
TOMÁS S. VIVES ANTÓN
(Vicepresidente del Tribunal Constitucional)

*Defensa
de un pedazo de papel*

I

En su obra, tan conocida, *¿Qué es una Constitución?*, F. Lasalle, el gran político e ideólogo socialdemócrata, contraponía a la Constitución material –es decir, al efectivo reparto social del poder–, la Constitución formal, el pedazo de papel que Federico el Grande no quería se interpusiese entre él y su pueblo. También para Lasalle la Constitución importante era la primera –la Constitución material–, mientras que la otra –la escrita–, no era más que una superestructura cortada a la medida de esa “clase discutidora” que es la burguesía.

Pues bien, en el XXV Aniversario de la Constitución Española de 1978 me propongo defender brevemente que ella, la Constitución escrita, es mucho más que una mera superestructura de la dominación burguesa y que, incluso desde una perspectiva material, tiene una relevancia mayor que el eventual reparto de poder existente en un período determinado, ya que responde a un estrato más profundo de la configuración de la sociedad moderna. Y con ello quiero decir que su contenido básico representa un ingrediente esencial de cualquier Estado que sea realmente tal en el sentido moderno del término.

El Estado, en ese sentido, o es Estado de Derecho o no es nada. Pero la expresión “Estado de Derecho” es anfibológica, de manera que puede entenderse en dos niveles: un primer nivel –un nivel más básico–, en el cual el Estado de Derecho es un concepto que abarca todas las condiciones necesarias para que sea posible hablar de un Estado en el sentido moderno del término; y en segundo lugar –en un mayor nivel de profundización–, el Estado de Derecho es el Estado de la democracia y de los derechos fundamentales.

II

Me he referido al Estado en el sentido moderno del término. Pero –como señala Carl Schmitt, en su libro *Hamlett o Hécuba*– puede ponerse en duda que cualquier otro tipo de formación política que no sea precisamente el Estado que surge de la modernidad merezca el nombre de Estado. El Estado que nace de las cenizas de las guerras de religión opone, según este autor, al fanatismo eclesiástico y a la anarquía feudal del medioevo, las organizaciones que lo definen como tal: un ejército regular,

una administración y una hacienda pública racionalizadas, una policía de seguridad eficaz, una legalidad bien definida y un aparato judicial capaz de resolver los conflictos, objetiva e imparcialmente, con lo que pretende conseguir que todos gocen de una existencia pacífica y organizada.

El marco histórico en que nace el Estado moderno es, obviamente, la modernidad europea. Las características de esa época vienen dadas, de una parte, por exclusión: la edad moderna se define como lo nuevo frente a las periclitadas concepciones medievales; pero, esa exclusión del pasado comporta, también, una cierta exclusión del futuro: la edad moderna se define por un programa; esto es, por algo en curso de realización pero todavía no realizado ¹.

La primera condición para que esa nueva era pueda surgir es, sencillamente, la paz. Las guerras en defensa de concepciones religiosas contrapuestas van siendo superadas, primero por la tolerancia y después por el Derecho ².

Esa nueva situación implica, a su vez, el nacimiento de una ciudad secular que ya no está anclada a ninguna clase de trascendencia: se halla configurada en términos contingentes, que reflejan distintas situaciones y distintas posibilidades de configuración. La ruptura del vínculo con el absoluto trascendente obliga a esa nueva ciudad secular a legitimarse a sí misma. Y ese proceso de autolegitimación entraña, obviamente, un proceso de racionalización ³.

Ese proceso racionalizador, ligado a la idea de un mundo cuya descripción y explicación ha de cerrarse a toda trascendencia, tiene en la ciencia moderna su expresión más acabada. Y esto puede afirmarse tanto desde la perspectiva teórica (la ciencia proporciona un conocimiento seguro), como desde la práctica (a partir de la ciencia se desarrollan técnicas que revolucionan tanto la producción como la forma de vida) ⁴.

Hasta aquí, las características de la edad moderna que Heidegger destacara sobre todas: la “desdivinización” (secularización) y, en consecuencia, la ciencia y la técnica que reducen el mundo a imagen: ya no es el lugar de misterio donde se manifiesta lo trascendente; sino que consiste sólo en cuanto puede apreciarse por los sentidos ⁵.

Pero, a esos cambios intelectuales acompañan otros materiales que podrían resumirse diciendo que ha nacido el mundo capitalista. Un mundo cuyo manejo requiere una elevada preparación técnica, un grado muy considerable de especialización y, consiguientemente, precisa de una estructura de gobierno racionalmente estructurada y coordinada ⁶. De la importancia de ese incremento de la complejidad y de la dificultad da idea el hecho de que origina el nacimiento de una nueva ciencia ⁷.

¹ Esa referencia al futuro, como señala Derrida, se pierde en la postmodernidad: ya no hay futuro, lo que puede ser entendido tanto como un “hasta aquí hemos llegado y esto es lo que hay” cuanto como que el futuro ya no es excusa para dejar de actuar ahora.

² Sobre el problema, *vid.* especialmente, Heinrich LUTZ: *Reforma y contrarreforma*, Alianza, Madrid, 2001, con extensísima bibliografía.

³ Hans BLUMENBERG: *Die Legitimität de Neuzeit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988.

⁴ *Vid.* al respecto, José M^a LÓPEZ PIÑERO y OTROS: *La revolución científica*, Historia 16, Madrid, 1989; Paolo ROSSI: *El nacimiento de la ciencia moderna en Europa*, Crítica, Barcelona, 1998; Manuel SELLÉS y C. SOLÍS: *Revolución científica*, Síntesis, Madrid, 1991.

⁵ Martin HEIDEGGER: “La época de la imagen del mundo”, en *Sendas perdidas*, Losada, Buenos Aires, 1960.

⁶ *Vid.* especialmente Max WEBER: *Economía y Sociedad*, FCE, Méjico, 1979.

⁷ D. R. FUSFELD: *The Age of the Economist*, Glenview, Il., 1986.

El conjunto de transformaciones a que acabo de referirme da lugar a otra, cuya importancia no cabría subestimar: el nacimiento del sujeto moderno, esto es, del sujeto autónomo que se cree capaz de fijar por sí las normas que han de regir su conducta ⁸.

A todas estas transformaciones acompaña, como consecuencia inevitable, la formulación de una nueva concepción de la organización política, esto es, del Estado y del Derecho: Pero de eso me ocuparé inmediatamente.

III

La teoría del Estado moderno –o, dicho de modo más contundente, la teoría del Estado–, recibe su primera formulación por obra de Hobbes. No voy a intentar exponerla aquí, ni siquiera en sus trazos más gruesos. Sólo quiero referirme, como núcleo de la moderna teoría del Derecho y del Estado, a una frase sobre la que presencié en el Seminario de Filosofía de la Universidad de Frankfurt y en el marco del ejercicio de acceso a una cátedra, un brillantísimo debate. La frase en cuestión se contiene en *De Cive* ⁹ II-13: “si [los hombres] son iguales por naturaleza hay que reconocer esa igualdad; y, si son desiguales, hay que tratarlos como iguales para lograr la paz”.

Para Hobbes el logro de la paz es una necesidad natural –lo que él llama una ley de la naturaleza–, con lo que no quiere decir sino que estamos ante un “dictamen de la razón”¹⁰. Lo que se discutía en la ocasión a que acabo de referirme es si la racionalidad, en virtud de la cual afirma Hobbes que es necesario tratar a los hombres como iguales, es una racionalidad instrumental o técnica, o una racionalidad práctica; es decir, si se trata de una racionalidad aplicable a un juicio de valor *relativo* a la consecución del fin propuesto, que se limita a expresar el medio de lograrlo o si, por el contrario, estamos ante la expresión de un juicio de valor *absoluto*, que expresa exigencias derivadas de una ética racional.

La conclusión de aquella discusión, presidida por el Prof. J. Habermas, fue la de que la frase de Hobbes no comportaba ninguna opción ética, sino que se limitaba a enunciar la primera exigencia técnica del logro de la paz: en ese sentido, para Hobbes la igualdad es una necesidad natural.

Pues bien, de lo dicho podríamos sacar una conclusión: el Estado moderno, el Estado de Derecho es, en primer término, el Estado de la igualdad de los ciudadanos ante el poder. Y para que haya igualdad ante el poder es preciso que haya igualdad *en la ley* e igualdad *ante la ley*, es decir, que las leyes contemplen a los individuos como iguales y que se apliquen a todos por igual; y, más aún, que haya una igualdad efectiva ante el aparato estatal. Esas son dos condiciones sin las cuales no puede haber ni Estado ni Derecho moderno. Pero la sociedad moderna exige imperiosamente la existencia de

⁸ La bibliografía dedicada a este tema es inacabable, *vid. vgr.*, Alain TOURAINE: *Crítica de la modernidad*, Temas de Hoy, Madrid, 1993, Parte III; Anthony GIDDENS: *Modernidad e identidad del yo*, Edicions 62, Barcelona, 1995 (resumido en VVAA: *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona, 1996); W. SCHULTZ: *Subjektivität im nachmetaphysischen Zeitalter*, Walter de Gruyter, Pfullingen, 1992; Ross POOLE: *Moralidad y modernidad*, Herder, Barcelona, 1993.

⁹ Hay traducción castellana: *Tratado sobre el ciudadano*, Trotta, Madrid, 1999.

¹⁰ Thomas HOBBS: *De Cive*, I-15 y II-1.

uno y otro y acaba rompiendo cualquier molde que no sea el del Derecho moderno y el Estado moderno.

En cuanto al primer aspecto de la igualdad, contenido en la idea de Estado de Derecho en su sentido mínimo (igualdad *en y ante* la ley), basta pensar en la moderna economía de mercado para comprender su inexorabilidad; pues el mercado es incompatible con los privilegios y, o funciona sobre la base de que los que concurren a él lo hacen en condiciones de igualdad, o deja de existir como tal mercado y –consecuentemente–, deja de rendir las utilidades que a él se asocian y que, dado el nivel alcanzado por las fuerzas productivas, son irrenunciables, como lo demuestra el hundimiento de los sistemas comunistas.

Además, cabe afirmar que una economía moderna no puede desarrollarse si no es en un marco de seguridad jurídica; esto es, si las consecuencias de las acciones no son calculables. Eso parece especialmente evidente en el ámbito del Derecho privado: si las posiciones jurídicas de los sujetos no se hallan bien definidas y el tráfico de bienes no se halla estrictamente regulado, el cálculo económico se hace imposible y, con él, la empresa privada. Pero esa exigencia de calculabilidad que la economía moderna impone alcanza a otras ramas del Derecho.

Para ponerlo de manifiesto basta pensar en el principio de legalidad penal, en tanto presupone que todo lo que no está prohibido está permitido¹¹. Así entendido, el principio de legalidad penal no es sólo una regla de cierre del ordenamiento punitivo, sino también una concreción de la libertad negativa; esto es, de la que Constant llamara “la libertad de los modernos”. En qué medida esa libertad negativa sigue siendo “moderna” puede ilustrarse con un ejemplo tomado de Jon Elster y relativo a las dificultades que hubo de afrontar el proceso de modernización en China:

“Para ilustrar este problema” –dice Elster– “regreso al actual proceso reformista en China. Además de los problemas creados por la actitud experimental hacia las reformas, un obstáculo importante para el progreso y el éxito es la ausencia del principio de legalidad, definido de esta manera. (a) Una acción individual se permite a menos que exista una ley que la prohíba expresa e inequívocamente. (b) La interferencia estatal está prohibida a menos que exista una ley que la autorice expresa e inequívocamente. En cambio, los chinos tienen tradicionalmente una concepción positiva de la ley: (a) Una acción individual es permitida si existe una ley que la autorice expresamente. (b) El Estado tiene derecho a interferir en todas las actividades no autorizadas, aunque no estén expresamente prohibidas. Si una actividad no está autorizada por la ley, los individuos pueden practicarla o no: nunca se sabe. Por ejemplo, hubo un período en que una ley autorizaba los afiches murales. Luego cuando se retiró esa ley, se interpretó que se prohibían los afiches, aunque no se decretó ninguna ley que los prohibiera expresamente”¹².

Como subraya este autor, las consecuencias negativas de un sistema tal sobre el proceso de modernización son tan grandes que, sencillamente, lo tornan imposible: ni el mercado, ni la empresa privada pueden subsistir sin poder conocer de antemano si lo que hacen será o no considerado lícito.

El segundo aspecto de la igualdad (la igualdad ante el aparato estatal) se halla estrechamente relacionado con el anterior. En efecto, el gobierno de la sociedad moderna no se agota en la ley y la aplicación de la ley; sino que para gobernar realmente

¹¹ Art. 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

¹² Jon ELSTER: *Juicios salomónicos*, Gedisa, Barcelona, 1995, págs. 165 y ss.

una sociedad es preciso adoptar políticas adecuadas –tanto globales como sectoriales–, y luego llevarlas a la práctica. Pues bien: cabe destacar que la sociedad moderna ostenta una complejidad jamás conocida por las sociedades anteriores. Baste pensar en la técnica o en la sofisticación de la teoría económica para comprender que no puede hablarse de gobierno sin que el que gobierna (sea el pueblo, una oligarquía o, incluso, un dictador) se halle auxiliado por una burocracia organizada racionalmente, es decir, técnicamente preparada, con un reparto adecuado de competencias y una imprescindible coordinación. Pero, además, las políticas que se adopten han de estar proyectadas para fomentar el bienestar y el desarrollo del conjunto de los ciudadanos, pues en el mundo moderno una sociedad regida con miras a favorecer determinados intereses personales estaría condenada al fracaso. E, innecesario es decirlo, por la misma razón, tampoco la aplicación de esas políticas puede hacer acepción de personas.

Como consecuencia de lo dicho cabe afirmar que un gobierno como el descrito por García Márquez en *El otoño del patriarca* está, en el mundo moderno, destinado a fracasar y a hacer fracasar a la sociedad que pretende regir. Es más, ni siquiera puede decirse que rija los destinos de esa sociedad y, en consecuencia, que sea, realmente, un gobierno: por pura incapacidad, no podrá participar siquiera en las decisiones políticas más importantes para sus conciudadanos, que le vendrán impuestas desde fuera. Podrá –eso sí–, ejercer un poder enorme sobre los individuos; pero no gobernar realmente la sociedad en que vive.

De modo que institucionalizar el poder es un signo de la modernidad. En el mundo moderno no hay poder político posible sin una institucionalización racional. Esa institucionalización, considerada en su conjunto, es lo que he llamado Estado de Derecho en sentido mínimo: sin ella no cabe hablar hoy de Estado ni de gobierno y, menos aún, de “buen gobierno”.

IV

El nivel mínimo del Estado de Derecho se formula por los ilustrados unido al segundo nivel: al nivel en que el Estado de Derecho es, además, el Estado de la dignidad del hombre, el Estado que trata a la Humanidad, en todos y cada uno de sus ciudadanos, como un fin y no como un medio, para expresar en términos kantianos una idea que hoy sigue concibiéndose tal y como Kant la formuló ¹³.

Ese segundo nivel, que comporta de una parte los derechos fundamentales y, de otra, la democracia, ha pretendido fundamentarse también en términos de racionalidad instrumental ¹⁴. Sin embargo esa afirmación es discutible. Más bien creo que aquí se está realmente ante una opción ética, una opción que enlaza con la mejor tradición del pensamiento europeo.

Con eso no quiero decir que la relación entre modernidad y Estado de Derecho en ese sentido más fuerte, entre lo que pudiéramos llamar Estado de Derecho de la Ilustración y Modernidad, sea puramente fortuita, pues –como ya he anticipado–, con la modernidad nace el sujeto moderno, que se concibe a sí mismo, en términos kantianos,

¹³ Ingo VON MÜNCH: “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 5 (1982), págs. 9 a 33.

¹⁴ El propio Kant afirmaba que hasta una sociedad demoníaca podría llegar a tener una buena Constitución si sus componentes fuesen inteligentes.

como “legislador en el reino de los fines” y que, por tanto, sólo se acomoda con naturalidad a un sistema donde su dignidad resulte respetada. De modo que el lema del pensamiento conservador, según el cual “las premisas de la Ilustración han muerto, sólo quedan sus consecuencias” resulta insostenible. Sin embargo, basta para poner de manifiesto que el contenido del Estado de Derecho de la Ilustración no puede ser justificado exclusivamente en términos de racionalidad instrumental ¹⁵.

Ello no significa, en modo alguno, que sea menos relevante, pues la perspectiva de los valores éticos, ni puede ser dejada de lado ni ocupa, en absoluto, un plano secundario. Mas, afirmado esto, cabe decir que la relación entre democracia y derechos fundamentales “liberales” es conflictiva, hasta el punto de que se ha dicho que su conjunción en las constituciones modernas construye una suerte de “hierro de madera”, destinado tal vez a quebrarse ¹⁶.

Sin negar esa problemática me gustaría afirmar, sin ulterior justificación, que en mi opinión, sin los derechos fundamentales “liberales” (y aquellos de los derechos sociales que garantizan un mínimo de igualdad real) la democracia, como procedimiento, sería un fraude, pues en modo alguno podría afirmarse que los sujetos, privados de tales derechos, pudieran gobernarse según su voluntad autónoma. El Tribunal Constitucional afirmó al respecto que

“como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional constituida en Estado de Derecho, los derechos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental: Son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones”¹⁷.

Y, en sentido contrario, si bien no cabe desconocer que en la democracia los derechos fundamentales corren numerosos peligros, hay que apostillar esa afirmación con la de que esos peligros no radican tanto en el sistema democrático cuanto en sus perversiones.

Y, en cualquier caso, cabe afirmar que sin democracia los derechos fundamentales no pueden subsistir.

¹⁵ Y eso no quiere decir que un egoísta racional no pudiera defenderlo en tales términos; sino que sus razones no serían concluyentes. *Vid.* sobre el tema, José Luis VILLACAÑAS en el estudio introductorio a los escritos kantianos publicados en el volumen *En defensa de la Ilustración*, Alba, Barcelona, 1999; Jürgen HABERMAS: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.

¹⁶ *Vid.* Manuel JIMÉNEZ REDONDO en el estudio introductorio a *Finales de partida: la modernidad irreconciliable*, de Albrecht WELMER, Cátedra, Madrid, 1996.

¹⁷ STC 81/1998, FJ 2.

V

Quiero concluir. Entre modernidad y racionalidad, de una parte, y entre las premisas y las consecuencias de la Ilustración, de otra, hay una relación *interna*¹⁸. Y, si ello es así, como creo haber mostrado a lo largo de esta exposición, los elementos esenciales de la Constitución escrita (el pedazo de papel) reflejan una realidad mucho más profunda y sólida que la distribución material del poder en un momento determinado. Una parte esencial de lo que somos como sociedad y como individuos –y, también, de lo que hemos de ser y de lo que queremos ser– se expresa, en nuestro caso, en la Constitución española de 1978.

En su efemérides cabe decir que “veinticinco años no es nada” y que lo que constituye su núcleo normativo debería regir nuestra convivencia muchísimos años más.

Ojalá lo consiga o, mejor dicho, ojalá lo consigamos.

¹⁸ Jürgen HABERMAS: *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, Madrid, 1989, pág. 15.