

EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO (*)

The Contemporary Constitutionalism

FRANCISCO RUBIO LLORENTE

I. LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO.—II. LA REELABORACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN.—III. LA CONSTITUCIÓN COSMOPOLITA.

Al comienzo de su colaboración al primero de los libros reseñados, Mattias Kumm sostiene que en el debate sobre el constitucionalismo contemporáneo se enfrentan dos posturas definidas: la de quienes afirman que estamos viviendo el triunfo del constitucionalismo y su extensión a todo el mundo y la de quienes, por el contrario, lo ven amenazado de muerte. Los primeros, los «triumfalistas», apoyan su juicio en la difusión de la democracia liberal tras el fin de la guerra fría y la aparición a partir de 1945 de nuevas prácticas internacionales que, por ejemplo, permiten ver una estructura constitucional en las Naciones Unidas o en la Unión Europea; los segundos, «nostálgicos» los llama Kumm, consideran que esta evolución ha erosionado la capacidad de las Constituciones nacionales como marco para el autogobierno de las comunidades nacionales y que en consecuencia el constitucionalismo está seriamente amenazado; viviendo ya sus últimos días, según la visión pesimista predominante en Europa, o necesitado de un enérgico apoyo que lo proteja contra esa amenaza, en la más optimista común en América (1). Ésta es la postura (que quizás más que de optimista hay

(*) Petra DOBNER y Martin LAUGHLIN (eds.), *The Twilight of Constitutionalism* (Oxford University Press, 2010). Alexander SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution* (Oxford University Press, 2014).

(1) M. KUMM, «The Best of Times and the Worst of Times», en *The Twilight...* (págs. 201-202).

que calificar de combativa) de Alexander Somek, europeo muy vinculado al mundo académico norteamericano (2), colaborador en ese mismo libro y autor del segundo.

La contraposición da una visión no inexacta, pero sí muy esquemática de una realidad, que vista de cerca se muestra mucho más compleja y matizada, más abundante en distintos tonos de gris que en blancos y negros. Buena prueba de ello ofrece, sin ir más lejos, la convergencia de las conclusiones a las que llegan Kumm y Somek, muy representativos de las dos posturas enfrentadas. Para el primero, la improbabilidad de que los Estados se autodisuelvan y de que dentro del futuro previsible surjan grandes proyectos políticos para un mundo nuevo, llevan a pensar que es bien posible que «la nostalgia constitucional europea y el revisionismo constitucional americano sigan con nosotros durante mucho tiempo» (3). Somek piensa que, no sólo durante algún tiempo, sino dentro del futuro previsible, pues «la emancipación no es posible sin acción política (y por esta razón) el Estado nación parece hoy más indispensable que nunca». Pero, a su vez, el Estado «ha de tomar en cuenta el principio de subsidiariedad y la contribución que la cooperación transnacional puede hacer a la autodeterminación colectiva» (4).

No son conclusiones coincidentes, pero tampoco contradictorias, puesto que para ambas el constitucionalismo antiguo y el nuevo han de coexistir de manera más o menos pacífica en un mundo con varios niveles de constitucionalismo, o como hoy es frecuente decir, con un constitucionalismo *multinivel*. Las conclusiones de otros autores son más rotundas y en consecuencia también el enfrentamiento más acusado, pero lo que importa para el análisis no son tanto las conclusiones sino el razonamiento que conduce hasta ellas y respecto de éste las diferencias son menores. El debate sobre el constitucionalismo no es una logomaquia ni un debate jurídico formal, sino el marco de un debate sustancial sobre democracia y tecnocracia, política y economía, Estado y mercado.

Este debate no nace con el primero de los libros comentados, pero hasta donde sé es éste el primero que resulta de un gran proyecto de investigación sobre el tema, el Grupo de Trabajo organizado por iniciativa de Dieter Grimm en el *Wissenschaftskolleg* de Berlín durante el año académico 2008-2009. El li-

(2) Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho en la Universidad de Viena desde 1985 y desde 2003 en la de Iowa, ha sido en esta última, en la que actualmente ocupa la cátedra Charles E. Floette, donde se inició la elaboración de este libro, continuada después, según el autor nos cuenta en el Prefacio, en el *Wissenschaftskolleg* de Berlín y en la Universidad de Princeton.

(3) *Op. cit.*, pág. 219.

(4) *The Cosmopolitan Constitution*, pág. 283.

bro recoge dieciséis contribuciones de otros tantos autores, todos ellos, con una sola excepción, germánicos y angloamericanos, y ha sido estructurado por sus editores, que en la introducción las resumen brevemente, en seis Partes (5) en torno a temas cuyo inevitable solapamiento hacen cuestionable la utilidad de esa división. El nivel de las distintas contribuciones es en todos los casos muy alto, aunque desigual su contribución al análisis del problema, que en algunos casos se utiliza sólo como punto de partida para montar uno de esos brillantes castillos académicos de fuegos artificiales cuya finalidad principal es la de demostrar la agudeza y erudición del autor.

La obra de Somek tiene una original estructura: la introducción resume el detallado análisis que se desarrolla en los cuatro capítulos siguientes y de nuevo, en el apartado 1.º (*Core Ideas*) del quinto y último, se hace una exposición sumaria del razonamiento desarrollado en los siguientes para fundamentar la conclusión. Tal vez el autor ha intentado facilitar así el conocimiento del libro a quienes por una u otra razón no lo leerán entero, pero quienes se contenten con eso se habrán perdido lo mejor de la obra y ni siquiera tendrán una idea cabal de su contenido, difícil de aprehender sin penetrar a fondo en las razones que explican la audaz visión que Somek tiene de la historia del constitucionalismo como una evolución que ha dado lugar a tres formas distintas que surgen sucesivamente, pero que coexisten con las anteriores, aunque no sin tensiones y no en todas las partes del mundo del mismo modo.

Lo que da sentido al debate sobre el constitucionalismo contemporáneo es la necesidad de dar respuesta, tanto en el plano descriptivo como en el normativo, a una realidad en la que si bien el planeta entero está dividido en Estados nacionales, éstos «ejercen una parte significativa y cada vez mayor de su poder a través de acuerdos internacionales o transnacionales que escapan al control de la Constituciones nacionales» (6). Esta realidad nueva es producto de un proceso de cambios iniciado tras la Segunda Guerra Mundial y acelerado a partir del último cuarto del pasado siglo en el que cabe distinguir dos aspectos distintos. Hay, de una parte, modificaciones del Derecho Internacional Público, tanto convencional como común, deliberadamente dirigidas a reducir la soberanía de los Estados en aras de la paz y la garantía de los derechos. De la otra, cambios

(5) I. Constitutionalism and the Erosion of Statehood, II. The Question of Europe, III. Constitutionalism without Democracy, IV. Constitutional Law and Public International Law, V. Global Administrative Law, a viable Substitute?, VI. The emergence of societal Constitutionalism.

(6) M. LAUGHLIN, «What is Constitutionalism?», en *The Twilight...*, pág. 43. No todos los autores emplean los términos en el mismo sentido, pero en general se suelen considerar internacionales los acuerdos concertados entre entes públicos y transnacionales aquellos de los que es parte al menos una entidad privada «transnacional», esto es, que actúa en más de un Estado.

profundos en el modo de concebir y llevar a la práctica la relación entre política y economía producidos con pocas diferencias de tiempo en el orden interno de muchos Estados, en algunos de ellos de manera plenamente autónoma, en otros no sin presión exterior, a consecuencia de los cuales el poder del Estado se desplaza hacia el exterior para ser ejercido en común con otros Estados o incluso entes privados.

I. LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO

A) La honda modificación que la creación de la ONU produjo en el sistema de Westfalia dio lugar en la época a una abundante literatura sobre la crisis del Estado. Tres cuartos de siglo después, esta literatura ha caído en el olvido y se da por consumada la transformación que la organización jurídica de la comunidad internacional ha operado en la naturaleza de los Estados, cuyo número es hoy mayor que nunca.

El Estado soberano sigue existiendo, pero su «soberanía» es la propia del Estado miembro de una comunidad internacional organizada, muy distinta de aquel hipotético mundo hobbesiano en el que el derecho de cada cual no tiene más límites que los del propio poder. Las diferencias de poder real entre Estados formalmente iguales no han desaparecido, pero el poder no es ya la medida del derecho. Los Estados siguen teniendo el monopolio de la violencia dentro de su propio territorio y la facultad de usarla los unos frente a los otros, pero han perdido la libertad de hacerlo con arreglo a su propio criterio y el poder para definir en exclusiva la legitimidad de la violencia en el orden interno.

El artículo 2 (4.º, 5.º y 6.º) y el capítulo VII de la Carta prohíben el uso o la amenaza de la violencia en las relaciones internacionales, si no es como defensa frente a la agresión, y otorgan a las NNUU (realmente, a su Consejo de Seguridad) la facultad de utilizar la fuerza contra los Estados infractores, etc. Es cierto que pese a la igualdad formal de los Estados, que la Carta también consagra, la probabilidad de que un Estado infractor sea sancionado es inversamente proporcional a su poder y es nula en el caso de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Y que en consecuencia la obligación no pesa por igual sobre todos. Pero esta debilidad del sistema no equivale a su inexistencia y todos los Estados, incluidos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, intentan conseguir la autorización de éste antes de recurrir a la fuerza para defenderse de otros o forzarlos a cumplir sus obligaciones.

Obligaciones que no son ya sólo obligaciones frente a Estados determinados, nacidas de los Tratados o del Derecho Internacional común. Junto a ellas, y en

cierto modo por encima de ellas, los Estados tienen hoy obligaciones frente a la Comunidad Internacional en cuanto tal. Obligaciones *erga omnes* impuestas por normas de *ius cogens* en cuya creación no han participado y que no pueden derogar sino a través de otra norma aceptada por todos los demás miembros de la comunidad internacional, y que protegen bienes comunes a toda la Humanidad (7).

No son normas perfectas porque su sanción no asegura su cumplimiento, pero esta imperfección no implica su invalidez. Ni la Declaración Universal de 1948 y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que forman ya parte del *ius cogens*, ni las Convenciones Regionales de protección de los Derechos Humanos impiden la violación de éstos, pero los Estados violadores, que no pueden negarlos ni definirlos a su arbitrio, pueden ser denunciados por ello por sus propios ciudadanos y sancionados de diversos modos, incluso, en el caso de violaciones especialmente graves, mediante el empleo de la fuerza, dirigida contra el Estado mismo, o empleada sin su autorización dentro de su propio territorio, en el caso de los Estados «fallidos» (8).

B) Hoy ya nadie ve en el reconocimiento del individuo como sujeto del Derecho Internacional, la reducción de la libertad de acción de los Estados, y la erección de la Comunidad Internacional en un sujeto superior a todos ellos, una crisis del Estado, sino un nuevo modo de ser que no altera su naturaleza ni pone en riesgo su estructura jurídico-política, basada en una Constitución que organiza el poder, establece sus límites y fundamenta tanto su legalidad como su legitimidad.

Pero junto a esta transformación producto de un proceso por así decir idealista y deliberado, está en curso desde el último cuarto del pasado siglo, otra, en apariencia no deliberada, aunque impulsada por la versión neoliberal de la economía de mercado, que es producto de la necesidad en que el Estado se ve de hacer frente a fuerzas que actúan por encima de las fronteras nacionales. Es una crisis que afecta a todos los Estados, pero no a todos por igual, puesto que es muy distinta la capacidad que unos y otros tienen para enfrentarse con los riesgos derivados de la globalización; especialmente la de los mercados, pero también la de la información, e incluso la del crimen organizado.

El mercado global requiere regulaciones que exceden de los límites territoriales del Estado y da lugar a la aparición de actores transnacionales que esca-

(7) Vid. Ulrich PREUSS, «Disconnecting Constitutions from Statehood», en *The Twilight...*, págs. 44-5.

(8) Esta intervención está prevista tanto en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 (en vigor desde 1951), como en el Estatuto de Roma de 1998 (en vigor desde 2001) que ha creado el Tribunal Penal Internacional.

pan a la jurisdicción de éstos. Para hacer frente a esta necesidad se han creado organizaciones sectoriales, la más importante de las cuales es seguramente la Organización Mundial del Comercio (OMC), dotadas de sus propios órganos de solución de conflictos y de la posibilidad de imponer sanciones de distinto género, pero más frecuentemente económicas.

Pero más que estas sanciones, de muy limitada eficacia para ordenar la conducta de los actores transnacionales, se busca en nuestro tiempo lograrlo por otras vías. Entre ellas, la de asociarlos a los organismos encargados del «gobierno» mundial del sector o la de negociar con ellos la regulación aplicable. Éste es el meollo de la llamada «gobernanza». Un paso más allá se va cuando son entidades privadas las que asumen el gobierno del sector (9), o las encargadas de adoptar decisiones que condicionan profundamente su funcionamiento (10).

En ámbitos más restringidos, en primer lugar el financiero, la prevención de riesgos y solución de crisis ha sido encomendada por los Estados a instituciones puramente burocráticas (FMI, OMS, BM, Comité de Basilea, etc.), cuya legitimidad se apoya más que en su origen, en la capacidad técnica que se les atribuye. Esta tendencia de ámbito mundial se manifiesta con especial intensidad en Europa, en donde se ve reforzada por el intento de crear instituciones supranacionales que permitan la acción conjunta de los Estados miembros.

El «ejercicio en común» del poder de los Estados determina un profundo cambio en el equilibrio constitucional entre los distintos poderes, que en el caso de los sistemas parlamentarios casi llega a invertirse, situando al Ejecutivo por encima del legislativo. Además de ello impulsa una reorientación de sus políticas para adecuarlas a las exigencias del mercado; la *externalización* del poder del Estado no es el origen de tal reorientación (disminución de los impuestos, con el consiguiente cambio en el sistema de financiación, reducción del sector público, privatización, sustitución de la justicia social por la justicia de mercado, etc.), pues ésta viene de la revolución neoliberal de los años ochenta, pero sí

(9) El ejemplo más conocido es seguramente el del ICANN, una sociedad privada sin ánimo de lucro que administra el sistema de dominios de Internet.

(10) Un buen ejemplo es a mi juicio el de las Agencias de *rating*. Las normas sobre el Mercado de Valores tanto en los Estados Unidos como en Europa, imponen a las entidades financieras la obligación de atender las valoraciones que hacen de los títulos de deuda, pública o privada estas Agencias puramente privadas y que tienen entre sus principales accionistas los Fondos que invierten en estas deudas. Los esfuerzos que a uno y otro lado del Atlántico se han hecho para regularlas (Ley Dodd Franck, Reglamento 462/2013) muestran muy claramente el debilitamiento de la distinción entre lo privado y lo público propia de nuestro tiempo.

la vía más eficaz para llevarla a cabo a través de políticas de austeridad que los Gobiernos pueden presentar como inevitables (11).

II. LA REELABORACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

De acuerdo con su concepción «moderna» y normativa alumbrada en las grandes Revoluciones de las que surge el Estado constitucional y definida en el célebre artículo 16 de la Declaración de 1789, la Constitución ha de disciplinar por entero la organización y el funcionamiento del poder para asegurar la libertad de los ciudadanos, su emancipación; sobre todo respecto del poder político, pero también de los poderes sociales basados en privilegios, una función que manifiestamente ya no cumple en este Estado «transformado». El debate sobre el constitucionalismo pretende desvelar las razones de esta incapacidad y eventualmente reelaborar esa concepción moderna de Constitución, sin alterar su naturaleza ni privarla de su normatividad.

Un primer paso en esta tarea es el acotar el alcance de esa normatividad, revisando la diferencia radical supuestamente existente entre la concepción «moderna» y «normativa» y la «antigua» o histórica, simplemente descriptiva. En la primera, la Constitución es un texto escrito, producto de un acto deliberado que persigue la limitación del poder mediante una Ley Fundamental de la que deriva la validez de todo el Derecho positivo, pero cuya propia validez no depende de norma previa alguna, sino de ser expresión de la voluntad del «pueblo». La existencia previa del pueblo como unidad de decisión requiere, sin embargo, un acto o un proceso histórico (no una simple hipótesis constructiva como la del contrato social) de contenido jurídico que convierta en «pueblo» lo que de otro modo sólo sería multitud: la Constitución «histórica» es condición de posibilidad de la moderna: esta organiza el poder, pero es aquella la que crea el Estado (12).

Pero esta confluencia entre lo antiguo y lo nuevo en la delimitación del pueblo no niega, sino que da por supuesto y más bien refuerza, el principio básico del constitucionalismo tradicional de acuerdo con el cual el fundamento de la supremacía de la Constitución, de su validez como norma suprema, como *Lex Superior* no deriva de ninguna norma suprapositiva, sino de ser producto directo

(11) Vid. W. STRECK y A. SHAFER, *Politics in the Age of Austerity* (Wiley, 2013).

(12) Vid. M. LAUGHLIN, *op. cit.*, págs. 51-2. Pero no sólo condición de posibilidad. La dependencia de la Constitución «moderna» respecto de la «antigua» se extiende también al contenido. Es innecesario recordar el valor ejemplar atribuido a la Constitución histórica inglesa en la obra de Montesquieu, etc.

de la voluntad popular, de ser obra del poder constituyente. Este principio es por el contrario el que centra los ataques de la crítica radical.

Es bien sabido, que la teoría del poder constituyente choca en la mayor parte de los casos con la experiencia histórica real y encuentra grandes dificultades para justificar la perpetuación en el tiempo del dominio de la generación fundadora sobre las siguientes. Desde la perspectiva «triumfalista» del nuevo constitucionalismo, no son éstas, sin embargo, sus mayores debilidades. Su defecto capital está en la relación causal que en ella se establece entre Pueblo y Constitución. La noción de poder constituyente, aun reducida a la condición de mera hipótesis constructiva, lleva a una concepción voluntarista y estrictamente positivista, que no vincula la existencia de la Constitución a un contenido que asegure la libertad de la sociedad, la garantía de los derechos, ni la democracia (13).

Son estos elementos básicos los únicos a incluir en una concepción adecuada de Constitución que, de un lado, permita negar la constitucionalidad de una organización arbitraria o tiránica del poder por mucho apoyo popular que tenga, y del otro extenderla a estructuras de poder de un ámbito mucho mayor que el del Estado-nación, a organizaciones internacionales como la ONU, o supranacionales, como la UE. Una concepción normativista y no soberanista (14), en la que la supremacía de las normas constitucionales no deriva de su origen, sino de su eficacia para organizar un poder que no se impone por el recurso a la violencia legítima, sino porque los sujetos a él admiten su pretensión de no tener otra finalidad que la de proporcionarles seguridad y bienestar, le reconocen la capacidad de hacerlo y confían en su compromiso de respetar sus derechos.

En esta concepción, la naturaleza constitucional de las normas no viene de la voluntad de la que nacen, sino de su adecuación a un *higher law*, lo que inevitablemente evoca el célebre «retorno del iusnaturalismo». El argumento que M. Kumm aduce para negar que se trate de un retorno de ese género es el de que este *higher law* se reduce a la exigencia de que el Derecho y la política dejen fuera la teología y las concepciones omnicomprendivas del mundo, y decisiones y normas sean producto de un procedimiento que sus destinatarios puedan identificar con una deliberación colectiva entre individuos libres e iguales (15).

(13) Vid. M. KUMM, *op. cit.*, págs. 208 y sigs.

(14) Vid. U. K. PREUSS, *op. cit.*, pág. 45.

(15) Vid. M. KUMM, pág. 213. Kumm propone la denominación de «constitucionalismo práctico *“practice constitutionalism”* para designar este constitucionalismo desligado de la soberanía, por oposición a lo que llama “estatalismo democrático” (*democratic statism*).

La distinción radical entre este *higher law* rawlsiano y el iusnaturalismo racionalista, ha llevado a decir que esta concepción de la Constitución no sólo no es soberanista, sino tampoco normativista; que en ella, la legitimidad del poder ya no es normativa, sino cognitiva. Pero dejando de lado esta ardua cuestión, lo que sí resulta evidente es que este giro copernicano deja escaso espacio para la democracia, que sólo puede existir dentro de un ámbito delimitado, de un *demos*, y es ésta una condición que hasta ahora sólo los Estados cumplen. Aunque los signos de los tiempos no son alentadores, no es imposible que algún día exista un *demos* europeo, pero sólo como resultado de una evolución de ritmo geológico cabe imaginar un *demos* universal. Un constitucionalismo que prescinde de la soberanía nacional es un constitucionalismo que no requiere de democracia (16). Y no sólo por la imposibilidad de realizarla fuera del Estado, sino porque en un mundo globalizado la democracia pierde parte de su razón de ser, de su justificación como instrumento indispensable para afirmar la libertad del individuo como miembro de la sociedad, como modo de realización de la autodeterminación colectiva. Éste es uno de los puntos centrales del debate.

El argumento contra la democracia parte, paradójicamente, de un principio democrático. El procedimiento democrático, adecuado en muchos contextos, es inadecuado e injusto cuando da lugar a decisiones que afectan significativamente a quienes no forman parte del grupo (17). Este argumento que Somek caricaturiza como «dogma favorito del europeísmo burgués», al que éste apela para explicar la aplicación preferente del Derecho europeo, puede utilizarse y de hecho es utilizado también fuera de la Unión en relación con instancias internacionales o transnacionales y es realmente una pieza clave en la teoría del nuevo constitucionalismo. Si el «procedimiento adecuado» (*due process*) del que depende la validez y fuerza de obligar de las decisiones ha de ser tal que, como propugna Kumm, sus destinatarios puedan equipararlo a una deliberación entre individuos libres e iguales, por definición no será el democrático cuando la decisión haya de afectar sustancialmente a quienes no pueden tomar parte en él. Como el principio básico de ese nuevo constitucionalismo es el de que, *prima facie*, la norma internacional prevalece sobre las nacionales, el ámbito en el que el «estatalismo democrático» puede seguir operando es muy reducido y muy subordinada la función que dentro de él ha de desempeñar (18).

(16) Petra DOBNER, «More Law, less Democracy?», en *The Twilight...*, págs. 143-6.

(17) M. KUMM, *op. cit.*, pág. 205.

(18) Junto a este principio básico, Kumm menciona, además, del «due process», otros dos principios auxiliares: el de subsidiariedad, que ha de operar en ambas direcciones, y el de respeto a los derechos. *Vid.* la referencia en SOMEK, *op. cit.*, págs. 198-99.

III. LA CONSTITUCIÓN COSMOPOLITA

Como indicaba al comienzo, el objeto real del debate aquí comentado es la determinación de cuál sea el equilibrio posible y deseable entre el constitucionalismo «moderno» y el «contemporáneo». Algunos autores consideran que la dualidad es transitoria, o ha sido exagerada porque se ha puesto el acento en las instancias transnacionales y se ha ignorado la cadena de legitimidad que crean los acuerdos internacionales, o es ilusoria, porque tampoco el poder de los Estados nacionales está democráticamente legitimado (19). No sé si es mayoritaria, pero a mi juicio la más sólida es la postura de quienes aceptan la pluralidad, la existencia real de diversos niveles de constitucionalismo que difieren en el modo de concebir los derechos, la relación entre Estado y sociedad, y quizás, por encima de todo, la idea misma del Estado.

Entre esos intentos se encuentra, en un lugar muy destacado el que se plasma en el libro de Somek. Su propósito queda muy claramente expuesto en el párrafo inicial del Prefacio: «Frente a la doctrina dominante que, cegada por la creencia de que el Estado nación es el último obstáculo para el progreso humano... celebra la consumación del constitucionalismo a escala global», Somek quiere prevenir contra el riesgo de que esa consumación, la «constitucionalización» del Derecho supranacional e incluso internacional, elimine el núcleo político del constitucionalismo», con el cual desaparecería también su potencial emancipatorio. Su conclusión expuesta con rotundidad en el párrafo final es la de que: «Si es correcta la hipótesis hegeliana de la que este estudio parte, de que sólo somos plenamente libres en el contexto de un sistema libre de relaciones sociales, es necesario proteger la libertad de este sistema frente a las fuerzas irracionales de una interdependencia mutua no planificada. No es posible la emancipación sin acción política y por ello el Estado nación es hoy más indispensable que nunca» (20).

Lo que hace del libro de Somek una obra muy fuera de lo común no es sin embargo esta conclusión, que probablemente muchos aplaudirán por razones distintas y a veces sin razón alguna, impulsados sólo por la pasión nacionalista o el «sagrado egoísmo nacional», sino el formidable análisis que hace del desarrollo del constitucionalismo desde su nacimiento hasta hoy y la deslumbrante brillantez del marco que crea para llevarlo a cabo. Pocos libros he leído en los últimos tiempos, tan llenos de análisis agudos y tesis audaces y tan ricos en

(19) *Vid.* P. DOBNER, *op. cit.*, págs. 149-54.

(20) Pág. 283.

referencias eruditas pertinentes. Sus razonamientos, a veces, a mi juicio, innecesariamente complejos y ocasionalmente contruidos sobre una visión un tanto distorsionada de la realidad, no siempre lograrán convencer al lector, pero sin duda ensancharán siempre su horizonte y le abrirán nuevas vías de reflexión. El esquema que a continuación ofrezco de esta obra compleja no pretende resumirla, sino invitar a su lectura.

En la evolución del constitucionalismo cabe distinguir tres estadios sucesivos, que se van superponiendo a lo largo del tiempo, de manera que los posteriores conviven con los anteriores, en mayor o menor medida y no del mismo modo en las distintas partes del mundo. Somek los denota, como frecuentemente se hace hoy con las versiones sucesivas de un mismo programa informático, como constitucionalismo 1.0, 2.0 y 3.0. La unidad del «programa» viene dada por su finalidad, que es siempre la de asegurar la emancipación de los seres humanos, la limitación del poder; sus versiones difieren en el modo de concebirla y en la vía para alcanzarla.

El constitucionalismo 1.0 ve en la Constitución un producto de la libertad colectiva para garantizar la de los individuos. Es el constitucionalismo originario, la concepción que, como se ha visto antes, focaliza el ataque de los defensores del «*practice constitutionalism*». La Constitución es una libre creación de la voluntad popular, en la terminología americana, o nacional en la europea. Pero también lo son las leyes; lo que hace del momento constituyente un momento privilegiado y eleva a la nación o el pueblo a la condición de poder constituyente es que el objetivo perseguido por la norma es precisamente el de organizar el poder para asegurar la libertad. La Constitución es, dice una y otra vez Somek, una «carta de poderes» que trata de lograr la racionalidad y razonabilidad de la acción del poder mediante su división horizontal y eventualmente también vertical. La Constitución es derecho positivo que impone límites a los distintos órganos y permite que cada uno de ellos sirva de freno y contrapeso a los demás.

En Europa este constitucionalismo 1.0 se convirtió pronto, y durante mucho tiempo, en un constitucionalismo «doctrinario» cuyo continuado esfuerzo por compatibilizar la soberanía del Monarca con la de la nación hizo más complejo y opaco el sistema. En su forma más pura, la norteamericana, fue entendido inicialmente de dos formas distintas: la de Madison, que confiaba al equilibrio de los poderes el respeto de la legalidad constitucional y la de Hamilton, que lo encomendaba al judicial, como intérprete supremo de la Constitución.

Una solución más bien paradójica, pues esa condición de intérprete supremo ha de conciliarse con la legitimidad democrática superior, porque más

directa, de los demás poderes. De ahí que desde la sentencia de *Marbury vs. Madison*, construida a partir de la equiparación simplista que el juez Marshall establece entre Constitución y ley se hayan mantenido vivas las reservas que se manifiestan en la objeción «antimayoritaria» y la doctrina del *self restraint* (21). Pero sobre todo, esta solución ha llevado a emplear como criterio único de la constitucionalidad la racionalidad y razonabilidad de las decisiones. Si el poder actúa dentro de sus competencias y la finalidad que le lleva a limitar de los ciudadanos es legítima, la decisión que limita la libertad es válida. Los derechos imponen al poder obligaciones exclusivamente negativas; son derechos de defensa y más en concreto, de defensa frente a la coerción del Estado. Para asegurar la autonomía de los ciudadanos en sus relaciones recíprocas basta con eliminar los privilegios «feudales» que perturban la libertad contractual y el libre funcionamiento del mercado.

A diferencia del anterior, el constitucionalismo 2.0, cuyo modelo es el de la Alemania de la postguerra, desvincula los conceptos de Constitución y poder constituyente. Somek se refiere sólo al sinsentido que hubiera implicado el intento de atribuir la supremacía de la *Grundgesetz* a un poder constituyente al que ni siquiera como ficción se apeló en 1948, pero podría añadirse que esa situación es la que se da también en las Constituciones otorgadas por las metrópolis en el curso de la descolonización, o impuestas por un Tratado internacional, como la de Chipre etc. La supremacía de la Constitución no se asienta ya en la voluntad soberana de donde procede, sino resueltamente sólo en su contenido, en su capacidad para garantizar los Derechos y asegurar la existencia de una sociedad civil integrada por ciudadanos libres.

La aportación específicamente alemana a este segundo estadio del constitucionalismo es una nueva concepción del sistema de los Derechos, cuya noción básica no es ya la de libertad, sino la de dignidad humana. Una noción procedente, a juicio de Somek, del personalismo católico o de otras doctrinas cristianas, que no concibe los derechos simplemente como ámbitos de libertad exentos de coerción, ni los circunscribe a la relación del ciudadano con el poder estatal; la dignidad de la persona implica su plena autonomía para desarrollarse sin carencias u obstáculos externos. No es, aunque el Tribunal Federal haya afirmado con torpeza lo contrario, un Derecho más, sino la base de todos ellos.

A partir del caso *Lüth*, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, éstos no son sólo derechos subjetivos, sino también principios objetivos del ordenamiento que el Estado ha de hacer valer en las relaciones

(21) SOMEK, *op. cit.*, pág. 88.

«horizontales» en el seno de la sociedad. La obligación del Estado deja de ser puramente negativa, no sólo por este deber de incorporar los derechos a la legislación civil, penal, mercantil, laboral, etc. (lo que, de otra parte, lleva a constitucionalizar los principios inherentes a las distintas ramas del Derecho), sino porque la necesidad de posibilitar el libre desarrollo de la personalidad le impone también obligaciones de prestación que proporcionen a los ciudadanos educación, sanidad, seguridad social, etc.

En esta nueva teoría de los Derechos, cuyo análisis detallado y agudo es una de las partes más jugosas del libro, ni la objeción antimayoritaria ni el *self restraint* tiene razón de ser, ni el criterio de la constitucionalidad es ya el de la racionalidad y la razonabilidad, sino el de la proporcionalidad, tanto negativa como positiva. El legislador no sólo está obligado a reducir al mínimo estrictamente necesario la limitación de derechos indispensable para preservar el goce de otros o lograr otro fin legítimo, sino también a proporcionar a todos los destinatarios de sus normas tantos medios como pueda para hacer posible la autonomía indispensable para el desarrollo de personalidad.

El legislador juega un papel indispensable, puesto que como ya había señalado Häberle, en esta concepción alemana es indispensable la configuración legislativa de los Derechos, pero ya no es un poder supremo sin más límites que los puramente negativos que la Constitución le impone. En el constitucionalismo 2.0, el auténtico poder supremo es el judicial, que precisa el alcance de los límites que el legislador ha de respetar y el contenido de las obligaciones positivas que ha de cumplir y que, como prueba el papel que el Tribunal Constitucional Federal está jugando en el proceso europeo de integración, puede incluso actuar como responsable de la decisión última en cuestiones políticas esenciales.

Es en este punto en donde comienza realmente la tesis más audaz y por eso más sugerente y más discutible de Somek. La autonomía del individuo radica en la posibilidad de no seguir otras normas que las que él acepte, y esas normas han de ser sustanciales, no puramente formales. Como ya denunció Hegel, en la ética kantiana la razón universal impone sólo la forma de la norma, cuyo contenido material viene siempre del exterior. El imperativo categórico puede llevar tanto a condenar la tortura como a justificarla cuando es necesaria para evitar males mayores. Pero si la norma ha de ser moral, no puede ser creación puramente individual, producto del egoísmo, el capricho o el instinto, sino de la comunidad de la que se es parte. El individuo sólo es libre como miembro de una sociedad libre. La libertad individual no existe sin libertad social, la autodeterminación individual requiere como condición de posibilidad, la autodeterminación colectiva.

Esta tesis hegeliana, que Somek enlaza con la concepción del derecho como orden concreto (22), es la propia del comunitarismo, por oposición al liberalismo. Los Derechos universales, que pueden ser entendidos de modos distintos y ponderados de manera diferente, sólo pueden realizarse en el seno de comunidades concretas, particulares. Un cierto regreso al universalismo liberal se inicia cuando la definición «particular» de los Derechos se somete al juicio de los pares, y es precisamente este regreso el que señala el paso del constitucionalismo 2.0 al siguiente estadio. El Derecho comparado se convierte en uno de los más importantes métodos de interpretación y, sobre todo, se acepta la jurisdicción de Tribunales Internacionales, cuyo más destacado exponente es el TEDH. Se inicia así un pluralismo que lleva a un «diálogo entre jueces» en el que si bien cada uno de ellos es dueño de sus propias decisiones, está obligado a tomar en cuenta las ajenas e incluso a someterse a ellas cuando lo entiende necesario, en virtud de un razonamiento complejo que no tendría cabida dentro del constitucionalismo 1.0. Desde esta perspectiva, Somek ofrece un estupendo análisis de dos categorías centrales en la jurisprudencia del TEDH, el «margen de apreciación» y la «interpretación evolutiva».

El pluralismo es una convivencia de monismos cada uno de los cuales acepta la validez de las decisiones o normas ajenas, no como consecuencia de una inexistente supremacía, sino en virtud de su compatibilidad con los principios esenciales del propio sistema y en aras de conseguir así una mayor eficacia en el logro de objetivos comunes. Las sentencias *Solange* ofrecen un buen ejemplo de este pluralismo, cuya «semántica» resume Kumm en las reglas antes citadas.

En este tercer estadio, el constitucionalismo se va desligando poco a poco del Estado nación, junto al cual surgen unas estructuras de poder internacionales o transnacionales que en su conjunto forman lo que Hegel llamaba el «Estado externo». Un aparato burocrático racional, integrado por instituciones destinadas a prevenir riesgos y hacer frente a las crisis, que respeta los derechos, pero que no tiene como objetivo específico su protección, ni la realización de la autodeterminación colectiva, y que tampoco procede de ella, sino de la conjunción de conductas individuales. Asegura el funcionamiento del mercado y con él la de una sociedad civil internacional concebida como una «comunidad política de individuos privados» (*private polity*) «cuya actuación está orientada por intereses particulares» (23), no por un inexistente interés «público».

(22) Una concepción que en su opinión comparten al menos Schmitt y Dworkin.

(23) La naturaleza «privada» de los intereses se refiere a su origen, no a su finalidad. Son «privados» porque quienes se los proponen lo hacen por razones propias, no por su condición de miembros de un «pueblo». Su finalidad puede ser puramente altruista, como en *Green Peace*, Am-

En este sistema multinivel de protección de los derechos y «gobernanza», la existencia de los Estados nacionales es indispensable en la medida en la que la coerción sigue siendo necesaria para garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas en otros niveles, o para la persecución de objetivos ajenos a los de éstos, con los que no han de interferir. La democracia queda así limitada a lo puramente interno; las elecciones, útiles cuando sirven para confirmar las decisiones de niveles superiores, son nocivas en caso contrario y eventualmente, como ha sucedido más de una vez en la Unión Europea, han de ser repetidas hasta que arrojen un resultado «correcto».

En este nuevo constitucionalismo, la Constitución ya no es la norma que incorpora los principios básicos del sistema y asegura de este modo su unidad, sino un conjunto de principios a los que atenerse para resolver los conflictos entre los distintos actores, que por definición siguen siendo dueños de sus propias decisiones, puesto que no hay por encima de ellos ninguna autoridad común. De este modo, dice Somek, se reintroduce en el concepto de Constitución un componente «político», y la solución de los conflictos está en función de la relación de fuerzas entre los distintos actores (24).

En esta sociedad de cosmopolitas, «ciudadanos del mundo» o «extranjeros en su propio país», vinculados con éste o con el lugar en el que viven sólo por razones de conveniencia personal, de comodidad o provecho, la «autodeterminación colectiva» sólo podría lograrse de manera mediata, a través de las decisiones de un «pueblo» nacional en el que estuvieran virtualmente representados. Somek hace un largo y sutil análisis de las distintas formas de entender esta «representación virtual», para concluir que ninguna de ellas lo logra. La concepción «democrática» no permite avanzar más allá de la recomendación de una política internacional amistosa, y la «liberal» sólo sirve para la preservación de los intereses privados, y a través de la prohibición de la discriminación por razón de nacionalidad desarrollada por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo a partir de comienzos de siglo, se ha convertido de hecho en un ariete en defensa del neoliberalismo. El triunfo del neoliberalismo, que proyecta en el seno de las sociedades nacionales las acusadas diferencias que genera un capitalismo sin freno, hace imposible seguir manteniendo la imagen ideal de la unidad del pueblo, supuesto indispensable de la representación virtual (25).

nistía Internacional, Médicos sin Fronteras, la Organización del Comercio Justo o, en fin, los millares de Organizaciones No Gubernamentales dedicadas a la cooperación en muy diversos sectores.

(24) SOMECK, *op. cit.*, pág. 237.

(25) Someck acoge la tesis de W. Streeck y se remite a distintos trabajos de éste. La exposición más completa del pensamiento de Streeck puede verse ahora en *Buying Time. The delayed crisis of democratic capitalism* (Verso, 2014).

La legitimidad del poder de las instituciones internacionales o transnacionales, en las que ocupan un lugar destacado las entidades financieras, descansa por eso en lo que denomina «interpasividad» de los miembros de la sociedad, la tácita aceptación por éstos de la idea de que, dada la complejidad del mundo, el individuo no puede pretender decidir por sí mismo ni buscar la decisión ajena que juzga más acertada. Ha de contentarse con optar por la menos arriesgada y el único camino para ello es hacer lo que todos hacen, aceptar la que adoptan instancias en las que pasivamente todos confían.

Estos tres estadios del constitucionalismo se preservan como partes de una totalidad, en la Constitución «cosmopolita», que no es «una Constitución “más allá del Estado nación”, como la de la Unión Europea o ciertas formas de “constitucionalismo societario” sino ... la Constitución de los Estados nacionales en una situación de compromiso (*engagement*) internacional» (26). La doble faz, política y administrativa, de esta Constitución refleja, sin embargo, la tensión que dentro de ella subsiste entre estos distintos estadios. Una tensión creciente que ha llegado ya a «un punto en el que la integración dialéctica de los tres estadios se convierte en negativa. La totalidad sólo puede ser vista como unidad mintiéndose a sí misma», negándose a admitir que los «pueblos» que son el supuesto básico de la integración han dejado de existir como resultado de la escisión en clases y del hecho de que los miembros «listos» de cada sociedad se relacionan con ésta como «cosmopolitas internos», no como parte de un cuerpo de ciudadanos (27).

Al derrumbarse la totalidad resurge el viejo pluralismo propio de la Constitución Mixta ... que «... hace patente la división entre los pocos “listos” que se amparan en una u otra de las distintas formas de racionalidad burocrática, privada o pública», y la multitud de los desposeídos, que sólo pueden recurrir al Estado» (28).

Para satisfacer las necesidades de éstos hay teóricamente tres posibles vías. La de un liberalismo cínico que para evitar que los desposeídos se conviertan en un *Lumpenproletariat* rebelde los pacifica proporcionándoles los «recursos suficientes para adquirir juegos, porno y drogas» (29). La de un nuevo leninismo, una dictadura soberana que se enfrenta con el poder de las altas finanzas y las instancias transnacionales, aunque haya de hacerlo sin contar con el apoyo de

(26) *Op. cit.*, pág. 140 (i).

(27) *Op. cit.*, pág. 282. El estilo de estas frases es tan semejante al de algunos célebres enunciados de Marx que no parece casual.

(28) *Ibid.*

(29) *Op. cit.*, pág. 282.

quienes a la larga se verían favorecidos por ese enfrentamiento. Y por último la de aprovechar los restos de representación política que aún quedan en el Estado para restablecer y salvaguardar las instituciones de la libertad social.

En la práctica, la segunda de estas vías es imposible porque no contamos con alternativa alguna al capitalismo. La primera, posible e incluso probable, es éticamente inaceptable. Sólo queda la tercera: apelar al Estado, aunque «sin olvidar el principio de subsidiariedad y la ayuda que la cooperación internacional puede prestar a la autodeterminación política» (30).

Quizás para acentuar su insuficiencia ética, la descripción de la primera de estas vías es un poco caricaturesca. Lo que, en un sentido análogo, he designado como Estado «benefactor», existente hasta la aparición del Estado «social», no era sólo un instrumento para prevenir la revolución, sino también expresión de un cierto grado de solidaridad y de exigencia moral. Muy inferiores a las que llevaron a su sustitución por el Estado social, cuya restauración y preservación, la última de las vías propuestas, es seguramente la que la mayor parte de los españoles, y muy probablemente también la inmensa mayoría de los europeos, preferirían seguir.

Desgraciadamente Someck no se ocupa en este libro excelente de los obstáculos que para ello hay que vencer e incluso en cierta medida los minimiza, tropezando de nuevo en la misma piedra que hizo imposible la paz en 1914. Hay buenas razones para atribuir al capitalismo la quiebra de las sociedades nacionales, aunque la convivencia de culturas distintas dentro de ellas sea ahora un factor nada desdeñable. Pero junto a esa quiebra interna, el capitalismo se proyecta también en la división internacional entre países ricos y países pobres, acreedores y deudores. El interés de lo que Streck llama el «pueblo del mercado» es sentido como propio también por el pueblo de algunos Estados. Ése es el elemento trágico profundo de la interminable crisis griega.

Pero no quiero concluir esta reseña con reservas críticas, sino con la esperanza de que en un nuevo libro el autor explore y resuelva las dificultades que en éste pasa por alto.

(30) *Ibid.*

