

## Algunas paradojas del Estado constitucional y su emergencia en la actual crisis económica

Pablo Nuevo López

1.- Existe cierto consenso acerca de que, más allá de las causas estrictamente económicas y financieras, parece que la crisis actual tiene que ver con cuestiones morales, que o bien están agudizando los problemas, o bien afectarán a una más lenta recuperación. Después de décadas de pensamiento débil, en el discurso público reaparecen valores fuertes, que hacen referencia a las virtudes personales y sociales que se necesitan para salir adelante: laboriosidad, honestidad, capacidad de compromiso, respeto a la palabra dada, austeridad... Además, conforme se van haciendo más evidentes las limitaciones presupuestarias del Estado y el riesgo de colapso de la Seguridad Social, se vuelve la mirada a las instituciones socialmente valiosas (como la Iglesia o la familia), que no sólo son capaces de educar en las virtudes anteriormente reseñadas, sino que constituyen el mejor colchón social en situaciones de desamparo. Ahora bien, una novedad en la crisis actual es que será la primera que la sociedad española viva sin que siga existiendo el colchón familiar: no sólo porque los inmigrantes –los primeros en notar la crisis– no cuentan con familias arraigadas en España, con capacidad para ayudarles en situaciones de dificultad, sino también porque carecen de este colchón millones de españoles, debido al deterioro de la institución familiar experimentado por la sociedad española en los últimos lustros.

Esta vertiente de la crisis económica aún no justifica una aproximación a esta cuestión desde la Teoría del Estado constitucional, pues tras señalar el trasfondo moral de la crisis lo lógico sería reflexionar acerca de cómo se puede *remoralizar* la vida española. No obstante, en mi opinión es posible abordar la cuestión desde la perspectiva de los fundamentos del Derecho Público. En este sentido,

podemos preguntarnos si la desmoralización que apreciamos en la vida española guarda alguna relación con el Estado constitucional, así como si éste constituye una forma política apta para hacer frente a los retos que tiene planteados España. Para responder a estas cuestiones es necesario recordar algunas obviedades.

2.- El Estado constitucional contemporáneo vive, aún en nuestros días, de los principios enunciados en 1789. En este sentido, cuando la doctrina unánimemente proclama que no todo régimen político merece el calificativo de constitucional, o niega el carácter de Constitución a las leyes fundamentales de un Estado que no acepta el orden liberal-democrático, es posible percibir cómo resuenan las palabras del art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”<sup>1</sup>. Más allá de la articulación técnico-jurídica de los derechos fundamentales, o la evolución que haya podido sufrir el principio de división de poderes<sup>2</sup>, lo que se quiere significar es que el Derecho Constitucional no es simplemente el Derecho del Estado, sino el Derecho del Estado que aspira a someter a Derecho el ejercicio del poder político estableciendo en un código legal un orden racional normativo<sup>3</sup>, siguiendo los parámetros ideológicos del Estado liberal de Derecho.

Éste se asienta sobre el llamado principio de distribución, certeramente formulado por Carl Schmitt, conforme al cual “La esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado para invadirla es limitada en principio”<sup>4</sup>. En el fondo, no es más que llevar a la ordenación del Estado el concepto de Derecho formulado por Kant<sup>5</sup>.

La juridificación del orden político con arreglo a este criterio ideológico parte, a su vez, de la separación entre Estado y Sociedad<sup>6</sup>. En el ámbito de la sociedad, que es el de la libertad individual, el ejercicio que cada individuo hace de dicha libertad no necesita de justificación, por tratarse de una libertad *prima facie* ilimitada. Por el contrario, la intervención del Estado siempre requiere de justificación, pues conceptualmente está limitando una libertad previa<sup>7</sup>.

2.- Según el paradigma del constitucionalismo liberal, la misión del Estado es proteger la sociedad, estableciendo reglas generales que, limitando la libertad de todos, hagan posible la libertad de cada uno. La tarea estatal consiste en proteger los derechos individuales, los cuales se presentan desligados de contenido concreto, pues únicamente constituyen posibilidades de acción que quedan al arbitrio de cada individuo. De este modo los derechos fundamentales son, para el constitucionalismo liberal, esferas de libertad sustraídas a la acción del Estado, sin que para el Derecho Constitucional sea relevante el ejercicio concreto que cada individuo hace de dicha libertad. Como señala Isensee, los derechos “aseguran al particular zonas de autoafirmación”, representando una arbitrariedad subjetiva<sup>8</sup>.

3.- De este entendimiento de los derechos individuales se deriva que el Estado constitucional esté diseñado pensando en la limitación del poder, por la vía del establecimiento de cuantiosos deberes a los órganos estatales, a fin de que los ciudadanos puedan ser libres. Establecimiento de deberes y regulación de la acción estatal que parte de una cautela ante la acción de los gobernantes, “para hacer frente a los fracasos de quienes detentan el poder estatal”, sin que en el Estado constitucional existan mecanismos para hacer frente a los fracasos de los ciudadanos<sup>9</sup>.

Surge aquí una de las paradojas del Estado constitucional. Por un lado, protege la libertad sin poder establecer prescripciones para un uso correcto de la libertad. Por otro, el ejercicio que de su libertad hagan los ciudadanos no es sólo un asunto privado, sino que la comunidad política depende del ejercicio de los derechos en conformidad con el bien común. Siendo el Estado constitucional un Estado sectorial, “posee únicamente una competencia limitada para realizar y garantizar el bien común”, por lo que tiene una expectativa constitucional en que el uso que los ciudadanos hagan de sus derechos redunde en el bien común<sup>10</sup>. Así, en la medida en que un bien humano puede hacerse presente en la vida social por medio de la iniciativa de los ciudadanos que ejercen sus derechos fundamentales, estos derechos aparecen como “competencia de la ciudadanía para el establecimiento del *bonum commune*”<sup>11</sup>.

En todo caso, lo cierto es que “la existencia jurídico-constitucional

de los derechos fundamentales no ofrece por sí sola ninguna garantía de que el potencial que le subyace de bien común se vaya a realizar”<sup>12</sup>. Y es que, como dice Isensee, los derechos se corresponden “con expectativas constitucionales derivadas de su ejercicio de acuerdo con el bien común. No significan un sistema predeterminado. Es más, se actualizan en cada circunstancia del espíritu común. En general éste depende de que sus ciudadanos utilicen las opciones de los derechos de una manera coherente y responsable con el bien común”.<sup>13</sup>

La Constitución Española reconoce “la libre empresa en el marco de la economía de mercado” (art. 38), “el derecho de fundación para fines de interés general” (art. 34) o el derecho “a la producción y creación literaria, científica y técnica” (art. 20), pero de este reconocimiento normativo no se deriva, necesariamente, que los ciudadanos creen empresas que sean capaces de competir exitosamente en el mercado, establezcan fundaciones para atender a necesidades sociales, o que se incremente el número de patentes científicas y técnicas susceptibles de ser aplicadas en el mundo empresarial para así mejorar la competitividad de la economía española.

Al reservarse tareas esenciales para la consecución del bien común a la libre iniciativa de los ciudadanos (en lo que aquí respecta el desarrollo económico, el crecimiento demográfico, etc.), si éstos no tienen el coraje de asumir el riesgo de la libertad no se realizará el “potencial de bien común” implícito en cada uno de los derechos que acabamos de enunciar.

4.- Tras la experiencia del Terror impuesto por el *virtuoso* Robespierre, y a pesar de que la tradición republicana hacía especial hincapié en la virtud ciudadana como elemento moral capaz de inducir a los individuos a ejercitar sensatamente los derechos fundamentales, y de este modo contribuir al bien común<sup>14</sup>, el Estado constitucional ha descansado en el modelo de intereses.

El modelo de intereses, propio del liberalismo anglosajón, parte de la primacía del *bourgeois*, en la medida en que nace de la legitimación del egoísmo ciudadano. Desde la perspectiva estatal, se asume que el ejercicio en beneficio privado de cada derecho dará como resultado el interés general. Por otro lado, desde la perspectiva del ciudadano egoísta, se considera que éste necesita del orden estatal para

poder disfrutar con seguridad de los frutos de su actividad privada, por lo que estará dispuesto a sacrificar parte de dichas ventajas privadas a fin de conservar el resto, así como que el comportamiento altruista es no sólo honesto, sino también útil.

Este modelo coincide con la doctrina del interés bien entendido que describiera Tocqueville en su viaje americano. En este sentido, cuenta Tocqueville cómo los americanos “se complacen en demostrar que un sensato egoísmo les lleva sin cesar a ayudarse unos a otros y les predispone a sacrificar en bien del Estado una parte de su tiempo y de sus riquezas”<sup>15</sup>. En conclusión, el “bien común no es para los ciudadanos el fin subjetivo de su actuar, sino el efecto objetivo”<sup>16</sup>.

5.- El modelo de intereses puro entra en crisis cuando surge la llamada cuestión social. Como hizo ver Von Stein, “la libertad solo es una libertad real en la medida en que incluye sus propias condiciones, los bienes materiales y espirituales como presupuesto de la autodeterminación”<sup>17</sup>, pues la libertad para la autodeterminación protegida por los derechos fundamentales del Estado liberal de Derecho no deja de ser simple y exclusivamente “oportunidad y posibilidad”<sup>18</sup>. No obstante, el tránsito al Estado social y democrático no supera el marco dogmático anteriormente apuntado. Es cierto que en el Estado social el Estado asume la misión de transformar (al menos en parte) la Sociedad, pero lo hace con la pretensión de mantener las garantías del Estado burgués de Derecho. No puede ser de otro modo, pues el Estado fiscal y redistribuidor necesita del modelo de intereses, aun cuando asuma la corrección de la autorregulación social para realizar la justicia social; en este sentido, y es un lugar común, sin la actividad privada egoísta desaparecen las fuentes de riqueza que puede gravar en tanto Estado fiscal<sup>19</sup>.

6.- A pesar de que en los inicios del constitucionalismo, y con objeto de justificar la Revolución, se deslizó un mito en la teoría del Estado según el cual una nación es una suma de individuos libres e iguales que manifiestan su voluntad de serlo<sup>20</sup>, el modelo de intereses propio del Estado constitucional se construye, aunque sea de manera inconsciente, en relación con pueblos ya constituidos y culturalmente determinados. Sólo un pueblo constituido posee capacidad de obrar como para dotarse de una Constitución, aparte de que para que la minoría acepte

la voluntad de la mayoría es preciso que dicha voluntad pueda referirse a una unidad de la que la minoría se sepa una parte; a pesar de la retórica del poder constituyente, la Constitución requiere de un fundamento preconstitucional distinto del mero principio mayoritario<sup>21</sup>.

La Constitución requiere del consenso fundamental nacional, previo al texto normativo. Se trata de un acuerdo sobre algo más que “lo puramente competencial y procedimental”<sup>22</sup>. Este consenso hace referencia a un acuerdo en torno a algo que no cabe someter a votación<sup>23</sup>. Esto es posible porque el Estado constitucional es un producto de la civilización europea, y en este sentido descansa sobre presupuestos de naturaleza sociocultural, entre los cuales destaca una homogeneidad relativa dentro de la sociedad, la cual permite que se mantenga en las conciencias de los ciudadanos el consenso fundamental nacional como algo vigente.<sup>24</sup>

De ahí que, como he apuntado, la ficción del poder constituyente del pueblo como conjunto de individuos es posible sólo en la medida en que se predica de un pueblo previamente existente y con una cierta homogeneidad cultural.

7.- Cuestión distinta es que el Estado constitucional, con su neutralización de lo político, tenga dificultades para escapar a la dinámica derivada del entendimiento individualista de los derechos humanos. Llevada a sus últimas consecuencias la dinámica individualista que subyace al entendimiento liberal de los derechos fundamentales, se relativiza el mismo concepto de nación (paso final en la consolidación del Estado como resultado del proceso de secularización)<sup>25</sup>, al tiempo que mina el *ethos* que permitió el desarrollo de la cultura en la que ha nacido el propio constitucionalismo.

Desligados de finalidad concreta, no es posible distinguir los derechos de los deseos subjetivos, con la consiguiente pretensión de que toda aspiración subjetiva sea convertida en derecho. En este proceso, no sólo la nación, también queda erosionado el *ethos* que permite la subsistencia del modelo de intereses. Así las cosas, una de las consecuencias de este fenómeno que venimos exponiendo, en el que los derechos están desligados de fines o bienes humanos (con lo que no conllevan responsabilidad alguna), es que se van minando las condiciones sociales sobre las que se asienta el Estado.

Una aproximación completamente individualista a los derechos, cuyo contenido parece no depender de finalidad alguna sino exclusivamente de la estimación subjetiva del titular (presente o futuro), convierte la política en un campo de batalla por definir dichos derechos, y de este modo construir el significado de la Constitución material.<sup>26</sup>

Esto es debido a que la ideología de los derechos y del constitucionalismo pluralista está marcada por la ausencia de un aparato conceptual apto para tratar las instituciones a cuyo servicio están los derechos,<sup>27</sup> así como la relación entre una sociedad respetuosa de los derechos de la persona y las condiciones sociales que permiten el mantenimiento de ese orden de derechos.<sup>28</sup>

Las sociedades occidentales vivieron, durante cerca de dos siglos, con una “bendita incoherencia”, pues aunque la reducción del Estado a mero garante de derechos subjetivos limita el debate acerca del bien, la pervivencia social, a grandes rasgos, de la moral de inspiración cristiana que había conformado el *ethos* necesario para formar ciudadanos aptos para vivir de acuerdo con el modelo de intereses evitó que el individualismo latente en esta concepción se llevara a sus últimas consecuencias.

Ahora bien, esto no era más que cuestión de tiempo, y bastó que llegara la primera generación satisfecha para que se produjera el resquebrajamiento de las instituciones trasmisoras de la moralidad tradicional. Como acertadamente había visto Jellinek, “si se acepta como buena la doctrina de que la voluntad racional individual ha de ser el fundamento último de las instituciones sociales, resulta imposible la coacción jurídica, y lo que realmente aparece con este carácter es, lisa y llanamente, la fuerza”<sup>29</sup>. No es de extrañar, así, que toda ley que acogiera las instituciones sociales tradicionales fuera vista como una imposición intolerable.

A los cuarenta años de la Revolución cultural del 68 percibimos las consecuencias: suicidio demográfico de Europa, desaparición de todo vínculo social, ideología de la emancipación.

8.- Como señaló Jellinek, “moralidad, arte y ciencia no pueden ser directamente producidos por el Estado, porque jamás pueden ser

provocados por medios exteriores, que son los únicos de que dispone el Estado; lo que sí puede hacer éste es darles las condiciones exteriores favorables bajo las cuales puedan desenvolverse estas actividades vitales”. Cuando el Estado sobrepasa sus límites naturales, sólo puede obrar “como un freno o como un disolvente. Los elementos esencialmente productores de la cultura general de un pueblo residen de un modo fundamental en los individuos y en la sociedad, no en el Estado; pero éste produce efectos sociales que en no pequeña parte son inconscientes y por tanto caen fuera de la esfera de los fines en cuanto efectos conscientes”<sup>30</sup>.

La destrucción del *ethos* que ha permitido el desarrollo de la economía determina que esta crisis se presente especialmente cruda y difícil. No se trata sólo de si el Estado puede arreglar la economía, sino que la destrucción de las instituciones generadoras de capital social hace que sea difícil encontrar sujetos capaces de hacerlo.

Es difícil que el Estado pueda generar hombres capaces de dar vida a obras. Como señala Isensee, “prestaciones derivadas de la autonomía de los derechos fundamentales están acuñadas desde un punto de vista religioso y fundamentadas desde una visión ideológica, y no pueden ser sustituidas por el Estado neutral. En todo caso podría desarrollar sucedáneos”<sup>31</sup>.

De ahí que haya llegado a ser un lugar común la afirmación de que el Estado liberal vive de presupuestos que no puede crear<sup>32</sup>.

Dicho esto, debe tenerse en cuenta que si bien el Estado liberal no puede reconstruir los vínculos sociales, sí puede optar por no destruirlos y por ayudar a los grupos sociales capaces de regenerar la sociedad; en este sentido, el Estado no está obligado a “vaciar” sus prestaciones como un cervecero, sino que tiene que discernir qué agentes privados son dignos de protección<sup>33</sup>, en la medida en que contribuyen a recrear la sustancia ética que todo pueblo requiere para poder existir como sujeto político.

9.- Las consideraciones precedentes ponen de relieve, una vez más, la centralidad de la política, en tanto que ciencia arquitectónica ordenadora del obrar humano. Pero tratándose de una ciencia práctica dirigida a la acción, y por tanto dirigida a la libertad<sup>34</sup>, cobra un especial

relieve la propia praxis política, pues como señala Aristóteles no se trata tanto de enseñar el bien como de hacerlo.

El político del Estado constitucional puede, a pesar de las limitaciones que hemos apuntado anteriormente, derivadas de la exigencia de neutralidad, proteger por medio de la legislación los lugares aptos para la transmisión de la moral y la enseñanza de la virtud, por ser espacios donde ésta se vive. El ámbito privilegiado para esta tarea es el de la escuela y las instituciones educativas, respetando a los grupos sociales que tienen capacidad para transmitir los valores culturales y morales que han configurado a un pueblo. No obstante, subsiste el inconveniente de que el liderazgo democrático sólo piensa en el corto plazo, ya que “la democracia vive continuamente en el presente”<sup>35</sup>, precisamente porque no permite un ejercicio duradero del dominio político.

En consecuencia, la responsabilidad por el futuro de la comunidad política, de las próximas generaciones y de la transmisión del *ethos* que permite la subsistencia del Estado constitucional no forman parte esencial del Estado democrático, sino tan sólo accidental, “en tanto y mientras sean asumidas por la voluntad actual de consenso”<sup>36</sup>.

10.- La conclusión de lo anterior es, en mi opinión, que la educación es la primera de las actividades políticas en el momento presente. En primer lugar, porque sólo respondiendo a la emergencia educativa en que nos encontramos podrá haber en la sociedad sujetos capaces de dar vida a obras que respondan a las necesidades de nuestros conciudadanos. En segundo término, porque sin una adecuada educación, que debe incluir la educación política, no habrá sujetos sociales capaces de sostener a aquellos políticos que, mirando por encima de las exigencias del corto plazo, tengan el coraje de proteger, desde la acción estatal, los agentes privados capaces de regenerar moralmente a nuestra sociedad. Y, por último, porque como consecuencia de esta educación podrán surgir vocaciones de servicio capaces de empeñarse en la difícil tarea de conseguir el bien común.

DR. PABLO NUEVO LÓPEZ  
*Universitat Abat Oliba*  
pnuevo@uao.es

### Notas

1. Por todos, García-Pelayo: “Es constitucional la ordenación del Estado que garantice los derechos individuales y la separación de poderes”. Cf. M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Alianza Universidad, 1ª edición, Madrid, 1984, 39.

2. Cfr., a modo de ejemplo, M. ARAGÓN REYES, “Democracia y Parlamento”, *Revista catalana de Dret públic*, núm. 37, 2008, 129-155.

3. L. SÁNCHEZ AGESTA, *Principios de Teoría política*, Editora Nacional, Madrid, 1983, 352.

4. C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Versión española de Francisco Ayala, Alianza Editorial, Primera reimpresión, Madrid, 1992, 138.

5. “El Derecho es, pues, el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad”. I. KANT, “Introducción a la Ciencia del Derecho”, § B, *Introducción a la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1997, 46.

6. Cfr. E-W. BÖCKENFÖRDE, “The distinction between State and Society in the Democratic Welfare State of Today”, *State, Society and Liberty*, Berg Publishers, New York-Oxford, 1991, 146-174.

7. J. ISENSEE, “Solidaridad: el núcleo ético-social de un concepto impreciso”, *Panorama de Filosofía Política*, Konrad Adenauer Stiftung, 2002, 427.

8. J. ISENSEE, “El dilema de la libertad en el Estado de Derecho”, en *Anuario de Derechos Humanos (nueva época)*, volumen 2 (2001) 483-489. Por esto puede decirse que “el tipo de derecho fundamental liberal se corresponde con un concepto negativo y vacío de contenido”, ya que carece de instrucciones “para el recto uso de la libertad”. En esta concepción, cuando la ley orienta acerca del uso adecuado de los derechos fundamentales aparece como limitación externa a la libertad.

9. J. ISENSEE, “Libertad ciudadana y virtud ciudadana”, en *Panorama de Filosofía Política*, Konrad Adenauer Stiftung, 2002, 50.

10. *Ibidem*, 50-51.

11. *Ibidem*, 492.

12. *Ibidem*, 492.

13. *Ibidem*, 500.

14. Así, por ejemplo, MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes*, Libro V.

15. A. TOCQUEVILLE, *De la democracia en América*, Libro II, Segunda parte, 8.

16. J. ISENSEE, “Libertad ciudadana y virtud ciudadana”, 52.

17. Cit. en Böckenförde, E-W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2000, 129.

18. E.-W. BÖCKENFÖRDE, “Aseguramiento de la libertad frente al poder social. Esbozo de un problema”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, 85.

19. J. ISENSEE, “Libertad ciudadana y virtud ciudadana”, 53-54.

20. La referencia clásica es SIÈYÈS. Cf. el Capítulo V de su obra *¿Qué es el Tercer Estado?*

21. Cf. J. ISENSEE, "El pueblo como fundamento de la Constitución", en *Anuario de Derechos Humanos*, nueva época, Volumen 6 (2005) 377 y ss.
22. C. STARCK, "Consenso fundamental nacional y Tribunales Constitucionales (Una reflexión jurídica comparada)", en *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, núm. 8 (2004) 542.
23. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, 43 y siguientes.
24. *Ibidem*, 103 y siguientes.
25. E.-W. BÖCKENFÖRDE, "The rise of the State as process of secularization", en *State, Society and Liberty*, Berg Publishers, New York-Oxford, 1991, 45.
26. Esta parece ser una consecuencia del Derecho constitucional del pluralismo. Cf. M. GASTÓN ABELLÁN, "La concepción del Derecho en El Derecho dúctil", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII (1996) 22-23. Como señala Pérez-Royo, "si el individualismo teórico se llevara en la práctica hasta sus últimas consecuencias, la vida en sociedad sería imposible", J. PÉREZ-ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2000, 240.
27. Una relación entre fines y bienes del hombre, y los derechos fundamentales, en J. CIANCIARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000, 255ss.
28. M. A. GLENDON, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, Free Press, New York, 1991, 75.
29. G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Traducción de Fernando de los Ríos, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1954, Libro II, Capítulo VIII, 166.
30. *Ibidem*, 186-187.
31. J. ISENSEE, "El dilema de la libertad en el Estado de Derecho", 501.
32. E. BÖCKENFÖRDE, "The rise of the State as process of secularization", 45.
33. J. ISENSEE, "El dilema de la libertad en el Estado de Derecho", 521.
34. R. FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *Sabiduría y ciencias del hombre*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1995, 27.
35. E. BÖCKENFÖRDE, W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, 91.
36. *Ibidem*, 92.