

DEMOCRACIA FINALISTA Y DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

FINALIST DEMOCRACY AND DEFENCE OF THE SPANISH CONSTITUTION

JOSÉ ANTONIO SANZ MORENO

Profesor Contratado Doctor Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

Resumen: La doctrina del Tribunal constitucional rechaza, para nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de «democracia militante» y predica un procedimiento de reforma de la Constitución no sujeto a ningún límite material. Con ello el Estado constitucional y democrático se coloca ante uno de sus más peligrosos dilemas: modelo meramente formal o democracia axiológica y finalista. Sin embargo, la interpretación sistemática y teleológica de la Constitución puede permitir una mejor defensa de la ciudadanía y de su democracia.

Abstract: The jurisprudence of the Constitutional Court in Spanish Juridical Order rejects the concept of «militant democracy» and presents a procedure of constitutional reform without any material limit. A dangerous dilemma exists for the Constitutional Democratic State; a choice between a merely formal model and an axiological finalist democracy. However, a systematic and teleological interpretation of the Constitution could improve the defence of citizenship and democracy.

Palabras Clave: Democracia militante, democracia formal, reforma y defensa constitucional, Estado social y ciudadanía.

Key Words: Militant democracy, formal democracy, constitutional reform, constitutional defence, social State and citizenship.

Sumario: I. Defensa del modelo social y finalista en una sociedad democrática avanzada. II. Democracia procedimental o la muerte de la Constitución democrática.

I. DEFENSA DEL MODELO SOCIAL Y FINALISTA EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA AVANZADA

La forma de España como Estado de Derecho, social y democrático, recoge los mejores frutos del constitucionalismo europeo y, sin embargo, parece renunciar a uno de sus más importantes instrumentos de protección. La defensa de la Constitución a través del Tribunal Constitucional no se completa con una expresa delimitación material de su mecanismo agravado de reforma. Las Constituciones que más han influido en la redacción de la nuestra prescriben cláusulas de intangibilidad¹; en cambio, la CE, al rechazar límites explícitos a la reforma parcial o a una revisión total ¿renuncia a su fundamentación ideológica o de valores? En la respuesta a la pregunta sobre la neutralidad axiológica de la Constitución se juega la democracia su pervivencia.

Una primera aproximación nos llevaría a decir que, a pesar de las polémicas doctrinales², la jurisprudencia del Interprete Supremo ha sido elocuente: «Siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales, no hay límites materiales a la revisión constitucional»³.

¹ Art. 139 *Constitución Italiana*, art. 79.3 *Ley Fundamental de Alemania*, art. 91 *Constitución Francesa*, art. 110 *Constitución Griega*, y art. 288 *Constitución Portuguesa*.

² P. DE VEGA criticó la imperfección técnica de una reforma que situaba a la CE en la neutralidad axiológica. La inclusión de dos procedimientos agravados no es que pudiera significar la jerarquización entre los preceptos constitucionales. Suponía algo más grave y devastador: una artificiosa definición del Poder Constituyente, que desaparece en una ciudadanía con derechos políticos cercenados (no presente en la iniciativa de reforma y que puede estar ausente en el procedimiento ordinario del art. 167, si no se convoca el referéndum facultativo); y, peor aún, la posibilidad de una interpretación de la CE que, al ceñirse a la literalidad del art. 168.1, admite una reforma parcial y/o una revisión total que pueden modificar las decisiones fundamentales del constituyente y crear una nueva Constitución. Vid., DE VEGA, P., *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 217 y ss.

³ FJ 4 de la STC 103/08, de 11 de septiembre, que declara inconstitucional la *Ley del Parlamento vasco sobre la consulta a la ciudadanía*. «Sólo los ciudadanos, actuando necesariamente al final del proceso de reforma, pueden disponer del *poder supremo*, esto es, del poder de modificar *sin límites* la propia Constitución (art. 168 CE)» (FJ 2, la cursiva es nuestra). La *antinomía* entre *poder soberano/absoluto*, no sujeto a

Que el TC afirme que no existan límites materiales a la revisión ¿significa que por el procedimiento super-agravado podemos destruir o suprimir la Constitución? El cambio del titular del Poder Constituyente o el nacimiento de un nuevo sujeto soberano bien podrían tener diferentes salidas⁴. Pero, dejando de lado esta cuestión – tan vital en nuestro debate político por la confrontación de legitimidades (nación/nacionalidades)⁵–, nos ceñiremos a lo ahora nos interesa: ¿tampoco habría límites materiales a la metamorfosis o al abandono del modelo social y democrático?, ¿podría subsistir la democracia si ésta sólo se concibe como procedimental y, recorriendo las vías del Título X, suprimir, la propia fundamentación del «orden político y la paz social» en «la dignidad de la persona» y «los derechos inviolables que le son inherentes» (art.10.1)?

El recuerdo de Weimar no puede ser olvidado. Si como afirmara Hitler, en un discurso de 1930, la Constitución de 1919 sólo valida métodos pero ningún objetivo, la conclusión fue fácil para el proyecto del dictador y su tiranía de las mayorías: ganamos primero el control del cuerpo legislativo que ya después podremos dar al Estado la forma adecuada a nuestras ideas⁶. Por ello, la *Ley Fundamental de Bonn* rompe con las debilidades de un sistema que permitió desde la

ningún límite, y *Estado constitucional*, con el poder siempre sometido a límites, está servida. El propio TC, al delimitar el significado de lo autonómico como parte del todo, afirmó que «autonomía no es soberanía, y aún este poder tiene sus límites» (FJ 3 STC 4/81, de 2 de enero): lo que era evidente en los primeros años de vigencia de la Constitución, la soberanía también está sujeta a límites, ¿se ha convertido, ahora, en una ciudadanía con poder supremo no sometido a ninguna restricción?

⁴ La citada STC 103/08 al reprochar la inconstitucional de la ley, más por la forma abordada que por el fondo de la cuestión, se inclina por un enfoque procedimental que permitiría, incluso, modificar el sujeto político que fundamenta la propia CE (art. 2).

⁵ Tanto en la forma como por su contenido la respuesta jurídica del TC sobre el concepto de nación parece que, más que neutralizar el problema, contribuye a enquistarlo (FJ 12 y Fallo STC 31/10, de 28 de junio, del *Estatuto de Cataluña*).

⁶ Vid., DYZENHAUS, D., *Legality and Legitimacy*. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar, Oxford, Oxford University Press, 1997. «Incluso el Estado nacionalsocialista siguió ajustándose a formalidades tradicionales». Por eso podemos afirmar, con Benda, que «cuando tan sólo se requiere respetar las formas en las que se crea y aplica el Derecho, nada impide que aparezca bajo la púrpura del Derecho la mayor de las injusticias». De ahí los riesgos de una Constitución neutra en valores y de una «concepción totalitario-decisionista de la democracia»: la mayoría soberana «decide absolutamente y sin límites» y «sus decisiones son consideradas justas con independencia de cuál sea su contenido» (BENDA, E.: «El Estado social de Derecho», en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 489). Recordando las palabras de W. Kägei («el Estado de Derecho es el orden en el que un pueblo políticamente maduro reconoce sus límites»; «Rechtsstaat und Demokratie», 1953), Benda precisa los márgenes entre los que se debe mover la mayoría en democracia, *vid.*, p. 496.

democracia el camino a la peor de las concentraciones de poder en unas solas manos. Pero que nuestro recorrido fuera el inverso⁷ ¿significa que de la *legitimidad democrática* se puede pasar a una nueva *legalidad dictatorial*? El modelo constitucional europeo lo tuvo claro: la democracia, lejos de ser sólo procedimiento, también es militante en valores y activa en los fines a realizar⁸.

La democracia si quiere ser algo más que mera forma de acceso y disfrute del poder debe adecuar su propia declaración como «gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo» a la nueva realidad social. La representación en *libertad*, la participación en *igualdad* y los fines a desarrollar desde la *solidaridad*, serán las diferentes dimensiones de una democracia que, sin embargo, tiene, primero, que definir qué entendemos por pueblo y quiénes lo conforman.

La democracia siempre significará trazar fronteras entre nosotros y ellos; pero la distinción entre los que forman parte del *demos* y los de fuera no puede servir para justificar, cuando ya compartimos un dentro, la necesidad de asimilación o la discriminación del diferente, y menos aún su exclusión socio-política⁹. El diálogo dentro-fuera del

⁷ Ninguna mediación –«reforma rupturista/ruptura reformista»–, sino clarificación histórico-temporal: de la legalidad franquista de la *Ley 1/1977, de 4 de enero, para la «Reforma» Política* a la ruptura y legitimidad democrática de la *CE y su D. Derogatoria 1ª*.

⁸ Ejemplos en el *Estado de partidos políticos*: Alemania, art. 21.2. «Serán anti-constitucionales los partidos que por sus objetivos, o por el comportamiento de sus afiliados, se propongan menoscabar o eliminar el orden constitucional liberal y democrático o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania»; Italia, art. 49. «...derecho a asociarse libremente en partidos para concurrir con procedimientos democráticos a la determinación de la política nacional» y DF XII, donde «se prohíbe cualquier posible reorganización del disuelto partido fascista»; Francia, art. 4. «Los partidos... deberán respetar los principios de la soberanía nacional y de la democracia»; Grecia, ar. 29.1. «...la organización y la actividad de los partidos (debe) estar al servicio del libre funcionamiento del régimen democrático»; Portugal, art. 10.2. «Los partidos políticos concurren a la organización y expresión de la voluntad popular, dentro del respeto a los principios de independencia nacional y de democracia política». Además, por su contundencia, conviene recordar la Constitución chilena: primero, reconoce una limitación al ejercicio de la soberanía («el respeto a los derechos esenciales que emana de la naturaleza humana», art. 5); y, después, afirma que «son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un régimen totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política» (art. 19.15º). La artificiosa distinción de nuestra doctrina constitucional entre ideología y actuación se resuelve al extender la inconstitucionalidad a «objetivos, actos o conductas».

⁹ Históricamente observamos distintas formas de afrontar el problema de la diferencia/diversidad desde la pretendida homogeneidad del pueblo: genocidio, asimi-

Estado democrático no debería mantener la contradicción de un modelo de ciudadanía que impide incorporarse a las instituciones públicas a los sometidos a sus prescripciones, al declararles fuera cuando ya se encuentran dentro.

La ciudadanía ha tenido tradicionalmente dos caras: en positivo, la inclusión de los iguales; en negativo, el rechazo del diferente; la una mira a la plena inserción de todos los individuos; la otra, a la asimilación étnico/cultural de las minorías o, en caso contrario, a su marginalidad, expulsión o exterminio. Por ello la democracia necesita prescindir de su definición desde una concreta forma de identidad nacional que busca la homogeneidad con la desactivación o, en su caso, eliminación del diferente. Pero no sólo cabe rechazar el modelo de identidad/representación de Schmitt¹⁰, tampoco nos vale confundir la democracia con el mero procedimiento de acceso al poder, al estilo de Schumpeter. El sistema democrático ni puede ser el resultado de la asimilación o, en su caso, la expulsión/eliminación, del «extraño»¹¹, ni limitarse a su adscripción a una técnica procedimental y

lación, segregación, integración y pluralismo (FLERAS, A., *The Politics of Multiculturalism, Multicultural Governance in Comparative Perspective*, Palgrave Macmillan, New York, 2009, que recoge estos cinco modelos y los describe históricamente y en su legitimidad o su carencia, desde el presente democrático, págs. 39-48).

¹⁰ La *democracia de identidad*, al realizarse desde una noción de igualdad que se convierte en igualación entre gobernantes y gobernados, parte de una supuesta homogeneidad sustancial que disuelve al individuo en el ser colectivo que lo identifica. Pero con el carácter inorgánico del pueblo –el sujeto colectivo se hace presente a través de sus representantes–, la necesidad de acudir a una representación «total» coloca a esa identidad ante su plasmación real: la supuesta existencia de un pueblo/nación, con voluntad propia, se sustancia en la destructiva relación amigo/enemigo y en su concreción por el representante supremo, bajo técnicas plebiscitarias o de aclamación popular, tan queridas por todas las dictadoras.

¹¹ Kymlicka nos recordaba que, con la excepción de Suiza, todos los Estados occidentales, incluso los democráticos, han buscado su auto-definición desde una única y monocorde nación (KYMLICKA, W.: «The Global Diffusion of Multiculturalism: Trends, Causes, Consequences», en *Accommodating Cultural Diversity*, Ashgate, Hampshire, 2007, págs. 17-33). Y, sin embargo, su defensa de un «multicultural state» confunde cultura con nación, definida ésta como una forma singular de cultura colectiva; y, además, proyecta su visión del pasado de las naciones –con o sin Estado– de una forma demasiado anacrónica. En muchos casos la unificación del Estado es previa a la construcción nacional, sea mayoritaria o minoritaria, y, por ello, con fuentes de legitimación diferentes y con identidades más plurales que restringidas a una única y excluyente nacionalidad; «Federalism and secession: East and West», en *Democracy, nationalism and multiculturalism*, Frank Cass, London-New York, 2005, págs. 108-206. Así, trasladar los males de la edificación nacional del Estado sobre una única identidad a todas las posibles naciones que lo habitan, como si dentro de ellas sólo existiera una única cultura, personal y grupal, crea más problemas que los que pretende resolver. El error del planteamiento de Kymlicka es que lo que niega a la mayoría de los Estados actuales, el que sean mono-nacionales, lo proyecta de una ma-

de lucha por el voto. La democracia debe realizarse desde la inclusión y la igualdad en la participación de todos los sometidos a un concreto sistema jurídico, pero también por el desarrollo de unos fines compartidos¹². El *demos* tiene que desdeñar esa noción monolítica que lo identificaba con un sujeto colectivo con voluntad propia y, al contrario, afirmarse desde la inclusión de todos aquellos individuos que, al encontrarse subordinados a un concreto ordenamiento jurídico, deberían estar capacitados para participar, activamente, en su configuración.

La retórica de la soberanía nacional es la antinomia del valor constitucional de la democracia: de un lado, la soberanía tiende a la unidad (al poder total e ilimitado); de otro, la democracia constitucional lucha contra el carácter absoluto del poder y se refuerza como límite, en su búsqueda de una mayor participación de los ciudadanos. Atribuir la soberanía a un sujeto colectivo, nacional y preexistente,

nera rígida a las distintas minorías dentro del Estado. Pero una cosa es reconocer la existencia de los Estados multiculturales/nacionales y otra, bien distinta, admitir que cada nación –sea mayoritaria o minoritaria– tenga una única identidad, con exclusión de otras; lo que nos devolvería al modelo monocolor de democracia de identidad del que partíamos y al que condenamos. Una crítica a esta visión que reduce al individuo a su inmersión en un único contexto nacional y cultural, en DE SCHUTTER, H.: «Towards a Hybrid Theory of Multinational Justice», en *Accommodating Cultural Diversity*, *op. cit.*, págs. 35-57. Lo dicho no significa que se pueda obviar la respuesta de la Corte Suprema canadiense respecto a la posible autodeterminación de Quebec (primero, claridad de la pregunta y de la mayoría; segundo, negociación entre las partes); o la aproximación de Kymlicka: «if a national minority gets a clear majority in favour of secession in a free and fair democratic referendum, then there is little that the state can do to prevent secession», y debe ser permitido, aunque el orden constitucional explícitamente no lo recoja, ya que la evolución de los sistemas políticos no depende de la presencia o ausencia del derecho de secesión, «but rather deeper liberal values of democracy, individual liberty, peace and mutual respect» (KYM-LICKA, W.: «Federalism and secession: East and West», *op. cit.*, págs. 115-116). Con todo, en nuestra opinión, son más apropiadas las razones para legitimar el derecho de autodeterminación que se recogen en BUCHANAN, A., *Justice, Legitimacy, and Self-Determination. Moral Foundations for International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, en concreto, «remedial right only theories», págs. 353-354 y 369-371. *Vid.*, para el caso vasco/español, CORCUERA, J.: «Soberanía y autonomía. Los límites del «derecho a decidir» (comentario a la STC 103/2008)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 86, mayo-agosto, 2009, págs. 303-341.

¹² Para Dahl el *demos* debe incluir todos los miembros adultos de la asociación, excepto residentes temporales o incapaces (*Democracy and Its Critics*, Yale Univ. Press, New Haven, 1989, p. 70). *Vid.*, DOEHRING, K., «Democracy and International Law», en *Multiculturalism and international law*, Martins Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, págs. 199-205, donde se recogen tres formas de entender el término democracia: a) participación en la formación de las decisiones políticas; b) garantía contra la tiranía de la mayoría y la supresión de la minoría; c) protección de los derechos humanos.

como fundamento ontológico del orden constitucional, pretende definir el poder, pero no nos presenta sus formas de expresión. La titularidad del poder concentrado (el pueblo/nación, como sujeto político con voluntad de acción y decisión) se realiza en sus formas de expresión (el ejercicio de los derechos políticos por parte de las personas capaces de realizarlos, los ciudadanos) y la unidad teórica da paso a la pluralidad de facto. Así, aunque se recoge la soberanía nacional en solemnes declaraciones, ha desaparecido toda totalización del poder bajo grandilocuentes palabras cuyo contenido viene delimitado por los preceptos insertos en la Constitución. La democracia se convierte en una cualificada *nomocracia*: la legitimidad popular en el principio de supremacía constitucional, no sólo formal, sino también material. El pueblo, como sujeto político, se transforma no ya en ciudadanos nacionales (activos y pasivos), sino en las acciones públicas de los titulares de los derechos políticos que los ejercen (directa o indirectamente)¹³. Pero la «soberanía de la Constitución» no puede significar la dictadura de la forma. A la plasmación de un procedimiento y de su fundamentación primigenia (art. 1.1 y 10.1) le acompaña la consecución de los fines perseguidos (art. 9.2). La contradicción entre un poder absoluto e ilimitado y los límites al poder insertos en el Estado constitucional se resuelve en una «sociedad democrática avanzada...conforme a un orden económico y social justo» (Preámbulo). Y lo hace a través de los siguientes fundamentos básicos: *realización del presupuesto universal* (dignidad de la persona y derechos inviolables); *plasmación procedimental de la democracia* (sistema de auto-normación abierto y articulación de la representación política en un «Estado de partidos» con distintos niveles territoriales); y *concreción material y finalista* (incremento de la participación ciudadana y justicia re-distributiva del modelo social).

Desde esta garantía universal¹⁴ será en la *noción de ciudadanía* donde debemos incidir para abordar el contenido social y conseguir la mayor participación en democracia. Una ciudadanía que en su

¹³ El art. 1.2 CE se determina en el art. 23 y, por eso, el pueblo/nación, en cuanto poder soberano original, no puede expresarse si no es a través de los cauces prescritos en la propia Constitución.

¹⁴ En primer lugar la dignidad de la persona siempre debe quedar salvaguardada. La distinción de Charles Taylor entre *equal dignity* (todos los seres humanos universalmente iguales) y *equal respect* (todos los grupos iguales en sus diferencias) no puede llevarnos un relativismo cultural que coloque ambas en un mismo plano (*vid.*, MOOD, T., *Multiculturalism: a civic idea*, Polity, Cambridge, Maden, Ma, 2007, págs. 50-67). El reconocimiento de las diferencias no puede traspasar los límites de los derechos inviolables y del respeto «a los derechos de los demás» como fundamentos del «orden político» (art. 10.1).

concepción clásica, como asunto estatal interno e identificación con la nacionalidad, subvierte el ideal de una *democracia social y finalista*, al no facilitar la participación de todos los sometidos a un ordenamiento jurídico en su conformación e impedir la promoción de la libertad e igualdad materiales de individuos que comparten instituciones y espacios públicos.

La ciudadanía significa relación vertical con el Estado pero, también, relación horizontal de vertebración –personal y colectiva– en las distintas comunidades con las que se convive. Proporciona al individuo, de un lado, su status jurídico (punto de vista objetivo y personal), de otro, la singular concreción de una identidad socio-política compartida (visión colectiva e idealizada). De ahí sus dimensiones más repetidas: garantía de derechos y prescripción de deberes¹⁵; justicia distributiva y solidaridad personal e interterritorial¹⁶; identificación nacional y/o cultura diferenciada¹⁷. Dejando de lado otras caras de la justicia social en democracia¹⁸, podemos reconducir los diferentes ámbitos de la ciudadanía a dos cuestiones básicas: la existencia de nacionalismos sub-estatales¹⁹ y la inclusión de los inmigrantes²⁰.

El reto de los nacionalismos sólo puede resolverse, desde el modelo constitucional, de dos formas: A) Reforma/revisión del texto

¹⁵ Interrelación derechos/deberes: diferente graduación en la protección de derechos y el necesario cumplimiento de deberes (¿también políticos?) en un modelo de transformación social.

¹⁶ Relación *legalidad/legitimidad*, en cuanto sujeción a un ordenamiento jurídico que, comenzando por los principios y valores compartidos y de protección de los derechos fundamentales insertos en la Constitución, se desarrolla en su forma de realización democrática y social: modelo de ciudadanía y de atribución y adquisición de la nacionalidad; plasmación de la representación política e incremento de la participación de todos los sometidos al orden en su configuración; y proyección material de los principios transformadores de la política social y económica.

¹⁷ Diálogo identidad estatal e identidades subestatales (nacionalidad mayoritaria y minoritarias de dentro –y el porcentaje que busca un fuera– y de fuera –pero ya dentro–) y juego homogeneidad/diversidad (lucha mayorías y minorías y, de manera también capital, la vinculación/desafectación entre el grupo y los individuos que le son adscritos).

¹⁸ Resolución desigualdades históricas, dependiendo del grupo humano al que quedemos insertos (género, orientación sexual, raza, discapacidades, etc.) y también desde la desigualdad económica de partida, en una sociedad estratificada por los distintos niveles/clases sociales que determina la renta.

¹⁹ Grupos de dentro (minorías nacionales territorializadas) en los pocos/muchos pueden anhelar un fuera.

²⁰ Personas y/o grupos que se mantienen fuera (particularmente de los derechos políticos), cuando ya se encuentran dentro (inmigrantes extranjeros con residencia estable y continuada).

constitucional que, tal y como recoge la STC 103/08, carece de límites materiales (*sic*); B) Plasmación de una *ciudadanía multinivel* con su proyección en la ámbito territorial que más se adecue a la identidad de cada individuo y a su propia autodeterminación política, ya sea a través de la ciudadanía estatal, autonómica, local o europea, y, en todo caso, con el uso combinado y yuxtapuesto de cada una de ellas (geometría variable)²¹.

Respeto a la otra cuestión formulada, el problema de la inclusión de la inmigración extranjera, cabe abrir otras dos opciones: 1.^a Una reforma constitucional menor, que suprima los límites impuestos a los extranjeros que se recogen en el art. 13.2 C.E., en concreto, la noción de reciprocidad, su inadecuado anclaje con el derecho a la participación política y la extensión de la participación a otras elecciones además de las municipales²²; 2.^a La revisión sustancial de la Constitución, que prescinda de su fundamentación en una supuesta nación con voluntad propia, para adecuarse a la correcta plasmación democrática como co-participación de todos los sometidos a un concreto orden estatal²³.

Entre ambas, o hasta que determinadas reformas puedan emprenderse, la nueva inclusión de los inmigrantes debería vincularse con la residencia estable como requisito básico para el acceso a la ciudadanía estatal (es decir, a la nacionalidad), sin que veamos necesario su complemento con otros requisitos (conocimiento del idioma oficial, historia o sistema constitucional, etc.), salvo la misma su-

²¹ *Vid.*, «Nested Citizenship», en KIVISTO, P., and FAIST, T., *Citizenship. Discourse, Theory, and Transnational Prospects*, Blackwell Publishing, Ma-USA, 2007, págs. 122-128; JOPPKE, Ch.: «Transformation of Citizenship: Status, Rights and Identity» en *Citizenship between past and future*, Routledge, New York, 2008, págs. 36-47; BARRY, K.: «Home and Away: The Construction of Citizenship in an Emigration Context», en *Law and Citizenship*, UBCPress, Vancouver-Toronto, 2006, págs. 55-90; BOSNIAK, L., *The Citizen and the Alien. Dilemmas of Contemporary Membership*, Princeton University Press, Princeton/Oxford, 2006; RUBIO MARÍN, R., *Immigration as a Democratic Challenge*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2000.

²² Imprescindible una modificación constitucional que supere el Estado de inmigrantes (art. 42 C.E. como orientación de la política hacia el retorno de los trabajadores españoles en el extranjero, vinculada a una idea nacional de la ciudadanía) por el actual *Estado de inmigración* (reconocimiento de los derechos y obligaciones de todos los ciudadanos, sean nacionales de origen, por adquisición, o simples ciudadanos no nacionalizados). Asimismo cabe rechazar la discriminación que introduce, a *sensu contrario*, el art. 11.2, «ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad».

²³ *Vid.*, KOSTAKOPOULOU, D., *The Future Governance of Citizenship*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2008, y su sugerente propuesta de ir más allá de la visión nacionalizada de la ciudadanía.

jección –como el resto de los ciudadanos– a la Constitución y al ordenamiento jurídico (art. 9.1). Esto no significa que la mera residencia²⁴ confiera, de manera automática, la nacionalidad. Tenemos que contar con la manifestación positiva del solicitante, pero, evitando en lo posible cualquier discrecionalidad subjetiva y tantos conceptos indeterminados en manos administrativas y jurisdiccionales.

Así, la inclusión del extranjero podría hacerse de dos formas: a) Desde la *nacionalidad*, su adquisición –personal y voluntaria– debe estar sujeta al mínimo de residencia exigido, cerrando la entrada de cualquier otro requisito que suponga discriminación con la atribución automática a los nacionales de origen o por la nacionalidad del solicitante, al tiempo que se suprime, como requisito general, la renuncia a la nacionalidad anterior²⁵; b) Desde la *ciudadanía*, los extranjeros que no tuvieran derecho a la nacionalidad o, voluntariamente no quisieran acceder a ella, serían titulares de menores derechos políticos, pero, en todo caso, poseedores del resto de las dimensiones de la ciudadanía según el nivel territorial considerado.

La inserción social de los inmigrantes extranjeros –sea desde una adecuada forma de entender la adquisición de la nacionalidad, sea desde una noción más amplia de ciudadanía– no es sólo un deber

²⁴ 2 ó 3 años, frente a los 10, con carácter general, del Código Civil.

²⁵ La introducción de distinciones arbitrarias entre los individuos no hace sino quebrar el derecho a la igualdad y a la no discriminación. De ahí nuestra apuesta por las siguientes medidas, desde la simple reforma legal del Código Civil: a) Ampliar el *ius solis* a todos los nacidos en territorio español, independientemente de la nacionalidad de sus progenitores (art. 17); b) Supresión total de la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza, cuya concesión discrecional mediante Real Decreto, «cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales» (art. 21.1), impide cualquier búsqueda de la interdicción de la arbitrariedad del sistema; c) Rechazar la posibilidad de denegación del acceso a la nacionalidad aduciendo motivos de «orden público o interés nacional» (art. 21.2), o, cuanto menos, delimitar lo más posible conceptos jurídicos tan indeterminados como los anteriores; d) Romper con las discriminaciones entre distintas nacionalidades por razón de su vinculación con la cultura nacional mayoritaria (art. 22.1); e) Definir qué sea «buena conducta cívica» y suprimir, por la falta de concreción de su significado, la justificación del «suficiente grado de integración» (art. 22.4); f) Desaparición, en los requisitos comunes, del juramento o promesa de fidelidad al Rey y limitarlo a la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento, además de la no necesaria renuncia a la anterior nacionalidad (art.23. a y b). *Vid.*, *Acquisition and Loss of Nationality. Policies and Trends in 15 European States*, 2 Vols, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2006, en especial, el modelo español, pasado y presente, en RUBIO MARÍN, R.: «Spain», págs. 477-515 y los estándares normativos mínimos y la identificación de buenas prácticas, en BAUBÖCK, R., and PERCHINIG, B.: «Evaluation and Recommendations», págs. 431-477.

universal de justicia, sino la mejor forma de «garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución» (Preámbulo).

II. DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL O LA MUERTE DE LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA

La democracia, cuando se confunde con el mero procedimiento –de acceso al poder y a su gobierno–, queda tan desnuda de valores como cortesana de populismos y tiranos. De ahí nuestras dudas ante la dicotomía entre la «democracia militante», con su prototipo alemán²⁶, y una «no militante», para el caso español²⁷. Separar ideología y procedimientos, orden de valores y formas, es colocar el concepto democrático en la vieja acepción de Carl Schmitt de *Constitución en sentido relativo*. Ya nos lo advertía: «por el procedimiento de

²⁶ Vid., DENNINGER, E.: «Democracia militante y defensa de la Constitución», en *Manual de Derecho Constitucional, op. cit.*, págs. 445-485, y su distinción entre un concepto amplio de defensa constitucional y otro más estricto de protección del «orden fundamental libre y democrático», págs. 453-454. El término «democracia militante» se recoge por la jurisprudencia constitucional alemana en 1956; más tarde se alude a ella como «una democracia capaz de defenderse a sí misma» (1975); «La idea procede originalmente de K. LOEWENSTEIN, 1937 (*militant democracy*)», pág. 460, nota 48. Para Denninger «no cabe duda de que el establecimiento de un *núcleo constitucional* especialmente protegido contra ataques –el *orden fundamental libre y democrático*– y la limitación de la (...) competencia de reforma del legislador constituyente como *pouvoir constitué* tienen su origen en la misma convicción de necesidad de una estatalidad militante, de relativización no ilimitada», pág. 462. De ahí la fortaleza de su reflexión: «La democracia en libertad únicamente puede existir como programa y realidad en cuanto democracia pluralista, es decir, como orden político que concibe el *bien común* no como una constante previamente determinada, sino como una tarea a acometer continuamente, y como resultado de la abierta y permanente controversia política. Por tal razón, y únicamente por ello, rechaza la democracia ideologías y proyectos totalitarios, que pretenden sustituir la apertura de la *búsqueda del bien común* por una pretensión absoluta de verdad y dominación», pág. 484. La inexistencia de valores absolutos –para todo tiempo y lugar– no significa que la democracia sea tan relativista como para mantenerse impasible ante su propia destrucción.

²⁷ FJ 5 STC 122/83, de 26 de diciembre; FJ 4 74/91, de 8 de abril; FJ 7 48/03, de 12 de marzo; FJ 4 235/07, de 7 de noviembre; FJ 5 12/08, de 29 de enero; FJ 9 126/09, de 21 de mayo. Vid., GARCÍA ROCA, J.: «Prólogo», en PÉREZ-MONEO, M., *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 16-19; BALAGUER, F. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, págs. 245-249; y MARRERO, Á.: «Artículo 9.1. La sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», en CASAS BAAMONDE, M^a E., Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Wolters Kluwer, 2008, págs. 123-138, en especial, la descripción de una CE que no impone «en absoluto» (*sic*) un modelo de democracia militante, págs. 130-131.

reforma no puede definirse la esencia del objeto reformado»²⁸. Aunque más perturbador sería seguir anclados en su modelo de democracia. De ahí la falsedad última de los postulados schmittianos: no podemos identificar las decisiones fundamentales del Poder Constituyente, insertas en la Constitución, con los preceptos intrascendentes también formulados, ya que reduciríamos el significado constitucional a simple procedimiento y, con ello, su legitimidad democrática –el pueblo, titular de la soberanía– a técnica formal y dictadura de la mayoría; pero peor aún sería propugnar una *democracia de identidad* que se construye sobre la relación amigo-enemigo y la igualación sustancial del pueblo consigo mismo, ya que, de facto, esconde la necesidad de una representación tan total como concentradora del poder. Por tanto, superada esta definición, al menos doctrinalmente, por los excesos del nacionalismo de exterminio del siglo XX, nos centraremos en la bomba de relojería que significa concebir el modelo democrático como neutral en valores y sometido únicamente a límites formales²⁹.

²⁸ SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, 1928, Alianza, Madrid, 1982, pág. 44. Esperemos que el recuerdo de la frase final de *Legalität und Legitimität* (1932) no recupere su carga profética... no vaya a ser que la verdad vuelva a vengarse.

²⁹ En un primer momento fueron claras las reticencias de la doctrina científica para asumir un relativismo absoluto del concepto de Constitución en la que ésta quedara reducida a la mera *superlegalidad formal* del procedimiento de reforma. Así, como ejemplo, aunque Ignacio de Otto afirme que la CE «ha renunciado a establecer de manera expresa límites al poder constituyente constituido», con la consiguiente acusación de su «(aparente)» «indiferencia valorativa», no por ello admite la ausencia de todo límite: «hay buenos motivos para afirmar que la CE tiene al menos un límite consistente en que *no sería conforme a la Constitución suprimir la democracia misma*, ni siquiera utilizando para ello procedimientos democráticos, y ello por la misma razón por la que es contradictorio afirmar que un poder absoluto puede autolimitarse» (DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 64). Estamos de acuerdo en este límite, pero, además, lo reforzamos desde el significado constitucional de la democracia en toda su extensión –no sólo procedimientos, sino incremento de la participación ciudadana y fines materiales a realizar–; sin embargo, rechazamos el razonamiento último, ya que no se trata de contradicción de un poder absoluto que se autolimita, sino que la propia fundamentación del Estado constitucional impide considerar al pueblo soberano como poder absoluto, no sujeto a límites. Una posición crítica con la visión de los principios estructurales como límites materiales a la reforma constitucional «por la errónea comprensión del concepto de límite material, y por una fundamentación y una caracterización de los mismos desde concepciones materiales de Constitución o desde una lógica ajena a la “positividad” del ordenamiento», en ALÁEZ, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, CEPC, Madrid, 2000, págs. 345-366, cita pág. 346; su afirmación de que la CE «no ha establecido límites materiales de carácter absoluto», aunque matizada («tampoco ha prescindido de la existencia de cualesquiera límites materiales», pág. XXXIII), impediría, desde una perspectiva «autorreferencial» y positivista formal (p. 261), asumir la definición constitucional del sistema

La traslación de lo absoluto del poder constituyente a una forma también absoluta, que deja inerte todo el contenido que prescribe, relativiza tanto la democracia y el sentido material del Estado constitucional que habilita su suicidio³⁰. Afirmar, tal y como hace el TC, que nuestro modelo democrático, si bien recoge uno de los instrumentos básicos para defender la Constitución –a través, precisamente, de su sistema de justicia constitucional– sin embargo, se olvide del otro de los mecanismos de protección, al establecer un procedimiento de reforma/revisión constitucional sin límites materiales, sería asumir el riesgo de ahogar el sistema en una mera técnica, carente de valores y ciega ante sus propios fines. Así, cuando se dice que el principio democrático «reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados», no podemos pensar que el TC nos esté proponiendo una democracia al estilo schmittiano, como igualdad total entre representantes y representados y que, no obstante, precisa de la entrada de un representante/redentor que la realice³¹. Pero, si al mismo tiempo, se asegura que «en nuestro sistema no tiene cabida un modelo de “democracia militante” que imponga la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución» (FJ 5 STC 12/08, de 29 de enero) ¿cómo no caer en el simple procedimiento?, ¿cómo salvaguardar la democracia de la dictadura de las mayorías y de los demagogos que dicen (re)presentar la voluntad popular? ³².

democrático que aquí proponemos. Redundar en la positividad del ordenamiento tiene poco sentido cuando el mismo Kelsen abandonó la posibilidad de una aplicación lógica en el derecho; de ahí la apuesta por una fundamentación que no quiere ser circular, ni meramente sistémica, sino que refuerza la legitimación democrática y ciudadana.

³⁰ Según Benda, «todo ordenamiento jurídico presupone la existencia de mínimos valores comunes», y por eso «la Ley Fundamental no quiere ser axiológicamente neutral» (BENDA, E.: «El Estado social de Derecho», en *Manual de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pág. 530).

³¹ Y esto a pesar de la rígida concepción de la democracia representativa que se desprende de alguna de sus más comentadas sentencias, llegando a la afirmación que abrir el camino a la disolución de la unidad de la representación sería abrirlo a la disolución de la unidad del Estado (STC 101/83, de 18 de noviembre). En su reconstrucción de la democracia Kelsen puso en evidencia la «ficción de la representación», sin que esto tenga que ver con poner en peligro la unidad estatal, sino con la búsqueda de una mejor correspondencia entre gobernantes y ciudadanos.

³² Según el TC no tiene cabida un modelo de «democracia militante» al carecer «para ello del presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica. (...). La Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento» (FJ 7 STC 48/03, de 12 de marzo). La separación entre democracia militante frente a

No se puede asumir que, si bien se admite la constitucionalidad de leyes cuyo propósito sea no sólo remover, sino además, promover y facilitar³³ los fines de transformación social y democrática recogidos en el art. 9.2 CE³⁴, al momento se niegue, ya no a estos fines, sino a todos los principios y fundamentos básicos de la Constitución, el carácter de intangibles. Según la interpretación del TC, «nuestro régimen constitucional se sustenta, por circunstancias históricas ligadas a su origen, en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional» (FJ 5). De ahí que su fundamentación ideológica no se imponga a los ciudadanos, ni a sus organizaciones y partidos políticos³⁵, y, en consonancia, tampoco sea vista como lími-

una democracia procedimental también posibilita la artificiosa distinción entre *ideología/fines* y *actividad/medios* de los partidos políticos: «Lo determinante no es el fin, sino, precisamente, la conducta contraria a las reglas del juego democrático» (FJ 14). No obstante, la conducta podrá ser contraria a las reglas democráticas por venir determinada por un fin que no se ajusta a tales reglas; de ahí que lo determinante sea el fin. En cambio según el TC «en nuestro Ordenamiento no cabe excluir ideología alguna, ni por su contenido o sus fundamentos, ni por los medios de los que eventualmente quieran valerse quienes la defienden. Dichos medios, sin embargo, si son violentos, serán inaceptables en cuanto tales, pero sin perjuicio alguno para la ideología a la que pretendan servir» (FJ 9 STC 126/09, de 21 de mayo). Las ideas ¿qué son sin los actos que busquen realizarlas?; y, viceversa, los actos, las conductas, también tienen fundamentos teleológicos. Además la dicotomía para la disolución de un partido entre «la defensa por medio de la violencia y al margen, por tanto, de los procedimientos democráticos y los medios pacíficos de participación en la convivencia organizada» (FJ 9) se olvida que la democracia no es sólo esos procedimientos de participación.

³³ En su voto particular Rodríguez-Zapata recuerda que el art. 9.2 CE está inspirado en el art. 3.2 de la *Constitución italiana* y que en este país la introducción de normas de paridad electoral precisó una reforma constitucional. Sin embargo, la sentencia se apoya en «la singularidad que en nuestro caso supone la amplitud del contenido del artículo 9.2» que, además de proyectarse expresamente sobre la participación política, no sólo pretende «remover» obstáculos, sino también «promover» y «facilitar»; así se resalta la diferencia con otros países en los que la introducción de medidas similares ha ido «precedida o acompañada, (...) de reformas constitucionales que han incorporado la idea de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres» (FJ 2 STC 12/08, de 29 de enero).

³⁴ Para, por ejemplo, alcanzar una mayor igualdad material entre ambos sexos, tal y como prescribe la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*.

³⁵ Si bien se puede obligar a los partidos a asumir un equilibrio entre sexos en la presentación de candidaturas, como medida de discriminación positiva, al tiempo, se posibilita, con la radical separación entre ideología y acciones, la existencia de organizaciones que puedan sustentar la superioridad del hombre sobre la mujer, lo contrario o, porqué no, la igualdad de hombres, mujeres y animales domésticos. «Cierto que un ideario feminista radical que pretenda el predominio femenino no podrá ser constitucionalmente prohibido», y añade la STC 12/08, «pero tampoco podrá preten-

te material implícito a la reforma constitucional. Pero la más extensa salvaguarda de los derechos fundamentales ¿puede ser la coartada para dejar inerte la defensa de la Constitución democrática?

La separación entre ciudadanos y poderes públicos en el sometimiento a la Constitución del art. 9.1 –*ciudadanía*, con sujeción general negativa; *poderes*, con el añadido también positivo, en cuanto activadores de los contenidos constitucionales– no es tan extrema que ignore que los primeros, en cuanto personas jurídicas y centro de imputaciones normativas, tienen, junto a los derechos, sus correspondientes obligaciones³⁶. Por eso será, no ya sólo en los derechos –visión liberal–, sino también en la articulación de los deberes dónde podremos descubrir el alcance del Estado social y democrático. Un Estado que aunque traslada la responsabilidad a manos de los poderes públicos, no puede pretender una realización efectiva de sus contenidos si su ciudadanía no es consciente de su co-responsabilidad y de su posición, no ya pasiva, sino coadyuvante. De ahí que la educación se convierta en el derecho básico que, al mismo tiempo, nos muestra el camino teleológico que emprende el orden constitucional: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales» (art. 27.2)³⁷.

der sustraerse al mandato constitucional de la igualdad formal (art. 14 CE) ni a las normas dictadas por el legislador para hacer efectiva la igualdad material tal y como establece el art. 9.2 CE» (FJ 6).

³⁶ Deber de sujeción a la CE de distinto signo: los ciudadanos, «deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución», pero se añade «sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos» y se citan, expresamente, el «deber de defensa de España» (art. 30) y el de «sostenimiento de los gastos públicos» (art. 31.1); por su parte, «los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución» y, por esa razón, «el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma, lo que no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido, dado que también se respeta la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación por el cauce establecido»; «por ello la exigencia de acatamiento no vulnera el derecho fundamental del art. 23, que no comprende el de participar en los asuntos público por medio de representantes que no acaten formalmente la Constitución» (FJ 3 STC 101/83, de 18 de noviembre).

³⁷ T. H. MARSHALL nos recordaba, en su tipología trifásica –civil, política y social–, que es la educación, junto a los servicios sociales, el instrumento a desarrollar para la plasmación final de la ciudadanía (*Citizenship and Social Class*, 1950, Cambridge, Cambridge University Press, 1975). Como ejemplo paradigmático de liberalismo nacionalizado describe la evolución ascendente de la ciudadanía británica con el siguiente esquema: Siglo XVIII, *derechos civiles* del hombre aislado, salvaguardada por los Tribunales como reconocimiento de la igualdad ante la ley; Siglo XIX, *derechos*

Referencia explícita a la democracia militante que, no obstante, no parece suficiente para la doctrina³⁸. Nuestra opinión es justamente la contraria: aunque sólo hubiera este precepto al que aferrarse sería un anclaje suficiente en su dimensión axiológica con la interpretación sistemática del resto³⁹. El mandato del art. 27.2 no debe interpretarse aisladamente, sino como un mecanismo capital, pero no único, para la progresiva plasmación –siempre imperfecta y mejorable– de los objetivos de ese Estado de Derecho que se adjetiva como social y democrático. Y aquí el contenido transformador de la sociedad inserto en el art. 9.2 no pueda despacharse, sin más, como mero brindis al sol de un buen intencionado constituyente.

Si queremos salvaguardar la democracia y perfeccionar el modelo que rige nuestra convivencia la Constitución ni puede ser neutra en valores, ni confundida con su modelo de reforma. La CE, que recoge,

políticos, de participación ciudadana, cuya mejor plasmación es la representación parlamentaria y la progresiva extensión del derecho de sufragio; Siglo XX, *derechos sociales*, como estándares mínimos de bienestar, que tienen sus instrumentos de realización en la educación cívica y en los servicios sociales. Pero aún con sus virtudes simplificadoras el modelo unidireccional de Marshall ha sido criticado desde distintos frentes; en especial, su ignorancia respecto a las diferentes formas de exclusión (género, sexual, minorías étnicas o culturales, etc.) y su adhesión al Estado-nación. Así respecto al problema de género es tan desajustado que, más bien, cabría hablar de evolución inversa: la adquisición por la mujer trabajadora, primero de derechos sociales (vinculados a la maternidad), después de derechos políticos (sufragio femenino), y sólo en los años sesenta su igualación en derechos civiles (dentro del matrimonio).

³⁸ ALÁEZ afirma que «esta vinculación democrático-funcional del ejercicio del derecho a la educación, impropia de una democracia procedimental como la nuestra, en la que la reforma de cualquier elemento del sistema constitucional es posible por expresa decisión constitucional (art. 168 CE), ha llevado a algún sector de la doctrina ha considerarlo el único precepto constitucional en el que se expresa la construcción de una democracia militante»; *vid.*, DE OTTO, I., *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, CEC, Madrid, 1985, pág. 20; cita y citado, en ALÁEZ, B.: «El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 86, 2009, pág. 39, nota 31. La concepción de la democracia española como procedimental y, al tiempo, el mandato de la CE «con la orientación finalista del ejercicio de los derechos y libertades educativos» (*ibid.*, pág. 41) es, a nuestro juicio, una manifiesta contradicción que la hermenéutica integral de la Constitución permitiría superar.

³⁹ Además la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» (art. 3.1 Código Civil) nunca debe obviarse como criterio de interpretación de las normas y tampoco de los preceptos constitucionales. Más si cabe en los que establecen el contenido finalista de la CE y que, desde el art. 9.2, se proyectan en todo el articulado, comenzando por los principios rectores de la política del Cap. III, Tít. I y, en concreto, su art. 40.1, en cuanto búsqueda del progreso social y económico y de una distribución de la renta –regional y personal– más equitativa. No obstante, la nueva crisis económica ha puesto en serias dudas la fortaleza o, al menos, irreversibilidad, del Estado social.

transformando y superando, el concepto liberal/ideal, con sus distintos mecanismos de protección de los derechos fundamentales y su renuncia a la trinitaria concepción del poder, también inserta un modelo de profundización democrática y avance material de la libertad e igualdad, que subsume la fundamentación iusnaturalista y la completa (positivación constitucional y concreción de los derechos fundamentales desde su integración en el modelo social)⁴⁰. Ya no sirve esa lección de Schmitt cuando nos decía que Weimar, con su contradicción en la Segunda Parte de la Constitución entre derechos liberales y nuevos derechos sociales y económicos, había optado claramente por el fundamento liberal del Estado burgués de Derecho. En el manido antagonismo del modelo social y los principios liberales la CE es meridiana: si libertad burguesa y propiedad privada eran los derechos sagrados del liberalismo, ahora la libertad y la igualdad no son sólo formales, sino mandato a los poderes públicos para su materialización. La misma propiedad privada y la herencia se colocan al servicio del elemento teleológico inserto en la Constitución⁴¹. «Remover los obstáculos que impidan o dificulten» la plenitud de la libertad e igualdad material para individuos y grupos se convierte en el fin de un Estado, cuyos poderes públicos deben positivamente promover; la democracia participativa ya no se reduce a la estricta esfera política, sino que, en cuanto objetivo querido, también corresponde a las instituciones estatales facilitar dicha participación en la vida «económica, social y cultural»⁴².

⁴⁰ Vid., CARMONA, E., *El Estado social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, págs. 110-118 y en especial Cap. V.2. «Referencia social de los derechos fundamentales», págs. 121-175. En la Constitución alemana la huella liberal sigue más literal, incluso en su distribución tradicional de los poderes en tres; tal es así que coloca al TC dentro de la regulación del Poder Judicial, cuando es bien sabida su función ajena al modelo clásico de sujeción al imperio de la ley. Y, sin embargo, su retórica en la ideología del liberalismo no puede esconder la propia transformación social del sistema: el Estado social se ve reforzado por su unión con la vertiente material del Estado de Derecho (garantía de los derechos fundamentales, de los que resultan «los valores a los que debe orientarse un Estado que tiene como misión realizar la justicia») y «el amparo de ambos bajo la cláusula de intangibilidad del art. 79.3» (BENDA, E.: «El Estado social de Derecho», *op. cit.*, p. 505 y pág. 522). Así, según la jurisprudencia constitucional alemana, «la cláusula del Estado social ha sido caracterizada como *prototipo de categoría jurídica orientada al futuro*, es decir, como norma constitucional capaz de ser interpretada según las cambiantes circunstancias sin perder la referencia al fin último» (p. 533).

⁴¹ La función social como delimitación de su contenido (art. 33.2); y, además, la riqueza, en todas sus formas e independientemente de su titularidad, «subordinada al interés general» (art. 128.1).

⁴² Art. 1.1 desde el art. 9.2. Así el TC afirma que el art. 9.2, en cuanto expresión de la voluntad del constituyente, busca una igualdad sustantiva que «no sólo facilita la

Además, las distintas dimensiones de la democracia (representación y participación de todos los sometidos al ordenamiento en su configuración; y fines a desarrollar) nos impiden seguir anclados en el otro pivote liberal: la identificación del Estado como forma de una Nación, viva y volitiva. El concepto ontológico de Constitución (art. 2) no puede ser definido desde la sublimación de un ente colectivo con voluntad monolítica. La conversión del pueblo, titular de la soberanía nacional (art. 1.2), en ciudadanos con derechos políticos (art. 23), dentro de los límites de la Constitución⁴³, exige una descripción de la ciudadanía que no se reduce a su identidad, exclusiva y excluyente, con la nacionalidad española⁴⁴. De ahí que sea la democracia –en todas sus dimensiones– la que afronte la pregunta última: si la Constitución es la Norma fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico ¿qué o quién fundamenta dicha *Norma Fundante*? Y para la solución no sirve de nada acudir a un Poder Constituyente que, vigente la CE, ha desaparecido de escena y sólo actúa a partir de los cauces constituidos⁴⁵; pero, peor sería pretender que son estos cauces, en cuanto procedimientos formales, los que sustentan la unidad del sistema. Asumir que nuestro modelo de democracia no es sólo forma, sino valores y fines, y, con ello, la consiguiente determinación de límites implícitos a la reforma constitucional será la mejor respuesta de un sistema que si se identifica con la lógica jurídica formal permite amparar su propia desaparición.

La incorporación del orden constitucional español, con su art. 10.2, a un sistema jurídico internacional que «propugna la defensa de la protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado» (FJ 3 STC 236/07, de 7 de noviembre), no significa colocar a los Tratados Internacionales como canon de adecuación a la Constitución de las leyes. Pero esta remisión al

participación efectiva en los asuntos públicos, sino que es un elemento definidor de la noción de ciudadanía» (FJ 4 STC12/08, de 29 de enero).

⁴³ FJ 2 STC 103/08, de 11 de septiembre.

⁴⁴ Y es la propia CE la que permite romper con esa igualación: así, cuando respecto al recurso de amparo se dice que «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos» (art. 53.2) se obvia el antiguo concepto de ciudadanía para conseguir una protección universal de los derechos (art. 162.1b).

⁴⁵ Al TC le corresponde «custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos» (FJ 4 STC 76/83, de 5 de agosto); pero, precisamente, al reconocer que la custodia parte de la objetivación del poder constituyente –es decir, de su creación constitucional – nos confirma la desaparición del titular subjetivo y su conversión en el ejercicio del poder, comenzando por los ciudadanos titulares de derechos políticos (art. 23).

Derecho internacional no puede conllevar únicamente la admisión de determinadas normas como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Su sentido es mucho más profundo: el apartado primero del art. 10 nos recuerda que «la dignidad de la persona», «los derechos inviolables que le son inherentes» y «el libre desarrollo de la personalidad» son el «fundamento del orden político y de la paz social». Estos serían, de entrada, los límites infranqueables del poder constituyente constituido: la hipotética reforma que los anulara no sería ninguna defensa de la Constitución, sino su más sonora supresión⁴⁶.

El TC afirma que la voluntad del constituyente no fue lograr una mera igualdad formal, sino «también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad». Pero, si ya sabemos que el libre desarrollo de la persona es uno de nuestros fundamentos y, al mismo tiempo, se nos dice que la propia caracterización del Estado como social y democrático –con los valores superiores del ordenamiento en su misión de dotar de sentido a dicha caracterización– «representa el fundamento axiológico para la comprensión del entero orden constitucional» (FJ 4 STC 12/08, de 29 de enero), ¿cómo asumir que se pueda, a la vez, admitir que nuestro modelo queda en manos, sin límites, del procedimiento de reforma?, ¿también lo estaría la propia definición de la democracia e incluso su superación? Mejor sería aclarar que los fundamentos mínimos del art. 10.1 se perfilan y desarrollan desde la legitimidad axiológica de un modelo social que, con la proyección de los valores superiores y la concreción de los derechos fundamentales en la propia articulación constitucional, dotan al ordenamiento jurídico de una base tan democrática como intangible⁴⁷.

⁴⁶ Ejemplo: «Una reforma constitucional operada por el procedimiento agravado del artículo 168 CE, cuyo contenido sea contrario a la dignidad humana, no dejará por ello de ser jurídica, por muy inmoral que pueda parecer, aunque pierda su carácter democrático» (ALÁEZ, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, op. cit., págs. 373-374). Pues, bien, esta visión rígidamente jurídica, sin referencia a la fundamentación democrática del Estado constitucional, impide la hallar la legitimación original, y también continuada, del sistema.

⁴⁷ En este sentido «los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos (...). Establecen por así decirlo un vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna» (FJ 5 STC 25/81, de 14 de julio). El propio fundamento de la CE (art. 2) se fundamenta en estos derechos. De ahí que sean «los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran,...la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del cons-

El TC nos confirma el fundamento axiológico de la CE al conectar sus mandatos en un sistema coherente que es el «orden jurídico fundamental de la comunidad política» (FJ 3 STC 206/92, de 27 de noviembre). La *teoría general del ordenamiento jurídico* no tiene que acudir a ninguna *Grundnorm* kelseniana⁴⁸: la propia Constitución permite la unificación del sistema por y desde sí misma. Pero esto no puede significar reconducir su *superlegalidad material* al arbitrio discrecional de los cauces procedimentales de su *superlegalidad formal*. La Constitución, en su integración de formas y contenidos, no puede decantarse por los procedimientos que prescribe y prescindir de los valores y fines que enuncia como de obligado cumplimiento. La Constitución, en su carácter de *Norma Fundante*, con su decisión constituyente no crea el orden jurídico de la nada prejurídica, sino que se inserta en un ordenamiento preexistente, pero al que, desde su vigencia, condiciona y fundamenta. Una fundamentación que no sólo se atiene a su razón más individualista o liberal (art. 10.1), sino a su concreción más social y democrática (art. 1.1 en el art. 9.2 y proyección de los derechos fundamentales en la realización material y efectiva de la libertad y la igualdad). Por ello, si se quiere mantener la coherencia del modelo constitucional la interpretación sistemática del conjunto de sus normas impide acudir a la literalidad del art. 168.1. Al igual que el *concepto normativo de la Constitución*⁴⁹ subsume la *acepción liberal* y la *fundamentación ontológica*⁵⁰, el modelo social y

tituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política» (FJ 4 STC 53/85, de 11 de abril).

⁴⁸ Vid., SANZ, J. A.: «Kelsen y la unidad del Estado/Derecho: de las premisas kantianas a la ficción imaginada», en *Política y Sociedad*, Vol. 46, N.º 3, 2009, págs. 175-189.

⁴⁹ Como Norma Suprema, en *forma* a respetar, pero también con *contenido* directamente aplicable y a desarrollar por los poderes públicos. Vid., art. 53, en especial el significado de su apartado 3º (los principios del Cap. III obligan a los poderes públicos «a tenerlos presentes en la interpretación», FJ 6, STC 19/82, de 5 de mayo; aunque su naturaleza «hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato, a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta», FJ 4 STC 45/89, de 20 de febrero).

⁵⁰ Positivizando valores del iusnaturalismo en la salvaguarda reforzada de los derechos fundamentales y disolviendo el Poder Constituyente a través de los derechos políticos de los ciudadanos (vid., SANZ, J. A.: «La Nación, los nacionalismos y los nuevos ciudadanos del Estado democrático», en GARCÍA ROCA, J., y ALBERTÍ, E. (coord.), *Treinta años de Constitución*, Tirant lo blanc, Valencia, 2010, págs. 795-801). Ejemplo de esta subsunción del sujeto ontológico, fundamento de la CE, en la propia Constitución como fundamentadora de la validez de normas y ordenamiento, cuando se afirma que «el cuerpo electoral no se confunde con el titular de la soberanía», y, sin embargo, se admite que la voluntad de éste se exprese a través del primero. «Este

democrático no puede ser visto como una suma sucesiva de los distintos momentos históricos del Estado de Derecho, sino como la integración finalista de un sistema que, junto a procedimientos, prescribe unos valores y objetivos que deben guiar la actuación de los poderes públicos y la educación constitucional de los ciudadanos.

En resumen, ahora no se trata de establecer para la Constitución, al modo de la Ley Fundamental de Bonn, más «disposiciones garantizadoras de su identidad»⁵¹, sino de interpretar las que tiene de una manera teleológica y sistemática con el modelo de Estado que propugna: siempre en proceso⁵², nunca completamente realizado⁵³. Por ello, dejar los valores fundantes y el contenido social de una democracia finalista al albur del procedimiento de reforma constitucional podría dinamitar el sistema antes incluso de haberlo medianamente construido.

cuerpo electoral está sometido a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, en tanto el pueblo soberano es la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento». Pero esa idealizada unidad sólo podrá realizarse como unidad jurídica, por eso: «Las causas determinantes de la condición de elector no afectan, por tanto, a esta unidad ideal, sino al conjunto de quienes, como ciudadanos, están sometidos al Ordenamiento español y no tienen, en cuanto tales, más derechos que los que la Constitución les garantiza» (FJ 10 STC 12/08, de 29 de enero).

⁵¹ «La Ley Fundamental ha sido dotada por sus creadores de un entramado de disposiciones garantizadoras de su identidad de mayor potencia que en cualquier otra Constitución europeo-occidental» (DENNINGER, E.: «Democracia militante», *op. cit.*, pág. 460).

⁵² El «se constituye» dinámico del art. 1.1 CE.

⁵³ Meta final inalcanzable pero motor transformador de la sociedad: el art. 9.2 CE. Según Denninger, aunque no sea concebible que «el contenido de un proceso político democrático pueda hoy tener un carácter distinto al del Estado social», «el orden libre y democrático no protege determinados contenidos de la política, sino la estructura y forma del propio proceso político» («Democracia militante», *op. cit.*, pág. 465). Sin embargo, en nuestra concepción democrática, el *del y por* en el proceso político (representación y participación) quedaría vacío sin el contenido finalista del Estado social.

