismo axiológico) y de *tolerancia*. El establecimiento del principio de mayoría en la resolución de conflictos no puede significar el aplastamiento de la minoría, porque ello entrañaría elevar el principio de mayoría a la categoría de valor absoluto, lo cual contradice el principio racional de que no hay valores absolutos. En suma, puede decirse que si bien Hobbes y Kelsen parten de un mismo concepto de derecho, entendido como paz (jurídica), llegan a conclusiones opuestas; Hobbes concibe la paz como el único valor, el valor absoluto; Kelsen como anti-valor.

Con el planteamiento acabado de exponer puede ya señalarse la relación que en este curso se pretende establecer entre Constitución y democracia. La concepción del derecho como instrumento social de resolución de conflictos implica que la racionalidad que en ella anida *tiende* a una estructuración democrática de tal instrumento, es decir, a una organización del monopolio del uso de la fuerza basada, cuando menos, en la idea de compromiso (división de poderes) y arbitraje (judicialización). Evidentemente se trata de una concepción *procesal* de la democracia, pero de la que se deriva a la vez consecuencias *sustanciales*; por ejemplo, la tolerancia cristaliza en un mínimo de derechos que son imprescindibles para entender que el arbitraje cumple su función (derecho a la tutela judicial, derecho a ser oído en juicio, etc.). El desarrollo de la racionalidad de la concepción del derecho como paz jurídica u orden resolutorio de conflictos conduce también, de manera tendencial, no inexorable, al reconocimiento de aquellos otros derechos ligados al carácter procesal de dicho orden, es decir los derechos relacionados con las notas procesales de pluralismo y tolerancia (derecho de sufragio, libertad de expresión, asociación, etc.). Aquí no entraría, por ejemplo, el derecho de propiedad, ni los derechos sociales. En definitiva, la Constitución como norma jurídica suprema no implica división de poderes y reconocimiento de derechos porque haya de presuponerse una soberanía del pueblo que le confiera legitimidad y menos aún una soberanía de todos y cada uno de los individuos. Esta legitimidad es en todo caso la correspondiente a una Constitución *democrática*. La razón de aquella implicación es otra y puede sintetizarse en estas palabras: el carácter de la Constitución como *norma jurídica suprema* expresa en su más alto grado la soberanía del ordenamiento y, por tanto, aquellas notas definitorias del orden jurídico como instrumento de paz jurídica; notas de las que se deducen principios racionales de pluralismo y tolerancia que, a la larga, si se desea que el orden jurídico sea reconocido como tal, o sea, siga siendo efectivo como tal orden, deben ser incorporadas como piezas básicas del citado instrumento; de lo contrario, el orden coactivo acaba por ser pura fuerza, burdo enmascaramiento de la guerra, privado de efectividad como orden *jurídico*

III. CONSTITUCION Y ORDEN JUSTO. NORMAS DE PROGRAMACION CONDICIONAL Y DE PROGRAMACION TELEOLOGICA. LAS TRANSFORMACIONES EN EL ESTADO DE DERECHO

La separación entre Moral y Derecho que se produce tras el renacimiento y que tiene su culminación con la caída del Estado Policia conduce a una particular estructura del derecho basada en la programación causal de sus proposiciones y en la consiguiente separación entre medios o acción (sometidos a regulación jurídica) y fines (ajenos a la norma). De acuerdo con Luhmann, el Estado policia se caracterizaba y legitimaba por el fin que se perseguía. El fin justificaba los medios, la acción, y ésta no era otra cosa que la medida anticipada del fin a perseguir. La elección racional se centraba en los medios; el fin no era susceptible de elección. Economía, Moral y Derecho aparecían así indisolublemente ligados. La quiebra de la «teoría de los fines del Estado», aquella que convertía en buenas o perversas las formas de gobierno, da paso a una organización estatal autónoma de la religión y de la economía, que obliga a su comprensión como «sistema». El control del sistema jurídico-político se hace a través de mecanismos internos como la división de poderes o el reconocimiento de libertades negativas de los ciudadanos. Los medios de actuación no se derivan de un fin ético y la regularización de la acción impone una estructura *causal* y no teleológica del derecho. El orden jurídico, privado de legitimidad moral, no tiene otra justificación que la legitimidad *positiva*. El derecho ya no se define al modo en que lo hacía la escolástica como orden «justo» y el Reino no encuentra en la persecución de ese fin su diferencia con la banda de ladrones. De ahí que el derecho se manifieste en su pura desnudez, como orden coactivo, y que su legitimidad se haga depender de un fin interno al propio sistema, un fin consubstancial a su identidad como tal sistema: el establecimiento de la paz jurídica, fin al que Hobbes atribuye valor absoluto.

Esta concepción causal de la acción y de la programación jurídica del sistema estatal coincide con el Estado liberal de derecho, entendido como mero espectador de la vida social. El Estado sólo se concibe como gendarme contra los obstáculos a las libres relaciones interindividuales y sus fines de intervención social se enmarcan en situaciones de excepción (estados de crisis); en aquellas circunstancias en las que su función como organizador y garante de la paz jurídica corre peligro. La Constitución se configura, así, no como la regla que fija los fines que legitiman la acción del Estado, sino como un principio básico de distribución de *competencias* (regularización de la acción) entre poderes (órganos) del Estado y entre éste y los ciudadanos (libertades negativas). En este sentido poca transcendencia tiene que en Estados Unidos, a diferencia de los Estados europeos, la Constitución sea norma jurídica suprema. Esta también opera como norma de distribución de competencia para «definir y limitar» los poderes. La limitación a juicio del Juez Marshall también rige para el legislativo, pero lo importante es que la Constitución es fundamento y *límite* de la acción, no guía de la acción del legislativo y de los demás órganos. La cuestión cambia cuando el sistema altera su estructura y el orden jurídico ha de ser *justo*.

El Estado *social* de Derecho altera de modo profundo la concepción del

orden jurídico y su estructura normativa. La guerra deja de ser el polo opuesto del derecho. Por supuesto, el orden jurídico sigue siendo «paz jurídica», pero el núcleo de su concepción se desplaza hacia la «justicia», el derecho como justicia, lo cual significa que el sistema jurídico, sin dejar de ser sistema, sin perder su autonomía, se abre hacia el mundo de los valores que hasta ese momento no estaba presente de modo explícito en la estructura de las normas. Sólo estaba implícito mediante la abstracción que implica la forma jurídica y, sobre todo, mediante los mecanismos organizativos de selección o prefiguración del ordenamiento jurídico, léase sufragio censitario. El cambio del Estado liberal al Estado social de Derecho entraña una modificación radical en la función del derecho; pasa de ser instrumento de resolución de conflictos a instrumentos para evitar el nacimiento de conflictos. Esta es la diferencia más importante en el punto de partida entre las tesis contractualistas clásicas (Hobbes, Kant) y las actuales (Rawls, Buchanan). El planteamiento de Rawls o de Dworkin se ambienta en el cambio estructural que en el sistema jurídico provoca el *Welfare State* y en la reacción frente a sus consecuencias; algo sobre lo que en Alemania, primero Heller y Smend y con posterioridad Hesse y Häberle ya habían teorizado en abundancia a propósito del Estado *social* de Derecho. Por ello el reestructurismo de Rawls y de sus continuadores es deudor de la dogmática jurídica alemana, primero de Kant y luego de los autores citados. Los sofisticados aderezos de la teoría de la decisión y de la teoría de los juegos (Neumann y Morgenstern) no invalidan esta afirmación. En relación con la aplicación que hace Rawls de estas teorías para justificar un orden jurídico, Höffe se muestra extraordinariamente mordaz, «la teoría de los juegos —sostiene— no introducen nada más que una forma de escribir sistemáticamente superflua, aunque sin duda muy elegante».

El cambio en la estructura normativa por la distinta concepción del derecho tiene dos fuentes ideológicas diferentes, aunque ambas concluyen en la crítica al formalismo positivista. Desde la izquierda se insiste en la democracia social, en la fijación de fines y programas al Estado, porque el pluralismo, todo lo más, crea variedad y competencia, pero no las condiciones económicas y sociales para que esa competencia sea entre iguales, ni promueve situaciones de cooperación y solidaridad. Desde la derecha el cambio viene marcado por la necesidad de poner filtros en el *output* del sistema, ya que los que había en el *input* han desaparecido con la extensión del sufragio y el desarrollo de los derechos públicos subjetivos. La abstracción de fines que supone la forma jurídica y la estructura causal de las normas impiden seleccionar una única concreción «justa» de la norma. Todas las que se infieran dentro del marco de las normas son correctas y, en ese sentido, «juntas»; la justicia no es un criterio de validez de la concreción. Este planteamiento hace posible que a través de la forma se pueda llegar legalmente a decisiones contrarias al orden económico y social establecido, que antes quedaba salvaguardado a través de la no disponibilidad del poder legislativo por los no propietarios. La configuración teleológica de las normas cumple, así, la función de reducir axiológicamente las consecuencias de la acción, o sea, hace de filtro en el *output* del sistema jurídico-político. A partir de este cambio,

la juridicidad de la acción estatal se manifiesta no sólo en normas de *programación condicional*, también en normas de *programación final*, lo cual hace que la doctrina jurídica indague, por encima del problema de la fundamentación del derecho, la peliaguda cuestión de la *fundamentación científica de un orden jurídico justo*. No es de extrañar que en este asunto las tesis de Rawls, preocupada por hallar esa fundamentación científica, recurra a la teoría de la decisión y de los juegos y a su particular aplicación en la economía política, donde ha alcanzado un alto grado de desarrollo, porque en esta disciplina, al contrario que en el derecho, el planteamiento de los problemas siempre se ha hecho tomando como eje la relación fines/medios y teniendo como norte el encuentro de la solución óptima, (equivalente a la más justa). Las diferencias, en algunos casos abismales, entre las tesis de Rawls y las de Buchanan o las de Nozick ponen de manifiesto hasta qué punto es difícil el empeño.

La inserción de normas de programación final en la estructura normativa, a la vez que expresa el intento de adaptar el sistema jurídico-político a una realidad socio-económica necesitada de intervenciones estatales, pone en grave riesgo la juridicidad de las mismas. El problema radica en averiguar cuál es la conducta debida (jurídicamente exigible) cuando el contenido de la norma no consiste en una acción, sino en un fin. La cuestión, según ha estudiado Luhmann con gran brillantez, no puede encontrar solución en la relación entre medios (acción) y fines propia del Estado policía, porque no hay como en éste un único fin (el bien común); en el Estado policía, como ya se ha dicho, el fin era la medida de la acción, la acción es movimiento, pero a la vez se reputaba sustancia anticipada del fin; no podía hablarse de conducta jurídicamente exigible, porque la validez de la acción residía en el fin que la justificaba y éste lógicamente operaba *a posteriori* como fuente de legitimación. Dicho de otro modo, la acción se reconocía en el fin a alcanzar y éste era fácilmente identificable *a priori*, dada su generalidad. La legitimidad de la acción descansaba, así, directamente en el fin y no era preciso juridificarla, (en el Estado policía no había Derecho público, pese a ser un Estado intervencionista). Por el contrario, en el Estado social no hay un fin, sino fines, *regulados en normas* de programación teleológica, que no siempre están orientadas en la misma dirección, lo que implica la necesidad de optar y establecer prioridades. Además, tales normas coexisten con normas de programación condicional que, en unos casos, se ven reinterpretadas por aquéllas, pero en otros actúan como límite del ámbito de las normas finalistas (piénsese, por ejemplo, en la tensión entre libertades individuales y la cláusula del art. 9.2 de la CE, o entre libertad y propiedad individuales, por un lado, y estado de bienestar, por otro, conflicto que está en la base de la polémica sobre la actual política neoliberal de «desreglamentación» (*deregulation*). La cuestión afecta a la estructura de todo el sistema jurídico, pero de manera muy especial a las normas constitucionales.

El tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho tiene como campo principal de operaciones el Derecho administrativo. El cambio jurídico es enorme en lo que afecta a la función de la Administración y a su actuación jurídica en relación con los ciudadanos, sobre todo porque la es-

estructura de programación final que rige gran parte de las normas administrativas hace difícil el control de la Administración y conlleva inseguridad para los administrados. Sin embargo, la transformación, aun siendo grande, no tiene el impacto que se produce que en el terreno constitucional. En primer lugar, porque la esfera de la acción social de la Administración, salvo en lo relativo a la propiedad privada, pertenece a ámbitos que antes se consideraban como «políticos», en los que, por tanto, no había una conducta de la Administración jurídicamente exigible. En segundo lugar, porque la posición de la Administración en la estructura orgánica del Estado conduce a que el desarrollo de los principios básicos del Estado de Derecho reduzcan los efectos de inseguridad e indefensión que pudieran derivarse de las normas administrativas de programación final. La lucha por la efectividad del Estado de Derecho hace que del concepto de «actos políticos» se pase al de actos «discrecionales» y a la diferencia posterior entre estos actos y los puramente arbitrarios o vías de hecho. La libertad de la Administración, su amplia posibilidad de elegir medios se ve reducida por el fin que habilita su actuación. De este modo, el fin, a la vez que es válvula de discrecionalidad de la Administración, es instrumento para su control. En concreto, el principio de legalidad de la Administración obliga a que el elemento finalístico de la acción administrativa sea reglado, y progresivamente se tiende a restringir el concepto de discrecionalidad, sometiendo el fin genérico de la acción a sucesivas programaciones condicionales. El fin legitima la acción de la Administración, pero el fin está cada vez más controlado, judicialmente, por la jurisdicción contencioso-administrativa; políticamente, por la responsabilidad del Gobierno ante el Parlamento, e incluso legalmente, por la aprobación por éste de la Ley de Presupuestos, Leyes-medida, etc. Por el contrario, la introducción de tales normas en la Constitución suponen una revolución jurídica.

El cambio carecería de importancia si no fuese acompañado en el tiempo por la afirmación de la *Constitución como norma jurídica*. El Parlamento, teórico representante de la soberanía nacional se ve sometido en su actuación, no sólo a unos *límites* orgánico-procedimentales o a unos límites sustanciales derivados del reconocimiento de derechos, cuya infracción está sujeta a sanción; las normas que los reconocen no dejan de ser normas competenciales con una típica estructura de programación condicional en la que la Constitución, incluso si se reputa norma jurídica suprema, cumple la función de delimitación primaria entre los jurídicamente lícito y lo ilícito. La Constitución es marco dentro del cual cualquier programa se puede hacer, pero ninguno ha de ser obligatoriamente realizado. Sin embargo cuando la Constitución se convierte en programa, en Constitución social y económica, se incorpora no sólo la concepción política de lo que el Estado *debe ser*, sino también el programa de lo que *debe hacer*. «No todo se puede hacer, pero algo debe ser hecho». El problema en relación con el Parlamento es aquí inverso al que sucede con la Administración, a pesar de tratarse de normas de una misma contextura programática. La incertidumbre de saber cuál es la conducta debida, exigible, de la Administración se revela como un beneficio para ésta, en cuanto factor de libre actuación administrativa, y un peli-

gro para el Estado de Derecho, por la inseguridad que comporta para los ciudadanos, pero al que el propio Estado de Derecho puede hacer frente con el desarrollo de su clásico principio de legalidad. En cambio, la incertidumbre de saber cuál es la conducta debida del Parlamento al señalarle la Constitución tareas y fines se manifiesta como una losa para la libertad de decisión de los representantes directos del Pueblo, una amenaza para el Estado de Derecho, y frente a la cual no cabe oponer el clásico instrumental del Estado de Derecho. Aquella incertidumbre la padece el Parlamento, pero por derivación también los ciudadanos, y pudiera servir para dar amplio poder de control al Tribunal Constitucional, al estar facultado para concretar en su interpretación constitucional cuál es la conducta debida del Parlamento y, en consecuencia, estar en una posición capaz de minar la política de los legítimos representantes de los ciudadanos. Las normas constitucionales de programación final y su interpretación suprema por el Tribunal Constitucional podrían alterar la posición del Parlamento en el Estado Constitucional democrático, en la medida en que el alto Tribunal declare lo que *debe hacer* el legislador y no lo que *no puede hacer*. Si uno de los problemas y también de las soluciones más importantes del sistema jurídico actual es la judicialización de todo el ordenamiento, la complejidad de la misma se incrementa cuando a la Constitución se le atribuye una fuerza normativa derivada de la «realidad constitucional» y se la concibe como Constitución programática y «dirigente». En tal caso es imprescindible y urgente perfilar la función que ha de asignarse a la Constitución, acotar el valor normativo de las normas constitucionales que establecen los principios rectores de la política social y económica, depurar la teoría de la interpretación constitucional, juridificándola al máximo, y delimitar el ámbito y la función de la jurisdicción constitucional, so pena de quebrar todo el edificio del Estado constitucional. Se trata de que, de ser alguien «dirigente», lo sea la Constitución, no el Tribunal Constitucional.

En suma, la introducción de normas de programación final pretende juridificar la vinculación del sistema constitucional con su realidad subyacente. Si, por un lado, esta relación puede ser fuente de estabilidad del sistema, por otro, subvierte su estructura. La autonomía del sistema jurídico, basada en la categoría del «deber ser» aparece ahora traspasada por el «ser» y el «no ser, pero que ha de ser» de aquella realidad, a los que se les atribuye valor nominativo. Quiere ello decir que al sistema constitucional se le dota de instrumentos que permiten hacerlo más vivo, pero también más vulnerable, quizá no como sistema constitucional, pero sí como sistema constitucional *democrático*.

IV. INTERPRETACION CONSTITUCIONAL Y CONSTITUCION ABIERTA

Antes se ha dicho que la introducción de normas de programación final y la constitucionalización del Estado social de Derecho no tendría mayores consecuencias para el conjunto del sistema constitucional si no se produjese

el hecho capital de obrar la Constitución como norma jurídica suprema. Sería un error centrar el análisis del Derecho Constitucional en la profunda transformación que tiene lugar en la estructura jurídica con el paso del Estado liberal al Estado social. El enfrentamiento entre positivismo y anti-positivismo, entre formalismo normativista y sustancialismo jurídico, no tendría la repercusión que hoy alcanza si no afectase de lleno a la Constitución entendida como norma jurídica. El debate que hoy suscita sobre el nexo entre Moral y Derecho no puede considerarse sin más un rescoldo de aquella inacabada polémica. Es fruto de la asentada posición de la Constitución como norma jurídica, cuyos preceptos orgánico-procedimentales y materiales vinculan a todos los poderes públicos y a los ciudadanos. La prueba está, y no deja de ser curiosos constatarlo, en que una de las corrientes más activas en la reivindicación de aquel nexo tiene como objeto frenar los «excesos» de la realización de la cláusula social o del estado de bienestar y situar en posición preferente los derechos «naturales» individuales. La lectura de la tesis de la escuela de Chicago, con Hayek a la cabeza es reveladora.

En efecto, el simple hecho de que la Constitución sea norma jurídica suprema (y no mera fuente sobre la producción de normas), y que su contenido no esté formado sólo por preceptos orgánico-procedimentales, sino también sustantivos, plantea el problema de la relación entre derecho y realidad y entre derecho y valores. Y esto es así con independencia de si las normas sustantivas son de estructura condicional o final. El problema es más hondo y nace de la formulación necesariamente *abstracta* de los preceptos constitucionales y de la necesidad de su interpretación/concreción por los órganos llamados a aplicar la Constitución. Por supuesto la indagación sobre el sentido de la concreción se hace más compleja allí donde el contenido de la norma es un fin a conseguir, porque su formulación, además de abstracta suele ser ambigua, pero en esencia la cuestión es la misma. La diferencia profunda está, según queda dicho, en el diferente modo en que se entiende cumplida adecuadamente la concreción constitucional. En el caso de las normas de estructura condicional se exige la *no contradicción* con la Constitución; lo lícito es *lo jurídicamente posible*. En el caso de las normas de programación final se exige una *ejecución* del fin constitucional; aquí lo lícito es *lo debido, lo necesario*. Si esta es la diferencia profunda, el problema más hondo surge cuando todos los preceptos de la Constitución se reinterpretan bajo este segundo prisma y la Constitución, en su conjunto, se convierte en un programa a ejecutar por el legislador al que se le impone una vinculación positiva a la misma. Este es el verdadero núcleo del asunto y el que pone de relieve una vez más la importancia de una concepción normativista del Derecho frente a iusnaturalismos de variadísimo cuño.

La formulación abstracta de las normas constitucionales, sobre todo de su parte dogmática impone necesariamente la referencia a principios, conceptos, valores, etc., cuyo descifre obviamente se encuentra fuera de la norma por más puntos de orientación que en ella se puedan hallar. Por otra parte esta apertura hacia lo axiológico también es apertura hacia lo fáctico, ya que esos principios, conceptos y valores incorporados a la Constitución tienen su enraizamiento en el orden social, y la norma, lejos de ser una

estructura cerrada, «transpira» y se ve influida por la realidad. Valor, norma y hechos aparecen de nuevo entrelazados. Sin embargo, esta referencia no puede cambiar la *realidad jurídica* de que la Constitución es *norma* y, por tanto, de que es distinta de la realidad política, social y económica y del sistema social de valores. La Teoría de la interpretación constitucional es hoy el núcleo de la Teoría de la Constitución y del Derecho Constitucional, pero siempre que no se olvide que ha de operar sobre una *norma*, la Constitución, y que, como tal, su *validez* no deriva de una realidad dada ni de un sistema de valores establecido. De lo contrario la Constitución sería el fetiche que edulcora la fuerza bruta o la Biblia de la nueva religión civil. De ahí la necesidad de *juridificar* la teoría de la interpretación constitucional y de no convertir al Tribunal Constitucional en el albacea del Poder Constituyente o en el intérprete esclarecido de la realidad del país. No se aboga con ello por una concepción formal de la jurisdicción, pues sería absurdo cuando las normas a interpretar tienen una estructura abstracta que entraña la referencia a conceptos y valores exteriores al ordenamiento. A lo que se aspira, nada más, pero tampoco nada menos, es a una función jurisdiccional que no suplante la función legislativa y a una interpretación de la norma constitucional que tenga siempre en cuenta que es interpretación «de una norma», cuyo texto para el intérprete es *límite* (Hesse, Ramsauer) y no excusa.

Hoy en día el debate sobre la interpretación se ve mezclado con el de la validez de la Constitución, porque para parte de la doctrina no sólo se desea referir la concreción de la formulación abstracta a unos valores, sino que, en la medida en que la interpretación de ese valor no es por todos compartida, se busca inferir de unos valores pretendidamente universales (o, cuando menos, absolutos para una determinada sociedad) la validez o, en su caso, la imposibilidad de determinadas concreciones. Esta idea es la que anida en el contractualismo de Rawls y que se concreta en la afirmación, compartida por Dworkin, de que derechos legales y derechos morales no corresponden a órdenes conceptuales distintos. En las distintas versiones de esta vinculación entre moral y derecho el valor absoluto que sirve de referencia no siempre es el mismo. Para unos es el «Sistema de libertad», para otros la libertad «individual». En todo caso, se busca razonar científicamente la existencia de ese punto moral irreductible, frente al que ningún otro valor ni principio puede hacerse valer ni moral ni jurídicamente; «ningún objetivo social se puede justificar si vulnera derechos individuales» (Dworkin). El enfrentamiento no sólo es entre valores sustantivos, sino también entre éstos y los valores adjetivos o procedimentales que permiten llegar a pronunciarse sobre unos u otros valores. Cuando se sostiene que la libertad posee un valor absoluto frente al bienestar material, no siempre se está cuestionando el valor social frente a las restricciones que se imponen a la libertad individual; se cuestiona también el modo, el procedimiento que lleva a tal opción social, y en el debate procedimental el enfrentamiento no es entre una imposición del bienestar social por una minoría y una voluntad mayoritaria sojuzgada. En la crisis del Estado de bienestar el dilema moral, que se traslada al campo político y jurídico, es hasta dónde puede llegar la mayoría a imponerse sobre

la minoría. Los recelos hacia el legislador democrática se trasladan igualmente al poder constituyente, porque de la tesis se puede derivar también una fuente, de caudal impredecible, sobre los límites implícitos a la reforma de la Constitución.

La búsqueda de soluciones únicas, puntos últimos de referencia extrajurídicos, que den estabilidad al sistema constitucional no hacen otra cosa que anquilosar el sistema y subvertir su positividad, transformando un ordenamiento dinámico en uno jurídicamente estático, en el sentido que Kelsen dió a este término. El intento de Rawls y de Dworkin por abandonar el iusnaturalismo de viejo cuño y reformular una ética jurídica es encomiable, pero su reconstructivismo o es un positivismo adornado con un nuevo lenguaje o cae de nuevo en la esencia del iusnaturalismo. «Hércules» no es un Juez y menos un Juez Constitucional, porque la misión de este como supremo intérprete de la Constitución no es declarar la repuesta correcta, sino cuál no es la correcta. «Hércules» ha de ser a la vez la unidad de la Constitución y la Teoría de la interpretación constitucional que ha de crear y aplicar el juez, es decir, aquel conjunto de esquemas de razonamiento que han de orientar la decisión del Tribunal. Por la posición que ocupa y la función que desempeña la Constitución en el ordenamiento jurídico y por la propia función del Tribunal Constitucional los métodos de interpretación tradicionales no son adecuados para construir tales esquemas de raciocinio, pero la labor de reconstrucción de las normas, la indagación de los hechos que subyacen a las normas, la diferencia entre normas, directrices y principios, no es algo ajeno al positivismo ni pueden recapitularse como carencias del formalismo positivista. Cosa distinta, esto ya no cabe en el positivismo, es que la reconstrucción se haga a partir de principios específicamente morales como pretende Dworkin, al presumirlos en las concepciones normativas.

La polémica con el positivismo en esta materia es falsa, al menos en los términos en que se caricaturiza al positivismo normativista. Este nunca ha negado que la interpretación fuese un campo vedado al jurista. Cosa distinta es que la teoría general del Derecho decida que su objeto no es el trabajo efectivo del intérprete, sino la fijación de las condiciones de validez de la investigación interpretativa, es decir la función de la teoría se concibe como presupuesto de esa actividad y, en tal sentido, la teoría sólo puede ser formal. De acuerdo con Bobbio, «el llamado formalismo de la teoría kelseniana es el efecto de la formalidad del Derecho tal y como es considerado por la teoría general. Pero en este sentido, toda teoría general, y no sólo la kelseniana, es formalista, o por mejor decir, formal, y si no es formal no vale para nada». Lo que la teoría normativista no desarrolló fue una teoría jurídica de la interpretación, una teoría acerca de los razonamientos jurídicos que permitiesen determinar con mayor precisión con mayor precisión las aquellas condiciones de validez de la interpretación, sin embargo la falta de desarrollo no equivale a imposibilidad.

La concepción que aquí se defiende exige una atención capital a la teoría de la interpretación constitucional y a su gran desarrollo por la dogmática alemana (Gadamer, Böckenförde, Müller, Ehmke, Häberle, Hesse, Alexy, etc.) y americana (Tribe, Black, Grey, Dworkin, Ely, etc.); atención y estu-

dio que no es posible dedicar en este curso. No obstante conviene dejar claro que el encuadramiento de dicha teoría ha de realizarse dentro de la orientación del positivismo normativista que alienta todo el curso que ahora toca a su fin, porque la idea básica que enmarca a la interpretación es que la Constitución es una norma jurídica, cuya forma no alberga un único objeto, sino que es una garantía de posibilidades. La teoría de la interpretación es un instrumento indispensable para *delimitar los contornos* de esas posibilidades, pero no para restringir esas posibilidades que, en conjunto, en su unidad, la Constitución permite. El riesgo de un «abuso» de mayorías circunstanciales sobre minorías, de concreciones «peligrosas» de la Constitución, etc., no puede evitarse recurriendo a la alquimia del Tribunal Constitucional y al destilamiento de directrices de muy dudosa procedencia constitucional, cuyo efecto sea reducir el margen de actuación del legislador o convertirlo en simple ejecutor de la reinterpretada Constitución. La misión del máximo intérprete de la Constitución no debe ser autoprogramar la Constitución para adecuarla al momento vigente. El Tribunal Constitucional no es un simulador cibernético de aquella voluntad. Es el garante de las posibilidades que la Constitución encierra y, por tanto el garante, primero, de que el procedimiento de acceso para reformar o reprogramar la Constitución esté *siempre* disponible, segundo que el acceso para optar por la *elaboración y realización* de una u otras posibilidades constitucionales esté abierto cualquiera que sea la mayoría gobernante. De acuerdo con Ely, «Aún los preceptos de la Constitución de 1787 que en una primera impresión parecen vistos primariamente con el designio de asegurar o excluir ciertos valores sustantivos, si se reflexionan resultan ser preceptos que afectan principalmente a los procedimientos».

Esta apertura constitucional entraña, ya se ha dicho páginas atrás, la garantía de los derechos de las minorías en cuanto minorías, es decir en cuanto opuestas a la circunstancial mayoría, pero no en cuanto opuestas a las decisiones que la mayoría adopta para el conjunto de los individuos, sin incidencia en los procesos de formación de la voluntad colectiva. La conclusión es tan consubstancial al sistema democrático, que tanto Rawls, como Dworkin o Buchanan acaban por dar una explicación *básicamente procedimental* de la esencia del contrato hipotético (Rawls aboga por el modelo deontológico del *consenso* entre ciudadanos libre e iguales, Buchanan, por un orden social cuya racionalidad no se corresponde con criterios morales independientes, sino con el resultado de un *proceso de negociación*). La irónica máxima de Jellinek «no todos los que se burlan del derecho natural están libres de sus cadenas» puede formularse también en sentido opuesto «no todos los que se burlan del positivismo normativista están —por fortuna— libres de sus cadenas», porque, en este caso, las cadenas no son ideológicas sino las propias de la estructura jurídica de la norma.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Las citas hechas en este curso corresponden a las siguientes obras:

- ARAGON REYES, M., *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid 1989.
- BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fdo. Torres ed., Valencia, 1980.
- BUCHANAN, J., *The limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, Univ. Chicago Press, Londres y Chicago, 1975.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- DWORKIN, R., *El imperio de la Justicia*, Gedisa ed., Barcelona 1988.
- ELY, J.H., *Democracy and distrust (A Theory of Judicial Review)*, Harward Un. Press, Massachusetts, 1980.
- GEYGER, T., *Moral y Derecho, Polémica en Uppsala*, Alfa, Barcelona, 1982.
- HAYECK, F.A., *Derecho, legislación y libertad*, dos tomos, Unión Ed. Madrid, 1988.
- HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1983.
- HOBBS, T., *Leviathan*, (ED de Moya y Escotado), Ed. Nacional, Madrid, 1980.
- HOFFE, O., *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, Alfa, Barcelona, 1988.33.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (Trad. 2ª ed. alemana), UNAM, Méjico, 1979.
- KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, Guadarrama, Barcelona, 1977.
- KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- LUHMANN, N., *Fin y racionalidad de los sistemas*, Ed. Nacional, Madrid, 1983.
- NOZICK, R., *Anarchy, State and Utopia*, Blackwell, Oxford, 1974.
- OTTO, I. DE., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1989.
- RAWLS, J., *Justicia como equidad, materiales para una teoría de la Justicia*, (Presentación de M.A Rodilla) Tecnos, Madrid, 1986.
- ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*. 4ª ed., EUBA, Buenos Aires, 1977.
- RUBIO LLORENTE, F., *La Constitución como fuente del Derecho*, en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I., pp. 53 y ss., IEF, Madrid 1979.